

Retargeting banners

- en persondata- og markedsføringsretlig analyse

Kandidatspeciale 2020 udarbejdet af:

Gitte Oxlade

Josephine Heger Søndergaard

Vejleder:

Torsten Bjørn Larsen



AALBORG UNIVERSITET

Abstract

Due to progression in technology, data sharing and collection has increased. This coincides with data protection laws being increased. The European Charter on Fundamental Rights states that protection of privacy and personal data, is a fundamental right for all EU-citizens. In order to ensure the protection of privacy and personal data the General Data Protection Regulation was formally decreed on the 25th of May 2016, however the regulation was first enforced from the 25th of May 2018.

The General Data Protection Regulation has enhanced the rules, which means that the data controller and the data processor must comply to strict obligations, whereas the data subject is protected by more rights. Furthermore, the supervisory authority has gained certain powers to enforce the regulations and impose binding sanctions when they are violated.

The collection of digital data by companies has increased, for instance the collection of personal data through cookies, to use for digital direct marketing. Direct marketing can be based on targeting, which is a term that covers the use of different technologies to collect data and examine the behaviour of users in order to create specific marketing. One of the targeting technologies is retargeting banners, where cookies are stored on the user's electronic device and thereby collect data regarding the user's product preferences, interests and online behaviour. The gathered data can then be used to expose the user to direct marketing.

Since marketing through retargeting banners is only possible by collecting data about the user, this master thesis will examine how data is collected and processed in connection to retargeting banners. Furthermore, marketing should be in compliance with the marketing law. The examination of whether the rules regarding direct marketing apply to retargeting banners will be analysed.

The examination in this thesis will be based on the legal dogmatic methodology which serves the purpose of determining present law. To analyse and determine present law, different sources have been applied. The sources consist of relevant legislations, such as the General Data Protection Regulation, the ministerial order on cookies and the marketing law. Furthermore, legislative material, notes of guidance and legal practice will be included and used to interpret and elaborate applicable present law. Even though legal literature is not viewed as a source of law, some aspects from literature have been included, as they can entail relevant legal arguments and perspectives.

The examination shows that the rules in the ministerial order on cookies applies when a website or third party collects a user's data via cookies. Therefore, the website or third party must obtain consent from the data subject before data is stored or before they gain access to already stored data on the user's electronic device. Furthermore, the ministerial order on cookies have a list of requirements regarding what information must be given to the user before a valid consent can be obtained. Finally, more requirements are established in case law, such as a valid consent cannot be obtained by a pre-checked box and that the website or third party must provide information regarding how long a period the data is stored.

Regarding collection of data via cookies for the purpose of retargeting banners, it is concluded that the data is often characterized as personal data, and therefore the General Data Protection Regulation and the data protection law applies. The actual collection and further processing of data must be in accordance with the rules. As a consequence, there has to be a legal basis for the processing of data. The primary legal basis regarding retargeting banners is consent. Furthermore, the master thesis deals with the division of roles, as multiple parties are often involved with retargeting banners. This can cause uncertainty regarding the protection and rights of the data subject.

Furthermore, the examination has shown that retargeting banners fulfil the conditions set forth in the marketing law § 10 regarding direct marketing. Therefore, retargeting banners should be in accordance with the rules regarding direct marketing. As a consequence, direct marketing is only allowed if the user has given prior consent.

In conclusion, the analysis shows that present law regarding retargeting banners is the ministerial order on cookies, the General Data Protection Regulation, the data protection law, and the marketing law § 10. Therefore, retargeting banners must comply with these sets of rules.

Forord

Specialet er et afgangprojekt fra Aalborg Universitet på jurastudiet (cand.jur.). Specialet er udarbejdet i perioden fra og med den 1. februar 2020 til og med den 26. maj 2020.

Baggrunden for specialet er reglerne inden for persondataret samt reglerne om direkte markedsføring i markedsføringslovens § 10. Specialet sigter efter at præcisere og analysere de gældende regler for retargeting banners i forhold til persondataforordningen og markedsføringslovens § 10.

Vi ønsker at takke Stiven Larsen, advokat hos Hjulmand Kaptain, for faglig sparring og vejledning, lærerige juridiske diskussioner samt inspirationsgivende og konstruktive kommentarer til specialet.

Endeligt vil vi takke vejleder Torsten Bjørn Larsen for faglig og juridisk vejledning.

Josephine Heger Søndergaard

Josephine Heger Søndergaard

Gitte Oxlade

Gitte Oxlade

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
Forord	3
Kapitel 1 – Introduktion	7
1.1 Emnevalg	7
1.2 Indledning	7
1.3 Problemformulering	8
1.4 Afgrænsning	9
1.5 Definitioner	10
1.6 Eksempel – Retargeting Banners	11
1.7 Metode	12
1.7.1 Retskilder	12
1.7.2 Øvrige kilder	17
1.8 Opbygning af specialet	17
Kapitel 2 – Indsamling af oplysninger	18
2.1 Indledende om cookies	18
2.2 Cookiebekendtgørelsen	21
2.2.1 Samtykkekravet	21
2.2.2 Informationskravet	23
2.3 Cookiebannere	24
2.4 Aktiv handling og funktionsvarighed	25
Kapitel 3 – Persondataret	27
3.1 Indledende om persondataforordningen og databeskyttelsesloven	27
3.1.1 Materielt anvendelsesområde	28
3.1.2 Territorialt anvendelsesområde	29
3.2 Personoplysninger	30
3.2.1 Følsomme personoplysninger	33
3.2.2 Pseudonymiserede og anonymiserede oplysninger	34
3.3 Grundlæggende principper ved behandling af personoplysninger	34
3.3.1 Lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed	35
3.3.2 Formålsbegrænsning	36
3.3.3 Dataminimering	36
3.3.4 Rigtighed	37
3.3.5 Opbevaringsbegrænsning	38

3.3.6 Integritet og fortrolighed.....	38
3.4 Behandlingsgrundlaget.....	39
3.4.1 Samtykke	39
3.4.1.1 Frivilligt	41
3.4.1.2 Specifikt	42
3.4.1.3 Informeret	43
3.4.1.4 Utvetydig viljetilkendegivelse.....	45
3.4.1.5 Børns samtykke	46
3.4.1.6 Samtykke ved følsomme personoplysninger	47
3.4.2 Interesseafvejning	47
3.5 Dataansvarlig og databehandler	50
3.5.1 Rollefordeling	51
3.6 Den registreredes rettigheder.....	56
3.6.1 Oplysningspligt	56
3.6.2 Indsigtsret, ret til berigtigelse og sletning, begrænsning og dataportabilitet.....	58
3.6.3 Indsigelsesret.....	59
3.7 Videregivelse af oplysninger med henblik på direkte markedsføring.....	61
Kapitel 4 – Markedsføringsret.....	63
4.1 Indledende om markedsføringsloven.....	63
4.2 Elektronisk post	64
4.2.1 Henvendelsen sker i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede	66
4.2.2 Henvendelsen sendes via et offentligt kommunikationsnet.....	66
4.2.3 Henvendelsen lagres i nettet eller på modtagerens udstyr	67
4.2.4 Henvendelsen sendes til en bestemt modtagers elektroniske adresse.....	67
4.3 Direkte markedsføring.....	68
4.4 Krav til direkte markedsføring	70
4.5 Samtykke	71
4.5.1 Frivilligt	72
4.5.2 Specifikt	72
4.5.3 Informeret	74
4.5.4 Utvetydig	75
4.5.5 Opdatering af samtykke	75
4.5.6 Tilbagekaldelse af samtykke	75
Kapitel 5 – Sammenhængen mellem persondata- og markedsføringsretten.....	77

Konklusion	81
Litteraturliste og register	85
EU-lovgivning.....	85
Dansk lovgivning.....	86
Præambel	86
Forarbejder.....	87
EU-domme.....	87
Domme	88
Udenlandske domme	88
Afgørelser fra Datatilsynet	89
Afgørelser fra Forbrugerombudsmanden	89
Vejledninger og udtalelser.....	90
Litteratur.....	91
Antal anslag	94

Kapitel 1 – Introduktion

1.1 Emnevalg

Specialet er udarbejdet gennem et MatchMaking-forløb, hvor en virksomhed opstiller et emne, hvorefter den/de studerende har mulighed for at skrive speciale om det givne emne.

Grundet den teknologiske udvikling er anvendelsen af internettet på smartphones, tablets og computere steget markant. Gennem internetbrugerens adfærd på internettet og samtykke til indsamling af oplysninger kan en erhvervsdrivende benytte en række muligheder for at målrette sin markedsføring af produkter på internettet. Det kan være en gevinst for den erhvervsdrivende at benytte muligheden for at lave målrettet markedsføring til den enkelte internetbruger, men samtidig bliver internetbrugere udsat for markedsføring, mens de befinder sig i deres private sfære. Endvidere kan den målrettede markedsføring kun lade sig gøre ved netop at indsamle oplysninger og data om internetbrugeren og dennes adfærd. Da denne målrettede markedsføring er noget, som de fleste mennesker oplever hver dag, er det særdeles relevant at få belyst reglerne om retargeting banners i henhold til reglerne om persondataret og markedsføringsret.

1.2 Indledning

Som følge af den hastige teknologiske udvikling er vigtigheden af persondataretten steget betydeligt gennem tiden, blandt andet fordi datadeling og dataindsamling er steget kraftigt.¹ Det fremgår af Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder, at det er en grundlæggende rettighed for alle EU-borgere at have ret til beskyttelse af privatliv og beskyttelse af personoplysninger.² At beskyttelsen af privatliv og personoplysninger har karakter af en menneskerettighed, belyser vigtigheden af reglerne.

Persondataforordningen trådte formelt i kraft den 25. maj 2016, men fandt dog først anvendelse fra den 25. maj 2018, jf. persondataforordningens art. 99, stk. 2, hvorefter reglerne har direkte virkning for borgere i EU.³ Persondataforordningen opstod som en reaktion på informationsteknologiens betydelige udvikling blandt andet for at harmonisere beskyttelsen af personers grundlæggende rettigheder i forbindelse med behandling af personoplysninger samt for at sikre fri

¹ Persondataret, s. 11, Præambelbetragtning nr. 6

² Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder, art. 7 og 8, Præambelbetragtning nr. 1, Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 25

³ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 26

udveksling af personoplysninger i EU.⁴ Persondataforordningen erstatter databeskyttelsesdirektivet, og indeholder en række nye elementer og skærpede regler. Reglerne er skærpet i den forstand, at dataansvarlige og databehandlere har flere forpligtelser, og de registrerede fysiske personer har udvidede rettigheder.⁵ Desuden har tilsynsmyndighederne videre håndhævelsesmuligheder, herunder kan myndighederne pålægge væsentligt skærpede sanktioner ved manglende overholdelse af reglerne.⁶

I takt med den teknologiske udvikling og i en tid og fremtid, hvor big data bliver en større og større del af dagligdagen, er virksomheders indsamling af digitale data steget markant, blandt andet ved anvendelsen af cookies til brug for digital markedsføring.⁷ Erhvervsdrivende kan via lagrede cookies på internetbrugeres elektroniske enheder indsamle oplysninger, og herved få detaljerede informationer om internetbrugers produktpræferencer, interesser og online adfærd.⁸ De indsamlede oplysninger kan efterfølgende anvendes eller sammenkøres med andre indsamlede eller tilgængelige data til at fremme den erhvervsdrivendes salg via digital markedsføring. Internetbrugere bliver derfor i højere og højere grad disponeret for digitale annoncer, som er målrettet netop dem.⁹ Markedsføringen kan blandt andet ske via retargeting banners, hvor internetbrugere bliver eksponeret for annoncer online, fx via sociale medier eller hjemmesider, der vedrører produkter, som de tidligere har vist interesse for.¹⁰ Retargeting banners illustreres i et eksempel i afsnit 1.6.

1.3 Problemformulering

Der er forskellige muligheder for at lave adfærdsbaseret annoncering online. En af disse muligheder er retargeting banners, også kaldet remarketing banners.

Da retargeting banners er omfattet af mange forskellige regelsæt er det specialets formål at præcisere og skabe klarhed om gældende ret.

Markedsføring gennem retargeting banners er kun muligt ved at indsamle data om en bestemt internetbruger. Det er derfor relevant at analysere reglerne for selve indsamlingen og behandlingen

⁴ Persondataret, s. 12-13, Præambelbetragtning nr. 3 og nr. 10

⁵ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 28, Præambelbetragtning nr. 11

⁶ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 28 og s. 30, Præambelbetragtning nr. 11

⁷ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 225 og 280

⁸ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 225

⁹ Digital marketing og markedskommunikation, s. 211

¹⁰ Digital marketing og markedskommunikation, s. 114

af personoplysninger ved denne form for markedsføring. Markedsføring skal ligeledes være i overensstemmelse med markedsføringsretten, hvorfor det er relevant at undersøge, hvilke regler der gælder for retargeting banners som markedsføringsform.

På baggrund af ovenstående fremsættes følgende problemformulering:

*Hvad er gældende ret for retargeting banners i henhold til
persondata- og markedsføringsretten?*

1.4 Afgrænsning

Specialet omhandler samspillet mellem persondata- og markedsføringsretten, dog kun i forbindelse med fastlæggelse af gældende ret i forhold til indsamling og behandling af personoplysninger samt markedsføring gennem retargeting banners på internettet.

Der findes forskellige former for targeting, som erhvervsdrivende kan benytte til at lave målrettet online-annoncering til internetbrugere.¹¹ Af forskellige former for targeting kan nævnes retargeting, geo-targeting og predictive behavioral targeting.¹² Da disse forskellige former for targeting benytter forskellig teknologi er specialet afgrænset til kun at behandle reglerne specifikt om retargeting banners ved brug af cookies. Afgrænsningen tjener til en mere dybdegående gennemgang af retargeting banners ved anvendelsen af cookies, og udelader behandling af andre former for targeting af hensyn til specialets omfang.

Persondatarettens og markedsføringsrettens anvendelsesområde favner bredt, hvorfor det er nødvendigt med en afgrænsning.

Det primære fokus i afhandlingen er at beskrive gældende ret i Danmark, hvorfor specialet ikke beskriver andre landes nationale regler.

Specialets behandling af persondataretten er afgrænset til reglerne vedrørende indsamling og behandling af personoplysninger i forbindelse med retargeting banners. De grundlæggende principper i persondataforordningens art. 5 skal overholdes i forbindelse med behandling af personoplysninger via internettet, hvorfor principperne analyseres i afhandlingen. Herudover analyseres de

¹¹ Digital marketing og markedskommunikation, s. 212

¹² Digital marketing og markedskommunikation, s. 214-215

behandlingshjemler samt parter, herunder den dataansvarlige, databehandleren og den registrerede, der er relevante for belysning af emnet. Endeligt analyseres de registreredes rettigheder overordnet af hensyn til afhandlingens omfang.

Specialet omhandler kun indsamling af personoplysninger ved anvendelsen af cookies. Specialet omfatter således ikke indsamling via andre metoder, herunder gennem IT-systemer, der optager internetbrugerens samtaler såsom Apples funktion kaldet "Siri" eller anden form for diktafon, hvorefter personoplysningerne anvendes til retargeting banners. Specialet behandler ligeledes ikke køb af allerede indsamlede personoplysninger for eksempel via Google og Facebook eller udtræk af personoplysninger såsom mailadresser fra LinkedIn. Da specialet omhandler indsamling af personoplysninger ved brug af cookies, analyseres reglerne i cookiebekendtgørelsen som supplement til persondataforordningen.

Markedsføringsloven regulerer måderne, hvorpå der kan ske markedsføring. Som nævnt i eksemplet i afsnit 1.6 gør retargeting banners det muligt at lave målrettet annoncering/markedsføring til den enkelte internetbruger. Reglerne om direkte markedsføring findes i markedsføringslovens § 10, hvorfor denne vil blive analyseret i specialet. Da specialet er afgrænset til at kun at behandle retargeting banners, vil andre regler i markedsføringsloven falde uden for undersøgelsesområdet. Det er dog muligt for en erhvervsdrivende at overtræde andre bestemmelser i markedsføringsloven uden, at der er sket en overtrædelse af § 10. Dette kan eksempelvis være i tilfælde, hvor den erhvervsdrivendes handelspraksis er aggressiv eller vildledende. Der vil derfor være domme og afgørelser i afhandlingen som illustrerer, hvornår der ikke er sket en overtrædelse af § 10, men hvor markedsføringen fortsat kan overtræde andre bestemmelser i markedsføringsloven. Specialet har alene til formål at fastlægge anvendelsesområdet af § 10, hvorfor sådanne domme og afgørelser fortsat tjener til specialets formål.

1.5 Definitioner

Som nævnt i ovenstående afsnit findes der forskellige former for targeting. Begrebet *targeting*, også benævnt adfærdsbaseret annoncering, skal derfor forstås som en samlet betegnelse for

forskellige teknologier til at indsamle data og undersøge internetbrugerens adfærd til at målrette markedsføring.¹³

Specialet er afgrænset til at beskrive reglerne om retargeting banners. Ved *retargeting banners* skal forstås, at den erhvervsdrivende gennem cookies har mulighed for at målrette annoncer som internetbrugeren allerede har vist interesse for.¹⁴

Hvis en erhvervsdrivende benytter sig af markedsføring gennem retargeting banners, sker dette ved at der placeres en eller flere cookies på internetbrugerens enhed. Begrebet *cookie* er en betegnelse for en datafil eller tekstfil, der afsættes på internetbrugerens computer, tablet eller anden elektronisk udstyr, når internetbrugeren blandt andet søger på internettet.¹⁵

Inden der placeres en eller flere cookies på internetbrugerens enhed, vil internetbrugeren typisk blive mødt af et cookiebanner. Ved begrebet *cookiebanner* forstås en pop-up meddelelse, hvor hjemmesidens cookiepolitik fremgår, og hvor internetbrugeren har mulighed for at afgive samtykke.

Efterfølgende vil internetbrugeren blive mødt af bannerannoncer. Ved *bannerannoncer* forstås digital markedsføring som vises i forskellige bannere på hjemmesider.

1.6 Eksempel – Retargeting Banners

En jurastuderende ønsker at købe juridisk litteratur i forbindelse med, at denne er startet på jurastudiet. Hun søger derfor efter juridisk materiale på en hjemmeside, der sælger litteratur. Den jurastuderende bliver først mødt af et banner nederst på hjemmesiden om hjemmesidens cookiepolitik. Heraf fremgår det, at de indsamlede cookies blandt andet benyttes til målrettet markedsføring. Hun accepterer derefter hjemmesidens cookies. Dernæst tilføjer hun tre juridisklitterære værker til indkøbskurven, men beslutter sig for ikke at købe bøgerne endnu, da hun er usikker på, om det juridiske materiale er korrekt pensum. Den jurastuderende forlader derefter hjemmesiden uden at afslutte købet.

¹³ Digital marketing og markedskommunikation, s. 212

¹⁴ Digital marketing og markedskommunikation, s. 214-215

¹⁵ Dansk markedsret, s. 230, Digital marketing og markedskommunikation, s. 213, Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 1.

Den jurastuderende benytter efterfølgende det sociale medie Facebook, samt søger på nyheder på en anden hjemmeside. Hun bliver på begge hjemmesider mødt med annoncer for de bøger, som hun tidligere havde lagt i indkøbskurven samt annoncer for lignende juridisk litteratur.

Denne form for målrettet annoncering kaldes retargeting banners. Det vil sige, at en tidligere udvist internetadfærd på en hjemmeside forfølger internetbrugeren på andre medier og hjemmesider i en given periode.

1.7 Metode

Specialet har til formål at fastlægge reglerne om retargeting banners i henhold til markedsføringsloven og persondataforordningen. Specialet udarbejdes efter den retsdogmatiske metode, hvorfor formålet er at beskrive gældende ret; de lege lata.¹⁶ Der er en generel opfattelse blandt juridiske teoretikere og praktikere om, at formålet med den retsdogmatiske metode er at beskrive gældende ret for et givent område.¹⁷ Ved brug af den retsdogmatiske metode analyseres og beskrives, hvilke retsregler der gælder for det givne område, hvorfor det ikke er formålet med afhandlingen at løse konkrete juridiske problemstillinger.¹⁸ Det er i stedet formålet med afhandlingen at fastlægge og beskrive de almindelige persondata- og markedsføringsretlige regler og principper, der gælder ved brug af retargeting banners. De gældende regler for retargeting banners analyseres og beskrives ved anvendelse af relevante retskilder, som forklares og uddybes nedenfor i afsnit 1.7.1.

Formålet med afhandlingen er derfor at beskrive den aktuelle retstilstand på området. Den aktuelle retstilstand for retargeting banners beskrives ved først at præcisere reglerne om cookies, persondataret og markedsføringsret, herunder analyseres reglernes betydning for retargeting banners og endeligt konkluderes på den anførte problemformulering.

1.7.1 Retskilder

For at belyse gældende ret på området anvendes retskilder, der gennemgås i det følgende.

¹⁶ Retssystemet og juridisk metode, s. 40, Den juridiske løsning, s. 14, Den juridiske metode – en introduktion, s. 247, Retskilder og retsteorier, s. 29, Juridisk metode, s. 51

¹⁷ Retssystemet og juridisk metode, s. 40, Den juridiske løsning, s. 14, Den juridiske metode – en introduktion, s. 247, Retskilder og retsteorier, s. 29, Juridisk metode, s. 51

¹⁸ Den juridiske løsning, s. 14

Der findes forskellige definitioner i juridisk litteratur om, hvad der kan defineres som en retskilde.¹⁹ I denne afhandling defineres en retskilde, som en kilde til fastlæggelse af, hvad der er ret og pligt, og derved danner retsgrundlaget.²⁰ En retskilde er normativ, idet retskilden sigter på at bidrage til den retlige løsning på juridiske problemstillinger.²¹ For at fastlægge gældende ret anvendes flere retskilder, da det sjældent er tilstrækkeligt at belyse, hvilke regler der gælder for et givent område ved brug af en enkelt retskilde.²² Den samlede anvendelse af forskellige retskilder danner tilsammen indholdet af den retlige norm på det givne område; de gældende regler.²³ Dan- nelsen af den retlige norm på det givne område resulterer således principielt i, at samme juridiske problemstilling oftest afgøres på samme måde.²⁴

Retskilder forstås både som retligt bindende materiale for eksempel loven samt retligt vejledende materiale herunder lovens forarbejder og vejledninger.²⁵ Der er derfor tale om, at retskilder enten *skal følges*, fordi de er bindende eller *kan følges*, hvis de har vejledende karakter. Retskilderne forekommer både som skreven og uskreven ret.²⁶ Hvis der foreligger skrevne retsregler, skal disse som udgangspunkt følges, mens retskilder af vejledende karakter kan benyttes til forståelse og fortolkning.²⁷

Den primære retskilde er loven, som herunder er hierarkisk opbygget i følgende rækkefølge: Grundloven, Folketingsudarbejdede love og EU-forordninger og bekendtgørelser.²⁸ Specialet tager afsæt i persondata- og markedsføringsrettens bestemmelser, hvorfor de primære retskilder i af- handlingen er persondataforordningen og markedsføringsloven.

Persondataforordningen er en retsakt, som skaber direkte retsvirkning over for borgere og myn- digheder i EU, hvorfor forordningen ikke er implementeret i national ret.²⁹ Persondataforordnin- gen er suppleret og gennemført af reglerne i databeskyttelsesloven, hvorfor denne også anvendes

¹⁹ Den juridiske løsning, s. 14

²⁰ Den juridiske metode – en introduktion, s. 107

²¹ Retssystemet og juridisk metode, s. 179

²² Retssystemet og juridisk metode, s. 180

²³ Retssystemet og juridisk metode, s. 180

²⁴ Retssystemet og juridisk metode, s. 180

²⁵ At tænke juridisk, s. 18

²⁶ Den juridiske løsning, s. 16

²⁷ Den juridiske løsning, s. 16-17

²⁸ At tænke juridisk, s. 21, Den juridiske løsning, s. 22

²⁹ Den juridiske løsning, s. 40, Persondataret, s. 13

til belysning af gældende ret på området, jf. databeskyttelseslovens § 1. Databeskyttelsesloven skal fortolkes og være i overensstemmelse med persondataforordningen. Dette betyder konkret, at fortolkning af databeskyttelsesloven i fremtiden vil påvirkes af senere fortolkning og udfyldning af persondataforordningen, hvorfor databeskyttelsesloven er en subsidiær retskilde i forhold til persondataforordningen.³⁰ Endvidere analyseres markedsføringslovens § 10 om direkte markedsføring i forhold til, hvorvidt bestemmelsen finder anvendelse ved brug af retargeting banners.

I afhandlingen suppleres reglerne desuden af cookiebekendtgørelsen, der implementerede e-databeskyttelsesdirektivet og senere ændringer hertil for at belyse reglerne for indsamling af oplysninger via cookies.

Som ovenfor nævnt er en enkelt retskilde ikke tilstrækkelig til at belyse gældende ret. Supplerende retskilder anvendes derfor i afhandlingen, herunder lovens forarbejder. Ved forarbejder forstås det materiale, der udarbejdes i forbindelse med lovens tilblivelse, herunder blandt andet lovforslaget med bemærkninger og betænkninger.³¹ Forarbejder til markedsføringsloven og databeskyttelsesloven vil derfor benyttes til en bredere forståelse af gældende ret samt forståelse for de hensyn og afvejsninger, der lægger til grund for reglerne.

Dernæst benyttes persondataforordningens præambel til forståelse af reglernes formål og baggrund. Præambelen er en indledning til persondataforordningen, og er derfor ikke en del af selve retsakten.³² Præambelbetragtningerne er relevante, da disse beskriver baggrunden og formålet med reglerne og benyttes ofte af EU-domstolen til fortolkning og udfyldning af reglerne.³³

EU-domstolen er efter indførelsen af persondataforordningen fortsat den centrale judicielle aktør inden for persondataretten, som har afsagt væsentlige domme og svar på præjudicielle spørgsmål til fortolkning af reglerne i persondataforordningen samt e-databeskyttelsesdirektivet.³⁴ Disse er derfor særligt relevante at inddrage i afhandlingen til forståelse og fortolkning af reglerne. Det fremgår ikke af persondataforordningens præambel, hvorvidt tidligere domme, truffet under det dagældende databeskyttelsesdirektiv, fortsat er gældende. Det lægges dog til grund, at tidligere

³⁰ Databeskyttelsesret, s. 53-54

³¹ Juridisk metode, s. 87

³² Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 3

³³ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 3, Databeskyttelsesret, s. 61

³⁴ Den nye persondatarets aktører, s. 127

praksis truffet under databeskyttelsesdirektivet fortsat kan inddrages til fortolkning af reglerne, da flere af de tidligere gældende bestemmelser er medtaget i persondataforordningen.³⁵ Både nyere og ældre praksis inddrages derfor i specialet til fortolkning af reglerne.

Retspraksis udgør domme, der er afsagt af domstolene.³⁶ Domstolene er både retsskabende og lovfortolkende, således at praksis både anvendes til at forstå og forklare gældende regler, samt skabe nye regler.³⁷ Retspraksis er derfor en central kilde til forståelsen af gældende ret.

Der anvendes administrative afgørelser afsagt af Datatilsynet og Forbrugerombudsmanden til belysning af reglerne. Administrative afgørelser tillægges ikke samme retskildemæssige betydning som retspraksis, fordi de administrative afgørelser som udgangspunkt altid kan indbringes for domstolene. Administrative afgørelser kan derved underkendes og ændres.³⁸ Datatilsynet er den uafhængige myndighed, der fører tilsyn med, at reglerne om databeskyttelse overholdes, jf. databeskyttelseslovens § 27, stk. 1, hvorfor afgørelserne er en central kilde til belysning af, hvilke regler der er gældende. Det er Forbrugerombudsmandens primære opgave at føre tilsyn med at markedsføringsloven overholdes, særligt ud fra hensynet til forbrugerne, jf. markedsføringslovens § 25. Da Forbrugerombudsmanden er blevet pålagt tilsynsopgaven, vil dennes fortolkning af regler gennem afgørelser og vejledninger være normgivende i praksis.³⁹

Foruden afgørelser, har Datatilsynet udarbejdet vejledninger og udtalelser, som er relevante for forståelsen af de persondataretlige regler. Derudover fører Erhvervsstyrelsen tilsyn med overholdelse af reglerne i cookiebekendtgørelsen.⁴⁰ Erhvervsstyrelsen har udarbejdet dertilhørende vejledning, som belyser både tekniske aspekter bag anvendelsen af cookies samt forståelsen af bestemmelserne i bekendtgørelsen. Til belysning af reglerne om direkte markedsføring inddrages Forbrugerombudsmandens vejledninger. Vejledninger er ikke bindende retsregler, men tjener til at vejlede og derved til at sikre en vis ensartet praksis.⁴¹ Datatilsynet, Erhvervsstyrelsen og Forbrugerombudsmanden er uafhængige tilsynsmyndigheder i forhold til reglerne om databeskyttelse,

³⁵ Den nye persondatarets aktører, s. 131

³⁶ Den juridiske løsning, s. 55

³⁷ Retssikkerhed og juridisk metode, s. 59

³⁸ Retssystemet og juridisk metode, s. 248

³⁹ Markedsret del 2, s. 20

⁴⁰ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 5

⁴¹ Den juridiske løsning, s. 78

cookies og markedsføring, hvorfor vejledningerne er normgivende og særdeles relevante at inddrage i forhold til emnet.

Til fortolkning af persondataforordningen inddrages også Artikel 29-gruppens og Det Europæiske Databeskyttelsesråds vejledninger og udtalelser, da de tjener til forståelse af persondataforordningens formål og fortolkning af de enkelte artikler. Artikel 29-gruppen er forgænger til Det Europæiske Databeskyttelsesråd, hvor de under databeskyttelsesdirektivet udarbejdede diverse udtalelser både om forståelsen af direktivet samt besvarede specifikke spørgsmål om reglerne.⁴² Artikel 29-gruppen har endvidere udtalt sig om nogle af persondataforordningens bestemmelser efter, at denne har fundet anvendelse.⁴³ Artikel 29-gruppen er nu afløst af Det Europæiske Databeskyttelsesråd. Rådet er til for at fremme, at persondataforordningen anvendes på en ensartet måde i EU, hvor deres arbejdsopgaver blandt andet består i at udstede henstillinger, retningslinjer og praksis samt føre tilsyn med og sikre, at forordningen finder korrekt anvendelse, jf. persondataforordningens art. 70, stk. 1, litra a og e.

Der er ligeledes medtaget enkelte tyske domme, som er oversat uofficielt. Da specialet alene omhandler dansk ret, bruges disse udelukkende til at illustrere potentielle udfordringer mellem persondata- og markedsføringsretten.

Endeligt inddrages juridisk litteratur. Den juridiske litteratur anvendes i afhandlingen, da denne bidrager til fortolkning og forståelse af gældende regler. Der er en diskussion i retsteorien om, hvorvidt juridisk litteratur anses som en retskilde.⁴⁴ Der er dog ofte bred enighed blandt juridiske forfattere om, at juridisk litteratur ikke anses for at være en retskilde.⁴⁵ Dette er blandt andet begrundet i, at forfattere ikke kan skabe ret samt, at den juridiske litteratur ikke i sig selv kan anvendes som hjemmel til at træffe afgørelser i praksis.⁴⁶ Dog kan litteraturen tjene til inspiration og fortolkning af gældende regler samt påvirke retsanvendere i praksis og derved gældende ret.⁴⁷ Juridisk litteratur kan indeholde relevante retlige argumenter fra teoretikere og praktikere samt

⁴² Den nye persondatarets aktører, s. 102

⁴³ Den nye persondatarets aktører, s. 102

⁴⁴ Retssystemet og juridisk metode, s. 267, Den juridiske metode – en introduktion, s. 166, Den juridiske løsning, s. 74, Retssikkerhed og juridisk metode, s. 76

⁴⁵ Den juridiske metode – en introduktion, s. 166, Den juridiske løsning, s. 74, Retssikkerhed og juridisk metode, s. 76

⁴⁶ Retssikkerhed og juridisk metode, s. 76, Den juridiske løsning, s. 74

⁴⁷ Retssikkerhed og juridisk metode, s. 76, Den juridiske løsning, s. 74

videnskabelige resultater.⁴⁸ Ligeledes kan den juridiske litteratur bidrage til at systematisere og analysere gældende regler på de forskellige retsområder.⁴⁹ Det er derfor relevant at inddrage den juridiske litteratur, da litteraturen blandt andet ofte tages i betragtning, når der træffes afgørelser i forskellige instanser, til fortolkning af gældende ret samt ved udformningen af nye regler.⁵⁰

1.7.2 Øvrige kilder

Der inddrages i øvrigt litteratur om digital markedsføring i afhandlingen. Litteraturen om digital markedsføring inddrages kun til forståelse og beskrivelse af de tekniske aspekter bag retargeting banners, og anvendes derfor som supplerende litteratur.

1.8 Opbygning af specialet

Specialet opdeles i 5 kapitler samt en konklusion. Grundlaget for specialet er introduceret i nærværende kapitel 1 ved gennemgang af blandt andet emnevalg, problemformulering, afgrænsning og metode.

De resterende kapitler tager sigte på at besvare problemformuleringen og fastlægge gældende ret for retargeting banners ved anvendelsen af cookies. I kapitel 2 og 3 beskrives og analyseres henholdsvis reglerne om cookies og persondataret. I kapitel 4 beskrives og analyseres, hvorvidt retargeting banners er omfattet af markedsføringslovens § 10 om direkte markedsføring. I kapitel 5 analyseres og diskuteres sammenhængen mellem persondata- og markedsføringsretten.

Endeligt konkluderes der på den fremsatte problemformulering.

⁴⁸ Den juridiske løsning, s. 74

⁴⁹ Retssikkerhed og juridisk metode, s. 76

⁵⁰ Retssystemet og juridisk metode, s. 267

Kapitel 2 – Indsamling af oplysninger

Der findes forskellige teknologier, der kan benyttes til at indsamle oplysninger om internetbrugere via internettet. Som nævnt i afsnit 1.4 kan sådanne teknologier være indsamling ved brug af systemer, der optager internetbrugernes samtaler såsom Apples funktion "Siri", køb af allerede indsamlede oplysninger for eksempel gennem Google, udtræk af personoplysninger såsom blandt andet mailadresser fra LinkedIn eller indsamling af oplysninger via cookies.

Specialet er afgrænset til at omhandle indsamling af oplysninger via cookies. Derfor beskrives i det følgende teknologien bag cookies, de forskellige former for cookies og til hvilke formål de typisk anvendes. Dernæst beskrives og analyseres reglerne i cookiebekendtgørelsen, da anvendelsen af cookies skal ske i overensstemmelse hermed.

2.1 Indledende om cookies

Cookies er betegnelsen for en datafil eller tekstfil, der afsættes på en internetbrugers computer, tablet eller anden elektronisk enhed, når internetbrugeren blandt andet søger på internettet.⁵¹ Der kan således lagres en eller flere cookies direkte på internetbrugers elektroniske enhed, når en internetbruger besøger en hjemmeside, hvorefter den/de lagrede cookies transmitterer oplysninger blandt andet om internetbrugers online adfærd til hjemmesidens/tredjepartens server. Cookies er tilknyttet domænet fra den part, der har lagret cookies på internetbrugers elektroniske enhed, hvorfor den/de lagrede cookies som udgangspunkt kun kan læses, ændres eller på anden vis modificeres af den hjemmeside, der tilhører samme domæne.⁵²

Både virksomheder, offentlige myndigheder og lignende kan lagre cookies på en internetbrugers enhed. I det følgende anvendes begreberne *hjemmesider* og *tredjeparter* som en samlet betegnelse for fysiske og juridiske personer, der lagrer oplysninger eller opnår adgang til allerede lagrede oplysninger i en slutbrugers terminaltudstyr.

Den lagrede cookie er forbundet til selve den elektroniske enhed, hvorpå den er lagret og ikke den konkrete internetbruger. Såfremt flere internetbrugere benytter den pågældende enhed, skelnes

⁵¹ Dansk handelsret, s. 230, Digital marketing og markedskommunikation, s. 213, Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 1.

⁵² Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet, s. 6

der ikke mellem dem, og der indsamles oplysninger om alle de pågældendes færden online.⁵³ Når en internetbruger klikker ind på en hjemmeside lagres der typisk en cookie på internetbrugerens enhed, hvorefter der ofte lagres yderligere cookies, hvis internetbrugeren klikker videre på hjemmesidens undersider.⁵⁴ Det er desuden forskelligt, hvor lang tid cookies er lagret på internetbrugerens enhed, hvorfor nogle slettes straks og andre lagres i flere år.⁵⁵

Cookies anvendes til at indsamle forskellige oplysninger om internetbrugeren, herunder kunde-data, brugerindstillinger, hvilke hjemmesider internetbrugeren besøger og hvilke produkter denne viser interesse for eller køber; derved internetbrugerens online adfærd og færden.⁵⁶

Ved anvendelsen af cookies muliggør det blandt andet genkendelse af internetbrugeren, hvis denne vender tilbage til den pågældende side på et senere tidspunkt.⁵⁷ Desuden lagres cookies også ofte i praksis på en internetbrugers enhed for at målrette ydelser og markedsføring i kommercielt øjemed.⁵⁸

Cookies opdeles typisk i to typer; førsteparts-cookies og tredjeparts-cookies.⁵⁹ Førsteparts-cookies er lagret af den hjemmeside, som internetbrugeren besøger. Disse benyttes ofte til at højne funktionaliteten på en hjemmeside for eksempel ved, at internetbrugeren forbliver logget ind eller ved at vise populære varer og artikler, som andre har interesseret sig for.⁶⁰ Førstepartscookies anvendes således primært til at forbedre brugeroplevelsen for internetbrugeren, når en hjemmeside besøges.

Der anvendes ofte tredjeparts-cookies blandt andet i forbindelse med adfærdsbaseret annoncering, herunder retargeting banners.⁶¹ Ved tredjeparts-cookies er det ikke den hjemmeside der besøges, som lagrer cookies på internetbrugerens enhed, men en tredjepart.⁶² Tredjeparten har derfor typisk opnået adgang til at lagre cookies på internetbrugerens enhed gennem en anden

⁵³ Digital marketing og markedskommunikation, s. 213

⁵⁴ Digital marketing og markedskommunikation, s. 213

⁵⁵ Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet, s. 6

⁵⁶ Dansk markedsret, s. 230, Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 1, Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 3

⁵⁷ Dansk markedsret, s. 230

⁵⁸ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 1

⁵⁹ Digital marketing og markedskommunikation, s. 214

⁶⁰ Digital marketing og markedskommunikation, s. 213

⁶¹ Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet, s. 6

⁶² Digital marketing og markedskommunikation, s. 214

hjemmeside, som herefter indsamler oplysninger om internetbrugerens online adfærd. Når tredjepartscookies blandt andet anvendes til adfærdsbaseret annoncering, gør det tredjeparten i stand til at genkende internetbrugeren, når denne vender tilbage til den pågældende hjemmeside, eller når internetbrugeren anvender andre hjemmesider, som tredjeparten har indgået partnerskab med.⁶³

Første- og tredjepartscookies inddeles i fire typer alt efter, hvilket formål de anvendes til: markedsføringscookies, personaliserede cookies, statistikcookies og tekniske cookies.

Statistikcookies anvendes til at indsamle statistik og benyttes ofte til optimering og forbedring af hjemmesider, herunder hjemmesidens brugervenlighed og effektivitet.⁶⁴ Dette betyder, at der ikke indsamles oplysninger om den konkrete internetbrugers online adfærd, men i stedet generelle oplysninger som for eksempel besøgstal på den pågældende hjemmeside eller, hvor lang tid internetbrugeren anvender hjemmesiden.⁶⁵

Oplysninger indsamles ofte til brug for målrettet markedsføring i kommercielt øjemed eller til at personalisere indholdet på en hjemmeside, således at der kun vises relevant indhold, som internetbrugeren tidligere har vist interesse for. Disse kaldes markedsføringscookies og personaliserede cookies. Begge former benyttes ved anvendelse af en såkaldt trackingcookie.⁶⁶ Disse former for cookies indsamler oplysninger om internetbrugerens online adfærd og færden, herunder hvilke hjemmesider internetbrugeren besøger, hvad internetbrugeren søger efter på internettet samt hvad internetbrugeren viser interesse for.⁶⁷

Endeligt kan der anvendes tekniske cookies for, at en hjemmeside teknisk fungerer optimalt og korrekt. Disse cookies er derfor en nødvendighed og anvendes ikke til andet end at opretholde hjemmesidens funktionalitet. Anvendelse af tekniske cookies kan for eksempel medvirke til, at en internetbruger forbliver logget ind på hjemmesiden og eventuelt husker loginoplysninger til

⁶³ Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet, s. 6

⁶⁴ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 2

⁶⁵ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 2

⁶⁶ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 3, Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet, s. 6

⁶⁷ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 3

senere brug, når denne søger videre på internettet. De kan også anvendes til, at internetbrugerens varer forbliver i indkøbskurven, mens denne klikker videre på hjemmesiden.⁶⁸

2.2 Cookiebekendtgørelsen

Når en hjemmeside eller en tredjepart anvender cookies til indsamling af en internetbrugers oplysninger, skal dette ske i overensstemmelse med reglerne i cookiebekendtgørelsen. Cookiebekendtgørelsen regulerer selve indsamlingen af oplysninger fra en slutbrugers terminaludstyr.⁶⁹ Begrebet *terminaludstyr* omfatter elektroniske enheder såsom en computer, smartphone eller lignende enheder. Ved en *slutbruger* forstås en bruger af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester såsom internettet, som ikke stiller de pågældende tjenester til rådighed for andre i kommercielt øjemed, jf. cookiebekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 2. En slutbruger kan eksempelvis være en internetbruger som opstillet i eksemplet i afsnit 1.6.

Cookiebekendtgørelsen omfatter ikke kun lagring af cookies, men også anden lignende teknologi såsom Web Beacons, HTML5 Local Storage og Flash Local Shared Objects.⁷⁰

Cookiebekendtgørelsen er resultatet af en implementering af e-databeskyttelsesdirektivet, herunder senere ændringer til forskriften. Cookiebekendtgørelsens formål er at beskytte mod, at slutbrugere udsættes for uretmæssig lagring af oplysninger samt adgang til allerede lagrede oplysninger i dennes terminaludstyr, jf. cookiebekendtgørelsens § 1.

Det bemærkes, at der som følge af indførelsen af persondataforordningen er ved at blive udarbejdet en ny forordning, som skal erstatte e-databeskyttelsesdirektivet. Når der indføres en forordning som erstatning for det hidtil gældende direktiv, skaber dette et supplement til reglerne i persondataforordningen, som vil bidrage til en mere ensartet beskyttelse, da denne ligeså vil have direkte virkning overfor borgere i EU.

2.2.1 Samtykkekravet

Der stilles som udgangspunkt et krav om, at slutbrugeren skal give sit samtykke, hvis fysiske eller juridiske personer lagrer oplysninger eller opnår adgang til allerede lagrede oplysninger i en slutbrugers terminaludstyr, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1. Dette kan for eksempel være en

⁶⁸ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 2

⁶⁹ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 5

⁷⁰ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 232

hjemmeside, der lagrer en cookie på internetbrugerens computer for at indsamle oplysninger til statistik.

Samtykkekravet gælder også, hvis en tredjepart lagrer oplysninger eller opnår adgang til allerede lagrede oplysninger i en slutbrugers terminaludstyr, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1. En tredjepart er enhver fysisk eller juridisk person, som lagrer eller opnår adgang til allerede lagrede oplysninger via en anden hjemmeside end den, som tredjeparten selv udbyder, jf. cookiebekendtgørelsen § 2, stk. 1, nr. 7. Et eksempel herpå kan være et reklamenetværk, der får adgang til at lagre cookies via en anden hjemmeside end den, som reklamenetværket selv udbyder, således at reklamenetværket kan følge slutbrugerens adfærd online, og herefter målrette markedsføring til internetbrugeren.

Samtykket skal være en frivillig, specifik og informeret viljetilkendegivelse fra slutbrugeren, jf. cookiebekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 8. Cookiebekendtgørelsen implementerede e-databeskyttelsesdirektivet i dansk ret, som henviser til samtykkekravet i dagældende databeskyttelsesdirektiv, jf. e-databeskyttelsesdirektivets art. 2, litra f. Da databeskyttelsesdirektivet er erstattet af persondataforordningen udledes det, at samtykkekravet i cookiebekendtgørelsen, skal fortolkes i overensstemmelse med persondataforordningens art. 4, nr. 11.⁷¹ Samtykket er derfor skærpet i den forstand, at der også skal være tale om en *utvetydig viljetilkendegivelse*, hvorfor der ikke må være tvivl om, at der er givet samtykke.

Slutbrugeren skal således på frivillig, specifik, informeret og utvetydig vis indvillige i og give sin viljetilkendegivelse til, at der lagres oplysninger eller opnås adgang til allerede lagrede oplysninger fra en hjemmeside eller en tredjepart i dennes computer, smartphone eller lignende, jf. cookiebekendtgørelsen § 2, stk. 1, nr. 8. Da samtykkekravet i cookiebekendtgørelsen mere eller mindre svarer til samtykket i persondataforordningens art. 4, nr. 11, uddybes kravene til *frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljetilkendegivelse* nedenfor i afsnit 3.4.1.

⁷¹ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 5

Slutbrugerens samtykke skal gives inden en hjemmeside eller en tredjepart anvender cookies til indsamling af oplysninger.⁷² Det er endvidere også et krav, at samtykket skal være knyttet til det angivne formål, hvortil oplysningerne indsamles.⁷³

Der skal indhentes et samtykke fra slutbrugeren, hvis formålet med indsamlingen af oplysningerne er til statistik, markedsføring eller for at personalisere indholdet, der vises på hjemmesiden.⁷⁴ Der er en undtagelse til samtykkekravet, såfremt formålet med anvendelsen af cookies kun er til tekniske nødvendige formål.⁷⁵

I forbindelse med retargeting banners anvendes markedsføringscookies, samt typisk tredjeparts-cookies. Det er derfor et krav, at en hjemmeside eller en tredjepart indhenter et samtykke fra slutbrugeren, når der lagres oplysninger eller opnås adgang til allerede lagrede oplysninger i slutbrugers elektroniske enhed, når indsamlingen af oplysninger sker til brug for retargeting banners, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1.

2.2.2 Informationskravet

Slutbrugeren skal forinden denne giver samtykke have modtaget fyldestgørende information om lagringen eller den opnåede adgang til allerede lagrede oplysninger, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1.

Der stilles flere minimumskrav til den information, der skal oplyses til slutbrugeren, inden denne afgiver sit samtykke. Informationen skal være udformet i et klart, præcist og letforståeligt sprog samt indeholde oplysninger om, hvad formålet er med selve lagringen eller adgangen til allerede lagrede oplysninger, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 1 og 2. Slutbrugeren skal derfor gøres bekendt med, hvad formålet med at lagre cookies er, så denne er klar over, hvad der sker såfremt der afgives samtykke. Dernæst skal informationen indeholde oplysninger, der identificerer enten den hjemmeside eller den tredjepart, der anvender, foranstalter og lagrer cookies, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 2 nr. 3.

⁷² Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 1.

⁷³ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 4

⁷⁴ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 2

⁷⁵ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 1

Det skal dernæst være muligt for slutbrugeren at afvise at afgive samtykke til lagring af cookies samt være muligt senere at tilbagekalde det afgivne samtykke, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 4. Informationen skal derfor også indeholde en klar, præcis og let forståelig vejledning til slutbrugeren om, hvordan denne anvender muligheden for at afvise at give sit samtykke eller muligheden for senere at tilbagekalde et allerede givent samtykke, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 4.

Endeligt skal informationen være umiddelbart tilgængelig for slutbrugeren ved at blive meddelt denne samlet og tydeligt, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 5. Det er herunder også et krav, at informationen direkte og tydeligt skal være vedvarende tilgængelig for slutbrugeren på den tjeneste, der benyttes, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 5, 2. pkt. Det er derfor et krav, at det tydeligt og vedvarende fremgår af en hjemmeside, hvorvidt der benyttes cookies og hvilke formål disse anvendes til.

Retsvirkningen af at de forskellige informationskrav ikke er opfyldt er, at slutbrugers samtykke ikke er gyldigt, hvorfor hjemmesider eller tredjeparter ikke må lagre cookies, eller opnå adgang til allerede lagrede cookies på slutbrugers enhed, såfremt der ikke er givet fyldestgørende information, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1.

2.3 Cookiebannere

Der er ikke formkrav i forhold til, hvorledes et samtykke til lagring af oplysninger skal indhentes. Som illustreret i eksemplet i afsnit 1.6 anvendes i praksis ofte et såkaldt cookiebanner til at oplyse slutbrugeren om brugen af cookies på hjemmesiden. Disse anvendes således ofte for, at hjemmesider eller tredjeparter overholder reglerne i cookiebekendtgørelsen om informeret samtykke, hvor internetbrugeren kan acceptere eller afvise brugen af cookies via cookiebanneret.⁷⁶ Cookiebanneret indeholder ofte, hvilke oplysninger der indsamles og til hvilke formål samt en henvisning til hjemmesidens generelle cookiepolitik – hvorefter slutbrugeren kan vælge at acceptere eller afvise enkelte eller alle anvendte cookies.

⁷⁶ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 4

2.4 Aktiv handling og funktionsvarighed

EU-domstolen afsagde den 1. oktober 2019 dom, hvor den tyske forbundsdomstol i 2017 anmodede om svar på flere præjudicielle spørgsmål vedrørende samtykke- og informationskravet i forhold til cookies.⁷⁷ Baggrunden for de stillede spørgsmål opstod i forbindelse med en sag, hvor virksomheden Planet49 indhentede samtykke til brug for markedsføringscookies fra internetbrugere, der ønskede at deltage i deres salgsfremmende konkurrence ved hjælp af et allerede forhåndsafkrydset felt på hjemmesiden.

Det blev i sagen fastslået ved en fortolkning af begrebet samtykke i e-databeskyttelsesdirektivets art. 2, litra f og art. 5, stk. 3, sammenholdt med dagældende databeskyttelsesdirektiv art. 2, litra h og med persondataforordningens art. 4, nr. 11 og art. 6, stk. 1, litra a, at internetbrugers informerede samtykke kræver en aktiv handling, hvorfor et forhåndsafkrydset felt ikke udgør et gyldigt samtykke til anvendelsen af cookies.⁷⁸ Dette blev blandt andet begrundet i en ordlydsfortolkning af ordene *givet sit samtykke* i art. 5, stk. 3 i e-databeskyttelsesdirektivet, hvor det blev udledt, at en handling fra internetbrugeren er nødvendig.⁷⁹ Ydermere blev dette understøttet af en fortolkning af kravet til samtykke om *viljetilkendegivelse*, hvorefter EU-domstolen udledte, at der skal udvises en aktiv adfærd fra internetbrugeren og ikke en passiv.⁸⁰ EU-domstolen lagde endvidere vægt på, at det nu er udtrykkeligt fastsat, at der kræves et aktivt samtykke, hvorunder det udelukkes, at et aktivt samtykke kan indhentes via forudafkrydsede felter og inaktivitet, jf. persondataforordningens præambelbetragtning nr. 32.⁸¹

På baggrund af dommen har Erhvervsstyrelsen ændret sin praksis. Tidligere var det muligt for hjemmesider, at internetbrugers samtykke blandt andet gyldigt kunne gives ved at oplyse internetbrugeren om, at denne accepterede brug af cookies ved blot at anvende hjemmesiden.⁸² Såfremt en internetbruger klikkede videre på hjemmesidens forside eller undersider accepterede internetbrugers lagring af cookies. Denne metode, til at indhente samtykke, anses ikke længere for internetbrugers aktive og specifikke samtykke. Der er derfor hverken givet gyldigt samtykke fra

⁷⁷ C-673/17 Planet49

⁷⁸ C-673/17 Planet49, præmis 82, nr. 1

⁷⁹ C-673/17 Planet49, præmis 49

⁸⁰ C-673/17 Planet49, præmis 52

⁸¹ C-673/17 Planet49, præmis 62

⁸² Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 3

internetbrugeren, hvis denne accepterer cookies blot ved brug af hjemmesiden eller, hvis cookies accepteres ved hjælp af forhåndsafkrydsede tekstbokse. Kravene til internetbrugers samtykke er derfor skærpet efter dommens afsigelse, således at internetbrugeren skal foretage en aktiv handling, før det er muligt for hjemmesider og tredjeparter at lagre cookies på internetbrugers enhed til indsamling af oplysninger.

Det blev endvidere fastlagt i dommen at den information, der gives til internetbrugeren også skal indeholde oplysninger om de lagrede cookies funktionsvarighed.⁸³ Dette betyder, at det også er et informationskrav, at der skal oplyses en slutdato for, hvor længe cookies indsamler oplysninger på slutbrugers udstyr.

Det er derfor vigtigt, at en hjemmeside eller tredjepart også overholder disse krav, foruden de opstillede regler i cookiebekendtgørelsen, i forbindelse med indsamling af oplysninger via cookies til brug for retargeting banners.

⁸³ C-673/17 Planet49, præmis 82, nr. 3

Kapitel 3 – Persondataret

Når en hjemmeside eller en tredjepart anvender cookies til indsamling af oplysninger, indsamles og registreres ofte flere oplysninger end dem, der er omfattet af cookiebekendtgørelsen.⁸⁴ Dette kan for eksempel være oplysninger såsom den registreredes IP-adresse, mailadresse eller detaljerede oplysninger om den registreredes online adfærd. Oplysningerne kan i den forbindelse således også være omfattet af databeskyttelsesreglerne, som regulerer enhver behandling af personoplysninger. Desuden skal enhver form for viderebehandling af personoplysningerne, der er indsamlet, ske i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne. Hjemmesider og tredjeparter skal derfor oftest i praksis forholde sig til og handle i overensstemmelse med både cookiebekendtgørelsen og databeskyttelsesreglerne.

I det følgende beskrives og analyseres de databeskyttelsesretlige regler i forbindelse med indsamling og behandling af oplysninger via cookies til brug for retargeting banners. Herunder behandles de grundlæggende principper, der skal overholdes, hvorvidt der er tale om personoplysninger ved indsamling af oplysninger via cookies til brug for retargeting banners samt hvilke hjemler, der kan anvendes til behandlingen. Desuden beskrives og analyseres rollefordelingen mellem dataansvarlige og databehandlere, samt hvilke rettigheder den registrerede har i forbindelse med behandlingen.

I det følgende anvendes begrebet *dataansvarlig*, om den der afgør til hvilke formål og med hvilke hjælpemidler, der må foretages behandling af personoplysninger, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 7

Begrebet *databehandler* anvendes om den, der behandler personoplysninger på den eller de dataansvarliges vegne, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 8.

Endeligt anvendes begrebet *den registrerede* om den identificerede eller identificerbare fysiske person, der behandles personoplysninger om, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 4.

3.1 Indledende om persondataforordningen og databeskyttelsesloven

Som tidligere nævnt fandt persondataforordningen anvendelse fra den 25. maj 2018, jf. persondataforordningens art. 99, stk. 2. Forordningen skaber et ensartet regelsæt for medlemsstater i EU,

⁸⁴ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 3

og er blandt andet til for at sikre et ensartet niveau af beskyttelse ved behandling af fysiske persons oplysninger samt for at fjerne hindringerne for fri udveksling af samme.⁸⁵ Forordningen er almengyldig og bindende, således at den gælder for alle medlemsstater i EU, og kan eller skal derfor ikke implementeres i national ret.⁸⁶ Persondataforordningen overlader det i visse tilfælde til national ret at indføre eller opretholde mere specifikke bestemmelser med henblik på at overholde persondataforordningen. Databeskyttelsesloven supplerer og gennemfører derfor persondataforordningen i dansk ret, jf. databeskyttelseslovens § 1, stk. 1.

Persondataforordningen er udformet teknologineutralt, hvorfor der ikke er bestemmelser i persondataforordningen eller databeskyttelsesloven, der direkte regulerer behandling af oplysninger via internettet.⁸⁷ Derfor finder reglerne anvendelse, når der er tale om personoplysninger uafhængigt af, hvordan oplysningerne indsamles.

3.1.1 Materielt anvendelsesområde

Persondataforordningen finder anvendelse på *”behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af automatisk databehandling og på anden manuel behandling, der er eller vil blive indeholdt i et register”*, jf. persondataforordningens art. 2, stk. 1.

Ved *automatisk* behandling forstås elektronisk behandling af personoplysninger, hvor behandling via IT-systemer og internettet er omfattet.⁸⁸ Hvis der indsamles og behandles personoplysninger via cookies, er dette derfor omfattet af begrebet automatisk behandling.

Ved begrebet *behandling* forstås de aktiviteter, som personoplysninger eller en samling heraf gøres til genstand for, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 2. Aktiviteterne kan blandt andet bestå i indsamling, registrering, opbevaring eller videregivelse ved transmission af oplysningerne, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 2.

Persondataforordningen finder desuden kun anvendelse, hvis personoplysningerne er eller vil blive indeholdt i et register.⁸⁹ Et register er i persondataforordningen defineret som: *”enhver struktureret samling af personoplysninger, der er tilgængelig efter bestemte kriterier, hvad enten*

⁸⁵ Præambelbetragtning nr. 10

⁸⁶ Kend databeskyttelsesreglerne, s. 16

⁸⁷ Præambelbetragtning nr. 15

⁸⁸ Betænkning nr. 1565, s. 31

⁸⁹ Præambelbetragtning nr. 15

denne samling er placeret centralt eller decentralt eller er fordelt på funktionsbestemt eller geografisk grundlag", jf. persondataforordningens art. 4, nr. 6. I forbindelse med retargeting banners lagres og gemmes oplysninger om den registrerede på en hjemmeside eller tredjeparts server eller lignende, hvorfor oplysningerne er eller vil blive indeholdt i et register.

Hvorvidt der er tale om *personoplysninger* i persondataforordningens forstand behandles i afsnit 3.2.

Der er herudover oplistet flere undtagelser i persondataforordningen, hvor reglerne ikke finder anvendelse, selvom der er tale om behandling af personoplysninger. De undtagne aktiviteter er blandt andet, hvis aktiviteterne falder uden for EU-retten eller hvis aktiviteterne foretages som led i efterforskning og forebyggelse af strafbare handlinger, jf. persondataforordningens art. 2, litra a og d.

Dernæst er behandlingen undtaget, hvis indsamlingen sker som led i personlige eller familiemæssige aktiviteter, som foretages af en fysisk person, jf. persondataforordningens art. 2, litra c. I den forbindelse sker indsamlingen privat og ikke i forbindelse med erhvervsmæssig eller kommercielt øjemed. Dette omfatter også netværks- og onlineaktiviteter af ren personlig eller familiemæssig karakter.⁹⁰

3.1.2 Territorialt anvendelsesområde

Desuden defineres persondataforordningens geografiske anvendelsesområde i art. 3. Reglerne finder således anvendelse, hvis en dataansvarlig eller en databehandler er etableret i EU og behandlingen foretages for denne, uanset om aktiviteten sker i EU eller ej, jf. persondataforordningens art. 3, stk. 1. Hvis en dansk virksomhed benytter en databehandler uden for EU, skal personoplysningerne derfor stadig behandles i overensstemmelse med reglerne i persondataforordningen.⁹¹

Dernæst finder persondataforordningen anvendelse, hvis den registrerede er bosat i EU, og den dataansvarlige eller databehandleren er etableret uden for EU, når aktiviteterne sker i forbindelse med udbud af varer og tjenester eller overvågning af den registreredes adfærd, når adfærden finder sted inden for EU, jf. persondataforordningens art. 3, stk. 2, litra a og b.

⁹⁰ Præambelbetragtning nr. 18

⁹¹ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 46

Overvågning af den registreredes adfærd omfatter blandt andet sporing af fysiske personer online via internettet. Sporingen gør det muligt for en dataansvarlig at profilere personer, hvorved der for eksempel skabes person- eller brugerprofiler om den pågældende fysiske person, så den dataansvarlige eller databehandleren kan analysere, forudsige eller træffe beslutninger om personens præferencer eller adfærd.⁹² Herunder omfattes adfærdsbaseret annoncering online, hvorfor reglerne også gælder, selvom den dataansvarlige eller databehandleren er etableret uden for EU, og disse indsamler personoplysninger om en internetbrugers aktiviteter i EU til brug for retargeting banners.⁹³

3.2 Personoplysninger

Personoplysninger defineres i persondataforordningen som ”*enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person*”, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 1. Definitionen af personoplysninger skal fortolkes bredt, da *enhver form for information* omfatter mere eller mindre alle oplysninger om en person, der direkte eller indirekte kan identificeres navnlig ved en identifikator, og som ikke er personfølsomme oplysninger jf. persondataforordningens art. 4, nr. 1, jf. art. 9, stk. 1.⁹⁴

For at oplysninger kan kategoriseres som personoplysninger, skal der således være tale om: 1) enhver form for information *om* en fysisk person 2) den fysiske person skal være *identificeret eller identificerbar*, navnlig ved en identifikator, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 1.

Ifølge Artikel 29-gruppen kan der være tale om oplysninger *om* en fysisk person, såfremt der blandt andet foreligger et indholdselement eller et formålselement.⁹⁵ Elementerne er ikke kumulative, hvorfor der er tale om oplysninger *om* en fysisk person, hvis et af elementerne er til stede.

Indholdselementet er til stede, når der er tale om oplysninger, der *vedrører* en bestemt person.⁹⁶ Et eksempel på oplysninger der *vedrører* en bestemt person, kan være hvor en virksomhed fører et kunderegister, hvorunder der er oplysninger under en bestemt kundes navn for eksempel om dennes egenskaber eller adfærd – dette vil uden tvivl kategoriseres som oplysninger *om* den

⁹² Præambelbetragtning nr. 24

⁹³ Guidelines 3/2018, s. 20

⁹⁴ Udtalelse om personoplysninger, s. 6

⁹⁵ Udtalelse om personoplysninger, s. 10

⁹⁶ Udtalelse om personoplysninger, s. 10

pågældende person.⁹⁷ Ved retargeting banners er de indsamlede oplysninger ofte om internetbrugerens egenskaber eller online adfærd, som er oplysninger, der *vedrører* den pågældende person. Der vil derfor ofte foreligge et indholdselement, når der indsamles oplysninger til brug for retargeting banners.

Et formålselement foreligger: *"når oplysningerne bruges til eller kan blive brugt med det formål at vurdere en person, behandle denne på en bestemt måde eller påvirke dennes status eller adfærd"*.⁹⁸ Når hjemmesider eller tredjeparter indsamler oplysninger om en persons adfærd via internettet samt andre onlineidentifikatorer og kombinerer disse, kan oplysningerne derved anvendes til det formål at vurdere en person, behandle denne på en bestemt måde eller at påvirke dennes adfærd. Der vil derfor ofte foreligge et formålselement, når der indsamles og behandles oplysninger om en person via internettet.⁹⁹ Indsamling af oplysninger via internettet kategoriseres derfor ofte, ifølge Artikel 29-gruppen, som oplysninger *om* en fysisk person.

Når en hjemmeside markedsfører sig via retargeting banners indsamles oplysninger om internetbrugerens adfærd, hvorefter disse kombineres og evt. skabes brugerprofiler. Efterfølgende anvendes oplysningerne til at vise annoncer med internetbrugerens uafsluttede køb eller andet denne har vist interesse for. De indsamlede oplysninger anvendes derfor til det formål at vurdere internetbrugeren, behandle denne på en bestemt måde og påvirke dennes adfærd for eksempel ved, at få internetbrugeren til at vende tilbage til hjemmesiden og købe de pågældende produkter. Der vil derfor som udgangspunkt foreligge et formålselement ved anvendelse af retargeting banners.

Ved markedsføringsformen retargeting banners er der derfor oftest tale om indsamling og behandling af oplysninger *om* en bestemt person.

Denne vurdering understøttes af Artikel-29 gruppens udtalelse om adfærdsbaseret annoncering, hvor det fremgår: *"De oplysninger, der indsamles i forbindelse med adfærdsbaseret annoncering vedrører (dvs. handler om) en persons egenskaber eller adfærd, og de bruges til at påvirke lige netop den pågældende person."*¹⁰⁰

⁹⁷ Udtalelse om personoplysninger, s. 10

⁹⁸ Udtalelse om personoplysninger, s. 11

⁹⁹ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 4

¹⁰⁰ Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet, s. 9

I kravet om *identificeret eller identificerbar* udledes, at en bestemt person skal kunne skelnes fra en gruppe; altså identificeres. Identificeringen sker direkte eller indirekte navnlig via identifikatorer, der defineres som data, som identificerer den fysiske person, herunder for eksempel særlige elementer om dennes fysiske, genetiske eller sociale identitet samt for eksempel personens navn, dennes identifikationsnummer, personens lokalisering eller en onlineidentifikator, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 1.

Når der er tale om indsamling af oplysninger via internettet, kan personer typisk identificeres via onlineidentifikatorer, såsom IP-adresser, mailadresser eller en kombination af internetbrugerens online adfærd. Identifikatorerne indhentes via personens elektroniske enheder og applikationer, herunder computere, tablets og smartphones.¹⁰¹ De indsamlede oplysninger er ofte forskelligartede, hvorfor de både kan indeholde oplysninger om den fysiske persons elektroniske udstyr såsom skærmindstillinger, sprog og plug-ins samt oplysninger om den enkelte persons online færden i form af interesseområder, lokaliseringsdata og tidspunkt for besøg på diverse hjemmesider.¹⁰²

Det er ikke ensbetydende med, at hjemmesider eller tredjeparter behandler eller indsamler personoplysninger blot ved at indsamle en enkelt oplysning om en internetbruger.¹⁰³ Som ovenfor anført indsamles dog ofte flere forskelligartede oplysninger om den fysiske person i praksis, som hjemmesider eller tredjeparter kan kombinere og derved danne en profil om den fysiske person, såkaldt profilering.¹⁰⁴ I persondataforordningen defineres profilering som: *”enhver form for automatisk behandling af personoplysninger, der består i at anvende personoplysninger til at evaluere bestemte personlige forhold vedrørende en fysisk person, navnlig for at analysere eller forudsige forhold for eksempel om dennes personlige præferencer, interesser og adfærd”*, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 4.

En kombination af de indsamlede oplysninger eller en profilering gør det ofte muligt at identificere en bestemt fysisk person, hvorfor der sker behandling af personoplysninger, også selvom personen eksempelvis ikke er angivet ved navn, identifikationsnummer eller anden faktor. Der kan

¹⁰¹ Præambelbetragtning nr. 30

¹⁰² Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 4

¹⁰³ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 4

¹⁰⁴ Præambelbetragtning nr. 30

således også være tale om personoplysninger, selvom en udefrakommende ikke kan identificere den pågældende person.

Endvidere har Datatilsynet udtalt, at der ofte er tale om behandling af personoplysninger, når hjemmesider eller tredjeparter registrerer oplysninger om fysiske personer, dog med forbehold for en konkret vurdering.¹⁰⁵

Det skal vurderes konkret i hvert tilfælde, hvorvidt der er tale om personoplysninger, når der indsamles og behandles oplysninger om en person via cookies til brug for retargeting banners. Vurderingen vil dog oftest resultere i, at der er tale om behandling og indsamling af personoplysninger, da oplysningerne typisk vil være oplysninger *om* den fysiske person, såsom den registreredes egenskaber eller online adfærd. Dernæst kombineres de indsamlede oplysninger, og oftest sker der en profilering af den fysiske person på baggrund af oplysningerne. Kombinationen af oplysningerne og en evt. profilering gør det således muligt at udpege den enkelte person, hvorved der sker eller kan ske identificering af den fysiske person. Endvidere indsamles sjældent kun én oplysning om en fysisk person til brug for retargeting banners, da selve teknologien baseres på brugerens generelle og specifikke online adfærd. Persondataforordningen skal derfor som udgangspunkt anvendes og overholdes i forbindelse med indsamling og behandling af oplysninger via cookies til brug for retargeting banners, da der sjældent indsamles oplysninger, der ikke kan kategoriseres som personoplysninger.

3.2.1 Følsomme personoplysninger

Personoplysninger opdeles i almindelige oplysninger og følsomme oplysninger. Det fremgår af art. 9, stk. 1 i persondataforordningen, hvilke oplysninger der kategoriseres som følsomme. Listen er udtømmende, hvorfor alle andre personoplysninger er almindelige oplysninger. Som udgangspunkt er der forbud mod at behandle følsomme personoplysninger, medmindre der er hjemmel til behandlingen i persondataforordningens art. 9, stk. 2.

Ifølge persondataforordningens art. 9, stk. 1 er følsomme personoplysninger oplysninger: *”om race eller etnisk oprindelse, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssigt tilhørsforhold, genetiske data, biometriske data med det formål entydigt at identificere en fysisk*

¹⁰⁵ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 5

person, helbredsoplysninger eller oplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering”.

Personoplysningerne er følsomme, da de medfører en større risiko for den registreredes grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Oplysningerne nyder derfor specifik beskyttelse, hvorfor kravene til behandlingen er skærpet.¹⁰⁶

Der kan være tale om, at der indsamles og behandles følsomme personoplysninger via cookies til brug for retargeting banners, såfremt hjemmesiden eller tredjeparten indsamler så detaljerede oplysninger om den registrerede, at der kan udledes oplysninger som oplistet i art. 9, stk. 1. Dette sker for eksempel, hvis der dannes en meget detaljeret profil om den registrerede, så det bliver muligt at udlede og afsløre forhold om den registreredes helbredsmæssige forhold eller seksuelle præferencer, hvorefter denne disponeres for reklamer på baggrund af disse kategorier.¹⁰⁷

3.2.2 Pseudonymiserede og anonymiserede oplysninger

Persondataforordningen finder også anvendelse, når der er tale om pseudonymiserede oplysninger, der kan henføres til en fysisk person eller den oprindelige personoplysning ved brug af supplerende oplysninger.¹⁰⁸ Pseudonymiserede oplysninger er for eksempel, når en fysisk persons navn ændres til en kode. Koden kan herefter via supplerende oplysninger henføres tilbage til enten den oprindelige oplysning eller den fysiske persons identitet, hvorfor oplysningerne fortsat er personoplysninger, også selvom de ændres.

Hvis oplysningerne er anonymiseret, således at ingen kan henføre oplysningerne til en identificerbar person, ej heller via supplerende oplysninger, finder reglerne i persondataforordningen ikke anvendelse.¹⁰⁹

3.3 Grundlæggende principper ved behandling af personoplysninger

Persondataforordningen indeholder i art. 5 nogle grundlæggende principper, der skal overholdes ved behandling af personoplysninger. Disse principper skal ligeledes overholdes, når en

¹⁰⁶ Præambelbetragtning nr. 51

¹⁰⁷ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 5

¹⁰⁸ Præambelbetragtning nr. 26

¹⁰⁹ Præambelbetragtning nr. 26, Kend databeskyttelsesreglerne, s. 57

hjemmeside eller tredjepart indsamler og behandler personoplysninger via cookies til brug for re-targeting banners.

3.3.1 Lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed

Det første princip er, at personoplysninger skal behandles lovligt, rimeligt og på gennemsigtig måde, jf. persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra a. Kravet om lovlighed og rimelighed viderefører hidtil gældende regler i databeskyttelsesdirektivet om, at der skal overholdes en standard om god databehandlingskik.¹¹⁰

For at behandling af personoplysninger er lovligt, skal den dataansvarlige enten indhente den registreredes samtykke, have hjemmel til behandlingen i persondataforordningen eller hjemmel i anden EU-retlig eller national lovgivning.¹¹¹

Kravet om gennemsigtighed indebærer, at oplysningerne om behandling af personoplysninger, der gives til den registrerede, skal være forståelige og lettilgængelige. Informationen skal således gives i et kortfattet, klart og enkelt sprog, så det er let at forstå for den registrerede.¹¹² Der skal herunder gives information om, hvem der behandler de pågældende personoplysninger, i hvilket omfang og til hvilket formål personoplysningerne behandles samt hvilke rettigheder og risici den registrerede har i forbindelse med behandlingen.¹¹³

Informationen kan gives elektronisk for eksempel via en hjemmeside.¹¹⁴ Især i forbindelse med adfærdsbaseret annoncering via internettet er det relevant at give den registrerede den påkrævede information via en hjemmeside. Dette er begrundet i, at det ofte kan være svært for den registrerede at forstå, hvem der indsamler og behandler personoplysninger om pågældende, samt til hvilke formål, da der ofte er et stort antal aktører samt en hastig teknologisk udvikling og kompleksitet på området.¹¹⁵ Det kan for eksempel være svært for den registrerede at forstå, hvem der indsamler personoplysninger om pågældende i forbindelse med retargeting banners, da der

¹¹⁰ Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, s. 314

¹¹¹ Præambelbetragtning nr. 40

¹¹² Præambelbetragtning nr. 39

¹¹³ Præambelbetragtning nr. 39

¹¹⁴ Præambelbetragtning nr. 58

¹¹⁵ Præambelbetragtning nr. 58

primært anvendes tredjepartscookies, og fordi personoplysningerne ofte videregives og deles mellem samarbejdspartnere.

Kravet om rimelighed hænger sammen med kravet om gennemsigtighed, herunder at den registrerede skal have informationen om, at der behandles personoplysninger om denne samt om de nærmere omstændigheder vedrørende indsamlingen og behandlingen af personoplysningerne.¹¹⁶

3.3.2 Formålsbegrænsning

Persondataforordningen indeholder ligeledes et krav om formålsbegrænsning, hvorefter personoplysninger skal indsamles til udtrykkeligt angivne og legitime formål, jf. persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra b. Dette indebærer, at formålet med behandlingen bør være fastlagt inden, at der indsamles og behandles personoplysninger om den registrerede samt at formålet er udtrykkeligt, således at der ikke er tvivl.¹¹⁷ Formålet skal derfor ikke være generelt affattet som for eksempel "oplysningerne anvendes i erhvervsmæssigt øjemed", men konkret og afgrænset beskrevet.¹¹⁸

Formålet skal desuden være legitimt, jf. persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra b. Det skal vurderes i hvert konkrete tilfælde, hvorvidt formålet til behandlingen er legitimt herunder en afvejning af, hvorvidt behandlingen falder inden for den dataansvarliges virke.

Det er ligeledes et krav, at indsamlingen af personoplysningerne ikke er uforeneligt med det allerede fastsatte formål. Derfor må personoplysningerne ikke anvendes i anden sammenhæng, hvis det rækker ud over det oprindeligt angivne formål, medmindre der er hjemmel til behandlingen i persondataforordningen, anden national lovgivning eller indhentet samtykke fra den registrerede til den nye behandling, jf. persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra b, jf. art. 6, stk. 4.

3.3.3 Dataminimering

Der er ligeledes et krav om dataminimering, hvilket indebærer, at de indsamlede personoplysninger skal være tilstrækkelige, relevante og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til det angivne formål, jf. persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra c.

¹¹⁶ Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, s. 314

¹¹⁷ Præambelbetragtning nr. 39

¹¹⁸ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 65

Datatilsynet har truffet afgørelse om Fredericia Gymnasiums behandling af personoplysninger, hvor der blev anvendt et program ved navn Examcookie.¹¹⁹ Det anvendte program blev benyttet til at registrere elevernes online aktivitet under eksamen for at forhindre eksamenssnyd. Datatilsynet vurderede, at Fredericia Gymnasium ikke havde overholdt princippet om dataminimering i persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra b. Datatilsynet lagde blandt andet vægt på, at Fredericia Gymnasium ikke havde foretaget en konkret vurdering af, hvilke oplysninger der blev behandlet i forhold til det angivne formål om at minimere eksamenssnyd. Det skal derfor konkret vurderes i hvert tilfælde, hvilke personoplysninger der indsamles, tilgås eller på anden vis behandles i forbindelse med behandlingen, så det sikres, at behandlingen ikke er unødvendig eller irrelevant til opfyldelse af det angivne formål.

Princippet om dataminimering indebærer også, at det sikres, at personoplysninger ikke opbevares i en periode, der er længere end strengt nødvendigt.¹²⁰ Ligeledes bør personoplysninger kun behandles, såfremt formålet med behandlingsaktiviteten ikke med rimelighed kan opfyldes på anden vis.¹²¹ Bestemmelsen indeholder derfor et proportionalitetsprincip.¹²²

Desuden skal de indsamlede personoplysninger være tilstrækkelige, hvorfor den dataansvarlige ikke må behandle personoplysninger på et mangelfuldt grundlag.¹²³

3.3.4 Rigtighed

Princippet om rigtighed i persondataforordningen indebærer, at de indsamlede personoplysninger skal være korrekte, jf. persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra d. Den dataansvarlige eller databehandleren skal træffe enhver rimelig foranstaltning for at sikre, at de indsamlede personoplysninger er korrekte, herunder enten slette, ændre eller berigtige urigtige personoplysninger samt opdatere allerede indsamlede personoplysninger, så det sikres at personoplysningerne ikke er forældede eller ukorrekte, jf. persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra d.¹²⁴ Begrebet *urigtige*

¹¹⁹ Jr.nr. 2018-432-0015, Datatilsynet

¹²⁰ Præambelbetragtning nr. 39

¹²¹ Præambelbetragtning nr. 39

¹²² Betænkning nr. 1565, s. 97

¹²³ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 66

¹²⁴ Præambelbetragtning nr. 39

personoplysninger skal fortolkes bredt, hvorfor for eksempel vildledende og ufuldstændige personoplysninger også omfattes.¹²⁵

3.3.5 Opbevaringsbegrænsning

De indsamlede personoplysninger må ydermere ikke opbevares i længere tid end strengt nødvendigt til opfyldelse af det angivne formål, hvorfor dataansvarlige bør slette personoplysningerne, indsætte tidsfrister for sletning, anonymisere personoplysningerne eller på anden vis sikre sig at personoplysningerne ikke opbevares i længere tid end strengt nødvendigt.¹²⁶ Dette fremgår af opbevaringsbegrænsningsprincippet i persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra e.

Princippet sikrer derfor, at der ikke sker en ophobning af indsamlede data, som ikke længere er nødvendige for behandlingen, hvorfor risikoen for krænkelse af den registreredes rettigheder mindskes. Hvis data ophobes ved den dataansvarlige øges risikoen for, at udefrakommende opnår adgang til personoplysningerne, hvorefter der kan ske uautoriseret behandling.¹²⁷ Ved indsamling og behandling af personoplysninger via cookies til brug for retargeting banners skal det derfor vurderes konkret i hvert tilfælde om fortsat opbevaring af personoplysningerne hos den dataansvarlige tjener til et sagligt formål.

3.3.6 Integritet og fortrolighed

Endeligt skal personoplysningerne beskyttes mod uautoriseret eller ulovlig behandling, jf. persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra f. Det er derfor et krav, at personoplysningerne behandles med en tilstrækkelig grad af sikkerhed og fortrolighed, således at uvedkommende ikke opnår adgang til personoplysninger samt anden uautoriseret anvendelse af samme.¹²⁸ Det samme gælder for det udstyr, der anvendes til behandlingen.¹²⁹

Kravet om at personoplysningerne skal behandles på en måde, der sikrer tilstrækkelig sikkerhed indebærer ligeledes, at behandlingen skal ske på en sådan måde, at der sker beskyttelse mod at personoplysningerne går tabt, beskadiges eller på anden vis ødelægges, jf. persondataforordningens art. 5, stk. 1, litra f.

¹²⁵ Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, s. 332

¹²⁶ Præambelbetragtning nr. 39

¹²⁷ Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, s. 335

¹²⁸ Præambelbetragtning nr. 39

¹²⁹ Præambelbetragtning nr. 39

Det er den dataansvarliges og databehandlerens ansvar at sikre et sikkerhedsniveau gennem passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger ud fra en risikovurdering, jf. persondataforordningens art. 32, stk. 1. Sikkerhedsniveauet skal således være passende i forhold til de risici, der er i forbindelse med behandlingen, hvorfor det beror på en konkret vurdering i hvert tilfælde. I forbindelse med behandling af personoplysninger via internettet kan passende tekniske foranstaltninger blandt andet være antivirus, firewalls eller kryptering af personoplysningerne.¹³⁰

3.4 Behandlingsgrundlaget

Behandling af personoplysninger er kun lovligt, såfremt der indhentes samtykke fra den registrerede eller findes hjemmel i persondataforordningen eller anden lovgivning.¹³¹ Persondataforordningen opstiller i art. 6 en række generelle hjemler til, hvorvidt der kan ske lovlig behandling af almindelige personoplysninger. De opstillede hjemler er sidestillede, hvorfor der kan ske lovlig behandling, hvis blot en af hjemmelsgrundlagene kan anvendes. Det er dog samtidigt en betingelse, at de grundlæggende principper i art. 5 overholdes. Bestemmelsen suppleres af art. 9, når der er tale om følsomme personoplysninger.

Nedenfor beskrives de relevante hjemler i persondataforordningen til behandling af personoplysninger, når der er tale om indsamling og behandling via cookies til brug for retargeting banners.

3.4.1 Samtykke

Behandling af personoplysninger er lovligt, hvis der er indhentet samtykke fra den registrerede, når der behandles personoplysninger om denne til et eller flere specifikke formål, jf. persondataforordningens art. 6, stk. 1, litra a. Det er Datatilsynets opfattelse, at samtykke fra den registrerede oftest er den mest passende hjemmel til behandling af personoplysninger, når der behandles oplysninger om personer via hjemmesider, henset til de formål personoplysningerne typisk anvendes til.¹³²

Ved anvendelse af retargeting banners, vil den mest relevante hjemmel til behandlingsaktiviteten derfor være samtykke efter persondataforordningens art. 6, stk. 1, litra a. Dette er begrundet i, at

¹³⁰ Vejledning om behandlingssikkerhed, s. 12

¹³¹ Præambelbetragtning nr. 40

¹³² Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 11

der oftest indsamles og behandles detaljerede oplysninger om den registrerede, samt at behandlingen sker til det formål at målrette annoncer til netop den enkelte registrerede.

Samtykket fra den registrerede defineres som *”enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljetilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling”*, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 11. Den registrerede skal derfor give sit samtykke til, at denne accepterer, at der behandles personoplysninger om pågældende. Det er et krav, at samtykket indhentes, inden den dataansvarlige eller databehandleren behandler den pågældendes personoplysninger.

Det er den dataansvarlige, der har ansvaret for at kunne dokumentere, at der er indhentet samtykke fra den registrerede til behandling af den pågældendes personoplysninger, jf. persondataforordningens art. 7, stk. 1. Det fremgår ikke af persondataforordningen, hvordan den dataansvarlige skal påvise samtykket, hvorfor dette er op til den enkelte dataansvarlige. Det er derfor en fordel, hvis samtykket indhentes skriftligt. I dokumentationskravet ligger også, at det påhviler den dataansvarlige at dokumentere, at den registrerede var tilstrækkeligt informeret samt at måden, hvorpå samtykket indhentes, opfylder kriterierne for et gyldigt samtykke.¹³³

Når der er indhentet et samtykke fra den registrerede, har denne altid ret til at trække sit samtykke tilbage, og det er et krav, at det skal være lige så let at trække samtykket tilbage som at give samtykket, jf. persondataforordningens art. 7, stk. 3, 1. og 4. pkt. Såfremt samtykket indhentes af en internetbruger for eksempel ved brug af et klik på et cookiebanner, skal denne således lige så let kunne trække sit samtykke tilbage. Det er dog ikke et krav, at samtykket skal gives og tilbage-trækkes på samme måde, hvorfor det er tilstrækkeligt, at der placeres et tydeligt og letforståeligt link på hjemmesiden, hvor samtykket kan trækkes tilbage.¹³⁴

Ifølge princippet om gennemsigtighed er det ligeledes Datatilsynets opfattelse, at det bør være ligeså nemt ikke at give sit samtykke, som det er at afgive det.¹³⁵

¹³³ Guidelines on consent, s. 23, afsnit 108

¹³⁴ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 16

¹³⁵ Jr.nr. 2018-32-0357, Datatilsynet

Den registrerede skal derfor kunne afvise og acceptere at give samtykke, når den valgte samtykkeløsning vises for eksempel via en pop-up meddelelse på en hjemmeside. Det opfylder således ikke princippet om gennemsigtighed, såfremt der for eksempel kun vises to muligheder på pop-up meddelelsen for en internetbruger; "Accepter" og "Vis detaljer".¹³⁶ For at internetbrugeren kan afvise behandling af personoplysninger om pågældende, skal denne indlede flere skridt ved at trykke på "Vis detaljer". I denne situation er det derfor ikke ligeså let at afvise samtykke som at give samtykke. Det er også i strid med gennemsigtighedsprincippet, da det ikke gøres tilstrækkeligt klart for den registrerede og ikke har samme meddelelseeffekt, at denne kan afvise at give samtykke. Den registrerede henledes således indirekte til at afgive sit samtykke.¹³⁷

Endvidere har Det Europæiske Databeskyttelsesråd udtalt, at når samtykket indhentes via en tjenestespecifik brugergrænseflade, herunder en specifik hjemmeside, skal den registrerede kunne trække samtykket tilbage via samme brugergrænseflade.¹³⁸ Det er derfor et krav, at den registrerede skal kunne tilbagetrække sit samtykke på samme hjemmeside, hvor denne også gav sit samtykke.

3.4.1.1 Frivilligt

Det er et krav til samtykkets gyldighed, at dette er afgivet frivilligt, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 11. Den registrerede skal derfor selv have et valg om, hvorvidt behandlingen accepteres eller ej, således at denne har kontrol over sine personoplysninger.¹³⁹ Et samtykke er således ikke frivilligt og derved ikke gyldigt, hvis den registrerede er tvunget til at afgive det, eller hvis det har negative konsekvenser for den pågældende, hvis denne ikke samtykker eller trækker sit samtykke tilbage.¹⁴⁰ Negative konsekvenser kan blandt andet bestå i, at den registrerede har omkostninger ved at trække samtykket tilbage eller hvis den pågældende tjeneste forringes til skade for den registrerede, såfremt der ikke gives samtykke eller dette tilbagetrækkes.¹⁴¹

I kravet om frivillighed indgår også princippet om granularitet. Herunder forstås, at hvis en databehandler eller dataansvarlig behandler oplysningerne om den pågældende til flere formål, skal det

¹³⁶ Jr.nr. 2018-32-0357, Datatilsynet

¹³⁷ Jr.nr. 2018-32-0357, Datatilsynet

¹³⁸ Guidelines on consent, s. 23-24, afsnit 114

¹³⁹ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 12

¹⁴⁰ Guidelines on consent, s. 7, afsnit 13, Præambelbetragtning nr. 42

¹⁴¹ Guidelines on consent, s. 13, afsnit 46 og 47

være muligt for den registrerede frit at vælge, hvilke formål der samtykkes til.¹⁴² Den registrerede kan derfor ikke tvinges til at afgive sit samtykke til samtlige formål, da samtykket derved ikke anses for gyldigt.

I Datatilsynets afgørelse om Danmarks Meteorologiske Instituts (DMI) behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, havde DMI benyttet sig af en samtykkeløsning i form af et cookiebanner, hvor der var to valgmuligheder for den registrerede; en knap med "OK" og en med "Vis detaljer".¹⁴³ Da samtykket skulle indsamles til flere formål, vurderede Datatilsynet, at denne løsning ikke gav den registrerede et frit valg, hvor denne kunne fra- eller tilvælge hvilke formål, hvortil denne ønskede at give samtykke. Også selvom det var muligt at fra- eller tilvælge formål ved at klikke på "Vis detaljer", gav dette ikke den registrerede et tilstrækkeligt frit valg, da muligheden var placeret bag et yderligere klik og ikke i forbindelse med den indledende del.

I forbindelse med indhentelse af samtykke fra en internetbruger for eksempel ved brug af et cookiebanner eller lignende samtykkeløsning, skal det derfor være muligt for denne at afkrydse felter med accept eller afvisning af behandling for hvert enkelt formål, hvortil personoplysningerne behandles. Det er også et krav, at en internetbruger kan fra- eller tilvælge de angivne formål i forbindelse med den indledende del af samtykkeløsningen og ikke et "klik væk".

Det Europæiske Databeskyttelsesråd har endvidere fastslået, at samtykket ikke er afgivet frivilligt, hvis der er et krav om, at den registrerede skal afgive sit samtykke til lagring af cookies eller adgang til allerede lagrede cookies før de kan opnå adgang til en tjeneste, app eller hjemmeside; såkaldte cookie walls.¹⁴⁴

3.4.1.2 Specifikt

Endnu et krav til samtykket er, at dette skal være specifikt, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 11. Dette betyder, at der skal indhentes specifikt samtykke for hver behandlingsaktivitet der udføres samt oplyses specifikt om hvert formål med behandlingen. I kravet ligger også, at samtykket skal være velafgrænset, således at den registrerede ikke er i tvivl om, hvad der specifikt samtykkes

¹⁴² Guidelines on consent, s. 12, afsnit 42

¹⁴³ Jr.nr. 2018-32-0357, Datatilsynet

¹⁴⁴ Guidelines on consent, s. 12, afsnit 39

til og hvilke data der behandles om den pågældende. Samtykket må derfor ikke være udformet generelt og til generelle formål.

Kravet til specifikt samtykke kan sammen med det grundlæggende princip i persondataforordningen om formålsbegrænsning sikre mod, at de allerede angivne formål ikke udvides eller ændres, således at personoplysningerne anvendes til andre formål end hvad den registrerede i første omgang gav samtykke til.¹⁴⁵

Specifikt samtykke skal desuden ses i sammenhæng med kravet om frivillighed, herunder granularitet, hvorefter det skal være muligt for den registrerede at afgive et specifikt samtykke til hver enkelt formål, hvortil personoplysningerne behandles.

Kravet hænger ligeledes tæt sammen med kravet om informeret samtykke, da der skal gives information til den registrerede om, hvilke personoplysninger der behandles til hvert enkelt specifikke formål.¹⁴⁶ Den registrerede må således ikke være i tvivl om, hvad denne samtykker til, hvorfor det skal fremgå klart, tydeligt og konkret. Informationen skal gives for hver anmodning om samtykke, så den registrerede er klar over, hvilke data der behandles i forbindelse med hver behandlingsaktivitet. Den registrerede får derfor kontrol og frit valg over sine personoplysninger, og bliver oplyst om konsekvenserne ved behandlingen.

3.4.1.3 Informeret

Kravet om at samtykket skal være informeret indebærer, at den registrerede er oplyst om og bekendt med, hvilke personoplysninger der indsamles, til hvilke specifikke formål og retten til at trække samtykket tilbage. Såfremt kravet om informeret samtykke ikke opfyldes, vil samtykket være ugyldigt.

Det er ligeledes et krav, at den registrerede informeres om identiteten på den dataansvarlige.¹⁴⁷ Såfremt der er tale om en hjemmeside, der selv indsamler og behandler personoplysninger, vil denne være dataansvarlig, hvorfor der ikke vil foreligge tvivl om identiteten. Tvivlstilfælde vil kunne opstå, hvor der foreligger et fællesdataansvar, herunder hvor en hjemmeside integrerer tredjeparters indhold på dennes hjemmeside.¹⁴⁸ Rollefordelingen mellem dataansvarlige uddybes i

¹⁴⁵ Guidelines on consent, s. 14, afsnit 56

¹⁴⁶ Guidelines on consent, s. 13-14, afsnit 55 og s. 15, afsnit 61

¹⁴⁷ Præambelbetragtning nr. 42

¹⁴⁸ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 14

afsnit 3.5.1. Hvor personoplysninger deles eller videregives mellem de fællesdataansvarlige på baggrund af den registreredes samtykke, skal alle parternes identitet angives.¹⁴⁹ Det er identiteten på selve organisationen eller virksomheden, der skal angives, altså navnet og ikke dennes hjemmeside eller navne på produkter.¹⁵⁰

Datatilsynet har udtalt, at samtykket er tilstrækkeligt informeret, hvis identiteten på de fællesdataansvarlige angives ved hjælp af en fold-ud menu for eksempel på en hjemmeside, herunder en liste eller oversigt, såfremt fold-ud menuen angives i forbindelse med, at formålet til behandlingen angives.¹⁵¹ Det er ikke et krav at alle databehandlere oplyses ved navn, dog skal den eller de dataansvarlige oprette en liste, hvor modtagere af personoplysninger skal oplyses, herunder også hvilke databehandlere, der modtager personoplysningerne.¹⁵² Dette er et krav som følge af oplysningspligten i art. 13 og 14, der gennemgås i afsnit 3.6.1.

Der er ingen formkrav i reglerne til, hvorledes informationen skal gives til den registrerede, hvorfor de både kan være skriftlige og mundtlige. Det er dog et krav, at den dataansvarlige benytter sig af et letforståeligt og lettilgængeligt sprog, når der anmodes om samtykke fra den registrerede. At sproget skal være letforståeligt betyder, at det skal være enkelt for almindelige personer at forstå, hvorfor der ikke må anvendes juridiske eller uforståelige termer.

Det fremgår af persondataforordningens art. 7, stk. 2, at en anmodning om skriftligt samtykke, der også vedrører andre forhold, skal være letforståeligt og lettilgængeligt for den registrerede samt forklares i et klart og enkelt sprog. Det skal også være muligt klart at skelne forholdene fra hinanden. Dette indebærer, at oplysninger der er relevante for den registrerede, hvortil denne kan beslutte, hvorvidt der skal gives samtykke eller ej, ikke må være gemt væk i almindelige betingelser og vilkår.¹⁵³ Informationen skal være synlige for den registrerede samt separat fra andre forhold og oplysninger.

¹⁴⁹ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 14

¹⁵⁰ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 14, Jr.nr. 2018-32-0357, Datatilsynet

¹⁵¹ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 14

¹⁵² Guidelines on consent, s. 16, afsnit 65

¹⁵³ Guidelines on consent, s. 16, afsnit 67

3.4.1.4 Utvetydig viljetilkendegivelse

Samtykket skal gives i form af en utvetydig viljetilkendegivelse, hvorfor det er et krav, at der sker en aktiv handling eller gives en erklæring fra den registrerede.¹⁵⁴ Der skal derfor ikke være tvivl om, at den registrerede accepterer og tilkendegiver sin vilje til at oplysninger om denne må behandles. Samtykket kan derfor ikke indhentes indirekte ved tavshed eller passivitet. Der er ikke formkrav til, hvorledes samtykket kan indhentes, hvorfor det både kan indhentes mundtligt, skriftligt eller digitalt.¹⁵⁵

I forbindelse med at den registrerede besøger en hjemmeside, kan samtykket indhentes ved, at den registrerede skal afgive et kryds i et felt for eksempel via et cookiebanner eller en pop-up meddelelse, der vises, når den registrerede klikker ind på hjemmesiden. Kravet om at der skal foreligge en aktiv handling fra den registrerede, betyder således at samtykket ikke kan indhentes ved at felterne på cookiebanneret allerede er forhåndsafkrydset til at give samtykke.¹⁵⁶ Den registrerede skal selvstændigt afkrydse felterne på banneret for, at denne har tilkendegivet sin vilje og accept. Der kan heller ikke indhentes gyldigt samtykke ved, at hjemmesiden oplyser den registrerede, at denne accepterer indsamling af personoplysninger via cookies, hvis denne fortsætter med at anvende hjemmesiden.¹⁵⁷

Det Europæiske Databeskyttelsesråd har endvidere tilføjet, at "scrolling" eller "swiping" på en hjemmeside ikke er en utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvor denne aktivt bekræfter, at der behandles personoplysninger om pågældende.¹⁵⁸

Ved brug af de såkaldte cookiebannere eller pop-up meddelelser til indhentning af samtykke på hjemmesider, skal hjemmesiden sikre sig, at anmodningen er klar og kortfattet.¹⁵⁹ Anmodningen må ligeledes ikke unødvendigt forstyrre brugen af hjemmesiden, og skal samtidigt være lettilgængelig uanset om hjemmesiden tilgås fra en smartphone, computer eller anden elektronisk enhed.¹⁶⁰ Dog vil det i flere tilfælde være nødvendigt, at meddelelsen forstyrrer brugeroplevelsen en

¹⁵⁴ Guidelines on consent, s. 18, afsnit 75

¹⁵⁵ Præambelbetragtning nr. 32

¹⁵⁶ Præambelbetragtning nr. 32, C-673/17 Planet49, præmis 82, nr. 1

¹⁵⁷ Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 3

¹⁵⁸ Guidelines on consent, s. 19, afsnit 86

¹⁵⁹ Præambelbetragtning nr. 32

¹⁶⁰ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 16, Præambelbetragtning nr. 32

smule for eksempel ved at meddelelsen popper op, når den registrerede klikker ind på en hjemmeside for, at informationen og samtykket kan indhentes effektivt.

3.4.1.5 Børns samtykke

Som tidligere nævnt nyder børn særlig beskyttelse i reglerne, herunder også i forbindelse med afgivelse af samtykke. Såfremt den dataansvarlige har valgt at gøre brug af samtykke som behandlingshjælpemiddel, og der er tale om udbud af informationssamfundstjenester direkte til børn, er behandling af personoplysninger kun lovligt, hvis barnet er mindst 13 år gammel, jf. persondataforordningens art. 8, stk. 1, jf. databeskyttelseslovens § 6, stk. 2.

Hvis barnet er under 13 år gammel, er det et krav, at den der har forældremyndigheden over barnet, skal godkende eller give samtykket, jf. persondataforordningens art. 8, stk. 1, 2. pkt., jf. databeskyttelseslovens § 6, stk. 3. Undtaget fra samtykkekravet er forebyggende eller rådgivende tjenester såsom Børnetelefonen.¹⁶¹

Børn er særligt beskyttede af reglerne, fordi de oftest ikke er vidende om de risici, konsekvenser og rettigheder, der er i forbindelse med behandling af personoplysninger om pågældende. Den særlige beskyttelse omfatter for eksempel når børns personoplysninger anvendes til markedsføring eller profilering, samt når der indsamles personoplysninger om børn ved anvendelse af tjenester, der tilbydes direkte til dem.¹⁶²

Informationstjenester defineres som: *"enhver tjeneste i informationssamfundet, dvs. enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager"*.¹⁶³ Herunder omfattes online tjenester af generel karakter for eksempel databaser, elektronisk post og teleovervågningsaktiviteter.¹⁶⁴ Bestemmelsen i persondataforordningens art. 8, stk. 1 om informationssamfundstjenester direkte til børn omfatter også søgetjenester og sociale medier såsom Facebook, Instagram og Snapchat.¹⁶⁵ Det er et krav, at informationssamfundstjenesten skal være rettet til børn, hvorfor tjenester der klart tilkendegiver, at disse er rettet til personer over 18 år, ikke er omfattet af bestemmelsen.

¹⁶¹ Præambelbetragtning nr. 38

¹⁶² Præambelbetragtning nr. 38

¹⁶³ Direktiv om Informationssamfundstjenester, art. 1, stk. 1, litra b

¹⁶⁴ Betænkning nr. 1565, s. 187-188

¹⁶⁵ Betænkning nr. 1565, s. 73, Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 72

Beskyttelsen indebærer ligeledes, at hvis tjenesten er direkte tilbudt til børn og baseret på et samtykke, skal de oplysninger og meddelelser der gives af den dataansvarlige, som følge af kravet om informeret samtykke, være i et så klart og enkelt et sprog, at et barn kan forstå oplysningerne.¹⁶⁶

Den dataansvarlige skal herudover foretage rimelige foranstaltninger for at kontrollere, at aldersgrænsen ikke omgås samt at samtykket er givet af den, der har forældremyndigheden, såfremt barnet er under 13 år.¹⁶⁷

3.4.1.6 Samtykke ved følsomme personoplysninger

Der kan ske behandling af følsomme personoplysninger, såfremt der er indhentet udtrykkeligt samtykke fra den registrerede til et eller flere specifikt angivne formål, jf. persondataforordningens art. 9, stk. 2, litra a.

Kravet til samtykke er ikke skærpet, selvom det udover at skulle være frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt, også skal være udtrykkeligt. Udtrykkeligt udtrykker blot vigtigheden af, at der ikke må foreligge tvivl om, hvorvidt der er afgivet samtykke eller ej, hvorfor det udledes at utvetydighedskravet skærpes.¹⁶⁸ Den dataansvarlige bør derfor især ved personfølsomme oplysninger altid indhente samtykket skriftligt, så denne kan dokumentere, at der er afgivet samtykke til behandlingen.

3.4.2 Interesseafvejning

Der kan ske lovlig behandling af personoplysninger ved brug af en interesseafvejning mellem den dataansvarliges legitime interesse og den registreredes interesser og rettigheder, jf. persondataforordningens art. 6, stk. 1, litra f. Denne hjemmel er, sammen med samtykke, en af de mest anvendte hjemler til behandling af personoplysninger.

Der kan således ske lovlig behandling, hvis behandlingen er nødvendig for, at den dataansvarlige eller en tredjemand kan forfølge en legitim interesse, jf. persondataforordningens art. 6, stk. 1, litra f, 1. afsnit. Det er et krav til behandlingen, at den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder vedrørende beskyttelse af personoplysningerne, ikke overstiger den dataansvarliges legitime interesse, jf. persondataforordningens art. 6, stk. 1, litra f,

¹⁶⁶ Præambelbetragtning nr. 58

¹⁶⁷ Guidelines on consent, s. 28-29

¹⁶⁸ Datatilsynets vejledning om samtykke, s. 13

1. afsnit. Der skal derfor foretages en interesseafvejning mellem den registreredes interesser og rettigheder og den dataansvarliges/tredjemands legitime interesser.¹⁶⁹

Der kan foreligge legitime interesser hos den dataansvarlige, når den registrerede eksempelvis er kunde hos den dataansvarlige, således at der foreligger et passende og relevant forhold mellem den registrerede og den dataansvarlige.¹⁷⁰

Som følge af at der skal foretages en interesseafvejning, skal den dataansvarlige foretage en konkret vurdering af, hvilke interesser der vægtes højest på grundlag af forholdet mellem den dataansvarlige og den registrerede. I vurderingen skal indgå, hvorvidt den registrerede med rimelighed kunne forvente, at behandling af pågældendes personoplysninger til det angivne formål kunne finde sted.¹⁷¹ Dette betyder, at des større forventning den registrerede har til, at den dataansvarlige vil foretage behandling af dennes personoplysninger, des større er muligheden for, at den dataansvarliges legitime interesser vægter højere end den registreredes interesser og rettigheder.¹⁷² Den registreredes rimelige forventning skal således vurderes konkret ud fra, hvilket forhold der er mellem parterne. Såfremt den registrerede ikke kunne forvente viderebehandling af sine personoplysninger, kan dennes interesser og rettigheder gå forud for den dataansvarliges legitime interesse.¹⁷³

Ud fra bestemmelsen kan det ligeledes udledes, at den dataansvarlige ikke kan anvende bestemmelsen, hvis behandlingen er i strid med den registreredes grundlæggende rettigheder, da den dataansvarliges interesser ikke kan opveje en sådan behandling af personoplysninger.¹⁷⁴

Interesseafvejningen kan illustreres ved brug af eksemplet i afsnit 1.6, hvor en jurastuderende køber juridisk materiale på en hjemmeside. Eksemplet justeres, hvorefter hjemmesiden kun gemmer den jurastuderendes adresse- og betalingsoplysninger til leveringen af bøgerne, og senere fremsender eventuelle rabatter eller lignende via post til den jurastuderende. Hjemmesidens legitime interesse består i at sælge flere bøger til den jurastuderende, som naturligvis forhøjes ved fremsendelse af en rabatkupon til den jurastuderende. Hjemmesidens legitime interesse i at sælge

¹⁶⁹ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 76

¹⁷⁰ Betænkning nr. 1565, s. 134, Præambelbetragtning nr. 47

¹⁷¹ Betænkning nr. 1565, s. 134, Præambelbetragtning nr. 47

¹⁷² Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 76

¹⁷³ Betænkning nr. 1565, s. 134

¹⁷⁴ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 77

flere bøger til den jurastuderende vægter på den ene side ikke særligt. Dog sker der ved behandling af de få kundeoplysninger, ikke en utilbørlig indvirkning i den jurastuderendes interesser eller en krænkelse af dennes rettigheder. Desuden har den jurastuderende nem adgang til at gøre indsigelse i forhold til behandlingen via hjemmesiden, hvor bøgerne er bestilt. Ud fra en konkret vurdering af den dataansvarliges og den registreredes rettigheder, går den jurastuderendes interesse i dette tilfælde ikke forud for hjemmesidens legitime interesse, da behandlingen af personoplysningerne er begrænset, og fordi den jurastuderende nemt kan anvende sine rettigheder og gøre indsigelse via hjemmesiden.

Den legitime interesse kan blandt andet bestå i, at der behandles personoplysninger med henblik på direkte markedsføring.¹⁷⁵ Den dataansvarliges legitime interesse i at markedsføre sine produkter vil derfor ofte være en berettiget interesse, hvorefter hjemlen til behandling af personoplysninger typisk kan anvendes til markedsføringsformål. Særligt hvis der er tale om indsamling og behandling af generelle kundeoplysninger, som illustreret i ovennævnte eksempel, vil interesseafvejningen ofte falde ud til den dataansvarliges fordel.¹⁷⁶

Der skal dog tages særligt hensyn, hvis der behandles personoplysninger om et barn til markedsføringsformål, da disse nyder særlig beskyttelse i reglerne, hvorfor deres interesser og rettigheder vægtes højere end den dataansvarliges legitime interesser.

Da retargeting banners for eksempel viser bannerannoncer med uafsluttede køb, vil den registrerede ikke altid være kunde hos den pågældende hjemmeside. Der vil derfor ikke altid foreligge et passende og relevant forhold mellem den dataansvarlige/tredjeparten og den registrerede. Den registrerede kan således ikke med rimelighed forvente, at der indsamles og behandles personoplysninger om denne til brug for retargeting banners. Derudover indsamles ofte detaljerede oplysninger om den registreredes online adfærd, som kombineres og eventuelt sammenkøres med tidligere indsamlede oplysninger. Når dette sker, vil risikoen for at krænke den registreredes rettigheder øges betydeligt, da det ikke blot er generelle kundeoplysninger, der indsamles og behandles. Henset til, at den registrerede ofte med rimelighed ikke kan forvente, at dennes personoplysninger indsamles og behandles til retargeting banners, samt til de detaljerede oplysninger der

¹⁷⁵ Betænkning nr. 1565, s. 134, Præambelbetragtning nr. 47

¹⁷⁶ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 226

indsamles i samme forbindelse, vurderes det, at interesseafvejningen ofte ikke vil falde ud til hjemmesidens/tredjepartens fordel.

3.5 Dataansvarlig og databehandler

Den dataansvarlige er reglernes pligtsubjekt og ledende aktør, hvorfor denne skal handle i overensstemmelse med persondataforordningens regler samt bærer ansvaret for at reglerne overholdes.¹⁷⁷ Den dataansvarlige har derfor blandt andet ansvaret for, at der foreligger en behandlingshjemmel til den pågældende aktivitet samt sikre, at det er muligt at efterleve de registreredes rettigheder.¹⁷⁸

Den dataansvarlige kan være en fysisk eller juridisk person, en offentlig myndighed, en institution eller andet organ, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 7. Dette betyder, at enhver som udgangspunkt kan agere dataansvarlig, da det både kan være fysiske personer, virksomheder eller myndigheder. Desuden kræves det ikke, at den dataansvarlige godkendes af en tilsynsmyndighed.¹⁷⁹ Som udgangspunkt er det hele organet, der anses for at være dataansvarlig og ikke den enkelte fysiske person, såfremt den dataansvarlige er en virksomhed, myndighed, institution eller andet organ.¹⁸⁰ Desuden kan der være flere dataansvarlige, som derved har et fælles dataansvar, jf. persondataforordningens art. 26, stk. 1. Fælles dataansvaret uddybes i afsnit 3.5.1 nedenfor.

Den eller de dataansvarlige afgør til hvilke formål og med hvilke hjælpemidler, der må foretages behandling af personoplysninger, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 7. Det er derfor den dataansvarlige, der fastlægger formålet med behandlingen samt, hvordan behandlingen skal finde sted. Kompetencen kan både stamme fra juridiske omstændigheder for eksempel som følge af en lov eller faktiske omstændigheder som et kontraktforhold.¹⁸¹ Dette betyder, at organet ikke anses for at være dataansvarlig, hvis organet hverken har juridisk eller faktisk indflydelse på, hvordan personoplysninger behandles.¹⁸²

Databehandleren kan også både være en fysisk eller juridisk person, en offentlig myndighed, en institution eller et andet organ, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 8. Databehandlerens

¹⁷⁷ Den nye persondatarets aktører, s. 43

¹⁷⁸ Vejledning om dataansvarlige og databehandlere, s. 6

¹⁷⁹ Den nye persondatarets aktører, s. 44

¹⁸⁰ Betænkning nr. 1565, s. 51

¹⁸¹ Betænkning nr. 1565, s. 51

¹⁸² Betænkning nr. 1565, s. 51

opgave er at behandle personoplysninger på den eller de dataansvarliges vegne, hvorfor databehandleren er afhængig af, at der reelt er en dataansvarlig, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 8. Den dataansvarlige kan derfor uddelegere opgaven om indsamling eller behandling af personoplysninger til anden retlig selvstændig enhed.¹⁸³ Opgaven uddelegeres ofte, hvis den dataansvarlige mangler kompetencer eller ressourcer til selv at behandle personoplysningerne.

Som følge af at databehandleren behandler personoplysningerne for den dataansvarlige, kan databehandleren ikke selvstændigt disponere over de indsamlede personoplysninger eller anvende dem til egne formål.¹⁸⁴ Der stilles endvidere flere krav til en databehandlerkonstruktion i persondataforordningens art. 28, herunder for eksempel at behandlingen skal være reguleret af en kontrakt.

3.5.1 Rollefordeling

Ved indsamling og behandling af personoplysninger online skal det vurderes, hvorvidt den, der indsamler og behandler personoplysninger er dataansvarlig, databehandler eller fællesdataansvarlige, da der er forskel på disses forpligtelser i forbindelse med behandlingen. En af de vigtigste forskelle på den dataansvarlige og databehandlerens forpligtelser er, at det er den dataansvarlige, som skal sikre at reglerne i persondataforordningen overholdes ved behandling af personoplysninger, jf. persondataforordningens art. 24, stk. 1.

Som anført i afsnit 3.5 er den, der indsamler og behandler personoplysninger dataansvarlig, hvis denne selv afgør, hvordan behandlingen skal finde sted samt til hvilke formål, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 7. En hjemmeside er derfor dataansvarlig, hvis denne selv indsamler og analyserer personoplysninger om en fysisk person til egne formål. Hjemmesiden kan for eksempel have et behov for at indsamle personoplysninger om de besøgende på hjemmesiden til statistiske formål, hvorfor denne vælger at indsamle og analysere oplysninger om antallet af besøgende og deres færden med henblik på at forbedre hjemmesiden.¹⁸⁵

Der er tale om en databehandler, hvis den dataansvarlige har uddelegeret opgaven til denne, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 8. En hjemmeside kan derfor få en anden enhed, organisation

¹⁸³ Betænkning nr. 1565, s. 52

¹⁸⁴ Betænkning nr. 1565, s. 53

¹⁸⁵ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 6-7

eller virksomhed til at foretage behandlingen eller indsamlingen for sig. Dette kan eksempelvis ske ved, at den selvstændige enhed sørger for driften af hjemmesiden, herunder analyse og indsamling af personoplysninger til statistiske formål på vegne af hjemmesiden. Hjemmesiden er fortsat dataansvarlig og den selvstændige enhed er databehandler, hvorefter der er tale om en databehandlerkonstruktion.¹⁸⁶ Den dataansvarlige kan uddelegere til flere, hvorfor der ikke nødvendigvis kun er én databehandler og dataansvarlig i en databehandlerkonstruktion.

Internetbrugere bliver i dag ofte disponeret for tredjeparters indhold, når de klikker ind på diverse hjemmesider. Der er derfor typisk tale om, at der foreligger et fælles dataansvar blandt hjemmesider og tredjeparter, hvis disse i fællesskab fastlægger hjælpemidlerne, og formålet hvortil personoplysninger behandles, jf. persondataforordningens art. 26, stk. 1. Det er i hvert enkelt tilfælde en konkret vurdering af, hvorvidt begge parter har indflydelse i forhold til hvilke formål samt hvordan oplysningerne behandles eller indsamles.

Indholdet på en hjemmeside fra en tredjepart kan bestå i adfærdsbaseret annoncering, såsom retargeting banners. Det kan i de fleste tilfælde være vanskeligt at vurdere, hvorvidt der er tale om et fælles dataansvar eller ej i en sådan konstruktion. Det er dog vigtigt, at der ikke er uklarhed om, hvem der er den eller de dataansvarlige, da dette kan føre til en dårligere beskyttelse af den registrerede, blandt andet fordi det bliver sværere for den registrerede at vurdere, hvem denne skal henvende sig til ved udøvelse af sine rettigheder.¹⁸⁷

I forbindelse med retargeting banners anvendes primært tredjepartscookies til indsamling af oplysninger. Dette betyder, at den hjemmeside der ønsker at markedsføre sig via retargeting banners herefter benævnt *annoncøren*, giver adgang til, at en tredjepart lagrer cookies eller opnår adgang til allerede lagrede cookies på den registreredes elektroniske enhed via annoncørens hjemmeside. Tredjeparten er typisk et reklamenetværk såsom Google eller Facebook. De lagrede cookies transmitterer herefter oplysninger om den registreredes online adfærd, samt andre onlineidentifikatorer til reklamenetværket. En tredje aktør, der også er involveret i processen, er den hjemmeside der udlejer plads til visning af målrettede bannerannoncer, herefter benævnt *udlejeren*. De indrettede bannerannoncer på forskellige udlejeres hjemmesider bidrager yderligere i visse tilfælde til,

¹⁸⁶ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 7

¹⁸⁷ Vejledning om dataansvarlige og databehandlere, s. 6

at der transmitteres oplysninger om den registreredes online færden og/eller IP-adresse til reklamenetværket, enten ved at placere yderligere cookies, læse allerede lagrede cookies eller indsætte et plugin.¹⁸⁸

En erhvervsdrivende som ønsker at målrette markedsføring gennem retargeting banners vil ofte anvende et reklamenetværk, som har diverse udlejere som samarbejdspartnere. Parterne har derfor forskellige opgaver og forpligtelser, hvilket kan skabe usikkerhed omkring rollefordelingen. På baggrund af retspraksis undersøges rollefordelingen ved retargeting banners.

EU-domstolen afsagde den 29. juli 2019 dom, hvor hjemmesiden FashionID havde integreret en Facebook "synes godt om"-knap på sin hjemmeside, hvorefter der skete automatisk overførsel af internetbrugerens personoplysninger til Facebook, uanset om internetbrugeren trykkede på "synes godt om"-knappen eller ej.¹⁸⁹ FashionID havde ved at integrere et sådant socialt modul på sin hjemmeside haft afgørende indflydelse på indsamlingen og transmissionen til Facebook.¹⁹⁰ Behandlingsaktiviteten var ikke sket, såfremt FashionID ikke havde integreret modulet. Det fælles dataansvar var dog i dette tilfælde begrænset til de behandlingsaktiviteter, hvor FashionID var med til at fastlægge formål og hjælpemidler, derved selve indsamlingen og transmissionen af personoplysningerne, og ikke den efterfølgende behandling som Facebook foretog.

Domstolen foretog i sagen også en uddybende fortolkning af fælles dataansvar, hvor det blandt andet blev fastslået, at det ikke er en forudsætning for, at der kan foreligge et fælles dataansvar, at begge dataansvarlige har adgang til de pågældende personoplysninger.¹⁹¹ Desuden blev det fastslået: *"at den fysiske eller juridiske person, der til eget formål udøver indflydelse på behandlingen af personoplysninger og grundet den omstændighed deltager i fastlæggelsen af formålene med og hjælpemidlerne ved behandlingen, kan anses for at være dataansvarlig".*¹⁹²

Endvidere har Datatilsynet truffet afgørelse om DMIs behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, hvor DMI viste bannerannoncer på sin hjemmeside.¹⁹³ DMI havde integreret bannerannoncer fra Googles reklamenetværk på sin hjemmeside, som bidrog til indsamling og

¹⁸⁸ Jr.nr. 2018-32-0357, Datatilsynet

¹⁸⁹ C-40/17 FashionID

¹⁹⁰ C-40/17 FashionID, præmis 78

¹⁹¹ C-40/17 FashionID, præmis 69

¹⁹² C-40/17 FashionID, præmis 68

¹⁹³ Jr.nr. 2018-32-0357, Datatilsynet

transmission af personoplysninger til Google. Datatilsynet vurderede, at DMI var fællesdataansvarlig for indsamlingen og transmissionen af personoplysningerne, blandt andet fordi DMI havde afgørende indflydelse på behandlingsaktiviteterne, da disse ikke ville have fundet sted, såfremt bannerannoncerne ikke var blevet integreret på DMIs hjemmeside. DMI var derved med til at fastlægge hjælpemidlerne ved at integrere bannerannoncer, som de vidste transmitterede personoplysninger til Google. Desuden var det fælles formål økonomisk, da DMI modtog annonceindtægter og der skete en effektivisering af Googles reklamenetværk. Datatilsynet vurderede også, at DMI ikke var fællesdataansvarlig for de behandlingsaktiviteter, der forelå efter at personoplysningerne var videregivet til Google. Det blev yderligere bemærket, at det ikke udelukkede et fællesdataansvar for DMI, at de ikke havde adgang til de indsamlede personoplysninger.

Det udelukker således ikke et fællesdataansvar, selvom den ene part kun foranlediger indsamlingen og videregivelsen af personoplysningerne til en tredjepart, og ikke deltager i efterfølgende behandlingsaktiviteter. Parten bliver fællesansvarlig for den behandlingsaktivitet, hvor denne deltager i at fastlægge formål og hjælpemidler til indsamlingen og behandlingen.

I forbindelse med retargeting banners er reklamenetværket dataansvarlig, hvis netværket har kontrol over formålet og hjælpemidlerne med behandlingen af personoplysningerne. Reklamenetværket lejer plads på forskellige udlejeres hjemmesider til visning af retargeting banners. Det er reklamenetværket, der foranstalter lagringen af cookies på den registreredes elektroniske enhed, og dernæst behandler den pågældendes personoplysninger til markedsføringsformål. Det er reklamenetværket, som udvælger hvilke relevante produkter med videre fra annoncørens hjemmeside, som den registrerede skal disponeres for på baggrund af de indsamlede personoplysninger. Det er også reklamenetværket, som udvælger hos hvilke udlejere bannerannoncerne skal vises. Ved denne konstellation vil reklamenetværket som udgangspunkt være dataansvarlig.¹⁹⁴ Det kan dog ikke udelukkes, at et reklamenetværk kan agere som databehandler, og derved ikke er dataansvarlig – dette skal vurderes på baggrund af reklamenetværkets metode og aftalen mellem parterne.

Annoncøren giver, i forbindelse med retargeting banners, en tredjepart adgang til at lagre cookies på den registreredes elektroniske enhed for at markedsføre sine produkter. Annoncøren udøver derfor til eget formål indflydelse på, at der indsamles og behandles personoplysninger om den

¹⁹⁴ Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet, s. 11

registrerede til det pågældende formål. Såfremt annoncøren ikke gav adgang til, at reklamenetværket kunne lagre cookies på den registreredes elektroniske enhed, ville der ikke ske behandling af pågældendes personoplysninger til retargeting banners. Annoncøren er derfor fællesdataansvarlig med reklamenetværket for selve indsamlingen og transmissionen af personoplysningerne, da annoncøren sammen med reklamenetværket fastlægger formål og hjælpemidler til behandlingen. Den omstændighed, at annoncøren ikke har adgang til de indsamlede personoplysninger, udelukker ikke, at denne har et fællesdataansvar. Annoncørens fælles dataansvar er dog begrænset til indsamlingen og transmission af personoplysningerne, og ikke den viderebehandling reklamenetværket foretager, herunder for eksempel profileringen eller vurderingen af den registreredes personoplysninger. Såfremt der er tale om en databehandlerkonstruktion, vil annoncøren dog være dataansvarlig for hele behandlingen af personoplysningerne.

Hvorvidt udlejeren er fællesdataansvarlig, skal vurderes konkret ud fra aftalen mellem reklamenetværket og udlejeren. Såfremt de integrerede bannerannoncer transmitterer personoplysninger til reklamenetværket eller på anden vis deler, indsamler eller behandler personoplysninger, vil udlejeren også have et fællesdataansvar for de behandlingsaktiviteter, hvor de deltager i at fastlægge formål og hjælpemidler.

Et fælles dataansvar indebærer således ikke, at de involverede parter har samme ansvar. De involverede parter kan være ansvarlige for behandlingen i forskelligt omfang, hvorfor de enkelte dataansvarliges ansvar skal vurderes ud fra samtlige omstændigheder i den pågældende situation.¹⁹⁵

Hvis der foreligger et fællesdataansvar, skal det desuden aftales mellem parterne, hvordan rollerne er fordelt i forhold til forpligtelser og rettigheder for den registrerede, jf. persondataforordningens art. 26, stk. 1 og 2.

Omfanget af annoncørens, reklamenetværkets og udlejers ansvar skal analyseres i hvert konkrete tilfælde, herunder på baggrund af samarbejdet, deres aftaleretlige forpligtelser i aftalen og betingelserne beskrevet heri.¹⁹⁶ Det skal således være beskrevet, hvordan rollefordelingen og ansvaret er mellem de fælles dataansvarlige, så det er klart for den registrerede, hvilken af parterne

¹⁹⁵ C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, præmis 43

¹⁹⁶ Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet, s. 12-13, Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 8

denne kan eller skal henvende sig til, såfremt denne ønsker at gøre indsigelse eller gøre brug af andre rettigheder, som denne har efter reglerne.¹⁹⁷

3.6 Den registreredes rettigheder

De registrerede har diverse rettigheder, når dennes personoplysninger indsamles via cookies og viderebehandles til brug for retargeting banners. Den registreredes rettigheder fremgår af kapitel 3 i persondataforordningen.

Det er som udgangspunkt den dataansvarlige, der skal iagttage om reglerne vedrørende den registreredes rettigheder overholdes. Såfremt der foreligger en databehandlerkonstruktion, kan databehandleren dog efter aftale iagttage disse rettigheder under den dataansvarliges ansvar.¹⁹⁸

3.6.1 Oplysningspligt

På baggrund af de grundlæggende principper om rimelig og gennemsigtig behandling pålægges den dataansvarlige en oplysningspligt i forbindelse med behandling af personoplysninger. Den registrerede skal således oplyses om at dennes personoplysninger behandles samt behandlingsaktiviteternes formål.¹⁹⁹ Den dataansvarlige skal derfor på eget initiativ give oplysningerne til den registrerede.²⁰⁰ Den dataansvarlige skal således træffe passende foranstaltninger til at give oplysningerne som oplyst i persondataforordningens art. 13 og 14 i en kortfattet, gennemsigtig, letforståelig og lettilgængelig form, jf. persondataforordningens art. 12, stk. 1. Oplysningerne skal gives skriftligt eller med andre midler, jf. persondataforordningens art. 12, stk. 1, 2. pkt. *Andre midler* omfatter også, at oplysningerne kan gives elektronisk, såfremt det er hensigtsmæssigt, jf. persondataforordningens art. 12, stk. 1.

Når der indsamles og behandles personoplysninger om internetbrugere er det hensigtsmæssigt at oplysningerne gives elektronisk. Da der ikke er krav til formatet, kan oplysningerne blandt andet gives til den registrerede ved en pop-up meddelelse på den pågældende hjemmeside samt underliggende links med yderligere relevant information.²⁰¹

¹⁹⁷ Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, s. 8

¹⁹⁸ Vejledning om de registreredes rettigheder, s. 7

¹⁹⁹ Præambelbetragtning nr. 60

²⁰⁰ Vejledning om de registreredes rettigheder, s. 13

²⁰¹ Vejledning om de registreredes rettigheder, s. 14

Såfremt der indsamles personoplysninger om den registrerede hos den pågældende, *skal* den dataansvarlige give oplysningerne til den registrerede, der er udtømmende oplyst i art. 13, stk. 1, litra a-f, jf. persondataforordningens art. 13, stk. 1. Det er et krav, at oplysningerne gives til den registrerede på tidspunktet for indsamlingen, jf. persondataforordningens art. 13, stk. 1. Oplystningen omfatter blandt andet identitet og kontaktoplysninger på den dataansvarlige samt formålet og retsgrundlaget for behandlingen, jf. persondataforordningens art. 13, stk. 1, litra a og c.

Derudover er der oplyst en række yderligere oplysninger i art. 13, stk. 2, litra a-f, som den dataansvarlige skal give den registrerede, hvis oplysningerne er *nødvendige for at sikre en rimelig og gennemsigtig behandling*, jf. persondataforordningens art. 13, stk. 2. Den dataansvarlige skal derfor foretage en konkret vurdering om, hvorvidt den registrerede skal have yderligere oplysninger for at sikre en rimelig og gennemsigtig behandling udover de oplysninger, der er oplyst i art. 13, stk. 1, som *skal* oplyses.²⁰² I den konkrete vurdering, skal der tages hensyn til behandlingsaktivitetens specifikke omstændigheder og forhold.²⁰³ Disse oplysninger skal også gives på tidspunktet for indsamlingen, jf. persondataforordningens art. 13, stk. 2. Oplysningerne omfatter blandt andet opbevaringstid og nogle af den registreredes rettigheder, jf. persondataforordningens art. 13, stk. 2, litra a og b.

Det fremgår endvidere af art. 13, stk. 2, litra f, at den dataansvarlige skal oplyse om forekomsten af automatiske afgørelser, herunder profilering. Såfremt der sker profilering af den registrerede, skal denne oplyses herom samt om konsekvenserne heraf.²⁰⁴ Bestemmelsen er for eksempel relevant, hvis en erhvervsdrivende indsamler personoplysninger om den registrerede for at skabe en profil om denne, såkaldt profilering, og dernæst anvende personoplysningerne med henblik på direkte markedsføring.²⁰⁵

Hvis den dataansvarlige ønsker at viderebehandle personoplysningerne til et andet formål end det allerede angivne, skal den registrerede oplyses om formålet samt andre relevante oplysninger, jf. persondataforordningens art. 13, stk. 3, jf. stk. 2. Oplysningerne skal gives inden, at der foretages en viderebehandling, jf. persondataforordningens art. 13, stk. 3.

²⁰² Betænkning nr. 1565, s. 289

²⁰³ Præambelbetragtning nr. 60

²⁰⁴ Præambelbetragtning nr. 60

²⁰⁵ Betænkning nr. 1565, s. 293

Såfremt den registrerede allerede er bekendt med oplysningerne oplyst i art. 13 stk. 1-3, finder bestemmelsen ikke anvendelse, jf. persondataforordningens art. 13, stk. 4.

Den dataansvarlige er ligeledes pålagt en oplysningspligt i art. 14, hvis oplysningerne er indsamlet hos andre end den registrerede selv. De oplysninger der er påkrævet at give den registrerede, er oplyst i art. 14, stk. 1, litra a-f. Der skal desuden også informeres om yderligere oplysninger som oplyst i art. 14, stk. 2, litra a-g, der er nødvendige for at sikre en rimelig og gennemsigtig behandling, jf. persondataforordningens art. 14, stk. 2. Der er derfor igen tale om, at der skal foretages en konkret vurdering af, hvilke relevante oplysninger der yderligere skal gives til den registrerede.

Det er desuden et krav, at oplysningerne efter art. 14, stk. 1 og 2 gives inden for en rimelig frist efter indsamlingen af personoplysningerne, dog senest inden for en måned, jf. persondataforordningens art. 14, stk. 3, litra a. Oplysningerne skal gives så tidligt som muligt, hvorfor dette afhænger af omstændighederne for behandlingen.²⁰⁶ Såfremt personoplysningerne skal bruges til kommunikation med den registrerede, skal oplysningerne dog senest gives på tidspunktet for første kommunikation, jf. persondataforordningens art. 14, stk. 3, litra b. Desuden skal oplysningerne gives til den registrerede første gang personoplysningerne videregives, hvis personoplysningerne var bestemt til at blive videregivet til en tredjepart, jf. persondataforordningens art. 14, stk. 3, litra c.

Undtagelser til oplysningspligten er oplyst i art. 14, stk. 5, litra a-d. Der er endvidere oplyst flere undtagelser til oplysningspligten efter art. 13 og 14 i databeskyttelseslovens §§ 22 og 23.

3.6.2 Indsigtsret, ret til berigtigelse og sletning, begrænsning og dataportabilitet

Den registrerede har en indsigtsret som indebærer, at den registrerede har ret til at få oplyst, hvorvidt der behandles personoplysninger om denne, adgang til de personoplysninger der behandles om den pågældende samt yderligere information som oplyst i bestemmelsen, jf. persondataforordningens art. 15, stk. 1, litra a-h.

Endvidere har den registrerede ret til berigtigelse og sletning af sine personoplysninger, jf. persondataforordningens art. 16 og 17. Retten til berigtigelse indebærer at den registrerede har ret til at få berigtiget fejlagtige personoplysninger om sig selv uden unødigt forsinkelse samt suppleret

²⁰⁶ Vejledning om de registreredes rettigheder, s. 15

personoplysninger, der er ufuldstændige under hensyntagen til formålet, hvortil personoplysningerne behandles, jf. persondataforordningens art. 16.²⁰⁷

Persondataforordningens art. 17 indeholder den registreredes ret til at få slettet sine personoplysninger og den dataansvarliges pligt til at slette personoplysninger uden unødigt forsinkelse. Bestemmelsen omfatter således den registreredes ret til sletning på baggrund af en anmodning fra denne samt den dataansvarliges generelle pligt til at slette personoplysninger. Retten og pligten er betinget af at et af de forhold, der er oplistet i art. 17, stk. 1, litra a-f er opfyldt. Retten til at blive slettet omfatter for eksempel at personoplysningerne ikke længere er nødvendige til opfyldelse af det angivne formål eller hvis et samtykke til behandling er tilbagekaldt, jf. persondataforordningens art. 17, stk. 1, litra a og b.

Den registrerede kan ydermere opnå begrænsning af behandling, hvis der foreligger et af de forhold som oplistet i art. 18, stk. 1, litra a-d. Såfremt der opnås begrænsning af behandlingen, har den dataansvarlige kun en ret til at opbevare personoplysningerne, hvorfor der ikke må ske behandling af pågældende oplysninger, jf. persondataforordningens art. 18, stk. 2. Undtagelsen hertil er, hvis der indhentes samtykke fra den registrerede eller at behandlingsaktiviteten sker som følge af den dataansvarliges retskrav, jf. persondataforordningens art. 18, stk. 2.

Endeligt har den registrerede ret til dataportabilitet. Dette indebærer at den registrerede har ret til at modtage personoplysninger om sig selv, som denne har givet til en dataansvarlig, og videregive disse oplysninger til en anden dataansvarlig, jf. persondataforordningens art. 20, stk. 1. Retten er dog betinget af, at behandlingsaktiviteten er baseret på et samtykke, en kontrakt eller når behandlingen foretages automatisk, jf. persondataforordningens art. 20, stk. 1, litra a og b.

3.6.3 Indsigelsesret

Den registrerede har ret til at gøre indsigelse mod en ellers lovlig behandling på grund af dennes særlige situation, jf. persondataforordningens art. 21, stk. 1. Det er dog en betingelse, at behandlingsaktiviteten er baseret på en opgave udført i samfundets interesse, offentlig myndighedsudøvelse eller den dataansvarliges/tredjemands legitime interesser, jf. persondataforordningens art.

²⁰⁷ Vejledning om de registreredes rettigheder, s. 30

21, stk. 1, jf. art. 6, stk. 1, litra e og f. Dette omfatter også profilering baseret på bestemmelserne, jf. persondataforordningens art. 21, stk. 1.

Den registrerede kan endvidere til enhver tid gøre indsigelse mod en ellers lovlig behandling, hvis dennes personoplysninger behandles med henblik på direkte markedsføring, jf. persondataforordningens art. 21, stk. 2. Dette omfatter også, hvis der sker profilering med henblik på direkte markedsføring, jf. persondataforordningens art. 21, stk. 2. Den registreredes indsigelsesret i forbindelse med direkte markedsføring skal altid være gratis, uanset om der er tale om indledende behandling eller viderebehandling.²⁰⁸

Der må ikke længere behandles personoplysninger med henblik på direkte markedsføring, hvis den registrerede gør indsigelse mod dette, jf. persondataforordningens art. 21, stk. 3.

Direkte markedsføring omfatter blandt andet, hvor markedsføring tilpasses én person eventuelt på baggrund af profilering, herunder reklamer på hjemmesider som er tilpasset den enkelte internetbruger.²⁰⁹ Den registrerede skal udtrykkeligt gøres opmærksom på retten til at gøre indsigelse i forbindelse med direkte markedsføring, og oplysningerne bør gives klart og adskilt fra andre oplysninger.²¹⁰

Retargeting banners kategoriseres som elektronisk post, og er derfor omfattet af reglerne om direkte markedsføring. Se afsnit 4.2 om betingelserne for elektronisk post i henhold til retargeting banners. Den registrerede kan derfor til enhver tid gøre indsigelse mod, at pågældendes personoplysninger indsamles og behandles til brug for retargeting banners. Der må derfor ikke længere behandles personoplysninger om den registrerede med henblik på retargeting banners, hvis indsigelsesretten udøves, jf. persondataforordningens art. 21, stk. 3.

Den dataansvarlige skal oplyse den registrerede om dennes indsigelsesret på tidspunktet for den første kommunikation, jf. persondataforordningens art. 21, stk. 4.

Endvidere kan den registrerede gøre indsigelse gennem automatiske midler ved brug af tekniske specifikationer, hvis behandlingen sker i forbindelse med at den registrerede anvender informationsfundstjenester, jf. persondataforordningens art. 21, stk. 5. Dette indebærer, at den

²⁰⁸ Præambelbetragtning nr. 70

²⁰⁹ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 105

²¹⁰ Præambelbetragtning nr. 70

registrerede kan gøre indsigelse gennem automatiske midler, hvis denne for eksempel anvender tjenester såsom Facebook, Instagram eller søgetjenester.²¹¹

3.7 Videregivelse af oplysninger med henblik på direkte markedsføring

Af databeskyttelsesloven fremgår det at: *”en virksomhed må ikke videregive oplysninger om en forbruger til en anden virksomhed til brug ved direkte markedsføring eller anvende oplysningerne på vegne af en anden virksomhed i dette øjemed, medmindre forbrugeren har givet sit udtrykkelige samtykke hertil”*, jf. databeskyttelseslovens § 13, stk. 1. Bestemmelsen gælder for virksomheder, hvorfor den kun omfatter egentlige erhvervsdrivende.²¹² Dernæst beskytter bestemmelsen kun forbrugere som omfatter tidligere, nuværende eller potentielle kunder i den pågældende virksomhed, dog kun private fysiske personer.²¹³ Direkte markedsføring uddybes i afsnit 4.3.

Det er derfor, ifølge reglerne, som udgangspunkt et krav, at der indhentes et udtrykkeligt samtykke fra forbrugeren, hvis der videregives personoplysninger til brug for en tredjeparts direkte markedsføring samt anvendes personoplysninger på vegne af en tredjepart med henblik på direkte markedsføring, jf. databeskyttelseslovens § 13, stk. 1.²¹⁴

Det er et krav, at samtykket, udover at være i overensstemmelse med samtykkekravet i persondataforordningen, også indhentes i overensstemmelse med markedsføringslovens § 10, jf. databeskyttelseslovens § 13, stk. 1, 2. pkt. Samtykkekravene i markedsføringslovens § 10 uddybes i afsnit 4.5.

En undtagelse til kravet om samtykke i stk. 1 er, hvis der er tale om generelle kundeoplysninger, der danner grundlag for inddeling i kundekategorier, jf. databeskyttelseslovens § 13, stk. 2. Eksempler på generelle kundeoplysninger er for eksempel forbrugers navn, adresse eller hvorvidt forbrugeren er hus- eller bilejer.²¹⁵ Generelle kundeoplysninger omfatter derfor ikke detaljerede oplysninger om en forbrugers indkøbsvaner, herunder hvilke varer denne har lagt i en indkøbskurv på en hjemmeside, hvilke varer denne interesserer sig for og tidligere indkøb via internettet. Det

²¹¹ Betænkning nr. 1565, s. 368

²¹² Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, s. 1067

²¹³ Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, s. 1067

²¹⁴ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 229

²¹⁵ Bemærkninger til databeskyttelsesloven, s. 226, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, s. 1072-1073, Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 229

er herudover direkte beskrevet i databeskyttelsesloven, at oplysningerne ikke må være følsomme personoplysninger, jf. databeskyttelseslovens § 13, stk. 3.

Det er ligeledes et krav til undtagelsen for samtykke, at betingelserne i persondataforordningens art. 6, stk. 1, litra f er opfyldt, jf. databeskyttelseslovens § 13, stk. 2. Dette betyder, at videregivelsen skal være nødvendig for, at virksomheden kan forfølge en legitim interesse, såfremt den registreredes interesser ikke går forud for disse legitime interesser, jf. databeskyttelseslovens § 13, stk. 2, jf. persondataforordningens art. 6, stk. 1, litra f. Ved dette yderligere krav sikres det, at en virksomhed ikke kan videregive generelle kundeoplysninger til brug for direkte markedsføring, hvis interesseafvejningen taler imod videregivelse.²¹⁶

Dette betyder, at der kræves et udtrykkeligt samtykke fra forbrugeren, såfremt oplysninger om pågældende videregives eller anvendes på vegne af en tredjepart/virksomhed med henblik på anvendelse af markedsføringsformen retargeting banners.

Inden oplysninger videregives eller anvendes på vegne af en tredjepart med henblik på direkte markedsføring, skal virksomheden undersøge, hvorvidt forbrugeren har frabedt sig sådanne henvendelser, jf. databeskyttelseslovens § 13, stk. 4. Det skal understreges, at direkte markedsføring skal ske i overensstemmelse med markedsføringsloven som gennemgås i kapitel 4.

²¹⁶ Bemærkninger til databeskyttelsesloven, s. 226, Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, s. 1072

Kapitel 4 – Markedsføringsret

Ved brug af retargeting banners indsamles der oplysninger om en internetbruger via cookies til brug for målrettet markedsføring. De databeskyttelsesretlige regler fokuserer alene på indsamling og behandling af personoplysninger, og regulerer således ikke, hvornår det er tilladt for en erhvervsdrivende at sende direkte markedsføring. Derfor skal retargeting banners også være i overensstemmelse med markedsføringslovens regler.

I det følgende beskrives og analyseres hvilke markedsføringsretlige regler, der finder anvendelse på retargeting banners.

4.1 Indledende om markedsføringsloven

Den gældende markedsføringslov blev vedtaget i 2017 med ikrafttræden den 1. juli 2017, jf. markedsføringslovens § 40. Den første danske markedsføringslov blev vedtaget i 1974, hvor hensynet til forbrugeren blev inddraget.²¹⁷ Ved vedtagelsen af den første markedsføringslov i 1974 blev Forbrugerombudsmanden oprettet.²¹⁸ Det er Forbrugerombudsmandens primære opgave at føre tilsyn med, at loven overholdes særligt ud fra hensynet til forbrugerne, jf. markedsføringslovens § 25.

Frem til den gældende lov er den største ændring af markedsføringsloven sket i 2006 på baggrund af handelspraksisdirektivet.²¹⁹ Der er dog først sket en mere tekstnær implementering af handelspraksisdirektivet i markedsføringsloven af 2017 for, at loven stemte bedre overens med EU-retten.²²⁰ Markedsføringsloven er delt op i forskellige kapitler, som illustrerer de bagvedliggende hensyn ved anvendelse af lovens regler. I lovens kapitel 2 findes eksempelvis reglerne om handelspraksis overfor forbrugerne, mens kapitel 5 omhandler reglerne mellem erhvervsdrivende. Denne opdeling er også et udtryk for implementering af handelspraksisdirektivet, da denne opdeltede forbruger- og erhvervshensyn.²²¹

²¹⁷ Markedsret del 2, s. 15

²¹⁸ Markedsret del 2, s. 15

²¹⁹ Markedsret del 2, s. 15-16

²²⁰ Markedsret del 2, s. 16

²²¹ Markedsret del 2, s. 17

Markedsføringslovens regler og anvendelsesområde spænder bredt, og loven regulerer forskellige typer af markedsføring, herunder vildledende handler og skjult reklame, jf. markedsføringslovens §§ 5 og 6. Det er derfor nødvendigt at kvalificere hvilken form for markedsføring, der er tale om.

I denne afhandling undersøges reglerne for retargeting banners, som giver erhvervsdrivende mulighed for at målrette markedsføring til den enkelte bruger. I markedsføringsloven findes reglerne om direkte markedsføring i § 10. I det følgende vil denne bestemmelse behandles for at redegøre for, hvorvidt retargeting banners kan kvalificeres som direkte markedsføring i markedsføringslovens forstand.

I markedsføringslovens § 10, stk. 1 fremgår det, at en erhvervsdrivende ikke må rette henvendelse til nogen ved brug af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring uden dennes forudgående samtykke. Bestemmelsen er et udtryk for et forbud mod direkte markedsføring, såfremt der ikke er givet forudgående samtykke.²²² Dog er det tilladt for en erhvervsdrivende at sende markedsføring via elektronisk post uden indhentelse af samtykke, hvis den erhvervsdrivende har modtaget brugerens elektroniske adresse i forbindelse med salg af produkter, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 2. Det er endvidere tilladt for en erhvervsdrivende at rette henvendelse uden samtykke gennem andre midler til fjernkommunikation end elektronisk post, automatisk opkaldssystem og telefax, medmindre modtageren har frabedt sig dette, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 4.

Det fremgår af ordlyden i markedsføringslovens § 10, stk. 1, at en erhvervsdrivende ikke må rette henvendelse til *nogen*, hvilket betyder, at forbuddet gælder uanset, om der er tale om en forbruger, anden erhvervsdrivende, offentlig myndighed med videre.²²³

4.2 Elektronisk post

Forbuddet i markedsføringslovens § 10, stk. 1 gælder kun, hvor den erhvervsdrivende retter henvendelse via elektronisk post, et automatisk opkaldssystem eller telefax uden forudgående samtykke. Ved et automatisk opkaldssystem ringes en telefonbruger op, hvor der vil blive afspillet et

²²² Spamvejledningen, s. 7, Markedsret del 2, s. 116

²²³ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 60

reklamebudskab til pågældende uden menneskelig indvirken.²²⁴ Telefaxen er i dag en udfaset teknologi i forhold til reklamer.²²⁵

I den moderne tid er reklamer via elektronisk post mest aktuelt. Begrebet elektronisk post er defineret som *"enhver meddelelse i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede, som sendes via et offentligt kommunikationsnet, og som kan lagres på nettet eller på modtagerens terminaludstyr, indtil meddelelsen hentes af modtageren"*, jf. markedsføringslovens § 2, stk. 1, nr. 15. Begrebet fremgik også af den forudgående markedsføringslov og er videreført i den gældende markedsføringslov fra 2017. Sø- og Handelsretten har udtalt, at begrebet elektronisk post er teknologi-neutral, og ligeledes finder anvendelse på nye former for teknologi.²²⁶ Lovgiver har endvidere haft direkte intention om at gøre begrebet dynamisk, så det til enhver tid fortolkes i overensstemmelse med den teknologiske udvikling.²²⁷ Begrebet skal derfor fortolkes bredt, således at elektronisk post ikke kun omfatter teknologi på lovgivningstidspunktet, men at begrebet også kan rumme nye former for teknologi. Såfremt bestemmelsen ikke kunne fortolkes bredt og dynamisk, ville det skabe en usikker og u hensigtsmæssig retstilstand, da elektronisk post ikke er klart defineret i lovgivningen.

En henvendelse kategoriseres som elektronisk post, hvis følgende elementer er til stede: 1) Henvendelsen sker i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede, 2) Henvendelsen sendes via et offentligt kommunikationsnet, 3) Henvendelsen lagres i nettet eller på modtagerens udstyr, 4) Henvendelse sendes til en bestemt modtagers elektroniske adresse.²²⁸ Hvis en henvendelse ikke kan kategoriseres som elektronisk post, kan der i stedet være tale om en henvendelse gennem andre midler til fjernkommunikation end nævnt i stk. 1, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 4.

Da specialet behandler direkte markedsføring ved brug af retargeting banners, vil ovenstående betingelser blive gennemgået i henhold til denne teknologi.

²²⁴ Dansk markedsret, s. 375, Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 59

²²⁵ Dansk markedsret, s. 375

²²⁶ U 2005.3446 H

²²⁷ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 46

²²⁸ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 46, Spamvejledningen, s. 14

4.2.1 Henvendelsen sker i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede

En af betingelser for at der er tale om elektronisk post er, at henvendelsen sker i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede. Henvendelsen til en modtager kan anskues todelt ved retargeting banners. Ved todelingen skal forstås, at markedsføringen/henvendelsen vil blive vist i en bannerannonce på en hjemmeside i form af tekst og billede. Endvidere er dette dog kun muligt, fordi der på forhånd er lagret en eller flere cookies på internetbrugerens enhed. Dette illustrer, at der både sker henvendelse i form af en bannerannonce samt via cookies. Som nævnt i afsnit 1.5 er cookies en betegnelse for en datafil eller tekstfil, der afsættes på brugerens computer, tablet eller anden elektronisk udstyr, hvorfor dette også opfylder betingelsen om at henvendelsen sker i form af tekst.²²⁹

Det bemærkes, at ovennævnte adskiller sig fra generelle pop-up reklamer og reklamer på news-feed via sociale medier, som ikke er omfattet af definitionen elektronisk post, fordi denne form for henvendelse ikke lagres og ikke er målrettet specifikt til den pågældende internetbruger.²³⁰

4.2.2 Henvendelsen sendes via et offentligt kommunikationsnet

Som en anden af betingelserne for at der er tale om elektronisk post, skal henvendelsen sendes via et offentligt kommunikationsnet. Hvis henvendelsen sendes via internettet, er der tale om et offentligt kommunikationsnet, hvis det ikke er begrænset til en bestemt kreds af personer.²³¹ Af tjenester på internettet hvor dette er begrænset til en bestemt kreds af personer kan nævnes eksempelvis en uddannelsesinstitutions intranet, hvortil der kræves særligt login.²³² Ved retargeting banners placeres en eller flere cookies på brugerens computer blandt andet, når denne benytter internettet og tilgår diverse hjemmesider. Efterfølgende bliver internetbrugeren disponeret for bannerannoncer på internettet. Da henvendelsen, herunder både placering af cookies og den efterfølgende målrettede markedsføring, sker ved generelt brug af internettet, kan det kvalificeres som, at henvendelsen sendes via et offentligt kommunikationsnet.

²²⁹ Dansk markedsret, s. 230, Digital marketing og markedskommunikation, s. 213, Vejledning til cookiebekendtgørelsen, s. 1

²³⁰ Spamvejledningen, s. 15

²³¹ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 46

²³² Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 46

4.2.3 Henvendelsen lagres i nettet eller på modtagerens udstyr

Som den tredje betingelse for at der er tale om elektronisk post, skal henvendelsen kunne lagres på nettet eller på modtagerens udstyr. Det er vigtigt at understrege, at det ikke er nødvendigt at henvendelsen rent faktisk lagres, men blot at dette er muligt.²³³ En del af teknologien bag cookies er, at der bliver placeret en data- eller tekstfil på brugerens enhed, som enten slettes straks eller lagres i flere år. Ved anvendelsen af retargeting banners lagres en eller flere cookies på den elektroniske enhed i en længere periode, så det er muligt at lave målrettede bannerannoncer. Bannerannoncerne bliver ikke lagret på internetbrugerens elektroniske enhed, men denne vil fortsat blive disponeret for annoncerne, så længe de pågældende cookies er lagret. Det vurderes på denne baggrund, at bannerannoncerne lagres indirekte, da internetbrugeren vil blive disponeret for disse på forskellige hjemmesider og gennem en længere periode. Betingelsen er således opfyldt, da der sker lagring på internetbrugerens elektroniske enhed.

4.2.4 Henvendelsen sendes til en bestemt modtagers elektroniske adresse

Den sidste af betingelserne for at en henvendelse kan kvalificeres som elektronisk post er, at henvendelsen sendes til en bestemt modtagers elektroniske adresse. Ved retargeting banners placeres en eller flere cookies på brugerens enhed, hvorefter der indsamles oplysninger om blandt andet, hvilke produkter internetbrugeren har været interesseret i.²³⁴

Kravet om at henvendelsen skal sendes til *en bestemt modtager* opfyldes, da bannerannoncerne målrettes specifikt til internetbrugeren af den elektroniske enhed på baggrund af de lagrede cookies. Det er muligt, at flere brugere anvender samme elektroniske enhed, men det antages, at hver enkelt bruger som udgangspunkt har sin egen enhed i form af for eksempel én computer, én tablet og/eller én smartphone.

Da der i Forbrugerombudsmandens spamvejledning og praksis vedrørende elektronisk adresse primært forstås e-mail, sms-beskeder og lignende, er det uklart, hvorvidt en elektronisk enhed kan anses for at være en elektronisk adresse. Dette kan være et udtryk for, at det endnu ikke er afprøvet, hvorvidt en persons elektroniske enhed kan kvalificeres som en elektronisk adresse. Da bestemmelsen skal fortolkes dynamisk i takt med den teknologiske udvikling, og da cookies lagres

²³³ Spamvejledningen, s. 14

²³⁴ Digital marketing og markedskommunikation, s. 215

specifikt på den enkelte elektroniske enhed, vurderes det, at en elektronisk enhed udgør en selvstændig elektronisk adresse. Betingelsen er derfor opfyldt.

Da der således er tale om elektronisk post ved retargeting banners, finder reglen om anden fjernkommunikation ikke anvendelse, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1 og 4.

4.3 Direkte markedsføring

Ved *direkte markedsføring* forstås der at en erhvervsdrivende laver målrettet markedsføring til en eller flere bestemte personer.²³⁵

For at der er tale om decideret *markedsføring* skal den erhvervsdrivende således rette henvendelse med henblik på omsætning.²³⁶ Der skal derfor sondres mellem henvendelser med afsætning for øje og andre typer af henvendelser for at afgøre, hvorvidt det er omfattet af markedsføringslovens § 10.

Forbrugerombudsmanden har opstillet en række eksempler på, hvad der er markedsføring, og hvad der ikke er.²³⁷ Som eksempler på hvad Forbrugerombudsmanden blandt andet vurderer er markedsføring, kan nævnes nyhedsbreve, tilbud om deltagelse i konkurrencer og mails med rabatkoder.²³⁸ Særligt målrettede og tilpassede bannerannoncer på internettet vil kunne kvalificeres som direkte markedsføring.²³⁹

Som eksempler på, hvad Forbrugerombudsmanden ikke vurderer er markedsføring kan nævnes pressemeddelelser eller invitation til lancering til medier og servicemeddelelser til kunder.²⁴⁰

Forbrugerombudsmandens eksempler er ikke en udtømmende liste, og uanmodet henvendelser fra erhvervsdrivende kan udspille sig i mange forskellige former. Det vil derfor kræve en konkret vurdering af de enkelte henvendelser om, hvorvidt den erhvervsdrivende har haft afsætning for øje. Ved denne vurdering skal der ikke alene tages højde for markedsføring af tilbud på produkter,

²³⁵ Spamvejledningen, s. 16, Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 105

²³⁶ Markedsret del 2, s. 114

²³⁷ Spamvejledningen, s. 16-21

²³⁸ Spamvejledningen, s. 16

²³⁹ Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, s. 105 og s. 272

²⁴⁰ Spamvejledningen, s. 17

men også markedsføring ved omtale af virksomheden og/eller dennes produkter, da al markedsføring er omfattet af forbuddet i § 10.²⁴¹

Som nævnt finder forbuddet i markedsføringslovens § 10 kun anvendelse ved henvendelse til en eller flere *bestemte* personer. Generel markedsføring til en kreds af ubestemte modtagere uden samtykke er således ikke en overtrædelse af forbuddet i markedsføringslovens § 10 – dog kan dette stadig være en overtrædelse af markedsføringslovens § 3 om god markedsføringsskik. Dette er også illustreret i en afgørelse fra Forbrugerombudsmanden, hvor den erhvervsdrivende havde henvendt sig via bluetooth til alle personer inden for et bestemt geografisk område.²⁴² Forbrugerombudsmanden vurderede, at denne generelle henvendelse til alle personer inden for et bestemt område ikke var omfattet af forbuddet mod direkte markedsføring, men derimod en overtrædelse af markedsføringslovens § 3.

Der er dog stadig tale om en bestemt personkreds, som er omfattet af bestemmelsen, hvis der sendes enslydende meddelelser til flere personer.²⁴³ Ved henvendelse gennem almindelige tilbudsaviser, adresseløse forsendelser og lignende er der ikke tale om direkte markedsføring, da det er rettet mod en ubestemt kreds af personer.²⁴⁴

Ved retargeting banners vil internetbrugeren modtage målrettet markedsføring baseret på eksempelvis, hvilke produkter denne tidligere har vist interesse for. Der er derfor tale om markedsføring til en bestemt person, da annoncerne differentierer alt efter, hvad den enkelte har vist interesse for.

Da der ved retargeting banners både er tale om en henvendelse med afsætning for øje samt en henvendelse til en bestemt kreds af personer, kan dette kvalificeres som direkte markedsføring.

De opstillede eksempler på direkte markedsføring af Forbrugerombudsmanden samt afgørelser på området vurderer ikke klart, hvorvidt markedsføring via retargeting banners falder inden for bestemmelsens anvendelsesområde. Forbrugerombudsmandens spamvejledning og praksis på området viser, at der ved elektronisk post fortsat primært forstås e-mail, sms-beskeder og lignende.

²⁴¹ Dansk markedsret, s. 373

²⁴² FO-18/05647

²⁴³ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 59

²⁴⁴ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 59

Dette kan også være et udtryk for, at der endnu ikke er praksis på området for målrettet markedsføring ved brug af cookies og retargeting banners.

4.4 Krav til direkte markedsføring

I markedsføringslovens § 10, stk. 3 er der opstillet en række betingelser, som den erhvervsdrivende skal opfylde ved direkte markedsføring. Denne regel blev indført i markedsføringsloven af 2017. Reglen implementerer dele fra e-handelsdirektivet og e-databeskyttelsesdirektivet.²⁴⁵ I bestemmelsen opstilles der fem betingelser, som skal være opfyldt, når en erhvervsdrivende retter henvendelse med henblik på direkte markedsføring, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 1-5.

Den første betingelse er, at markedsføring klart skal kunne identificeres som sådan, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 1. Dette betyder, at det skal være muligt for modtageren at identificere, at der er tale om markedsføring. Det må således ikke skjules på nogen måde, at der er tale om markedsføring, hvor formålet er at fremme afsætning af den erhvervsdrivendes produkter.²⁴⁶

Den anden betingelse er, at betingelser for salgsfremmende foranstaltninger skal være let tilgængelige og fremlægges klart og utvetydigt, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 2. Da der er et krav om, at betingelser for salgsfremmende foranstaltninger skal være let tilgængelige, skal den erhvervsdrivende sikre, at brugeren nemt kan få adgang til disse.²⁴⁷ Salgsfremmende foranstaltninger kunne være konkurrencer, rabatter, spil og lignende.²⁴⁸ I bestemmelsen fremgår endvidere at sådanne betingelser skal fremlægges klart og utvetydigt, hvorfor betingelserne skal være fremhævede, så brugeren nemt kan finde dem.²⁴⁹ Ved kravet om at betingelserne skal fremlægges klart og utvetydigt forstås desuden, at den erhvervsdrivende er forpligtet til at forfatte betingelserne, så der ikke kan opstå tvivl om meningen.²⁵⁰ Betingelserne må derfor ikke være forfattet på i et unødigt kompliceret sprog.

Den tredje betingelse er, at det skal fremgå på hvis vegne markedsføringen udsendes, og på en måde der ikke er tilsløret eller holdes skjult, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 3. Det skal

²⁴⁵ Markedsret del 2, s. 118-119

²⁴⁶ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 62

²⁴⁷ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 62

²⁴⁸ Markedsret del 2, s. 118, Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 62, Spamvejledningen, s. 34

²⁴⁹ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 62

²⁵⁰ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 62

derfor fremgå, hvem selve afsenderen af markedsføringen er. Afsenderen af markedsføringen vil være den juridiske person, som har til formål at fremme afsætning af sine produkter.²⁵¹

Den fjerde betingelse er, at modtageren ikke må opfordres til at besøge hjemmesider, hvor den erhvervsdrivende, der er ansvarlig for hjemmesiden, ikke opfylder betingelserne i § 10, stk. 3, nr. 1-3, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 4. Dette stiller krav til, at den erhvervsdrivende også skal sikre sig, at den ansvarlige for hjemmesiden også opfylder betingelserne, inden de opfordrer modtageren til at besøge hjemmesiden.

Den femte betingelse er, at der skal være en adresse, som modtageren kan henvende sig til for at få standset sådanne henvendelser, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 5. Ved adresse kan forstås, at afsenderen af markedsføringen eksempelvis kan oplyse en e-mailadresse, som modtageren kan benytte for at få standset henvendelserne. Afsenderen kan ligeledes stille et link til rådighed, hvor modtageren kan få standset henvendelserne.²⁵²

Forbuddet mod direkte markedsføring finder kun anvendelse, hvis henvendelsen sker gennem elektronisk post samt, at der er tale om direkte markedsføring i markedsføringslovens forstand. Særligt henset til at begrebet elektronisk post skal fortolkes dynamisk samt at retargeting banners opfylder de øvrige betingelser for direkte markedsføring, skal der indhentes gyldigt samtykke, inden en internetbruger disponeres for retargeting banners, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1.

Såfremt den erhvervsdrivende ønsker at undgå at skulle indhente samtykke, kan denne vælge en anden annonceringsform, som ikke kan kvalificeres som elektronisk post. Dette kunne eksempelvis være generelle pop-up reklamer eller lignede, hvor internetbrugeren blot skal have mulighed for at frabede sig disse, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 4.²⁵³ Ved denne metode vil den erhvervsdrivende nå ud til flere end den specifikke kunde/målgruppe, da annonceringen ikke kan ske på baggrund af online adfærd indsamlet via cookies.

4.5 Samtykke

Forbuddet mod direkte markedsføring gælder ikke, hvis den erhvervsdrivende har opnået samtykke inden henvendelsen, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1. I markedsføringslovens § 2, stk. 1,

²⁵¹ Bemærkninger til markedsføringsloven s. 62

²⁵² Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 61

²⁵³ Spamvejledningen, s. 15

nr. 14 defineres samtykke som ”*enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljetilkendegivelse*”. Der er ikke noget formkrav til afgivelse af samtykke, hvorfor samtykket kan afgives både skriftligt og mundtligt – herunder også afgives digitalt.²⁵⁴ Af bestemmelsens ordlyd fremgår det, at der er tale om et *forudgående* samtykke. Der skal således indhentes samtykke, inden den erhvervsdrivende sender henvendelse med henblik på direkte markedsføring.²⁵⁵ Inden den erhvervsdrivende kan gøre brug af retargeting banners, vil internetbrugeren typisk blive mødt med et cookiebanner på den erhvervsdrivendes hjemmeside, hvor internetbrugeren vil blive bedt om at give samtykke eller afvise samtykke. Hvis internetbrugeren giver samtykke, vil denne først blive mødt af retargeting banners efterfølgende på andre hjemmesider. Et samtykke gennem et cookiebanner vil derfor kunne kvalificeres som forudgående samtykke. Det er den erhvervsdrivende, som har bevisbyrden for, hvorvidt der er afgivet samtykke i overensstemmelse med loven.²⁵⁶

4.5.1 Frivilligt

Det er en betingelse, at samtykket afgives frivilligt, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 14. Det er således ikke tilladt, at der stilles krav om samtykke i anden forbindelse eksempelvis hvor køb er betinget af, at der gives samtykke til direkte markedsføring.²⁵⁷ Det er dog tilladt at tilbyde brugeren en rabat på et køb ved samtidig afgivelse af samtykke – så længe det er muligt at købe produktet uden afgivelse af samtykke.²⁵⁸ Det er endvidere tilladt for den erhvervsdrivende at motivere en bruger til at give samtykke gennem konkurrencer og lignende.²⁵⁹ Samtykket skal være et aktivt tilvalg for brugeren, hvorfor det ikke er tilstrækkeligt med et felt, som er forhåndsafkrydset, hvor der gives samtykke til direkte markedsføring.²⁶⁰

4.5.2 Specifikt

Det er ligeledes en betingelse, at samtykket er specifikt, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 14. Et meget generelt samtykke til direkte markedsføring er derfor ikke tilladt.²⁶¹ For

²⁵⁴ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

²⁵⁵ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 60

²⁵⁶ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

²⁵⁷ FO-15/01605

²⁵⁸ FO-15/02855

²⁵⁹ Vejledning om indhentelse af samtykke via konkurrencer og lignende, s. 9

²⁶⁰ Markedsret del 2, s. 116, Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

²⁶¹ Markedsret del 2, s. 117, Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

at et samtykke er tilstrækkeligt specifikt skal det fremgå hvad der gives samtykke til, hvem der gives samtykke til og hvilken kommunikationsform der gives samtykke til.²⁶²

Ved specificering af hvad der gives samtykke til, skal det være klart for brugeren, hvilke produkter eller kategorier som vedkommende vil modtage markedsføring af.²⁶³ Her er det tilladt for den erhvervsdrivende at benytte sig af en bred formulering, hvor der indhentes samtykke til markedsføring inden for virksomhedens produktsortiment.²⁶⁴ Hvis denne bredere formulering benyttes, skal det være alment kendt, hvilke produkter den erhvervsdrivende sælger.²⁶⁵ Hvis den bredere formulering vedrørende produktsortiment benyttes, skal der fortsat indhentes selvstændigt samtykke, hvis den erhvervsdrivende har produktkategorier, der skiller sig ud fra virksomhedens hovedformål.²⁶⁶

Ved specificering af hvem der gives samtykke til, skal det fremgå hvilke erhvervsdrivende brugeren giver samtykke til at modtage markedsføring fra.²⁶⁷ Generelle betegnelser som "samarbejdspartnere", "sponsorer" og lignende er ikke fyldestgørende, og den samtykkegivende skal have en oversigt over, hvilke virksomheder der gives samtykke til.²⁶⁸ Selvom der gives samtykke til en erhvervsdrivende som eksempelvis er et datterselskab i en koncern, gælder samtykket kun det pågældende datterselskab og de andre grene af koncernen må således selv indhente samtykke til markedsføring.²⁶⁹ Hvis en erhvervsdrivende har flere brands/mærker, skal der også indhentes og gives selvstændigt samtykke til hvert brand.²⁷⁰ Ved retargeting banners indhentes samtykke, når internetbrugeren besøger den erhvervsdrivendes hjemmeside, hvorfor det ofte vil fremgå klart, at markedsføringen vil komme fra denne.

For at et samtykke opfylder kravene til at være tilstrækkeligt specifikt, skal det også fremgå klart, hvilken kommunikationsform den erhvervsdrivende vil benytte til markedsføringen.²⁷¹ Det skal

²⁶² Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45, Markedsret del 2, s. 117

²⁶³ Spamvejledningen, s. 25, Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

²⁶⁴ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

²⁶⁵ Spamvejledningen, s. 25

²⁶⁶ Spamvejledningen, s. 25

²⁶⁷ Spamvejledningen, s. 24

²⁶⁸ Spamvejledningen, s. 24

²⁶⁹ Spamvejledningen, s. 24

²⁷⁰ Spamvejledningen, s. 24

²⁷¹ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

derfor oplyses til brugeren, hvilken slags elektronisk post der er tale om.²⁷² Hvis en bruger er blevet oplyst, at henvendelsen vil ske via mail, må den erhvervsdrivende således ikke kontakte vedkommende via SMS i stedet for.²⁷³ Den oplyste kommunikationsform ved indhentelse af samtykke binder derfor den erhvervsdrivende, og hvis denne ønsker at rette henvendelse gennem anden elektronisk post, skal der indhentes samtykke på ny. Ved retargeting banners skal der derfor indhentes samtykke hos internetbrugeren specifikt til denne form for annoncering.

4.5.3 Informeret

For at et samtykke er gyldigt, skal der ligeledes være tale om, at brugeren giver et informeret samtykke. Det vil sige, at brugeren skal være informeret om, at der gives samtykke og hvad der gives samtykke til.²⁷⁴ Det er derfor op til den erhvervsdrivende at sørge for et godt informationsgrundlag, så brugeren kan vurdere om denne ønsker at afgive samtykke eller ej.²⁷⁵ Afgivelse af samtykke skal derfor være et udtryk for brugerens egen vilje og et aktivt tilvalg, hvorfor det ikke er tilladt at indhente samtykke ved et forhåndsafkrydset felt.²⁷⁶ Et samtykke skal også være adskilt fra andre dokumenter fra den erhvervsdrivende eksempelvis dennes betingelser, da det skal være klart for brugeren, at de giver samtykke til at modtage markedsføring.²⁷⁷ Hvis der indhentes samtykke ved deltagelse i en konkurrence eller en lignende aktivitet, må den erhvervsdrivende ikke forsøge at skjule, at formålet er at indhente samtykke til markedsføring. Der skal derfor fremgå oplysninger omkring indhentelse af samtykke på lige fod med oplysninger om konkurrencen.²⁷⁸ Ved vurderingen af om oplysninger om samtykke fremgår tilstrækkeligt klart kan *"... samtykkeerklæringens placering, dens uklare sproglige formulering og dens grafiske udtryk..."*²⁷⁹ sammenholdes med konkurrencen i øvrigt.

Som opstillet i eksemplet i afsnit 1.6 oplever en jurastuderende at blive mødt af et cookiebanner nederst på hjemmesiden om hjemmesidens cookiepolitik, hvor det fremgår, at de indsamlede cookies blandt andet benyttes til målrettet markedsføring. I eksemplet oplyses den jurastuderende

²⁷² Spamvejledningen, s. 24-25

²⁷³ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

²⁷⁴ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45, Spamvejledningen, s. 23

²⁷⁵ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45, Spamvejledningen, s. 23

²⁷⁶ Markedsret del 2, s. 116, Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

²⁷⁷ Spamvejledningen, s. 23

²⁷⁸ Vejledning om indhentelse af samtykke via konkurrencer og lignende, 2012, s. 9

²⁷⁹ U 2002.2277/2 S, s. 3

om, at de indsamlede cookies vil blive benyttet til målrettet markedsføring, hvorfor dette som udgangspunkt opfylder kravet om, at der er afgivet et informeret samtykke. Der er ikke én korrekt måde at formulere et samtykke på eller et bestemt format til indhentelse af samtykke, og det er således op til den erhvervsdrivende at sørge for, at alle betingelser for et lovligt samtykke er opfyldt.

4.5.4 Utvetydig

I lov om ændring af markedsføringsloven med ikrafttræden den 17. januar 2020 blev definitionen af samtykke skærpet, så det ligeledes skal være utvetydigt.²⁸⁰ Et samtykke skal være utvetydigt for at være gyldigt, hvorfor det skal være klart at der foreligger et samtykke. Der må således ikke foreligge tvivl om det givne samtykke.²⁸¹ Ændringen er indført for at bringe markedsføringslovens samtykkekrav i overensstemmelse med persondataforordningen. Da persondataordningen finder direkte anvendelse i dansk ret, vil ændringen ikke påvirke gældende ret.²⁸²

Hvis den erhvervsdrivende har indhentet samtykke fra brugeren i overensstemmelse med reglerne gennemgået ovenfor, er det tilladt at rette henvendelse med henblik på direkte markedsføring. Dette er også illustreret i eksemplet i afsnit 1.6, hvor den jurastuderende har givet samtykke, og efterfølgende oplever målrettede annoncer for juridisk litteratur, når denne benytter internettet.

4.5.5 Opdatering af samtykke

Såfremt en erhvervsdrivende ønsker at opdatere et samtykke eksempelvis til at gælde flere produktkategorier eller lignende, skal den erhvervsdrivende som udgangspunkt indhente et nyt samtykke.²⁸³ Det er endvidere tilladt at opfordre brugeren til at opdatere samtykket via samme kommunikationsform, hvorved det første samtykke blev indhentet.²⁸⁴ Hvis den erhvervsdrivende eksempelvis har indhentet det første samtykke via SMS, så kan denne også opfordre brugeren til at opdatere samtykket via SMS.

4.5.6 Tilbagekaldelse af samtykke

Ved ændringen af markedsføringsloven i 2020 blev det indsat, at en bruger skal oplyses om, at samtykket kan tilbagekaldes allerede inden der afgives samtykke, jf. markedsføringslovens § 10,

²⁸⁰ Bemærkninger til ændring af markedsføringsloven, s. 4

²⁸¹ Bemærkninger til ændring af markedsføringsloven, s. 13

²⁸² Bemærkninger til ændring af markedsføringsloven, s. 14

²⁸³ Spamvejledningen, s. 26

²⁸⁴ Spamvejledningen, s. 26

stk. 1, 2. pkt.²⁸⁵ Dette forpligter den erhvervsdrivende til at oplyse, at samtykket frit kan tilbagekaldes, inden brugeren giver samtykke. Hvis dette krav ikke opfyldes, vil samtykket således ikke være gyldigt.²⁸⁶ Endvidere skal det fremgå direkte af samtykketeksten eksempelvis ved et cookiebanner, at et samtykke kan tilbagekaldes, samt på hvilken måde tilbagekaldelsen kan ske.²⁸⁷

Den erhvervsdrivende skal give mulighed for, at samtykket kan tilbagekaldes let og uden gebyr, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1, 3. pkt.

For at samtykket kan tilbagekaldes *let*, skal det som minimum være muligt for brugeren at tilbagekalde sit samtykke gennem samme kommunikationsform, som samtykket er givet.²⁸⁸ Dette betyder, at såfremt brugeren har givet samtykke via e-mail, skal det også være muligt at tilbagekalde samtykket via e-mail. Den erhvervsdrivende må derfor gerne tilbyde flere muligheder for at tilbagekalde samtykke eksempelvis ved afmeldingslink, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 3, nr. 5.²⁸⁹ Hvis brugeren tilbagekalder sit samtykke ved en generel formulering, skal den erhvervsdrivende opfatte dette som en tilbagekaldelse af samtykke til alle former for henvendelser, uanset om dette er e-mail, SMS og lignende.²⁹⁰

Det skal også være muligt for brugeren at tilbagekalde samtykket *uden gebyr*, jf. markedsføringslovens § 10, stk. 1, 3. pkt.²⁹¹ Efter ordlyden af bestemmelsen skal det således være gratis for brugeren at tilbagekalde sit samtykke. Hvis der er tilknyttet et gebyr til kommunikationsformen, er det dog tilladt at brugeren opkræves dette, eksempelvis ved at der opkræves almindelig SMS-takst ved teleselskabet ved afsendelse af SMS'en.²⁹² Hvis brugeren har opnået en fortjeneste samtidig med afgivelse af samtykke, må den erhvervsdrivende ikke fjerne denne fortjeneste, hvis samtykket tilbagekaldes.²⁹³ Dette skyldes, at tilbagekaldelsen af samtykket derved ikke vil være uden gebyr.

²⁸⁵ Bemærkninger til ændring af markedsføringsloven, s. 15

²⁸⁶ Ændring af markedsføringsloven, s. 15

²⁸⁷ Ændring af markedsføringsloven, s. 15

²⁸⁸ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 60, Markedsret del 2, s. 117

²⁸⁹ Spamvejledningen, s. 28

²⁹⁰ Spamvejledningen, s. 29

²⁹¹ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 60

²⁹² FO-15/04173

²⁹³ FO-14/03912

Kapitel 5 – Sammenhængen mellem persondata- og markedsføringsretten

Sammenhængen mellem persondata- og markedsføringsretten kan give nogle udfordringer i praksis ved anvendelsen og forståelsen af reglerne samt prøvelse heraf. Dette er særligt gældende i forhold til retargeting banners. Derfor analyseres sammenhængen mellem persondata- og markedsføringsretten i det følgende.

Ved markedsføringsloven af 2017 fremgår det af forarbejderne, at formålet med nogle af ændringerne er at skabe overensstemmelse og sammenhæng mellem persondataretten og markedsføringsretten ved eksempelvis at definere begrebet samtykke.²⁹⁴ Markedsføringsloven blev endvidere ændret i 2020, da persondataforordningen af 2018 havde skærpet kravene til samtykke og lovgiver ønskede at skabe overensstemmelse mellem regelsættene.²⁹⁵ Dette er med til at illustrere sammenhørigheden af markedsførings- og persondataretten samt at begge regelsæt er stærkt influeret af EU-retten.

Ved brug af retargeting banners vil de to retsområder ofte overlape hinanden, da markedsføringen kun kan målrettes ved hjælp af indsamling og behandling af personoplysninger samtidig med, at markedsføringen skal overholde reglerne i markedsføringsloven. Det er derfor relevant at analysere, hvilke udfordringer denne konstellation kan medføre.

I den tyske dom VG Bayreuth, Beschluss blev en erhvervsdrivende pålagt at slette en kundeliste, som var oploadet på Facebook. Ved at oplade den pågældende kundeliste til Facebook blev personoplysninger som eksempelvis e-mailadresse sammenlignet med brugerprofiler på Facebook.²⁹⁶ Hvis personoplysningerne fra kundelisten matchede med en Facebook-bruger, var det herefter muligt at målrette annoncering til den pågældende på Facebooks hjemmeside. Inden personoplysningerne blev oploadet blev disse konverteret til såkaldte hash-værdier, hvorved forstås at personoplysninger omdannes til en kode eller en nøgle.²⁹⁷ Det blev derfor påstået, at databeskyttelsesreglerne ikke fandt anvendelse, da der var sket en anonymisering af personoplysningerne. Retten

²⁹⁴ Bemærkninger til markedsføringsloven, s. 45

²⁹⁵ Bemærkninger til lovforslag, s. 4

²⁹⁶ VG Bayreuth, Beschluss, præmis 15

²⁹⁷ VG Bayreuth, Beschluss, præmis 15

fandt dog at omdannelse af personoplysningerne til hash-værdier ikke fuldt ud anonymiserede de pågældende brugere, da det stadig var muligt for Facebook at sammenkoble hash-værdien til en bestemt brugerprofil, og der var derfor tale om en pseudonymisering.²⁹⁸ Hvis der er tale om pseudonymisering af personoplysninger, er det stadig muligt at henføre de omdannede oplysninger til den fysiske person, hvorfor databeskyttelsesreglerne finder anvendelse.²⁹⁹ Ved en interesseafvejning mellem den erhvervsdrivende og brugeren ville denne ikke falde ud til fordel for den erhvervsdrivende, hvorfor retten fandt, at overførslen af personoplysninger til Facebook krævede samtykke.³⁰⁰ Da den erhvervsdrivende ikke havde indhentet samtykke, blev den erhvervsdrivende pålagt at slette kundelisten.³⁰¹ Dommen blev anket og stadfæstet ved Forvaltningsdomstolen i München.³⁰²

Forbrugerombudsmanden har desuden truffet afgørelse om målrettet markedsføring, hvor der også skete en overførsel af personoplysninger til Facebook.³⁰³ En erhvervsdrivende ønskede at kopiere e-mailadresser fra dennes kontaktpersoner på LinkedIn for derefter at overføre disse til Facebook for at lave målrettet markedsføring. Den målrettede markedsføring sker ved, at personoplysningerne indsættes i Facebooks annoncesystem, hvilket giver Facebook mulighed for at vise annoncer i den/de registreredes nyhedsfeed. Forbrugerombudsmanden fandt at markedsføring som vises på en brugers nyhedsfeed på Facebook er omfattet af begrebet anden uanmodet kommunikation, hvor målrettet markedsføring er tilladt, såfremt modtageren har mulighed for at frabede sig dette i henhold til dagældende markedsføringslov § 6, stk. 3 og 5.³⁰⁴ Da det ville være muligt for internetbrugeren at fjerne de målrettede annoncer, vurderede Forbrugerombudsmanden at betingelser for målrettet annoncering gennem anden fjernkommunikation var opfyldt, hvorfor markedsføringen ikke ville være i strid med markedsføringsloven. Forbrugerombudsmanden understregede, at denne ikke havde taget stilling til de databeskyttelsesretlige aspekter af problemstillingen.

²⁹⁸ VG Bayreuth, Beschluss, præmis 45

²⁹⁹ Afsnit 3.2.2

³⁰⁰ VG Bayreuth, Beschluss, præmis 59, 64 og 65

³⁰¹ VG Bayreuth, Beschluss, præmis 67

³⁰² VGH München, Beschluss, præmis 27

³⁰³ FO-16/05971

³⁰⁴ Gældende markedsføringslov § 10, stk. 4 og 6

Dommen og afgørelsen omhandler ikke samme form for retargeting banners som behandles i spe-
cialet, da der ikke var tale om lagring af cookies, men videregivelse af personoplysninger indhentet
på anden vis. Dog vil principperne fra dommen og afgørelsen kunne overføres til retargeting ban-
ners med anvendelse af cookies, da der også her indsamles og behandles personoplysninger samt
gives den erhvervsdrivende mulighed for målrettet markedsføring.

Indsamlingen og behandlingen af personoplysninger i de to afgørelser er sammenlignelige, da der
er tale om brug af indsamlede e-mailadresser, som efterfølgende overføres til Facebook uden den
registreredes samtykke. Endvidere ønsker begge erhvervsdrivende at bruge personoplysninger til
at lave målrettet markedsføring. De to afgørelser adskiller sig dog markant fra hinanden, da den
tyske dom alene forholder sig til persondataretten, mens afgørelsen fra Forbrugerombudsmanden
alene tager stilling til markedsføringsretten. Selvom faktum næsten er ens, er lovgrundlaget og
prøvelsesspørgsmålet uden sammenligning, da de er afgjort ud fra de to forskellige retsområder.

Dommen og afgørelsen illustrerer derfor, hvordan de to retsområder ofte vil overlape en even-
tuel problemstilling ved retargeting banners.

I dansk ret er det bestemt, at Datatilsynet fører tilsyn med, at reglerne i persondataforordningen
overholdes, mens Forbrugerombudsmanden fører tilsyn med overholdelse af markedsføringslo-
vens regler, jf. databeskyttelseslovens § 27, stk. 1 og markedsføringslovens § 25. Der er herved
tale om to tilsynsmyndigheder, som fungerer uafhængigt af hinanden. Selvom den tyske dom ikke
finder direkte anvendelse i dansk ret, vil en lignende problemstilling kunne opstå i Danmark, hvor
man højst sandsynligt vil nå frem til samme resultat, da persondataretten er reguleret af EU-ret-
ten. I Danmark ville en lignende problemstilling først skulle vurderes af Datatilsynet eller Forbruger-
ombudsmanden afhængigt af retsområdet for tvisten. Efterfølgende vil afgørelsen kunne indbrin-
ges for domstolene.

I afgørelsen af Forbrugerombudsmanden gør denne det også klart, at der ikke er foretaget en per-
sondataretlig vurdering. På baggrund af sammenligningen af de to domme må det dog antages at
være overvejende sandsynligt, at en vurdering af de personretlige regler ikke var faldet ud til den
erhvervsdrivendes fordel ud fra samme grundlag som den tyske dom.

Da der er to tilsynsmyndigheder i Danmark, som fungerer uafhængigt af hinanden, viser sammen-
ligningen af de to afgørelser derfor, hvordan en erhvervsdrivende kan havne i en situation, hvor

der kun vil blive taget stilling til ét af retsområderne og vurderet, at denne ikke overtræder reglerne uanset, at den erhvervsdrivende muligvis overtræder andre regler.

Som nævnt i begyndelsen af dette afsnit har det været lovgivers klare intention at skabe overensstemmelse mellem persondata- og markedsføringsreglerne. Dette giver særlig god mening, når det kommer til retargeting banners, da dette typisk kun lader sig gøre ved indsamling og behandling af personoplysninger. Endvidere gør flere og flere virksomheder brug af digital, målrettet markedsføring, hvorfor det er praktisk relevant at reglerne formidles klart.

Det vurderes på baggrund af ovenstående analyse, at der med fordel kan ske en præcisering af reglerne gennem et eventuelt samarbejde mellem tilsynsmyndighederne ud fra hensynet til den erhvervsdrivende og beskyttelsen af internetbrugeren.

Konklusion

Selve markedsføringsformen retargeting banners er ikke direkte reguleret i en bestemt lovgivning, og gældende ret for markedsføringsformen findes derfor inden for forskellige retsområder.

Retargeting banners giver en erhvervsdrivende mulighed for at nå dennes ønskede målgruppe, selv ned til enkeltpersoner, da markedsføringsformen er baseret på internetbrugerens tidligere og nuværende online adfærd. Den erhvervsdrivende kan derfor undgå at bruge unødige midler på generel markedsføring. Det kan dog skabe usikkerhed for den erhvervsdrivende, at markedsføringsformen skal overholde mange forskellige regelsæt. Samtidig opstiller gældende ret ikke konkrete retningslinjer, som en erhvervsdrivende skal følge, hvorfor det kan virke uoverskueligt at fortolke og overholde gældende ret.

Ved retargeting banners bliver internetbrugeren disponeret for direkte markedsføring, uden at denne ofte er vidende om dette. Dette skaber usikkerhed, da internetbrugeren ofte ikke er klar over hvilke og hvor mange oplysninger der indsamles og behandles, manglende forståelse af dennes rettigheder samt uklarhed om, hvad internetbrugeren har givet samtykke til.

Specialets formål er derfor at skabe en gennemgang og konkretisering af gældende ret for retargeting banners i henhold til persondata- og markedsføringsretten.

Samlet kan det konkluderes, at gældende ret for retargeting banners er, at markedsføringsformen skal overholde reglerne i cookiebekendtgørelsen, persondataforordningen, databeskyttelsesloven samt forbuddet mod direkte markedsføring i markedsføringslovens § 10, stk. 1.

Da teknologien bag retargeting banners er baseret på indsamling af oplysninger via markedsføringscookies skal indsamlingen overholde reglerne i cookiebekendtgørelsen. Det konkluderes på denne baggrund, at lagringen af cookies samt adgang til allerede lagrede cookies, i internetbrugers elektroniske enhed, kræver et samtykke fra internetbrugeren, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 1. Internetbrugers samtykke skal være udtryk for en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse, hvor internetbrugeren samtykker til lagring af oplysninger eller adgang til allerede lagrede oplysninger på dennes elektroniske enhed, jf. cookiebekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 8. Det konkluderes endvidere, at samtykket kun kan anses for gyldigt, hvis informationskravene er opfyldt, jf. cookiebekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 1-5. Ud fra retspraksis kan det konkluderes, at

samtykket skal være udtryk for en aktiv handling samt at internetbrugeren skal informeres om funktionsvarigheden af de lagrede cookies.³⁰⁵

Ved retargeting banners indsamles og behandles oplysninger, hvorfor det er undersøgt i specialet, hvorvidt disse oplysninger kan kvalificeres som personoplysninger i henhold til persondataforordningen. Der er tale om personoplysninger, hvis der foreligger et indholdselement og/eller et formålselement. Ved retargeting banners er der oftest tale om indsamling af oplysninger som vedrører en fysisk persons egenskaber eller online adfærd, hvorefter oplysningerne anvendes til at vurdere, påvirke eller behandle internetbrugeren på en bestemt måde.³⁰⁶ Det konkluderes derfor, at der vil foreligge et indholds- eller formålselement ved indsamling og behandling af oplysninger til brug for retargeting banners.

For at der er tale om personoplysninger, er det endvidere et krav, at det er muligt at identificere den fysiske person ud fra de indsamlede oplysninger. Ved retargeting banners kombineres de indsamlede oplysninger ofte, herunder kan der ske en profilering af internetbrugeren, hvorfor det er muligt at skelne den fysiske person fra andre. Det konkluderes derfor, at der er tale om indsamling og behandling af personoplysninger i forbindelse med retargeting banners, hvorfor persondataforordningen og databeskyttelsesloven finder anvendelse, jf. persondataforordningens art. 2, stk. 1 og databeskyttelseslovens § 1, stk. 2.

For at der kan ske lovlig behandling af personoplysninger kræver dette en behandlingshjemmel, jf. persondataforordningens art. 6, stk. 1. Persondataforordningen opstiller forskellige behandlingshjemler, men på baggrund af specialets analyse konkluderes det, at den korrekte behandlingshjemmel ved retargeting banners er samtykke, jf. persondataforordningens art. 6, stk. 1, litra a. Samtykket skal ligeledes være udtryk for en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendelse, hvor den registrerede giver samtykke til behandling af dennes personoplysninger, jf. persondataforordningens art. 4, nr. 11.

Da der typisk er flere aktører involveret ved retargeting banners, er rollefordelingen blevet analyseret i specialet. Det konkluderes på baggrund af denne analyse, at reklamenetværket som udgangspunkt vil være dataansvarlig for indsamling og viderebehandling af personoplysninger. Det

³⁰⁵ C-673/17 Planet49, præmis 82, nr. 1 og 3

³⁰⁶ Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet, s. 9

udelukkes dog ikke, at reklamenetværket kan være databehandler, hvis der er tale om en databehandlerkonstruktion. Det konkluderes endvidere, at annoncøren er fællesdataansvarlig for selve indsamlingen og transmitteringen af personoplysninger. Såfremt der er tale om en databehandlerkonstruktion, konkluderes det dog, at annoncøren er dataansvarlig for hele behandlingen. Endeligt konkluderes det, at udlejeren ligeledes er fællesdataansvarlig for indsamling og transmittering af personoplysninger, såfremt bannerannoncerne indsamler, videregiver eller på anden vis behandler personoplysninger til reklamenetværket.

Da retargeting banners er en markedsføringsform skal denne også overholde reglerne i markedsføringsloven. Retargeting banners gør det muligt for en erhvervsdrivende at målrette markedsføring, hvorfor specialet har analyseret, hvorvidt forbuddet mod direkte markedsføring finder anvendelse, jf. markedsføringslovens § 10.

For at markedsføringslovens § 10, stk. 1 finder anvendelse, er det et krav at der rettes uanmodet henvendelse via elektronisk post samt, at der er tale om direkte markedsføring med afsætning for øje til en eller flere bestemte personer. På baggrund af specialets analyse, konkluderes det, at retargeting banners kan kvalificeres som elektronisk post, da henvendelsen opfylder betingelserne herfor. Det konkluderes endvidere, at der er tale om direkte markedsføring, da der ved retargeting banners sker målrettet annoncering til en bestemt internetbruger på baggrund af indsamling af oplysninger via lagrede cookies. Da retargeting banners opfylder betingelserne i markedsføringslovens § 10, stk. 1 må en erhvervsdrivende således kun rette henvendelse, såfremt der er indhentet samtykke. Samtykket skal være en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse, hvor internetbrugeren samtykker til at modtage målrettet markedsføring jf. markedsføringsloven § 2, stk. 1, nr. 14.

Da internetbrugeren skal afgive samtykke til både lagring af cookies, behandling af personoplysninger og til direkte markedsføring indhentes samtykket i praksis på én og samme tid. Det er vigtigt at understrege, at selvom der i praksis kun indhentes ét samlet samtykke fra internetbrugeren, skal kravet om en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse opfyldes selvstændigt for både lagring af cookies, behandling af personoplysninger og direkte markedsføring. Dette stiller store krav til den erhvervsdrivende, da det er den erhvervsdrivende, som har bevisbyrden for indhentelse af gyldigt samtykke.

Både persondata- og markedsføringsretten opstiller mange regler, som eksempelvis en erhvervsdrivende skal overholde, hvilket kan synes uoverskueligt. På denne baggrund konkluderes det, at det kunne tjene til lovgivers formål om overensstemmelse mellem de to retsområder, hvis tilsynsmyndighederne samarbejdede om problemstillinger, som er omfattet af begge retsområder. Samarbejdet kunne med fordel bestå af eksempelvis fælles udgivelser af vejledninger samt tværfagligt samarbejde ved afgørelser. Hvis et sådant samarbejde blev oprettet, ville det være mere overskueligt for en erhvervsdrivende og en internetbruger at sætte sig ind i reglerne, da disse i så fald kunne findes og afprøves samlet.

Litteraturliste og register

EU-lovgivning

- Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder, 2010/C 83/02, 30. marts 2010
Forkortes: ***Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder***
- Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)
Forkortes: ***Persondataforordningen***
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (Direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation)
Forkortes: ***E-databeskyttelsesdirektivet***
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester
Forkortes: ***Ændring af e-databeskyttelsesdirektivet***
- Europa Parlamentets og rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9. september 2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (kodifikation)
Forkortes: ***Direktiv om Informationssamfundstjenester***
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger
Forkortes: ***Databeskyttelsesdirektivet***

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked («Direktivet om elektronisk handel»)

Forkortes: ***E-handelsdirektivet***

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis)

Forkortes: ***Handelspraksisdirektivet***

Dansk lovgivning

- Lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, lov nr. 502 af 23. maj 2018

Forkortes: ***Databeskyttelsesloven***

- Lov om markedsføring, lov nr. 426 af 3. maj 2017

Forkortes: ***Markedsføringsloven***

- Lov om ændring af lov om markedsføring, lov nr. 1309 af 6. december 2019

Forkortes: ***Ændring af markedsføringsloven***

- Bekendtgørelse om krav til information og samtykke ved lagring af eller adgang til oplysninger i slutbrugeres terminaludstyr, bek. nr. 1148 af 9. december 2011

Forkortes: ***Cookiebekendtgørelsen***

Præambel

- Præambel i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om

fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)

Forkortes: ***Præambelbetragtning***

Forarbejder

- Forslag til lov om markedsføring, nr. LSF 40, 12. oktober 2016.

Forkortes: ***Bemærkninger til markedsføringsloven***

- Lov om ændring af lov om markedsføring, nr. LSF 32, 3. oktober 2019

Forkortes: ***Bemærkninger til ændring af markedsføringsloven***

- Forslag til Lov om supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven), nr. LSF 68, 25. oktober 2017

Forkortes: ***Bemærkninger til databeskyttelsesloven***

- Betænkning om Databeskyttelsesforordningen (2016/679) - og de retlige rammer for dansk lovgivning Del I, nr. 1565, Justitsministeriet, Retsudvalget 2016-17.

Forkortes: ***Betænkning nr. 1565***

EU-domme

- Sag C-673/17, Domstolens dom (Store Afdeling) 1. oktober 2019, »Præjudiciel forelæggelse – direktiv 95/46/EF – direktiv 2002/58/EF – forordning (EU) 2016/679 – behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor – cookies – begrebet den registreredes samtykke – erklæring om samtykke ved hjælp af et forudafkrydset felt«

Forkortes: ***C-673/17 Planet49***

- Sag C-40/17, Domstolens dom (Anden Afdeling), 29. juli 2019, »Præjudiciel forelæggelse – beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger – direktiv 95/46/EF – artikel 2, litra d) – begrebet »den registeransvarlige« – operatør af et websted, som har integreret et socialt modul på dette websted, der muliggør overførsel af

personoplysninger fra den besøgende på dette websted til udbyderen af nævnte modul – artikel 7, litra f) – grundlaget for behandling af oplysninger – hensyntagen til websideoperatørens eller udbyderen af det sociale moduls legitime interesse – artikel 2, litra h), og artikel 7, litra a) – den registreredes samtykke – artikel 10 – oplysningspligt over for den registrerede – national lovgivning, der giver forbrugerbeskyttelsesorganisationer søgsmålskompetence«

Forkortes: **C-40/17 FashionID**

- Sag C-210/16 Domstolens dom (Store Afdeling) 5. juni 2018. »Præjudiciel forelæggelse – direktiv 95/46/EF – personoplysninger – beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af disse oplysninger – påbud om deaktivering af en side på Facebook (fanside), som gør det muligt at indsamle og behandle visse oplysninger om brugerne af denne side – artikel 2, litra d) – den registeransvarlige for behandlingen af personoplysninger – artikel 4 – anvendelig national ret – artikel 28 – nationale tilsynsmyndigheder – myndighedernes beføjelser til at gribe ind«

Forkortes: **C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH**

Domme

- U 2005.3446 H.D. 22. september 2005 i sag 134/2005 (1. afd.)

Forkortes: **U 2005.3446 H**

- U 2002.2277/2 S S.H.D. 13. juni 2002 i sag N 2/01

Forkortes: **U 2002.2277/2 S**

Udenlandske domme

- VG Bayreuth, Beschluss v. 08.05.2018 – B 1 S 18.105

Forkortes: **VG Bayreuth, Beschluss**

- VGH München, Beschluss v. 26.09.2018 – 5 CS 18.1157

Forkortes: **VGH München, Beschluss**

Afgørelser fra Datatilsynet

- Datatilsynets jr.nr. 2018-432-0015, Fredericia Gymnasiums behandling af personoplysninger ved brug af programmet Examcookie, publiceret d. 16. maj 2019.
Forkortes: **Jr.nr. 2018-432-0015, Datatilsynet**
- Datatilsynets jr.nr. 2018-32-0357, DMI's behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, publiceret d. 11. februar 2020.
Forkortes: **Jr.nr. 2018-32-0357, Datatilsynet**

Afgørelser fra Forbrugerombudsmanden

- Forbrugerombudsmandens sagsnr. 18/05647, Teleselskab undlod at oplyse om gebyr i markedsføringen
Forkortes: **FO-18/05647**
- Forbrugerombudsmandens sagsnr. 16/05971, Lovligt at målrette markedsføring på Facebook ved brug af LinkedIn kontakters e-mailadresser
Forkortes: **FO-16/05971**
- Forbrugerombudsmandens sagsnr. 15/01605, Ulovligt at betinge køb af afgivelse af samtykke til markedsføring
Forkortes: **FO-15/01605**
- Forbrugerombudsmandens sagsnr. 15/02855, Køb kunne under visse omstændigheder betinges af samtykke til at modtage markedsføring
Forkortes: **FO-15/02855**
- Forbrugerombudsmandens sagsnr. 15/04173, Der må ikke opkræves penge for afmelding af sms-beskeder med reklame
Forkortes: **FO-15/04173**

- Forbrugerombudsmandens sagsnr. 14/03912, Belønning for at modtage elektronisk markedsføring ikke i strid med god markedsføringsskik

Forkortes: **FO-14/03912**

Vejledninger og udtalelser

- Vejledning til bekendtgørelse om krav til information og samtykke ved lagring af eller adgang til oplysninger i slutbrugerens terminaludstyr, vejledning nr. 10189 af 10. december 2019

Forkortes: **Vejledning til cookiebekendtgørelsen**

- Spamforbuddet-vejledning 2018, Forbrugerombudsmanden

Forkortes: **Spamvejledningen**

- Brug af konkurrencer og lignende ved indhentelse af forbrugernes samtykke til markedsføring – Vejledning 2016, Forbrugerombudsmanden

Forkortes: **Vejledning om indhentelse af samtykke via konkurrencer og lignende**

- Datatilsynets vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, februar 2020

Forkortes: **Vejledning om behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende**

- Datatilsynets, Justitsministeriets og Digitaliseringsstyrelsens vejledning om behandlingssikkerhed - databeskyttelse gennem design og standardindstillinger, juni 2018

Forkortes: **Vejledning om behandlingssikkerhed**

- Datatilsynets vejledning om samtykke, september 2019

Forkortes: **Datatilsynets vejledning om samtykke**

- Datatilsynets vejledning om de registreredes rettigheder, juli 2018

Forkortes: **Vejledning om de registreredes rettigheder**

- Datatilsynets og Justitsministeriets vejledning om dataansvarlige og databehandlere, november 2017
Forkortes: ***Vejledning om dataansvarlige og databehandlere***
- Artikel 29-gruppens udtalelse nr. 4/2007 om begrebet personoplysninger, 20. juni 2017, 01248/07/DA, WP 136
Forkortes: ***Udtalelse om personoplysninger***
- Artikel 29-gruppens udtalelse nr. 2/2010 om adfærdsbaseret annoncering på internettet, 22. juni 2010, 01248/07/DA, WP 136
Forkortes: ***Udtalelse om adfærdsbaseret annoncering på internettet***
- Det Europæiske Databeskyttelsesråd - Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, 4 May 2020
Forkortes: ***Guidelines on consent***
- Det Europæiske Databeskyttelsesråd - Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1, 12 November 2019
Forkortes: ***Guidelines 3/2018***

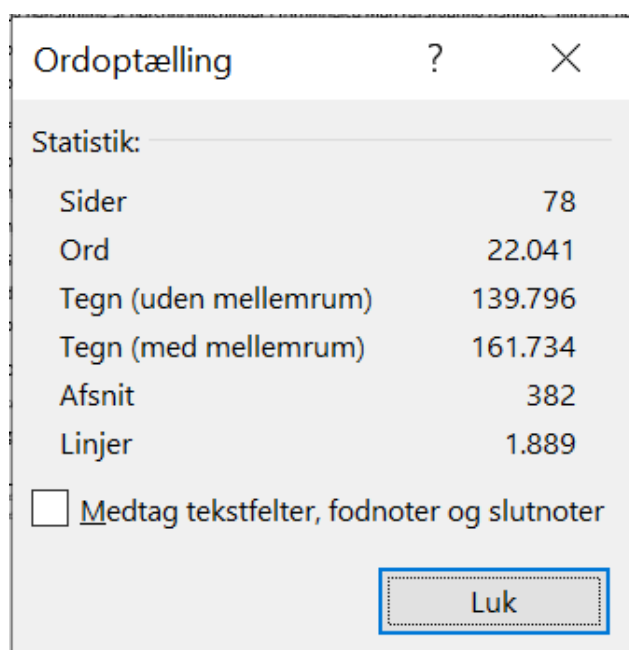
Litteratur

- Persondataforordningen – en håndbog for praktikere, Nis Peter Dall og Jesper Langemark, Ex Tuto Publishing A/S, 2. udgave, 2018.
Forkortes: ***Persondataforordningen – en håndbog for praktikere***
- Kend databeskyttelsesreglerne, Sonny Kristoffersen, Samfundslitteratur 1. udgave, 2019.
Forkortes: ***Kend databeskyttelsesreglerne***
- Den nye persondatarets aktører, Peter Blume, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 2018.
Forkortes: ***Den nye persondatarets aktører***

- Persondataret, Dorte Højlund, Hans Reitzels Forlag, 2. udgave, 2018.
Forkortes: **Persondataret**
- Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven, Kristian Korfits Nielsen og Anders Lotterup, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 2020
Forkortes: **Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven**
- Databeskyttelsesret, Peter Blume, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. udgave, 2018.
Forkortes: **Databeskyttelsesret**
- Dansk markedsret, Bent Ole Gram Mortensen og Michael Steinicke, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. udgave, 2018.
Forkortes: **Dansk markedsret**
- Markedsret del 2 – markedsføringsret og konkurrenceværn, Palle Bo Madsen, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 7. udgave, 2019.
Forkortes: **Markedsret del 2**
- Retssystemet og juridisk metode, Peter Blume, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 3. udgave, 2016.
Forkortes: **Retssystemet og juridisk metode**
- Juridisk metode, Morten Wegener, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 3. udgave, 2000.
Forkortes: **Juridisk metode**
- Den juridiske løsning – introduktion til den juridiske metode, Carsten Munk-Hansen, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 2017.
Forkortes: **Den juridiske løsning**

- Den juridiske metode – en introduktion, Lone L. Hansen og Erik Werlauff, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. udgave, 2016.
Forkortes: ***Den juridiske metode – en introduktion***
- At tænke juridisk, Jens Evald, Djøf forlag, 5. udgave, 2019.
Forkortes: ***At tænke juridisk***
- Retssikkerhed og juridisk metode, Dorte Højlund, Hans Reitzels Forlag, 2. udgave, 2018
Forkortes: ***Retssikkerhed og juridisk metode***
- Retskilder og Retsteorier, Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 5. udgave, 2017.
Forkortes: ***Retskilder og Retsteorier***
- Digital marketing og markedskommunikation, Ezio Pillon og Nana Emilie Grew, Hans Reitzels Forlag, 1. udgave, 2018.
Forkortes: ***Digital marketing og markedskommunikation***

Antal anslag



Statistik:	
Sider	78
Ord	22.041
Tegn (uden mellemrum)	139.796
Tegn (med mellemrum)	161.734
Afsnit	382
Linjer	1.889

Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter

Luk

Antal anslag er inkl. mellemrumsanslag. Anslag omfatter al brødtekst, undtagen forside, fodnoter, abstract, indholdsfortegnelse, litteraturfortegnelse samt bilag.