

Shopper Tracking & shopperens afgivelse af persondata

Shopper Tracking & the shopper's disclosure of personal data

Christian Høyer Rasmussen

Kandidatafhandling – cand.merc.(jur.)

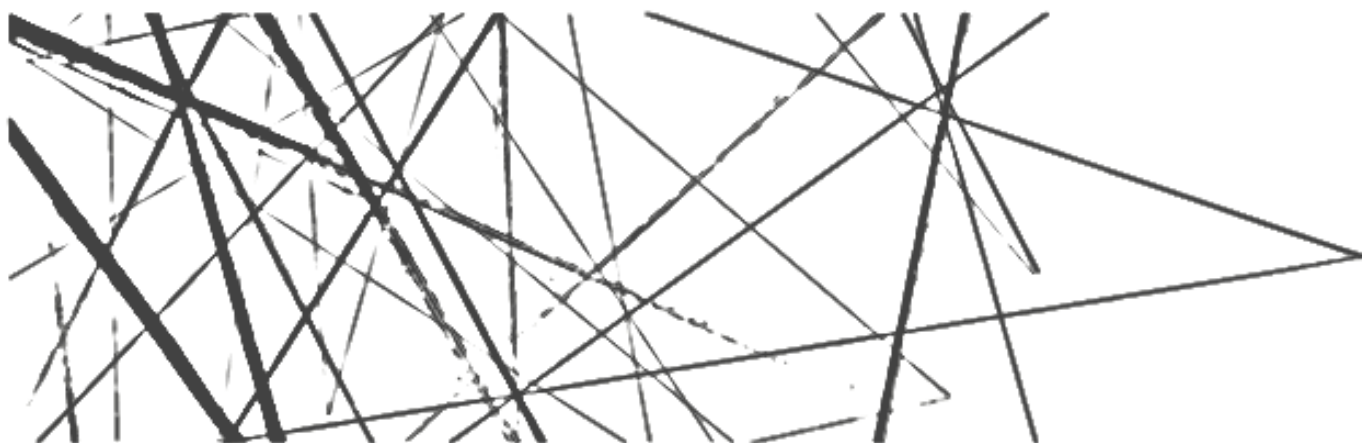
17. maj 2016

Vejledere:

Jan Trzaskowski

Jesper Clement

Omfang: 79,6 normalsider (180.990 anslag)



Indholdsfortegnelse

Abstract	3
Kapitel 1: Problemstilling	4
1.1: Indledning	4
1.2: Problemidentifikation	5
1.2.1: Shopper tracking	5
1.2.2: Formål & problemstillinger	6
1.2.3: Problemformulering	7
1.2.4: Synsvinkel	8
1.3: Afgrænsning	8
1.3.1: Økonomisk afgrænsning	8
1.3.2: Juridisk afgrænsning	9
1.4: Metode & Teori	11
1.4.1: Økonomisk	11
1.4.2: Juridisk	12
1.4.3: Integreret	14
1.4.4: Kritik	15
1.5: Afhandlingens struktur	15
Kapitel 2: Økonomisk vurderingsramme & shopperens afgivelse af persondata	16
2.1: Virksomhedens økonomiske overvejelser	16
2.2: Vurderingsrammen: en cost-benefit-analyse	18
2.2.1: Benefits	18
2.2.2: Costs	19
2.3: Shopperens afgivelse af persondata	21
2.3.1: The privacy paradox	21
2.4: Privacy calculus & the privacy-benefit trade-off	23
2.4.1: Perceived risks	24
2.4.2: Anticipated benefits	28
2.4.3: At påvirke shopperens privacy calculus	33

2.5: Opsamling	35
Kapitel 3: Den lovlige anvendelse af shopper tracking	36
3.1: Persondata og behandlingshjemmel	36
3.2: Samspeilet med "god markedsføringsskik"	37
3.3: Interesseafvejningsreglen	39
3.3.1: Legitime interesser	41
3.3.2: Nødvendighedskriteriet	42
3.3.3: Hensynet til shopperen og den foreløbige interesseafvejning	43
3.3.4: "Safeguards" og den endelige interesseafvejning	47
3.4: Samtykke krævet ved lov	51
3.5: Den registreredes samtykke	52
3.5.1: Det gyldige samtykke	53
3.5.2: Forholdet til god markedsføringsskik	54
3.5.3: Udfordringer knyttet til indhentning af samtykke	55
3.6: Opsamling	57
Kapitel 4: Påvirkning af shopperens afgivelse af samtykke	58
4.1: Typen af data	59
4.2: Brand og omdømme	61
4.3: Kontrol over data	61
4.4: Rabatter & fordele	63
4.5: Design & framing	65
4.6: Opsamling	67
Kapitel 5: Er datasubjektets ret til selvbestemmelse hensigtsmæssig?	69
Kapitel 6: Videre undersøgelse	72
Kapitel 7: Konklusion	73
Juridiske kilder	75
Litteraturliste	78

Abstract

This thesis centres on the use of shopper tracking and examines what a company should include in an economic assessment hereof, as well as examines on which legal grounds shopper tracking can be used to collect personal data. In addition, the thesis studies the individual's willingness to disclose personal data, and on this basis constructs a model for how to sway subjects to disclose personal data via shopper tracking, providing a number of factors for the company to apply.

The thesis sets out by identifying the relevant costs and benefits to include in an assessment of shopper tracking, e.g. the commercial value when used in connection to shopper marketing. The thesis compiles these costs and benefits in a frame, on which a company is able to base their assessment, and concludes that the company needs to include costs related to the individual's willingness to disclose personal data. The thesis then examines the individual's willingness to disclose by applying privacy calculus theory and behavioral economics. Further a literature review is conducted in order to identify the factors affecting the individual's willingness to disclose. On this basis a model is constructed on how to sway the subjects to disclose personal data.

Next the thesis analyses on which legal grounds shopper tracking can be used to collect personal data today, as well as under the legal regime coming into force with the EU General Data Protection Regulation in 2018. The analysis concludes that the subject's consent most likely will be required, due to the company's interests being overridden by the subject's interests. Further the laws on marketing and data protection are found to interact, adding an extra dimension of requirements when the company's obtains consent from a subject.

Finally, the thesis examines whether the laws on marketing and data protection limit the use of the model presented. The thesis concludes that companies to a great extent will be able to apply the model without any legal limitations, causing the thesis to question, whether the subject's right to self-determination is appropriate in this regard.

Kapitel 1: Problemstilling

1.1: Indledning

Marketing indebærer i dag ikke længere blot at hænge et skilt op med et produkt og en pris. Sammen med de klassiske Coca Cola-emaljeskilte er radiospots og tv-reklamer nu efterhånden støvede museumsklenodier, sammenlignet med moderne virale reklamekampagner på de sociale medier, og der kan kun gisnes om, hvad det næste bliver. Dette skift kan selvsagt begrundes i den generelle teknologiske og samfundsmæssige udvikling, men også de bagvedliggende videnskabelige teorier har gennemgået en revolution. De strenge antagelser kendt fra den neoklassiske økonomi er blevet opblødt, og markedsføringsdisciplinens klassiske ”4 P’er” fornyes og udvides konstant på baggrund af ny psykologisk, adfærdsøkonomisk og sågar neurologisk teori. Discipliner såsom *shopper marketing* og *neuromarketing*, der er resultater af denne udvikling, er efterhånden vidt udbredte i detailhandlen, og der søges nu efter teknologier, der kan understøtte anvendelsen af disse nye marketingdiscipliner.

Shopper tracking er et begreb, der ofte forklares som ”menneskelige cookies”. Den tidligste form for shopper tracking, var den klassiske kunde-tæller, der blot kunne orientere virksomheden om, hvor mange personer der havde været inde i deres butik i dag. Shopper tracking har dog fulgt de øvrige teknologiske landvindinger, og i dag kan shopper tracking, afhængig af den enkelte teknologi, bl.a. generere data om, hvilke varer kunden typisk køber, den enkelte kundes specifikke rute igennem butikken, hvor lang tid kunden bruger ved en bestemt varehylde, og endda information om hvilke følelsesmæssige reaktioner, en reklamekampagne frembringer hos personen.¹

Disse data har mange kommercielle anvendelsesmuligheder. Lig cookies kendt fra internettet kan data selvfølgelig anvendes til segmentering og målretning af direkte markedsføring. Men i tråd med de moderne marketingdiscipliner giver data virksomheden muligheden for (næsten) at lære deres kunder at kende. Derved kan data anvendes til at skabe kundeloyalitet, forbedre marketing-tiltag, optimere butikkens indretning og forbedre kundens samlede oplevelse af virksomheden. Alt sammen anvendelsesmuligheder der bør øge virksomhedens profit i sidste ende.

Men brugen af disse informationer kan potentielt indebære væsentlige kommercielle og juridiske risici, og historier om indsamling og behandling af persondata har fået særlig opmærksomhed i

¹ Se bl.a. udbydere som Vizualize, RetailNext og VicarVision

medierne i de senere år.² En virksomhed, der ønsker at anvende shopper tracking, står derfor efterladt med en usikkerhed om, hvor vidt den bør investere i shopper tracking eller ej. En usikkerhed der bunder i, hvordan teknologien kan anvendes, hvad den potentielle gevinst er, og hvad virksomhedens kunder vil synes om at blive overvåget, men også en usikkerhed der relaterer sig til lovligheden af at anvende en sådan teknologi.

Det er denne usikkerhed, denne afhandling vil belyse.

1.2: Problemidentifikation

1.2.1: Shopper tracking

Shopper tracking udgør populært et samlebegreb, der dækker over en lang række forskellige teknologier og anvendelsesmuligheder. Fælles herfor er, at der er tale om teknologier der muliggør indsamling af data om kunders tilstedeværelse, ageren og faktiske adfærd i den fysiske butik. Dermed får den butik eller virksomhed, der anvender teknologien med det formål at indsamle dette data ("virksomheden"), adgang til oplysninger om aktiviteten i butikken, samt adgang til data om virksomhedens kunders reelle adfærd, foruden karakteristika der kan være særegne for lige præcis virksomhedens kunder. Dette data afstedkommer en bred vifte af anvendelsesmuligheder, fra analyse af virksomhedens præstation, over hylde-, butiksindretnings- og medarbejderoptimering, til planlægning og eksekvering af marketingtiltag.³

Porteføljen af shopper tracking-teknologier er så bred som viften af anvendelsesmuligheder, og dækker over alt fra simple infrarøde kundetællere, trykfølsomme gulvplader, kameraer med og uden ansigtsgenkendelses-software, til såkaldte *beacons* der interagerer med smartphones via Wi-Fi- og bluetooth-signaler.⁴ Men en række af disse teknologier indsamler typer af oplysninger med potentielle persondataretlige problemstillinger knyttet hertil.

Fokuseres der på dataindsamling via *beacons* og videokameraer (anvendelsen af netop disse teknologier vil herefter samlet blive refereret til som "shopper tracking"), vil der med stor sandsynlighed være tale om indsamling af personoplysninger, da begrebet fortolkes bredt i juraen, og dermed vil persondataloven ("PDL") finde anvendelse.⁵

² Se fx <http://www.dr.dk/nyheder/indland/smart-fjernsyn-fra-samsung-optager-dine-private-samtaler> og <http://www.theguardian.com/technology/2015/feb/27/samsung-voice-recording-smart-tv-breach-privacy-law-campaigners-claim> (set 08/05 2016)

³ Se fx udbyderne RetailNext og VicarVision

⁴ www.behavioranalyticsretail.com/7-technologies-to-track-people/ (set 11/05 2016)

⁵ Blume (2003), s. 63

Dataindsamling via *beacons* sker bl.a. ved, at data udledes på baggrund af de unikke signaler, der udsendes af shopperens smartphone, og hvor shopperens adfærd og rute i butikken kan følges ved, at shopperens smartphone kommunikerer med *beacons* i butikken.⁶ Ligeledes kan videokameraer følge shopperes adfærd ved, at software i dag er i stand til at individualisere det enkelte individ på baggrund af dennes fysiske karakteristika, hvorved kameraet kan følge den enkelte shoppers adfærd i butikken og dermed generere data herom.⁷

Benævnelsen *shopper* vil blive anvendt i denne afhandling som et begreb dækkende over et individ, som i relation til virksomheden er en nuværende eller potentiel kunde og dermed målgruppe for virksomhedens markedsføring, og som udgør et datasubjekt i relation til virksomhedens shopper tracking. Shopperen vil i persondataretlig henseende også blive omtalt som ”den registrerede”.

1.2.2: Formål & problemstillinger

Denne afhandling har til formål at analysere og vurdere en række af de økonomiske og juridiske problemstillinger, virksomheden vil stå over for, ved anvendelse af shopper tracking i Danmark. Afhandlingen vil undersøge, hvilke økonomiske overvejelser virksomheden bør gøre sig i forhold til investering heri. Derfor vil afhandlingen opstille en vurderingsramme for disse overvejelser, der kan danne grundlag for virksomhedens vurdering heraf. Da anvendelse af shopper tracking forudsætter, at shopperne er villige til at afgive deres data, vil afhandlingen udvide den almindelige økonomiske analyse af investeringen til også at inkludere de udfordringer, virksomheden måtte stå over for, for at få adgang til det nødvendige data. Afhandlingen vil derfor undersøge shopperens villighed til at give virksomheden adgang til dennes data, for herved at kunne inkludere denne potentielle udfordring i virksomhedens beslutningsgrundlag. Det er et centralt formål med denne afhandling at opstille en model for, hvordan en virksomhed kan påvirke shopperens villighed til at afgive data, da dette må formodes at udgøre en væsentlig udfordring i relation til de økonomiske overvejelser, der er knyttet til shopper tracking.

Anvendelsen af shopper tracking involverer formentlig indsamling af persondata, hvorfor det vil være væsentligt for virksomheden at undersøge, om shopper tracking lovligt kan anvendes i Danmark. Da behandling af persondata, herunder dataindsamling, forudsætter en gyldig behandlingshjemmel før, at en sådan handling kan anses som lovlig, jf. PDL §§ 6-7, vil denne afhandling desuden have til formål at analysere, med hvilken behandlingshjemmel shopper tracking lovligt kan anvendes i Danmark. Afhandlingen vil desuden inddrage de ændringer, der måtte følge af den forventede ikrafttrædelse af persondataforordningen (”PDF”) i 2018. Endvidere vil den

⁶ Se fx udbyderne ShopperTrak, Sensoro og Estimote

⁷ Se fx udbyderne Vizualize, RetailNext og VicarVision

kommercielle anvendelse af persondata medføre, at der potentielt kan opstå markedsføringsretlige problemstillinger, der ligeledes vil have betydning for, hvordan shopper tracking lovligt vil kunne anvendes. Da afhandlingens juridiske del vil fokusere på indsamling af data ved shopper tracking, og ikke på den efterfølgende anvendelse, fx ved reklamer eller kampagner, vurderes det, at primært generalklausulen om ”god markedsføringsskik” i markedsføringslovens (”MFL”) § 1 er relevant i denne forbindelse. Afhandlingen vil derfor analysere, hvorledes kravet om ”god markedsføringsskik” har betydning for, med hvilken behandlingshjemmel shopper tracking kan anvendes.

Adgangen til shoppernes data må antages at være essentiel for, at virksomheden fuldt ud kan udnytte shopper tracking-teknologien. Det må derfor være i virksomhedens interesse at kunne påvirke shopperne til at afgive den optimale mængde data. På baggrund af dén model afhandlingen vil opstille for påvirkning af shopperes villighed til at afgive data, har afhandlingen endelig til formål at undersøge, i hvilket omfang virksomheden kan anvende modellens faktorer hertil, i overensstemmelse med gældende ret. Afhandlingen vil derfor analysere, i hvilket omfang persondataretten og markedsføringsretten begrænser virksomhedens anvendelse af modellen og de heri præsenterede faktorer.

På baggrund af disse problemstillinger opstilles følgende problemformulering, der vil danne udgangspunkt for denne afhandling:

1.2.3: Problemformulering

1. Hvilke økonomiske overvejelser bør en virksomhed gøre sig før investering i shopper tracking, og hvordan kan shopperens villighed til at afgive data, påvirkes af virksomheden?
2. Med hvilken behandlingshjemmel kan shopper tracking lovligt anvendes i Danmark, og hvilken betydning kan kravet om ”god markedsføringsskik” have herfor?
3. I hvilket omfang begrænser persondataretten og markedsføringsretten virksomhedens mulighed for at påvirke shopperens villighed til at afgive data, ved hjælp af modellen opstillet i relation til spg. 1?

Denne problemformulering udgøres af et økonomisk spørgsmål (1), et juridisk spørgsmål (2) og et spørgsmål (3) hvor de to discipliner integreres. Spørgsmålene vil blive behandlet individuelt, hvor behandlingen af spørgsmål 1 og 2 vil udgøre fundamentet til behandlingen af spørgsmål 3.

1.2.4: Synsvinkel

Afhandlingen vil anlægge en synsvinkel, der behandler og vurderer de beskrevne problemstillinger ud fra virksomhedens perspektiv. Dermed vil analyser og vurderinger blive udført med virksomhedens, traditionelt antaget, grundlæggende formål in mente, at maksimere virksomhedens profit inden for lovens rammer med den usikkerhed, der er knyttet hertil. Denne synsvinkel er anlagt på grund af den usikkerhed, der omgærder anvendelsen af shopper tracking-teknologien, og som denne afhandling søger at afhjælpe. Den valgte synsvinkel vil komme til udtryk i de forskellige analyser, der indgår i denne afhandling, herunder i valget af analyseform og de behandlede faktorer.

Afhandlingen vil afslutningsvist indeholde en perspektivering, hvor en samfundsmæssig synsvinkel anlægges i stedet, med det formål at diskutere de spørgsmål, som afhandlingens konklusioner vil aflede.

1.3: Afgrænsning

For at afhandlingen kan centreres omkring de væsentligste elementer, relevante for behandling af den præsenterede problemformulering, vil der i det følgende blive beskrevet, hvilke aspekter og områder som afhandlingen vil afgrænse sig fra. Indledningsvist benævnes en række generelle afgrænsninger, efterfulgt af afgrænsninger specifikt relaterede til hhv. de økonomiske og juridiske analyser.

Det overordnede emne for denne afhandling er *shopper tracking*, men afhandlingen vil ikke analysere og vurdere de konkrete produkter, teknologier eller løsninger, da dette ligger uden for afhandlingens formål. Ligeledes vil der ikke inddrages konkrete cases eller case-virksomheder. I naturlig forlængelse heraf vil afhandlingen ikke komme med konkrete anbefalinger til specifikke cases eller virksomheder, da der ikke vil være grundlag herfor, og dette ikke er formålet med afhandlingen.

Afhandlingen har ikke til formål at sammenligne shopper tracking med alternative dataindsamlingsmetoder, og sådanne alternativer vil derfor ikke blive inddraget i afhandlingens analyser. Endvidere vil relaterede koncepter, hvori shopper tracking kan anvendes, såsom loyalitetsklubber og rabatprogrammer ikke blive analyseret. Ligeledes vil afhandlingen ikke analysere den faktiske efterfølgende anvendelse og udnyttelse af de indsamlede data, ligesom eventuelle problemstillinger relateret hertil vil ligge uden for afhandlingens rammer.

1.3.1: Økonomisk afgrænsning

Shopper trackings kommercielle værdi kan belyses på baggrund af forskellige teoretiske discipliner og anvendelsesmuligheder, men af omfangsmæssige grunde vil afhandlingen fokusere på den

primære anvendelsesform af shopper tracking, og den dominerende teoretiske disciplin relateret hertil, *shopper marketing*. Afhandlingen vil derfor ikke inddrage alternative marketingdiscipliner i afhandlingens analyse, såsom *neuromarketing*, *cross-media marketing* eller *content marketing*.

For at indsnævre afhandlingens økonomiske fokus vil de konkurrencemæssige aspekter af anvendelsen af shopper tracking ikke blive analyseret. Sådanne aspekter kunne fx være forholdet mellem aktører inden for hhv. e-handel og detailhandel i relation til udnyttelse af kundedata, eller effekten af at alle aktører på samme marked begynder at anvende shopper tracking i forhold til den enkelte virksomheds afkast herved.

For at fokusere på den virksomhed, der faktisk anvender og udnytter shopper tracking, afgrænses afhandlingen fra situationer, hvor tredjeparter involveres i indsamlingen og behandlingen af data.

Endeligt afgrænses afhandlingen fra eventuelle effekter grundet forskellige nationaliteters kulturer, da afhandlingen er afgrænset til det danske marked, givet de valgte problemstillinger. Desuden vil afhandlingen ikke analysere forskellen på forskellige kundesegmenter på det danske marked.

1.3.2: Juridisk afgrænsning

Da afhandlingens juridiske fokus koncentrerer sig omkring spørgsmålet om behandlingshjemmel til anvendelse af shopper tracking på det danske marked, afgrænses afhandlingen fra en række juridiske problemstillinger, der ligger uden for denne afhandlings område, men som ellers relaterer sig til anvendelsen af teknologien.

For det første forudsættes dansk ret at finde anvendelse, herunder den relevante EU-ret, hvormed afhandlingen ikke vil beskæftige sig med spørgsmålet om hvilket lands lovgivning, der finder anvendelse, samt spørgsmål om værneting.

Afhandlingen vil ikke behandle de grundlæggende krav til virksomhedens databehandling, dvs. kravene om god databehandlingsskik, formålsangivelse og saglighed, proportionalitet, god datakvalitet og tidsbegrænsningsprincippet jf. PDL § 5, foruden den dataansvarliges oplysningspligt, jf. PDL § 28, da det forventes og forudsættes, at virksomheden er bevidst om overholdelsen af disse almindelige krav, hvor der ikke på samme vis bør være tvivl om retstilstanden. Det vil i afhandlingens analyser blive lagt til grund, at disse grundlæggende krav som udgangspunkt er fuldt ud overholdt af virksomheden, og at shopper tracking ønskes anvendt med et sagligt formål om markedsføring in mente.

PDL og PDF indeholder en række behandlingshjemler, hvor denne afhandling fokuserer på den registreredes samtykke og hensynsafvejningsreglen, da disse vurderes at være de mest relevante i

relation til afhandlingens emne. Derfor vil det ikke blive analyseret nærmere, om de resterende typer af hjemmel, såsom databehandling på baggrund af samfundets interesse eller opfyldelse af en kontraktforpligtelse, kan anvendes som gyldig behandlingshjemmel. Det antages, at data indsamlet ved shopper tracking udgøres af ikke-personfølsomme oplysninger. Derfor vil afhandlingen ikke inkludere og behandle sondringen mellem personfølsomme og ikke-personfølsomme oplysninger. Ligeledes vil særlige problemstillinger vedr. børn og unge, samt umyndige, ikke blive behandlet.

Afhandlingen vil ikke behandle de juridiske problemstillinger, der opstår ved inddragelsen af en tredjepart i databehandlingen, men vil udelukkende fokusere på det direkte forhold mellem virksomheden og shopperen. Dvs. at spørgsmål om indirekte indsamling, videregivelse og overførsel af data (inden- og udenfor EU), samt databehandleraftaler, alle falder uden for denne afhandling. Denne afgrænsning vælges på trods af, at der sandsynligvis vil blive involveret en ekstern databehandler, fx i forbindelse med analyse af de indsamlede data. Afgrænsningen findes berettiget, da spørgsmålet om behandlingshjemmel allerede opstår, ved selve indsamlingen af data, og dette derfor vurderes at udgøre den primære problemstilling ved shopper tracking.

Den registreredes rettigheder, såsom indsigt retten, jf. PDL § 31, eller den nye ”ret til at blive glemt”, jf. PDF art. 17, samt kravene om datasikkerhed, fx det nye tiltag om en databeskyttelsesrådgiver, jf. PDF art. 37, falder ligeledes uden for afhandlingens formål. Bestemmelsen om *privacy-by-design*, jf. PDF art. 25, vil ej heller blive inkluderet i afhandlingens analyser, da det ville udgøres af spekulation grundet fravalget af konkrete cases.

Afhandlingen vil ikke beskæftige sig med potentielle afledte juridiske problemstillinger relateret til den kommercielle udnyttelse af det indsamlede data, samt analyser baseret herpå, da afhandlingen fokuserer på den indledende behandling, indsamlingen. Dermed vil problemstillinger vedr. fx profileringsreglen i PDL § 15 og PDF art. 22, eller markedsføringsretlige spørgsmål vedr. uanmodet henvendelse og faktiske markedsføringstiltag, falde uden for afhandlingens område. Afhandlingen afgrænser sig derfor ligeledes fra problemstillinger vedr. brugen af salgsfremmende foranstaltninger, krav om prisoplysning og forbud mod diskrimination.

Afhandlingen bygges desuden på den antagelse, at selve anvendelsen af shopper tracking ikke er i strid med gældende ret, når baseret på gyldig behandlingshjemmel, og dette spørgsmål vil derfor ikke blive behandlet heri.

Endeligt vil afhandlingen ikke behandle eventuelle følger og sanktioner ved brud på persondata- og markedsføringsretten.

1.4: Metode & Teori

1.4.1: Økonomisk

Besvarelsen af afhandlingens økonomiske problemstilling tager udgangspunkt i en traditionel cost-benefit-analyse, der anvendes med det formål at opstille en vurderingsramme, der kan danne grundlag for virksomhedens beslutning om at investere i shopper tracking eller ej. Dermed belyses det, hvilke overvejelser der er væsentlige for virksomheden at gøre sig i relation hertil, samt hvilke faktorer der bør inddrages i beslutningen. Cost-benefit-analyse har rødder i velfærdsteori, og dermed i neo-klassisk økonomisk teori, og handler grundlæggende om efficient allokering af ressourcer, typisk vurderet med Pareto-optimalitet som efficiens-kriterium.⁸ I praksis vil de forskellige faktorer, der indgår på hhv. cost- og benefit-siden, skulle kvantificeres, hvorved en konklusion kan udledes på baggrund heraf. Investeringen vil så være rentabel, når nettofordelene er større end nul. Denne kvantificering vil ikke være mulig her, da afhandlingens ikke indeholder en konkret investerings-case. I stedet anvendes analysen til at opstille en model-ramme, som udfyldes ved anvendelse af relevant teori, samt ved gennemførslen af et traditionelt litteraturstudium.

Dette litteraturstudie fokuserer på at belyse spørgsmålet om, hvordan shopperens villighed til at afgive data kan påvirkes af virksomheden i relation til shopper tracking. Et traditionelt litteraturstudie udføres med det formål at belyse og analysere den eksisterende viden og teori på et bestemt område.⁹ I arbejdet med denne afhandling vil dette spørgsmål undersøges ved at gennemgå og sammenligne tidligere studier, der har behandlet lignende problemstillinger, og på baggrund af en diskussion af disse studiers konklusioner opstilles en model. Dette studie foretages konkret ved en proces, hvor der indledningsvist undersøges, hvad der eksisterer af relevante studier; disse studier kategoriseres med det formål at undersøge tendenser og mønstre i resultaterne; herefter foretages en kritisk gennemgang af de relevante studier, hvor *peer-reviewed* litteratur prioriteres, for at sikre datakvaliteten; endeligt sammenstilles de relevante tendenser og konklusioner. Disse diskuteres i relation til shopper tracking, og der opstilles en model for anvendelse af konklusionerne herpå.



⁸ Frank (2010), s. 4f

⁹ Jesson et al (2011), s. 73ff

Derudover udføres den økonomiske analyse ud fra en teoretisk ramme med udgangspunkt i neo-klassisk økonomisk teori og de dertilhørende antagelser, hvor især *homo economicus*, det økonomisk rationelle og egennyttemaksimerende menneske, har relevans.¹⁰ Analysen bygger på *rational choice*-teori, der i sin simpleste form henviser til den antagelse, at personer er rationelle og træffer rationelle valg.¹¹ Derfor vil en rationel person være villig til at indgå i en handel, når dét, der udveksles mellem de to parter, er af samme værdi.

Adfærdsøkonomi introduceres og anvendes for at modificere den neo-klassiske økonomiske teoris urealistiske antagelser, og finder i særdeleshed anvendelse ved analysen af shoppernes adfærd. Adfærdsøkonomi kan beskrives som en kombination af mikroøkonomi og psykologi, og omhandler personers økonomiske beslutninger i praksis, hvor den forsøger at forklare, hvorfor mennesker ikke agerer økonomisk rationelt i virkeligheden.¹²

Endeligt anvendes markedsføringsteorien *shopper marketing* i relation til anvendelsen af shopper tracking. Shopper marketing er opstået som følge af en lang række faktorer, hvor den generelle teknologiske og økonomiske udvikling i samfundet, og især forskningen indenfor adfærdsøkonomi, bør nævnes.¹³ Der findes ikke en fast definition af *shopper marketing*, men Shankars definition anses for, at være en af de mest rammende: *"the planning and execution of all marketing activities that influence a shopper along, and beyond, the entire path-to-purchase, from the point at which the motivation to shop first emerges through to purchase, consumption, repurchase, and recommendation."*¹⁴

1.4.2: Juridisk

For at besvare afhandlingens juridiske problemstilling anvendes den retsdogmatiske metode, der har til formål at udlede gældende ret, *de lege lata*, ved en systematisk gennemgang og fortolkning af de retskilder, domstolene ville benytte.¹⁵ Dermed belyses gældende ret ved samme metodiske tilgang, som de dømmende organer ville anvende, i overensstemmelse med Ross' prognoseteori og retsrealismen. Her skal det pointeres, at der netop er tale om en prognose, altså en kvalificeret og begrundet forudsigelse, hvorfor en vis usikkerhed vil være knyttet til konklusioner om gældende ret.¹⁶ Analysen vil systematisk gennemgå de relevante retskilder, ud fra den i retsdogmatikken foreskrevne rækkefølge baseret på retskildernes grad af objektivitet, dvs. regulering, retspraksis,

¹⁰ Frank (2010), s. 17

¹¹ Sunstein (2000), s. 117f

¹² Ibid. s. 13ff

¹³ Silveria og Morreiros (2014), s. 90

¹⁴ Shankar (2011), s. 3

¹⁵ Nielsen og Tvarnø (2011), s. 28ff

¹⁶ Ibid. 386f

retssædvaner og forholdets natur.¹⁷ Retskilderne er ligestillede, og der eksisterer derfor ingen rangorden mellem retskilderne, men kilderne gennemgås fast i den førnævnte rækkefølge.¹⁸

Afhandlingens juridiske del vil tage udgangspunkt i PDL § 6, stk. 1, nr. 1 og 7, samt MFL § 1, og analysen vil blive foretaget i overensstemmelse med lex-principperne samt legalitetsprincippet. Hertil inddrages fortolkningsbidrag, bl.a. i form af de relevante lovforarbejder. Endvidere inddrages EU-retten, da de for afhandlingen relevante bestemmelser i PDL og MFL er udtryk for implementering af EU-direktiver, i form af databeskyttelsesdirektivet og handelspraksisdirektivet. EU-Domstolen har fastslået i de forenede sager C-468/10 & C-469/10 hhv. C-261/07 & C-299/07 (VTB-VAB), at både databeskyttelsesdirektivet hhv. handelspraksisdirektivet er udtryk totalharmonisering.¹⁹ PDL og MFL skal derfor fortolkes direktivkonformt og i overensstemmelse med EU-retten generelt.

Afhandlingen inkluderer desuden PDF i analyserne, da PDF vil finde direkte anvendelse i Danmark ved forordningens ikrafttrædelse i 2018, jf. TEUF art. 288, hvorefter PDL vil være uden effekt, og dermed formentlig ophæves.²⁰ Derudover vil EU's charter om grundlæggende rettigheder ("EUC") blive inddraget, da direktiverne og PDF skal anvendes og fortolkes i overensstemmelse hermed.

Endvidere vil Artikel 29-gruppens arbejdsrapporter blive anvendt til fortolkning af PDF og databeskyttelsesdirektivet, da Artikel 29-gruppen, spiller en vigtig rolle i fortolkningen heraf. Dette skyldes i særdeleshed det stærkt begrænsede omfang af domme og afgørelser fra EU-Domstolen på persondataområdet, hvilket medfører, at gruppens bidrag får øget betydning.²¹ Derfor anses Artikel 29-gruppens arbejdsrapporter som værende en central *soft law* retskilde, og disse udgør dermed væsentligt inspiration til fortolkning, men er i sagens natur ikke bindende.²² Ligeledes vil relevante vejledninger, m.m. udgivet af Datatilsynet og Forbrugerombudsmanden blive inddraget som fortolkningsbidrag.

Datatilsynet har til opgave, at føre tilsyn med overholdelsen af persondataretten i Danmark. Datatilsynets praksis udgør derfor en central retskilde i forhold til fortolkning af persondataretten i Danmark.²³ Da persondataretlige konflikter primært indbringes til Datatilsynet for afgørelse,

¹⁷ Ross (2013), s. 124

¹⁸ Nielsen og Tvarnø (2011), s. 32

¹⁹ EU-Domstolens dom af 24. november 2011, C-468/10 & C-469/10 (ASNEF og FECMD v Administración del Estado) og EU-Domstolens dom af 23. april 2009, C-261/07 & C-299/07 (VTB-VAB NV v Total Belgium NV) & (Galatea BVBA mod Sanoma Magazines Belgium NV)

²⁰ Højlund (2015), s. 126

²¹ Trzaskowski (2015), s. 75

²² Blume (2003), s. 25

²³ Blume (2014), s. 16

hvorfor de almindelige domstole kun sjældent har mulighed for, at tage stilling til sager herom, bliver det oftest Datatilsynet, og ikke domstolene, der udfylder rollen som lovfortolker.²⁴ Der har ikke kunnet identificeres relevante domme fra de almindelige domstole, hvorfor sådanne ikke inddrages.

I stedet anvendes afgørelser afsagt af Datatilsynet, dvs. forvaltningsmyndighedspraksis, der almindeligvis anses som havende præjudikatsværdi, lig domme afsagt af domstolene, om end rækkevidden af den dannede præcedens diskuteres i litteraturen.²⁵ Denne diskussion omhandler anvendelse af præjudikater, der går ud over anvendelsen i denne afhandling, hvorfor sådanne afgørelser, i relation til afhandlingens analyser, vurderes at være fuldt ud anvendelige. Det må desuden noteres, at administrativ praksis er bindende for tilsynsmyndigheden over for den private part, og eventuelle ændringer vil kræve forudgående meddelelse herom, hvorfor den private part vil kunne støtte ret herpå.²⁶

Da der ikke kan identificeres relevante retssædvaner, vil sådanne ikke blive anvendt i besvarelsen, ligesom retskilden forholdets natur ej heller vil blive anvendt.

1.4.3: Integreret

Besvarelsen af det integrerede spørgsmål vil tage udgangspunkt i afhandlingens arbejde med de økonomiske og juridiske spørgsmål. Afhandlingens integrerede analyse vil anvende den erhvervsjuridiske metode, hvor både økonomisk og juridisk metode og teori inddrages og anvendes, da denne metode muliggør, at arbejdet med afhandlingens økonomiske og juridiske spørgsmål kan integreres. Den erhvervsjuridiske metode er karakteriseret ved en *”erhvervsorienteret anvendelse af traditionel juridisk metode i samspil med økonomi”*, og derfor finder de bagvedliggende antagelser og begrænsninger ligeledes anvendelse her.²⁷

Den integrerede analyse vil lede til en perspektiverende diskussion, hvor der gøres overvejelser med inspiration fra den retspolitiske metode, uden der dog er tale om en egentlig retspolitisk analyse. Den retspolitiske metode er en analyse af, hvordan retstillingen på et specifikt område bør være på baggrund af en videnskabelig analyse af sammenhængen mellem regler og adfærd.²⁸ Denne perspektiverende diskussion vil dog være af mere normativ art og er derfor ikke en videnskabelig, retspolitisk analyse.

²⁴ Blume (2003), s. 11

²⁵ Nielsen og Tvarnø (2011), s. 185

²⁶ Ibid. s. 186

²⁷ Ibid. s. 447f

²⁸ Ibid. s. 448ff

1.4.4: Kritik

Cost-benefit-analysens store svaghed er nødvendigheden af at kvantificere de forskellige faktorer. Denne kvantificering er som regel forbundet med en usikkerhed, hvorved der opstår en risiko for, at et givent projekt ikke er så rentabelt som først forventet. Da denne afhandling ikke foretager en kvantificering, men udelukkende opstiller en vurderingsramme, er dette ikke afgørende for afhandlingens konklusion. Kritikken rettes i stedet mod selve valget af cost-benefit-metoden, da virksomhedens efterfølgende anvendelse af afhandlingens analyse dermed vil blive forbundet med en usikkerhed. Analysemetoden er dog valgt på grund af, at metodens udformning er yderst anvendelig til at opfylde formålet om at opstille en anvendelig vurderingsramme.

Et litteraturstudie anvender eksisterende litteratur, og dermed hviler konklusionerne på andre forfatters valg og resultater. Litteraturstudiet skal derfor gennemføres med en kildekritisk tilgang, hvilket bl.a. er baggrunden for, at *peer-reviewed* studier prioriteredes. Dette fritager dog ikke den videre analyse af et givet studie for fortsat at skulle behandles kritisk.

Alternativt kunne et nyt empirisk studie have været iværksat i forbindelse med denne afhandling. Dette fandtes dog ikke relevant, da der ikke var ressourcer til rådighed til, at et sådant studie, realistisk set, kunne udgøre et væsentligt bidrag til analysen. Et sådant blev derfor ikke iværksat. Desuden vurderedes den allerede tilgængelige litteratur at være dækkende.

1.5: Afhandlingens struktur

Afhandlingens videre struktur baseres på den opstillede problemformulering. I kap. 2 behandles det økonomiske spørgsmål, hvor der opstilles en vurderingsramme for virksomhedens overvejelser relateret til investering i shopper tracking. Derudover anvendes det gennemførte litteraturstudie til at opstille en model for shopperes villighed til at afgive data. I kap. 3 behandles det juridiske spørgsmål, hvor en retsdogmatisk analyse anvendes til at analysere med hvilken behandlingshjemmel, shopper tracking kan anvendes. Konklusionerne fra de to foregående kapitler udgør baggrunden for besvarelsen af det integrerede spørgsmål i kap. 4. I kap. 5 og 6 følger en perspektiverende diskussion samt forslag til videre undersøgelser. Afhandlingens konklusion præsenteres i kap. 7.

Kapitel 2: Økonomisk vurderingsramme & shopperens afgivelse af persondata

Forud for en virksomheds investering i shopper tracking bør fordele og ulemper vurderes, og virksomheden bør analysere, om investeringen er rentabel. Kort sagt så skal virksomheden vurdere, om der er tale om en god investering eller ej.

Dette kapitel vil indledningsvist undersøge, hvorledes shopper tracking kan skabe værdi for virksomheden. Herefter opstilles rammerne for den relevante cost-benefit-analyse, som virksomheden bør foretage for at vurdere fordele og ulemper ved shopper tracking. Da værdien ved shopper tracking er afhængig af, at data kan indsamles fra shopperne, vil dette kapitel endvidere analysere, hvad der skal til for, at shopperne er villige til at afgive det relevante data til virksomheden. Denne analyse er, så vidt vides, ikke tidligere foretaget specifikt i relation til shopper tracking, og resultatet heraf vil blive inddraget i den førnævnte cost-benefit-analyse, da adgangen til dataet må antages at være essentielt for investeringens succes, og det må derfor anses for centralt for virksomheden at inddrage dette i vurderingen.

Dette kapitel vil belyse de relevante overvejelser virksomheden bør gøre sig samt opstille rammerne for en sådan vurdering, men den konkrete analyse af investeringens rentabilitet vil afhænge af den enkelte virksomheds særegne forhold, hvilket ligger uden for afhandlingens formål.

2.1: Virksomhedens økonomiske overvejelser

Shopper tracking-teknologien er ikke værdiskabende i sig selv, men værdien genereres ved anvendelse af teknologien som redskab i relation til virksomhedens forretnings- og marketingstrategi. Særligt i forbindelse med shopper marketing-disciplinen, er shopper tracking anvendeligt.²⁹ Virksomheders søgen efter konkurrencemæssige fordele medfører, at nye marketing-koncepter bliver udviklet og implementeret.³⁰ At shopper marketing vinder frem på detail-markedet bekræftes bl.a. af Deloitte, der i 2007 kunne konstatere, at virksomhedernes budgetter for shopper marketing i årene op til gennemsnitligt steg med 21 % pr. år mod det generelle marketing budget, der blot gennemsnitligt steg med 2 % pr. år - en udvikling der forventedes at ville fortsætte.³¹ Dette vidner om et generelt større fokus blandt virksomhederne på de centrale elementer inden for shopper marketing - shopperen, dennes adfærd og ”path-to-purchase” – et fokus der nødvendigvis er afledt af, at forskning inden for forbrugeradfærd har vist, at den fysiske butik har et endnu uforløst potentiale som marketing medium.³² I en rapport om forbrugeres købsadfærd udarbejdet af

²⁹ Ståhlberg og Maila (2010), s. 29

³⁰ Ibid. s. 30

³¹ Deloitte og GMA (2007), s. 9

³² Ibid. s. 3

POPAI, konstateredes bl.a., at 70 % hhv. 74 % af forbrugeres specifikke købsbeslutninger³³ blev foretaget inde i selve supermarkedet hhv. hypermarkedet.³⁴ Denne adfærd er bekræftet af en tilsvarende nyere undersøgelse af forbrugeres adfærd i supermarkeder, hvor det blev konstateret, at 51 % af købsbeslutningerne bliver foretaget ”ved hylden”, og at 34 % af de samlede indkøb blev udgjort af sådanne købsbeslutninger.³⁵ De to undersøgelsers resultater er ikke direkte sammenlignelige grundet forskelle i metode og definition af, hvornår en købsbeslutning er foretaget, men det ændrer ikke på dén konklusion, at en stor del af shopperes købsbeslutninger først bliver foretaget i selve købsituationen, og at der derfor er en stor værdi i at kunne påvirke shopperen netop i denne situation.

Shopper marketing giver virksomhederne en række værktøjer til at forstå og påvirke shopperens adfærd, så virksomhederne bedre kan imødekomme shopperens behov og ønsker, og dermed øge virksomhedens profit gennem øget loyalitet og omsætning.³⁶ Udfordringen herved er optimal udførsel af shopper marketing-tiltagene. Det er centralt i shopper marketing, at shopperen skal være i centrum og kan påvirkes igennem hele købsprocessen i butikken – og derfor er data omkring shopperen essentielt, da der ellers kan spildes mange ressourcer på shopper marketing-baserede tiltag. Det er hér shopper tracking kan være værdiskabende for virksomheden, da shopper tracking muliggør indsamling af de data, der muliggør optimering af virksomhedens marketing, bl.a. i form af bedre segmentering, i princippet helt ned på individ-niveau, bedre design af kampagner og rabatprogrammer, samt optimering af butikken som medium, ved fx at forbedre butikkens indretning og atmosfære.³⁷ Det samme data kan ligeledes udnyttes af producenter til forbedring af kampagner eller produktemballager, og endvidere kan dataet anvendes til administrative udfordringer såsom optimal allokering af medarbejdere og hyldeoptimering.³⁸

Virksomhedernes incitament til at investere i shopper tracking bunder derfor i at kunne få adgang til data, der kan optimere virksomhedens tiltag inden for fx marketing, og dermed potentielt øge virksomhedens omsætning og profit.

³³ Ved ”købsbeslutning” sondres der mellem 4 typer: 1) specifically planned, 2) generally planned, 3) substitute product or brand og 4) unplanned. Typerne 2-4 udgør købsbeslutninger foretaget i butikken.

³⁴ POPAI (1995), s. 18

³⁵ Deloitte (2015), s. 9

³⁶ Shankar (2011), s. 4

³⁷ Ibid. s. 30

³⁸ Silveira og Marreiros (2014), s. 94

2.2: Vurderingsrammen: en cost-benefit-analyse

For at vurdere om shopper tracking er en god investering for virksomheden opstiller afhandlingen en vurderingsramme for den cost-benefit-analyse, der bør ligge til grund for virksomhedens beslutning. Indledningsvist vurderes, hvilke fordele investeringen vil medføre, da forrige afsnit allerede kort berørte dette. Herefter vurderes de omkostninger, der vil følge af investeringen i shopper tracking, herunder en analyse af hvad der skal til for, at datasubjekterne vil være villige til at afgive data til virksomheden.

2.2.1: Benefits

For virksomheden vil den vigtigste fordel ved investeringen være den kommercielle værdi, der i sidste ende helst skal reflekteres på bundlinjen. Denne effekt afhænger i høj grad af, hvordan teknologien konkret anvendes, og relaterer sig derfor direkte til virksomhedens eksisterende og nye marketing-tiltag. Derved afhænger investeringens endelige kommercielle værdi af, hvordan virksomheden forvalter de indsamlede data, og formår at udnytte dette optimalt. Shopper tracking giver adgang til data, der bl.a. kan benyttes til at skabe forbrugsprofiler, kortlægge shoppers ruter, tidsforbrug og adfærd gennem butikken, samt producere såkaldte *heat maps*.³⁹ Disse data kan anvendes til at forbedre og udvikle virksomheden, fx ved at forbedre markedsføringen og indretningen af butikken, og dermed forbedre oplevelsen for shopperen med øget loyalitet og dermed øget omsætning til følge. Disse data kan desuden anvendes til at præge shopperens adfærd, fx ved at påvirke shopperen til at følge en bestemt rute gennem butikken og udnytte hot-spots.⁴⁰ Shopper tracking-teknologier kan endvidere skabe grobund for en bedre interaktion med shopperne, fx ved optimeret segmentering samt individualiseret marketing og services. Derudover kan teknologien anvendes i relation til optimering af selve virksomheden, fx til kø-management, medarbejder-optimering, shelf-management og A/B-tests.⁴¹

Det må derfor konstateres, at shopper tracking bidrager med data, der kan forbedre virksomhedernes anvendelse af shopper marketing markant, hvilket bekræftes i Deloitte og GMA (2007), hvor den amerikanske kæde Best Buy's brug af shopper marketing anvendes som eksempel. Her implementerede Best Buy en række tiltag i et antal pilot-butikker med fokus på forbedret segmentering og optimering af butikslokaler og kampagner på baggrund af deres kunders adfærd. Resultatet var en omsætningsvækst på 8,4 % mod 2,3 % i de resterende butikker.⁴² Virksomheden bør dog også inkludere risikoen for, at det indsamlede data ikke er af den ønskede kvalitet, eller at

³⁹ Se fx RetailNext og VicarVision

⁴⁰ Silveira og Marreiros (2014), s. 94

⁴¹ Se fx RetailNext

⁴² Deloitte og GMA (2007), s. 12

behandlingen drukner i data, hvilket begge er situationer, der vil besvære databehandlingen og anvendelsen af resultaterne, og dermed reducere afkastet af investeringen.

Derudover kan shopper tracking give virksomheden konkurrencemæssige fordele, fx *first mover advantages*, der vil have en kommerciel værdi. Dette kunne eksempelvis komme til udtryk ved at give kunderne det indtryk, at investeringen foretages for at forbedre kvalitet, service og shopperens oplevelse generelt med det resultat, at virksomheden fremstår mere attraktiv for kunderne end konkurrenterne. Virksomheden kan dermed få forbedret sit omdømme herved. Udover den kommercielle værdi virksomheden kan generere i forbindelse med den konkrete udnyttelse af det indsamlede data, bør virksomheden ligeledes medregne selve værdien af det indsamlede data. Der eksisterer ikke én entydig måde at værdiansætte persondata på, så en virksomheds værdiansættelse vil afhænge af den specifikke situation, samt fx hvilke rettigheder virksomheden har til videresalg af det indsamlede data.⁴³ Det indsamlede datas værdi kan fx blive aktuel i forbindelse med salg af forbrugsprofiler eller kontaktoplysninger til en tredjepart, hvor værdien bliver styret af markedsprisen herfor.

For at opsummere ovenstående, vil en investering i shopper tracking potentielt generere et markant økonomisk afkast, såfremt den indsamlede data aktivt anvendes i virksomhedens shopper marketing-strategi, samt til optimering af virksomheden.

2.2.2: Costs

På omkostningssiden af analysen bør virksomheden inkludere en række faktorer, hvor selve investeringen i shopper tracking-teknologien er den mest åbenlyse. Denne udgift afhænger selvsagt af det konkrete system, omfanget af det område der skal dækkes ind af teknologien, osv. Virksomheden bør dog ikke blot fokusere på udgiften til teknologien, men bør ligeledes medregne udgifter til databehandling og optimering af udnyttelsen af disse data i relation til virksomhedens mål hermed.

Udover den faktiske udgift til shopper tracking-teknologien, bør virksomheden inkludere den indirekte negative effekt, investeringen potentielt vil have på virksomhedens omdømme. Igennem de sidste år har flere konkrete situationer vist, at persondata er et følsomt emne, der kan medføre skade på virksomheders omdømme, såfremt forbrugerne føler, at deres data bliver misbrugt, eller at de bliver overvåget. Eksempelvis bør sagen med Samsungs talegenkendelsesfunktion på dets smart-

⁴³ Lieshout (2014), s. 29

tv nævnes.⁴⁴ Sagen genererede hurtigt negativ omtale og skadede virksomhedens omdømme på trods af, at Samsungs teknologi hverken var ulovlig eller så vidtrækkende, som de første anklager gik på.⁴⁵ Undersøgelser viser, at *”36 % af danskerne er stoppet med at købe produkter af et givent brand, fordi virksomheden bag handlede uetisk”*⁴⁶, og virksomheden bør derfor anerkende og medregne denne risiko for potentielt omfattende skade på omdømme og *brand* i forbindelse hermed.

Da shopper tracking indsamler data om privatpersoner, vil virksomheden berøre et juridisk følsomt område. Derfor bør virksomheden påregne omkostninger i relation til at sikre, at virksomheden ikke handler i strid med gældende ret ved anvendelsen af shopper tracking eller den herfra indsamlede data. Bl.a. stilles der krav til virksomhedens databeskyttelse, jf. PDL § 41, stk. 3, og dermed må der forventes udgifter i relation til etablering af de fornødne sikkerhedsforanstaltninger. Ligeledes må der forventes omkostninger i relation til at sikre den rette behandlingshjemmel, hvilket vil blive behandlet nærmere i kap. 3.

Endeligt bør virksomheden overveje, hvad der skal til for, at shopperne vil afgive deres data til virksomheden. Da det ikke kan antages, at shopperne er villige til frivilligt og betingelsesløst at afgive det relevante data til virksomheden, må det forudsættes, at virksomheden skal tilbyde noget i bytte til datasubjekterne. Det må heraf følge, at enhver handling, som virksomheden foretager med det formål at få shopperne til at afgive data, vil udgøre en omkostning. Dette må være gældende, da det vil afvige fra det *status quo*, hvor virksomheden ikke indsamlede data, uanset om denne handling udgøres af en forbedret ydelse eller service, muligheden for rabat eller en decideret monetær compensation. Hvad og hvor meget der så skal til for, at shopperne vil afgive deres data, vil blive nærmere undersøgt nedenfor.

For at opsummere udgøres omkostningssiden for det første af selve investeringen i teknologien. Der er dog en række omkostninger knyttet til teknologien, der ligeledes bør medtages af virksomheden, herunder omkostninger til databehandling og implementering, overholdelse af lovgivning, samt relationen til kunder og omverden, herunder hvad der skal til for, at kunderne vil afgive data. Da sidstnævnte endnu ikke er undersøgt i relation til shopper tracking, vil afhandlingen analysere dette, og opstille en model herfor, så det derefter er muligt at opstille en samlet ramme for virksomhedens cost-benefit-analyse.

⁴⁴ <http://www.dr.dk/nyheder/indland/smar-te-fjernsyn-fra-samsung-optager-dine-private-samtaler> og <http://www.theguardian.com/technology/2015/feb/27/samsung-voice-recording-smart-tv-breach-privacy-law-campaigners-claim> (set 08/05 2016)

⁴⁵ <http://www.digitaltrends.com/home-theater/samsung-tvs-arent-spying-eavesdropping-listening/> (set 08/05 2016)

⁴⁶ <http://blogmindshare.dk/2015/12/15/trenden-der-for-alvor-bliver-mainstream-i-2016/> (set 08/05 2016)

2.3: Shopperens afgivelse af persondata

Ifølge økonomisk teori bør en virksomhed blot betale det rationelle datasubjekt markedsprisen for de indsamlede data. Dog eksisterer der ikke en sådan markedspris for data handlet mellem privatpersoner og virksomheder, og det er desuden efterhånden alment anerkendt, at mennesker ikke altid handler rationelt.⁴⁷ I stedet vil denne analyse anvende privacy calculus-teori, som er en videreudvikling af rational choice-teori, da privacy calculus-teorien opstiller en teoretisk ramme til forståelse af personers adfærd i relation til afgivelse af persondata.⁴⁸ Det følger af privacy calculus, at en person vil træffe sin beslutning om afgivelse persondata på baggrund af en individuel risikoanalyse, hvor personen sammenholder dennes opfattelse af de tilknyttede risici (*perceived risks*) med de hertil forventede fordele (*anticipated benefits*), hvorefter personen vil være villig til at afgive dennes persondata, når det er personens opfattelse, at de forventede fordele overstiger de forventede risici.⁴⁹

På baggrund af dette teoretiske udgangspunkt, også refereret til i litteraturen som ”the privacy-benefit trade-off”, vil dette bytteforhold blive analyseret med det formål at belyse, hvad der skal til for, at shopperne vil være villige til at afgive deres data til virksomheden. Via et litteraturstudie vil denne afhandling opstille en model for, hvordan dette ”privacy-benefit trade-off” kan påvirkes af virksomheden specifikt i relation til shopper tracking, altså undersøge hvilke underliggende faktorer, der påvirker dette trade-off.

2.3.1: The privacy paradox

Der kan ikke herske tvivl om, at folk i dag er bevidste om værdien af persondata samt de risici for misbrug og kommerciel udnyttelse, der er knyttet hertil. Dette ses eksempelvis ved den før nævnte Samsung-sag, men bekræftes ligeledes i litteraturen og en lang række studier.⁵⁰ Et af de nyeste studier er 2014 EMC Privacy Index, der forsøgte at tegne et billede af forskellige nationaliteters forbrugeres forhold til deres persondata, og særligt måle deres villighed til at bytte persondata for økonomiske fordele.⁵¹ At der eksisterer en bevidsthed hos folk om muligheden for kommerciel udnyttelse af persondata, bliver kraftigt understreget i studiet, da de i alt 15.000 deltagende bliver bedt om at angive, hvad de anser som de største fremtidige trusler mod deres persondata. Her angav hele 51 % ”Businesses using, trading or selling my personal data for financial gain without my knowledge or benefit” som den største fremtidige trussel.⁵²

⁴⁷ Spiekermann og Novotny (2015), s. 182

⁴⁸ Liu et al (2014), s. 1064

⁴⁹ Krasnova og Veltri (2014), s. 2

⁵⁰ Se fx Phelps et al (2000), s. 27

⁵¹ Læs nærmere på <http://www.emc.com/campaign/privacy-index/index.htm> (set 08/05 2016)

⁵² The EMC Privacy Index – Global and in-depth country results (2014), s. 15

Det er dog et andet spørgsmål i undersøgelsen, der er særligt interessant for denne afhandling: ”*would you be willing to trade some privacy for greater convenience and ease?*” Globalt set, svarede kun 27 % ja til dette spørgsmål, og graves der dybere ned i resultaterne, kan det konstateres, at de vestlige lande som Danmark plejer at sammenligne sig med, lå langt lavere end de 27 %: fx Frankrig (15 %), Tyskland (12 %) og Storbritannien (18 %).⁵³ Dette skal ses i kontrast til fx Indien og Mexico, hvor hhv. 48 % og 43 % svarede ja.⁵⁴

Ovenstående resultater er dog i klar uoverensstemmelse med den tendens, der observeres i praksis, fx på sociale medier og via applikationer på smartphones, hvor folk ingen problemer har med at dele ud af deres privatliv. Denne uoverensstemmelse er blevet døbt ”*the privacy paradox*”, og dækker over, at én persons frygt for, at dennes persondata vil blive udnyttet, samt hvad personen selv kommunikerer ud herom, ikke stemmer overens med personens faktiske handlinger i relation til dennes persondata.⁵⁵ Litteraturen forklarer dette paradoks med psykologiske og adfærdøkonomiske elementer, herunder kognitive og tidsmæssige begrænsninger, såsom hyperbolsk diskontering (nutidsfokusering), opmærksomhedsbegrænsning, flokmentalitet, *informational cascading* samt brugen af ”take-it or leave-it”-scenarier.⁵⁶

The privacy paradox understreger dermed, at shopperne, på trods af at majoriteten formentlig vil være uenig, hvis de blev spurgt direkte til deres individuelle holdning, vil være villige til at indgå i det såkaldte *privacy-benefit trade-off*, hvilket endvidere bekræftes af de studier, der inddrages i afhandlingens litteraturstudie. Da det må konstateres, at shopperne er villige til at indgå i dette *privacy-benefit trade-off*, er næste skridt at undersøge de nærmere elementer heri.

⁵³ Ibid. s. 10

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Først omtalt af Barnes (2006); Taddicken og Jers (2011), s. 143

⁵⁶ Lieshout (2014), s. 33

2.4: Privacy calculus & the privacy-benefit trade-off

Privacy calculus-analysen opererer med to modstridende elementer, ”*perceived risks*” og ”*anticipated benefits*”, der skal vejes op mod hinanden lig en traditionel cost-benefit-analyse.⁵⁷ Det skal her pointeres, at der er tale om shopperens subjektive opfattelse af hhv. risici og fordele, dvs. at den enkeltes afvejning afhænger af det enkelte individs risikoprofil og tidligere erfaringer.⁵⁸ Når resultatet af *privacy calculus*-analysen er positivt, dvs. når summen af *anticipated benefits* er større end *perceived risks*, vil shopperen være villig til at afgive sit data.⁵⁹ Omvendt, når resultatet er negativt, vil shopperen højst sandsynligt ikke være villig hertil. Da *homo economicus* dog må konstateres at være utopi, vil det ikke være sikkert, at shopperen vil følge resultatet af dennes *privacy calculus*, og derfor vil en vis usikkerhed være knyttet til resultatet. For at kunne opstille en anvendelig model for, hvordan *privacy calculus* kan påvirkes, er det nødvendigt at undersøge, hvilke underliggende faktorer der påvirker de to overordnede elementer i analysen. Indledningsvist bør en i litteraturen observeret tendens, der relaterer sig til samspillet mellem *anticipated benefits* og *perceived risks*, dog pointeres.

I overensstemmelse med *the privacy paradox* kan det konstateres, at der eksisterer en subjektiv, ikke-rationel vægtning af de to elementer i *privacy calculus*-analysen, der favoriserer *anticipated benefits* over *perceived risks*.⁶⁰ Dette betyder i praksis, at en forøgelse af *anticipated benefits* vil have en større effekt på shopperen, end en tilsvarende reduktion af *perceived risks*. Denne tendens, der i høj grad harmonerer med de adfærdsøkonomiske observationer nævnt ovenfor, fx nutidsfokusering, vil naturligvis medføre, at shopperen oftere vil være villig til at afgive data, end hvad der er rationelt for denne – en konklusion som selvsagt er interessant for dén virksomhed, der er interesseret i shopperens data. Denne observation er bekræftet i flere forskellige studier.⁶¹ I Berezowska et al (2015) konkluderes endda, at de i studiet nævnte ”*perceived personalisation benefits*” havde en tre gange så stor effekt på datasubjektet, som studiets *perceived privacy risks*.⁶² Virksomheden bør derfor behandle de følgende underliggende faktorer med denne adfærdsøkonomiske observation in mente.

⁵⁷ Krasnova og Veltri (2010), s. 1

⁵⁸ Lieshout (2014), s. 33

⁵⁹ Berezowska et al (2015), s. 2

⁶⁰ Ibid. s. 1

⁶¹ Fx i studier om lokationsbaserede sociale medier: Koohikamali et al (2015) og skræddersyede ernæringservices: Berezowska et al (2015)

⁶² Berezowska et al (2015), s. 8

2.4.1: Perceived risks

Perceived risks udgøres af shopperens individuelle opfattelse af de negative konsekvenser og risici relateret til afgivelsen af data, samt de hertil knyttede udnyttelsesmuligheder - en opfattelse der som sagt afhænger af den enkelte person, herunder dennes risikoprofil og tidligere erfaringer⁶³. På baggrund af det gennemførte litteraturstudie, er der blevet identificeret en række primære faktorer, der påvirker shopperens *perceived risks*, og dermed faktorer som virksomheden bør vurdere i relation til anvendelsen af shopper tracking. Litteraturen behandler en lang række faktorer, men de følgende vurderes at være de primære, på baggrund af hvor ofte de fremgår i litteraturen, samt faktorens faktiske effekt på shopperen. De primære faktorer vurderes at være 1) typen af data, 2) omdømme og *brand*, 3) kontrol over data og 4) persondatapolitik. Effekten af hver enkelt af disse faktorer vil herefter blive undersøgt nærmere.

2.4.1.1: Typen af data

At typen af data er afgørende for opfattelsen af den subjektivt forbundne risiko ved afgivelsen heraf, er bekræftet af en lang række studier, og at dette er tilfældet, kan ikke komme som en overraskelse.⁶⁴ Phelps et al (2000) gennemfører i deres studie en spørgeskemaundersøgelse, hvor de adspurgtes villighed til at afgive 16 forskellige specifikke typer af data vedrørende demografi, livsstil, forbrug, indkomst og personidentificerbar data i relation til modtagelse af nyhedsbreve undersøges. I studiet konstateres det, at de adspurgte ikke har problemer med at afgive data vedr. demografi og livsstil, men at en begyndende usikkerhed og modvilje opstår, når dataet omhandler forbrug og indkøb, herunder shopperens adfærd i butikken.⁶⁵ Finansielle informationer bliver mødt med klar modstand fra de adspurgte. Generelt viser det sig, at jo mere finansielt-orienteret dataet bliver, jo mindre bliver de adspurgtes villighed til at afgive dataet⁶⁶. Modviljen topper specifikt i relation til information vedr. den adspurgtes årlige indkomst, samt dennes kreditkort og ”*social security number*”. At en anmodning om finansielt data øger datasubjektets bekymring, bekræftes senere af Ward et al (2005):

*”When marketers’ requested personal income details, consumers’ concern increased and willingness to provide that information decreased. That study result was expected to occur as previous studies have unanimously discovered that consumers are concerned about requests for personal financial details. The results from this study verify past research.”*⁶⁷

⁶³ Myerscough et al (2006), s. 117

⁶⁴ Fx Phelps et al (2000) og Ward et al (2005)

⁶⁵ Phelps et al (2000), s. 33

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ward et al (2005), s. 34

Til gengæld kan det konstateres, at anmodninger om direkte personhenførbare data, såsom navn, adresse og telefonnummer, ingen væsentlig effekt har på shopperens villighed til at afgive information.⁶⁸

At shoppere er villige til at afgive information vedr. demografi og livsstil, uden at dette påvirker deres *perceived risks*, er interessant for virksomhederne, da denne type information skaber mere værdi i relation til marketing, og endvidere muliggør, at virksomheden kan lave estimer over gennemsnitsindkomster på baggrund af demografisk information vedr. uddannelse, alder og job.⁶⁹ Dermed kan den, for shopperen, bekymrende information estimeres af virksomheden, uden at dette har den uønskede effekt på shopperen.

Ovenstående kan kort opsummeres til, at finansielle oplysninger om datasubjekterne vil øge disse shoppers *perceived risks*. Herudover kan data vedr. demografi og livsstil indhentes fra shopperne, uden at dette vil have en effekt på deres *perceived risks*, hvorimod data vedr. shopperens forbrugsadfærd vil medføre en mindre forøgelse af denne.

2.4.1.2: Omdømme og brand

At shopperen har tiltro til dén virksomhed, som dataet skal afgives til, har stor betydning for shopperens opfattelse af risikoen herved og dermed shopperes villighed til at afgive dataet.⁷⁰ Dette bliver klart konkluderet i studier af bl.a. Kim et al (2009), Olivero og Lunt (2004) og Myerscough et al (2006). Disse studier konstaterer, at shopperens tiltro til en virksomhed især udgøres af virksomhedens generelle omdømme og *brand*, og netop omdømme og *brand* viser sig at have en væsentlig effekt på shopperens opfattelse af risici:

*”Multivariate tests of significance confirmed that brand strength displayed a significant main effect upon perceived privacy risk and willingness to provide personal information(...)”*⁷¹ og at *”The findings show that an increase in brand strength from low to high leads to a decrease in perceived privacy risk”*⁷².

Dermed kan *perceived risks* reduceres ved at sikre og forbedre virksomhedens omdømme og *brand*, og dermed sikre, at shopperen har tiltro til virksomheden.

Myerscough et al (2006) konkluderer endda, at styrkelsen af en virksomheds *brand* er i stand til at flytte shoppere fra at være generelt uvillige til at afgive personlige informationer til at være generelt

⁶⁸ Ibid. s. 34

⁶⁹ Phelps et al (2000), s. 38

⁷⁰ Kim et al (2009), s. 251

⁷¹ Myerscough et al (2006), s. 128

⁷² Ibid. s. 131

villige hertil.⁷³ Endvidere kan det konstateres, at også shopperens eget forhold til virksomheden, fx på baggrund af tidligere interaktion, kan have en sådan effekt.⁷⁴

Det kan dermed konkluderes, at virksomhedens omdømme og *brand* har en direkte effekt på shopperens opfattelse af risikoen ved at afgive data til denne, og dermed kan *perceived risks* reduceres ved, at virksomhederne styrker sit omdømme og *brand*.

2.4.1.3: Kontrol over data

En tredje faktor, der påvirker *perceived risks*, er datasubjektets mulighed for at kontrollere det afgivne data, dvs. kontrollere den efterfølgende brug og spredning. Dette ønske om kontrol kan, ud fra et økonomisk perspektiv, forklares ved, at parterne dermed indgår i en mere ligeværdig handel - dataet i bytte for en modydelse - hvormed der opstår et behov for at afgrænse den data-ydelse, der er blevet handlet.⁷⁵ Ud fra et mere adfærdøkonomisk og psykologisk perspektiv kan behovet også forklares ved, at datasubjektet derved kan sikre sig mod usikkerhed og misbrug, samt et dybere menneskeligt behov for kontrol.⁷⁶

At forbrugerne ønsker mere kontrol over deres data, ses bl.a. i en undersøgelse foretaget af FDM, som led i FIAs tværeuropæiske "My Car My Data"-kampagne, hvor 8 ud af 10 af de adspurgte danskere ønskede selv at kontrollere deres data i forbindelse med såkaldte *connected cars*.⁷⁷

Uanset forklaring konstaterer en lang række studier, bl.a. Phelps et al (2000), Margulis (2003) og Berezowska et al (2015), at det vil reducere *perceived risks*, såfremt datasubjekterne får en opfattelse af, at de kan kontrollere deres data. Olivero og Lunt (2004) konkluderer desuden:

*"Indeed, personal beliefs of being in control in the exchange of information with companies were associated with higher acceptance of information collection for consumer profiling."*⁷⁸

Det kan dermed konstateres, at *perceived risks* kan reduceres ved at give shopperne mulighed for at kontrollere deres data, eller i hvert fald give dem opfattelsen heraf.

⁷³ Ibid. s. 132

⁷⁴ Olivero og Lunt (2004), s. 258

⁷⁵ Cottrill og Thakuriah (2015), s. 135

⁷⁶ Olivero og Lunt (2004), s. 259

⁷⁷ Om kampagnen se <http://www.mycarmydata.eu/>; <http://www.fdm.dk/nyheder/danskerne-vil-selv-eje-deres-data-nye-biler> (set 08/05 2016)

⁷⁸ Olivero og Lunt (2004), s. 259

2.4.1.4: Persondatapolitik

Den sidste primære faktor er virksomhedernes brug af persondatapolitikker, *privacy policies*, typisk i form af et dokument indeholdende oplysninger om virksomhedens formål med dataindsamlingen, typen af data der bliver indsamlet, den efterfølgende databehandling, samt hvad virksomheden gør for at beskytte dataet.

De studier, der har undersøgt persondatapolitikker, har dog alle kunne identificere et overordnet problem, at datasubjekterne ikke gør sig bekendt med indholdet af disse dokumenter. Cottrill og Thakuriah (2015) konstaterer, at *"Most people (averaging roughly 88% of respondents) reported that they 'Never' or 'Rarely' read the privacy policies of the evaluated services"*, hvilket unægtelig gør det svært for virksomheden at påvirke datasubjekterne ved hjælp af en sådan persondatapolitik.⁷⁹ En tilsvarende observation gør Myerscough et al (2006), hvor kun 2 % af datasubjekterne åbnede den persondatapolitik, der var tilgængelig på dén test-hjemmeside, der blev anvendt i studiet. Forfatterne begrundet denne observation med, at: *"(...) consumers do not bother reading privacy policies, perhaps because they consider them to be complicated, dry legalese"*.⁸⁰

Ikke overraskende konkluderes det derfor i litteraturen, at virksomhedernes persondatapolitikker ikke har en væsentlig effekt på datasubjekternes *perceived risks*:

*"The finding of a limited effect that online privacy policies have upon consumers' perceived privacy risk and willingness to provide information online suggests that despite public policy concerns, formal privacy policy statements (...) do nothing to ease the concerns of consumers."*⁸¹

Det må derfor konkluderes, at anvendelsen af sådanne persondatapolitikker, uanset det faktiske indhold, ikke udgør et redskab, der bør anvendes med det formål at reducere *perceived risks* hos shopperen.⁸² Det bør dog hertil bemærkes, at det ikke har været muligt at lokalisere studier, der har behandlet effekten af fraværet af en persondatapolitik, og det kan derfor ikke udelukkes, at den blotte konstatering af eksistensen af en persondatapolitik kan have en effekt på shopperens *perceived risks*. Dette forbehold ændrer dog ikke på konklusionen, at indholdet af en sådan persondatapolitik ikke reducerer *perceived risks* hos shopperen.

Denne konklusion står i kontrast til Phelps et al (2000), hvor det konstateres, at *"nearly three-fourths of very concerned respondents indicated that they would like to receive more information*

⁷⁹ Cottrill og Thakuriah (2015), s. 138

⁸⁰ Myerscough et al (2006), s. 136

⁸¹ Ibid. s. 137

⁸² Ibid. s. 133

about how companies use personal information”.⁸³ Virksomheden bør derfor være bevidst om, at shopperne har et ønske om at blive orienteret om virksomhedens brug af den indsamlede data, men den bør samtidig anerkende, at orientering om dette via dets persondatapolitik ikke er en hensigtsmæssig måde at gøre dette på, hvilket også pointeres af Cottrill og Thakuriah (2015).⁸⁴ Virksomheden bør derfor ligeledes overveje, såfremt den anvender særlige teknikker til at beskytte det indsamlede data, at kommunikere dette ud på anden vis end via en persondatapolitik, såfremt dette skal have en reducerende effekt på datasubjekterne opfattelse af den tilknyttede risiko.

Ovenstående kan opsummeres til, at persondatapolitikker, uagtet indholdet, ikke har en væsentlig effekt på reduktionen af *perceived risks*, og derfor ikke bør anvendes til dette formål. Hertil skal det dog bemærkes, at virksomheder fortsat bør udarbejde en sådan persondatapolitik i overensstemmelse med lovgivningens informationskrav, jf. PDL § 28. Virksomheden kan blot ikke forvente, at dette vil have en effekt på *perceived risks*.

2.4.2: Anticipated benefits

Modvægten til *perceived risks* i *privacy calculus*-analysen udgøres af *anticipated benefits*, der dækker over de fordele og goder, som shopperen forventer at modtage i retur for det afgivne data. Lig *perceived risks* er der her tale om shopperens subjektive opfattelse af værdien af de modtagne fordele og ikke den objektive værdi, og derfor kan *anticipated benefits* også i litteraturen omtales som *perceived benefits*.⁸⁵ En lang række studier bekræfter, bl.a. Cottrill og Thakuriah (2015), Koohikamali et al (2015), Kim et al (2009), Sayre og Horne (2000) og Berezowska et al (2015), at shopperes villighed til at afgive data til virksomheder, klart kan påvirkes positivt ved at tilbyde økonomiske fordele som kompensation herfor. Det er derfor relevant for virksomheder med interesse heri at vurdere, hvilke typer af økonomiske fordele der har en sådan effekt. På baggrund af litteraturstudiet kan de primære typer fordele, der kan anvendes hertil, identificeres som 1) direkte økonomisk kompensation, 2) rabat og 3) adgang til service og *customisation*. Endvidere medtages 4) yderlige fordele og bekvemmeligheder, der dækker over en række fordele med det til fælles, at de gør livet lettere for shopperen, eksempelvis i form af tidsbesparelse eller en lettere hverdag. Effekten af hver enkelt af disse faktorer vil blive undersøgt nærmere nedenfor.

I relation til effekten af virksomhedens omdømme og *brand* på *perceived risks*, konstaterer Kim et al (2009) ligeledes en generelt positiv effekt på shopperens opfattelse af *anticipated benefits*.⁸⁶

⁸³ Phelps et al (2000), s. 39

⁸⁴ Cottrill og Thakuriah (2015), s. 145

⁸⁵ Berezowska et al (2015), s. 2

⁸⁶ Kim et al (2009), s. 251

Derfor må vigtigheden af virksomhedens omdømme igen kraftigt understreges, da dette potentielt kan forstærke effekten af de tilbudte *anticipated benefits*.

2.4.2.1: Direkte økonomisk kompensation

Den mest direkte måde, hvorpå virksomheden kan sikre, at shopperens *privacy calculus* falder positivt ud, er selvsagt ved at tilbyde shopperen en økonomisk kompensation netop svarende hertil, såfremt dette beløb også gør dette *privacy-benefit trade-off* profitabelt for virksomheden. Men da der er tale om et subjektivt opfattet begreb som *perceived risks*, vil det være uhyre vanskeligt for virksomheden at fastsætte kompensationens størrelse, da værdien af et datasæt vil være individuelt ansat af den enkelte person, på baggrund af dennes opfattelse af *perceived risks*, og dermed afhængig af shopperens individuelle præferencer og erfaringer.⁸⁷

Der findes eksempler i litteraturen, hvor datasubjekternes individuelle værdiansættelse undersøges, men disse forsøg har kun understreget vanskeligheden heri. Eksempelvis gennemførte Danezis et al (2005) et studie, hvor forfatterne forsøgte, via en Vickrey-auktion, at få datasubjekterne til at opgive deres sande, individuelle værdiansættelse af deres data, der her udgjordes af én måneds lokationsdata via sporing af deres mobiltelefoner.⁸⁸ Værdiansættelsen blev til ved, at datasubjekterne blev inviteret med til et fiktivt studie om lokationsdata, hvor de skulle opgive størrelsen på den økonomiske kompensation, de ville kræve mod at skulle afgive deres lokationsdata, men med det in mente, at forfatterne kun var interesserede i de billigste datasæt. Undersøgelsen var derved designet til at indhente de sande værdiansættelser hos de adspurgte. Studiets resultater understreger dog vanskeligheden ved individuelle værdiansættelser, da kompensationskravene lå på mellem £0 og £400, med en median på £10 og et gennemsnit på £27,4.⁸⁹ Forfatterne introducerede efterfølgende en kommerciel vinkel på det fiktive forsøg, ved at datasubjekterne blev orienteret om, at dataet ville blive benyttet kommercielt. Denne ændring medførte, at deltagerne fik lov til at revurdere deres bud. Udsigten til kommercielt brug resulterede i, at medianen fordobledes til £20 og et nyt højere gennemsnit på £32,8.⁹⁰

Dermed kan det konkluderes, at kommerciel udnyttelse vil medføre et højere krav på kompensation, hvilket antageligt må være knyttet til en højere *perceived risk* blandt datasubjekterne. Et andet eksempel på værdiansættelse af data er Shawn Buckles, en privat person, der satte ét års komplet data til salg på en internetauktion, indeholdende alt fra lokationsdata til e-mails og

⁸⁷ Lieshout (2014), s. 33

⁸⁸ En lukket type auktion, hvor bedste bud vinder, men vinderen kun skal betale det næstbedste bud.

⁸⁹ Danezis et al (2005), s. 8

⁹⁰ Ibid. s. 9

forbrugsvaner, med det formål at øge opmærksomheden om kommerciel udnyttelse af persondata.⁹¹ Det vindende bud blev €350.

De ovenstående eksempler understreger, at direkte økonomisk kompensation i praksis er vanskeligt, da værdien ikke er mulig for virksomheden at fastsætte. Dermed bør virksomheden i relation til shopper tracking benytte en anden form for økonomisk fordel over for shopperen.

2.4.2.2: *Rabat*

At tilbyde sine kunder rabat mod afgivelse af data, må anses som en af de mest benyttede former for kompensation, især i forbindelse med detailhandlens loyalitetsprogrammer.⁹² Rabattens popularitet blandt virksomheder kan der være flere grunde til, fx at rabat er afhængig af et faktisk salg, men en væsentlig grund må være, at det virker, hvilket litteraturen klart bekræfter.⁹³ Patil et al (2015) konstaterer eksempelvis, at såkaldte *external rewards*, værende rabatter og gratis produkter, har en positiv effekt på datasubjekters villighed til, at afgive lokationsdata.⁹⁴ Denne sammenhæng konstaterer Koohikamali et al (2015) også, samt understreger vigtigheden af dette i relation til virksomhederne:

*”This is a particularly important finding because it adds the external motives to disclose location, which is specifically important to businesses. It is easy for businesses to have a direct and immediate impact on external factors to influence users.”*⁹⁵

Ydermere observeres der i litteraturen en tendens til, at forbrugernes begrænsede rationalitet kommer til udtryk ved et stort fokus på umiddelbare besparelser, altså et nutidsfokus, samt at dette fokus eliminerer enhver bekymring ved persondataafgivelse:

*”(...) shoppers are not concerned or even thinking about the club cards and how their collective information about the products they purchased might be tallied and sold. They act as if the savings and other advantages far outweigh the disadvantages and threats of invasion of privacy.”*⁹⁶

Det vil sige, at rabatprogrammet er blevet *framet* på en måde, så shopperen agerer ud fra et ønske om at opnå rabatten, og dermed fortrænger den tilknyttede risiko, hvilket stemmer overens med *the privacy paradox* og den ikke-rationelle vægtning mellem *perceived risks* og *anticipated benefits*.

⁹¹ Se: <http://shawnbuckles.nl/dataforsale/> (set 08/05 2016)

⁹² Sayre og Horne (2000), s. 153

⁹³ Fx Sayre og Horne (2000), Cottrill og Thakuria (2015), Koohikamali et al (2015) og Patil et al (2015)

⁹⁴ Patil et al (2015), s. 2000

⁹⁵ Koohikamali et al (2015), s. 84

⁹⁶ Sayre og Horne (2000), s. 153

Dermed kan det konkluderes, at rabat har en stærkt positiv effekt på shopperens opfattelse af *anticipated benefits*, og desuden udgør en kompensationsmetode, der burde være let for virksomheden at implementere.

2.4.2.3: Service & customisation

En tredje type økonomisk fordel er at tilbyde en service eller ydelse, som datasubjektet er interesseret i, men hvor afgivelse af data er krævet for at få adgang hertil. Dette ses eksempelvis ved såkaldte *freemium services*⁹⁷, applikationer til smartphones og tablets og ved sociale medier, hvor persondata skal gives i bytte for at få adgang, og hvor dataet typisk også er en essentiel del af ydelsen, og dermed værdien af den pågældende service. Som Berezowska et al (2015) konstaterer, kan skræddersyede ydelser ligeledes udgøre en sådan compensation for afgivelsen af data, hvor modydelsen dermed er det skræddersyede produkt, og den ekstra værdi dette måtte have for shopperen, netop fordi det er skræddersyet.⁹⁸

Denne type compensation vil dog selvsagt kræve, at shopperen ansætter værdien af den udbudte service højt nok til, at denne vil være villig til at afgive det påkrævede data. Dermed stilles der høje krav til den ydelse virksomheden tilbyder for, at datasubjektet ønsker at indgå i det pågældende *privacy-benefit trade-off*. Igen kommer adfærdsøkonomien i spil, og særligt ved såkaldte *take-it or leave-it*-situationer, fx ved sociale medier, vil brugerens begrænsede rationalitet spille ind, og denne vil højst sandsynligt afgive sit data til virksomheden for ikke at føle sig socialt udenfor. I relation til shopper tracking, hvor der ikke på samme måde udbydes en konkret ydelse i forbindelse med dataet, vil denne type af compensation næppe være aktuel som compensation.

2.4.2.4: Yderlige fordele og bekvemmeligheder

Den sidste primære type *benefit* dækker over en kategori af fordele, hvor shopperen vil modtage forbedringer og bekvemmeligheder i retur for det afgivne data. Typen af *benefit* kan derfor dække over mange forskellige tiltag med det fælles træk, at datasubjektet vil opleve at stå bedre end andre potentielle subjekter, der ikke har afgivet data til virksomheden. Dette kan eksempelvis udgøres af en smartphone applikation, hvis værdi øges for brugeren, hvis applikationen får adgang til lokationsdata. Generelt vil denne type fordel typisk udgøres af tidsbesparelser, særlige medlemsfordele, brugervenlighed og øget funktionalitet.

⁹⁷ Lieshout (2014), s. 28

⁹⁸ Berezowska et al (2015), s. 1

Meget lig brugen af rabat konstateres det bredt i litteraturen, at denne type fordel har en væsentlig positiv virkning på datasubjekternes villighed til at afgive data.⁹⁹ Bl.a. konstaterer Krause og Horvitz (2010), at majoriteten af de adspurgte brugere, i et studie vedr. internetsøgemaskiner, gerne ville afgive deres søgehistorik mod en mere effektiv søgemaskine-oplevelse.¹⁰⁰ Samme tendens observerer Cottrill og Thakuriah (2015) i relation til lokationsdata og nedbringelse af transporttid, og Sayre og Horne (2000) i relation til loyalitetsklubber.¹⁰¹

Det kan derfor konkluderes, at denne type fordel har en positiv effekt på shopperens *anticipated benefits* og dermed på shopperens villighed til at afgive data til virksomheden.

2.4.2.5: Kritik

I litteraturen findes der et mindre antal studier, fx Ward et al (2005), der argumenterer for, at rabatter og fordele ikke har en væsentlig virkning på shopperens villighed til at afgive persondata.¹⁰² Ward et al (2005) finder støtte til denne konklusion i et studie fra den australske persondatakommisærs kontor, hvor kun 32 % hhv. 39 % af de adspurgte var villige til at afgive persondata mod rabatter hhv. forbedret service.¹⁰³ Ward et al (2005) og tilsvarende studier er dog typisk ældre, end de studier, der peger på denne virkning, fx Patil et al (2015) og Koohikamali et al (2015). At der potentielt kan være en sammenhæng med uenigheden i litteraturen pga. alder, kan underbygges med reference til netop det australske studie, hvor de førnævnte tal er 56 % hhv. 63 % når det afgrænses til de 18-24-årige.¹⁰⁴ Endvidere er det igen vigtigt, at have adfærdsøkonomien og *the privacy paradox* in mente i praksis, samt undersøge metodikken bag studierne, hvor Ward et al (2005) eksempelvis direkte spørger studiets deltagere om, hvor bekymrede de er over at afgive deres persondata, og dermed selv bidrager til at øge de adspurgtes fokus herpå.¹⁰⁵

⁹⁹ Bl.a. Cottrill og Thakuriah (2015), Sayre og Horne (2000), Hoy og Milne (2010), Taddicken og Jers (2011) samt Krause og Horvitz (2010).

¹⁰⁰ Krause og Horvitz (2010), s. 646

¹⁰¹ Cottrill og Thakuriah (2015), s. 135; Sayre og Horne (2000), s. 153

¹⁰² Ward et al (2005), s. 30

¹⁰³ Office of the Federal Privacy Commissioner (2001), s. 23

¹⁰⁴ Ibid. s. 22f

¹⁰⁵ Ward et al (2005), s. 28

2.4.3: At påvirke shopperens *privacy calculus*

På baggrund af ovenstående behandling af de primære faktorer er det nu muligt at opstille en model for, hvordan virksomheden kan påvirke shopperens *privacy calculus* i relation til shopper tracking og dermed påvirke shopperne til at afgive deres data til virksomheden.

Indledningsvist er det vigtigt at konstatere, at typen af data indsamlet via shopper tracking er afgørende for shopperens umiddelbare opfattelse af de tilknyttede risici og dermed shopperens villighed til at afgive data. Virksomheden bør derfor nøje vurdere, hvilke type data der er mest værdiskabende, sammenholdt med den potentielle meromkostning det er at reducere eller kompensere shopperens potentielt øgede *perceived risks*. Afhængig af den specifikt valgte type af shopper tracking-teknologi vil det som hovedregel være data vedrørende forbrugsadfærd, der indsamles, hvilket vil have en, om end mindre, negativ effekt på shopperens villighed til at afgive data. Hertil bør tilføjes, at data vedrørende demografi og livsstil ikke påvirkede datasubjekternes *perceived risks*, og dermed kan betragtes som ”gratis” for virksomheden, på trods af, at denne type data, især i kombination med forbrugsadfærdsdata, har en væsentlig kommerciel værdi. Endvidere kan det konkluderes, at virksomhedens omdømme og *brand* spiller en vigtig rolle for shopperens villighed til, at afgive data, da et godt omdømme og *brand* kan reducere shopperens opfattelse af risici knyttet til dataafgivelsen. Det fremgår ligeledes klart af litteraturstudiet, at virksomhedernes persondatapolitikker ikke har en effekt på shopperens *privacy calculus*, og at virksomheden i stedet bør fokusere på at give shopperen kontrol over dennes data, såfremt formålet er at reducere shopperens *perceived risks*.

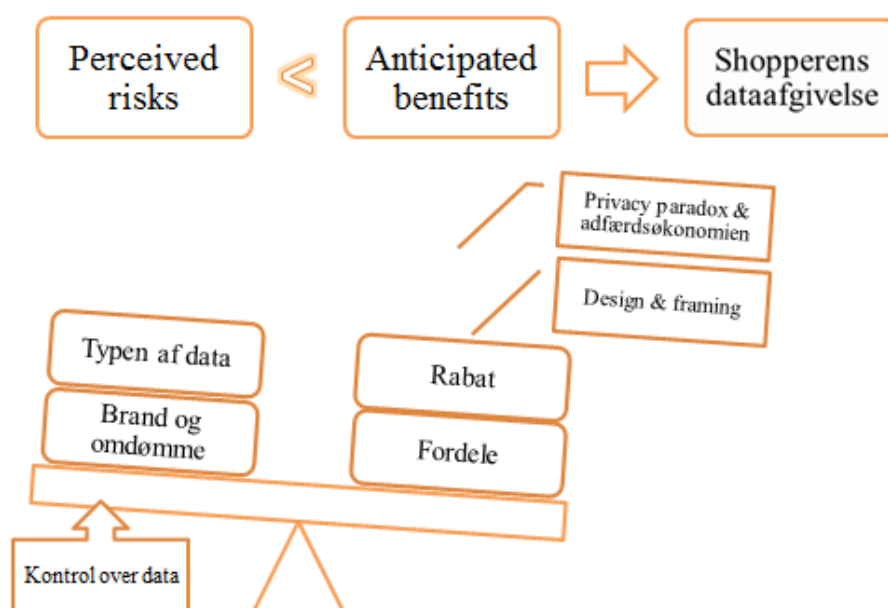
For at give shopperen det nødvendige incitament til at afgive data vurderes det, at anvendelsen af rabatter, samt de ”yderligere fordele” behandlet i 2.4.2.4, udgør de former for compensation, der vil være mest anvendelige i relation til anvendelsen af shopper tracking. Denne vurdering begrundes i den væsentlige effekt disse har på shopperen, samt at anvendelsen forudsættes ske i detailhandlen, og dermed vil de nævnte former for compensation kunne implementeres i naturlig sammenhæng hermed. Derudover vil de ”yderligere fordele” kunne knyttes direkte til dataindsamlingen, hvilket vil gøre *framingen* af dataindsamlingen overfor shopperen lettere for virksomheden, med øget villighed til dataafgivelse som følge.

Et af de områder, hvor virksomheden ligeledes bør fokusere, er design og *framing* af dataindsamlingsprocessen, da det er shopperens subjektive opfattelse, der er afgørende for dennes *privacy calculus*. Eksempelvis observerer Sayre og Horne (2000), at:

”Consumers expressed an appreciation for the advantages and conveniences of the club cards ranging from saving money to saving time, revealing that consumers use the card as a “tool” to their advantage.”¹⁰⁶

Her ses det, at shopperens begrænsede opmærksomhed er flyttet fra at bekymre sig om persondata over til det fordels-givende medlemskort, hvilket igen stemmer overens med *the privacy paradox* og adfærdsøkonomiens teorier om fx nutidsfokus og *framing*. I denne forbindelse er det ligeledes væsentligt at nævne, at også kulturelle karakteristika har en væsentlig betydning i relation til *perceived risks*.¹⁰⁷ Dette fremgår også tydeligt af det tidligere nævnte 2014 EMC Privacy Index studie, foruden en række mere specifikke studier af forskelle mellem nationaliteter og køn.¹⁰⁸ Virksomheden bør derfor også have dette perspektiv in mente, når shopper tracking-konceptet skal designes og implementeres.

På baggrund af dette litteraturstudies konklusioner, kan den følgende model opstilles til illustration af, hvilke faktorer virksomheden bør anvende for at få shopperne til at afgive den, for virksomheden, nødvendige data.



På baggrund af denne model, hvor litteraturstudiets hovedpointer opsummeres, kan det derfor konkluderes, at virksomheden må forvente en række omkostninger knyttet til *the privacy-benefit trade-off*. Disse omkostninger skal derfor medregnes i den overordnede cost-benefit-analyse. Omkostningerne vil i særdeleshed udgøres af rabatter og fordele til shopperne, foruden

¹⁰⁶ Sayre og Horne (2000), s. 153

¹⁰⁷ Cottrill og Thakuriah (2015), s. 145

¹⁰⁸ Fx Krasnova og Veltri (2010) hhv. Hoy og Milne (2010)

omkostninger i forbindelse med selve designet og udformningen af shopper tracking-programmet, herunder fx adgang for shopperen til at kontrollere dennes data. Derudover kan der konstateres en fordel for virksomheden i at investere i virksomhedens brand og omdømme. Nødvendigheden heraf vil dog afhænge af virksomhedens aktuelle omdømme.

2.5: Opsamling

Med udgangspunkt i kapitlets konklusioner og litteraturstudiet er det nu muligt at opstille en ramme for den cost-benefit-analyse, som virksomheden bør gøre sig, før den investerer i shopper tracking:

Costs	Benefits
• Investeringen (hardware) • Relaterede omkostninger (databehandling, implementering, m.m.) • Potentiel skade på omdømme & brand (evt. tabte kunder) • Udgifter i relation til overholdelse af lovgivning • Rabatter & fordele til shoppere • Design af koncept (fx datakontrol til shoppere) • Udgifter til forbedring af brand & omdømme, samt til framing & kommunikation	• Kommerciel værdi (forbedret marketing, øget omsætning, kundeloyalitet, butiksoptimering etc.) • Konkurrencemæssige fordele • Potentielt positiv effekt på omdømme • Værdien af dataet

Da det vil afhænge af den enkelte virksomheds særegne forhold at udfylde den præsenterede cost-benefit-ramme, kan denne afhandling ikke give en entydig konklusion på, hvorvidt shopper tracking udgør en god investering eller ej, hvilket heller ikke er afhandlingens formål. Ovenstående ramme understreger i stedet, at der er en række yderligere omkostninger, udover selve udgiften til shopper tracking-teknologien, der bør medregnes i den samlede vurdering af investeringen. I særdeleshed bør her nævnes omkostningerne til rent faktisk at få adgang til det relevante data fra shopperne, samt de potentielle omkostninger relateret til virksomhedens brand og omdømme. Endvidere kan det konkluderes, at det er muligt for virksomheden at påvirke shoppernes villighed til at afgive data. På baggrund af *privacy calculus*-teorien kan det konstateres, at shoppernes beslutninger hviler på en afvejning af *perceived risks* og *anticipated benefits*. Ved at analysere de underliggende faktorer, der påvirker disse to overordnede elementer, er der i kap. 2.4.3 opstillet en model for hvilke faktorer, virksomheden kan anvende til at påvirke shoppernes *privacy calculus*. Virksomheden kan dermed påvirke shopperens villighed til at afgive data ved at reducere shopperens *perceived risks* og øge shopperens *anticipated benefits* ved hjælp af modellens faktorer.

Kapitel 3: Den lovlige anvendelse af shopper tracking

3.1: Persondata og behandlingshjemmel

Personoplysninger, populært omtalt som persondata, bliver i PDL defineret bredt, som ”*enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person (den registrerede)*”, jf. PDL § 3, nr. 1. At en person er *identificerbar* fortolkes som, at en person kan identificeres direkte eller indirekte på baggrund af den givne information.¹⁰⁹ Der er i litteraturen enighed om, at begrebet *identificerbar* skal fortolkes udvidende, så derfor indbefatter persondatabegrebet også oplysninger, hvor personen kun indirekte kan identificeres, fx i form af et medlemsnummer eller mobiltelefonens IMEI-nummer, samt hvor oplysninger skal kombineres for at kunne anvendes til identifikation.¹¹⁰ Denne brede tolkning af begrebet bliver præciseret yderligere i den nye persondataforordning, jf. PDF art. 4(1). Dette ses især ved, at det nu indgår direkte i definitionen, at den registrerede blot skal kunne ”*direkte eller indirekte*” identificeres, på baggrund af fx ”*et identifikationsnummer, lokaliseringsdata, en onlineidentifikator eller et eller flere elementer, der er særlige for denne fysiske persons fysiske, fysiologiske, genetiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sociale identitet*”, jf. PDF art. 4(1). Her må det pointeres, at der er tale om en præcisering af definitionen ift. databeskyttelsesdirektivet, og ikke en udvidelse.¹¹¹

I relation til data indsamlet ved shopper tracking skal det afklares, hvorvidt der er tale om persondata i lovens forstand. Med udgangspunkt i denne brede definition vil dette højst sandsynligt være tilfældet, da det konkrete data omhandler det enkelte individs adfærd, og dermed er et resultat af en individualisering af datasubjekterne, hvormed shopperne bliver identificerbare.

Enhver behandling af persondata skal både overholde de grundlæggende principper for persondatabehandling, jf. PDL § 5, og opfylde behandlingsbetingelserne i PDL §§ 6-7 for, at være lovlig.¹¹² Der er tale om kumulative betingelser, hvilket ligeledes vil være tilfældet, når PDL erstattes af PDF, hvor denne fremgangsmåde bevares. Da afhandlingen afgrænses fra at behandle de grundlæggende principper i PDL § 5, må virksomheden antages at overholde disse i relation til afhandlingens analyser. Behandlingsbetingelserne udgør den egentlige hjemmel for behandling af persondata, om end et sådant hjemmelsprincip ikke fremgår direkte af persondatalovens ordlyd.¹¹³ Enhver behandling skal således klart kunne henføres til en behandlingshjemmel i loven.

¹⁰⁹ Høilund (2015), s. 17

¹¹⁰ Blume (2003), s. 63

¹¹¹ Artikel 29-gruppen, WP191 (2012), s. 6 og 9

¹¹² Høilund (2015), s. 23

¹¹³ Blume (2014), s. 61

Forskellige typer af behandlinger skal vurderes separat i forhold til opfyldelse af hjemmelkravet, selvom disse måtte vedrøre det samme data, og forskellige behandlinger kan dermed potentielt have forskellig hjemmel.¹¹⁴ Eksempelvis kan der foreligge hjemmel til indsamling af data, men ikke til videregivelse heraf.

Afhandlingen tager udgangspunkt i databehandling i form af indsamling af data via shopper tracking, hvor det antages, at dataet ikke indeholder personfølsomme oplysninger. For at virksomheden kan anvende shopper tracking hertil, skal der derfor identificeres en behandlingshjemmel, der muliggør dette. Det kan konstateres, at behandlingshjemlerne i PDL § 6, stk. 1, nr. 2-6 ikke vil være relevante til dette formål, da anvendelsen af shopper tracking ikke falder ind under de specifikke omstændigheder, disse hjemler vedrører. Analysen vil derfor centreres om hjemmel baseret på hhv. samtykke, jf. PDL § 6, stk. 1, nr. 1, og interesseafvejningen, jf. § 6, stk. 1, nr. 7. Det bør understreges, at der ikke eksisterer et hierarki mellem de forskellige behandlingshjemler, og at de dermed har den samme juridiske værdi.¹¹⁵ Afhandlingen vil behandle interesseafvejningsreglen først, da denne umiddelbart vil være lettest for virksomheden at anvende, da et samtykke dermed ikke skal indhentes fra shopperen på forhånd.

3.2: Samspillet med "god markedsføringsskik"

MFL finder som udgangspunkt anvendelse på alle handlinger foretaget i erhvervsøjemed, uanset typen af handling og om handlingen medfører en økonomisk gevinst.¹¹⁶ Da der ved *erhvervsøjemed* skal forstås handlinger, som udføres i forbindelse med bl.a. handel, vil anvendelse af shopper tracking være omfattet af reglerne i MFL, hvor i særdeleshed generalklausulen om "god markedsføringsskik" i MFL § 1 er relevant her.¹¹⁷ Med PDL og MFL er der tale om to separate regelsæt, der fungerer uafhængigt af hinanden, men som i praksis har et vist overlap, fx hvis der ved reklamer anvendes persondata, da vil dette både udgøre markedsføring i MFLs forstand, og behandling i PDLs forstand.¹¹⁸ I handelspraksisdirektivets art. 3(4) fremgår det, at ved regelsammenstød med andre EU-retlige bestemmelser vedrørende "*særlige aspekter af urimelig handelspraksis*", da vil handelspraksisdirektivet vige herfor. *Særlige aspekter* uddybes i direktivets betragtning nr. 10, og omfatter bl.a. "*oplysningskrav og bestemmelser om, hvordan oplysningerne skal præsenteres over for forbrugeren*". De persondataretlige regler vil derfor gå forud ved konflikt. Af handelspraksisdirektivets betragtning nr. 15 følger det desuden, at hvis der i anden EU-ret er fastlagt oplysningskrav, som tilfældet er i persondataretten, kvalificeres disse som væsentlige

¹¹⁴ Tranberg (2007), s. 97

¹¹⁵ Artikel 29-gruppen, WP217 (2014), s. 10

¹¹⁶ Betænkning nr. 1457/2005 om Markedsføring og prisoplysning, s. 97

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Blume (2001), s. 99

oplysninger i relation til handelspraksisdirektivet. MFL udgør altså et supplement til PDL, men der eksisterer desuden et dybere sammenspil de to regelsæt imellem, der har relevans for denne afhandling.¹¹⁹ Regelsættenes sammenspil bekræftes bl.a. af Forbrugerombudsmanden, der har pointeret, at formål, der er usaglige efter PDL, herefter ikke kan anses som saglige under MFL.¹²⁰

Begge regelsæt indeholder centrale generalklausuler og interesseafvejninger, hhv. ”god markedsføringsskik”, jf. MFL § 1, ”god databehandlingsskik”, jf. PDL § 5, stk. 1 (PDF art. 5(1), litra a) samt interesseafvejningsreglen i PDL § 6, stk. 1, nr. 7 (PDF art. 6(1), litra f), og spørgsmålet er derfor, om disse bestemmelser kan påvirke hinanden. Generelt kan det antages, at det er en forudsætning for, at en god skik-regel er opfyldt, at den omfattede handling ikke er i strid med anden relevant lovgivning.¹²¹ Virksomhedens databehandling vil blive kendt ulovlig, på trods af, at det som udgangspunkt kan være i overensstemmelse med god databehandlingsskik, såfremt handlingen er i strid med god markedsføringsskik. Da virksomheden både skal overholde de almindelige grundlæggende principper for databehandling i PDL § 5, foruden at have behandlingshjemmel i PDL § 6, vil en markedsføringsretlig ulovlig handling underkende en ellers legitim behandlingshjemmel, via reglen om god databehandlingsskik i PDL § 5, stk. 1. Det er derfor væsentligt for virksomheden at sikre sig, at anvendelsen af shopper tracking sker på en facon, der ikke strider imod kravet om god markedsføringsskik. Denne markedsføringsretlige dimension vil derfor indgå i kapitlets analyser af behandlingshjemmel.

Ved vurderingen af om god markedsføringsskik er overholdt, vurderes de beskyttelsesværdige hensyn til hhv. forbrugeren og virksomheden, samt generelle samfundsmæssige interesser, i relation den givne handling, jf. MFL § 1, stk. 1. Ved forbrugeren indgår her bl.a. hensynet til privatlivets fred, den personlige integritet og databeskyttelse som beskyttelsesværdige.¹²² MFL § 1, stk. 2 er et resultat af implementeringen af handelspraksisdirektivet, men kan ikke anses at have ændret retstilstanden nævneværdigt.¹²³ Bestemmelsen er derfor mere udtryk for en præcisering og bekræftelse af direktivets implementering, end en reel tilføjelse til § 1, stk. 1.

I det følgende vil behandlingshjemlerne analyseres, med inddragelse af dén betydning, MFL § 1 måtte have.

¹¹⁹ Blume (2003), s. 98

¹²⁰ Forbrugerombudsmanden, sag: 12/03077-55, s. 4

¹²¹ Blume (2003), s. 76

¹²² Møgelvang-Hansen et al (2011), s. 36 og 73

¹²³ Lovforslag nr. L 2 af 4. oktober 2006 om ændring af lov om markedsføring (Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrolundersøgelser mv.), punkt 5

3.3: Interesseafvejningsreglen

Behandlingshjemlen i PDL § 6, stk. 1, nr. 7 udgøres af en afvejningsregel, hvor virksomhedens, dvs. den dataansvarliges, legitime interesser kan retfærdiggøre behandling af persondata, såfremt disse interesser vurderes at overstige den registreredes interesser. Af PDL § 6, stk. 1, nr. 7 følger det, at behandling af persondata må finde sted hvis:

”behandlingen er nødvendig for, at den dataansvarlige eller den tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en berettiget interesse og hensynet til den registrerede ikke overstiger denne interesse.”

Ordet ”nødvendig” bør her særligt noteres, da dette nødvendighedskriterium skal tillægges en forholdsvis stor vægt i relation til sammenhængen mellem de interesser, der forfølges, og den faktiske behandling der ønskes udført.¹²⁴ Ifølge Artikel 29-gruppen skal kriteriet fortolkes som, at det skal overvejes, om der eksisterer mindre indgribende måder at forfølge de samme interesser på, i overensstemmelse med det grundlæggende EU-retlige proportionalitetsprincip, jf. TEU art. 5.¹²⁵ EU-domstolen har desuden bemærket, at nødvendighedskriteriet er et fælles EU-retligt begreb, der skal fortolkes i overensstemmelse hermed.¹²⁶

I databeskyttelsesdirektivets art. 7, litra f, som implementeres i PDL § 6, stk. 1, nr. 7, hedder det:

”behandlingen er nødvendig, for at den registeransvarlige eller den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en legitim interesse, medmindre den registreredes interesser eller de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der skal beskyttes i henhold til artikel 1, stk. 1, i dette direktiv, går forud herfor.”

Da PDL skal fortolkes direktivkonformt, åbnes der op for en bred fortolkning af ”hensynet til den registrerede”, som derfor både inkluderer den registreredes grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, men også alle den registreredes *interesser*, hvor det skal noteres, at disse ikke behøver være ”legitime” som tilfældet er for den dataansvarlige.¹²⁷

Sammenlignes ovenstående med ordlyden i PDF art. 6, stk. 1, litra f, konstateres det, at den nye ordlyd i høj grad følger den nuværende:

”behandling er nødvendig for, at den dataansvarlige eller en tredjemand kan forfølge en legitim interesse, medmindre den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og

¹²⁴ Blume (2003), s. 91

¹²⁵ Artikel 29-gruppen, WP217 (2014), s. 29

¹²⁶ EU-Domstolens dom af 16. december 2008, Sag C-524/06 (Heinz Huber v Bundesrepublik Deutschland), pr. 52

¹²⁷ Artikel 29-gruppen, WP217 (2014), s. 29f

frihedsrettigheder, der kræver beskyttelse af personoplysninger, går forud herfor, navnlig hvis den registrerede er et barn.”

Det fremgår da også af begrundelsen til forordningsforslaget, at PDF art. 6 er fastsat med udgangspunkt i databeskyttelsesdirektivets art. 7 med enkelte præciseringer, og anvendelsen af interesseafvejningsreglen fremstår derfor uændret sammenholdt med databeskyttelsesdirektivet.¹²⁸ Artikel 29-gruppen har udtrykt ønske om, at der udformes klare retningslinjer om den praktiske udmøntning af interesseafvejningen i PDF, for at sikre ens anvendelse i alle medlemsstater.¹²⁹ Sådanne retningslinjer vil potentielt kunne påvirke den hidtidige praksis, hvilket dog næppe kan anses som sandsynligt, da det har været intentionen at videreføre den nuværende praksis. Da bestemmelserne i det nuværende og kommende lovgivning anvendes ens, vil der herfra kun refereres til bestemmelserne i PDL.

Det er virksomhedens ansvar, som dataansvarlig, at foretage interesseafvejningen og de tilhørende vurderinger forud for, at behandlingen iværksættes, hvilket understreges af det såkaldte accountability-princip, som nu er konkretiseret i PDF art. 24.¹³⁰ Artikel 29-gruppen anbefaler, at den dataansvarlige så vidt muligt dokumenterer denne proces og de foretagne vurderinger, da det i sidste ende vil være den dataansvarlige, der skal løfte bevisbyrden herfor.¹³¹

¹²⁸ Forslag til persondataforordningen, COM (2012)11 Final, 2012/0011/COD, s. 8 (Begrundelse)

¹²⁹ Artikel 29-gruppen, WP199 (2012), s. 13f

¹³⁰ Artikel 29-gruppen, WP217 (2014), s. 43

¹³¹ Ibid. s. 43

3.3.1: Legitime interesser

Indledningsvist må det vurderes, hvilke *legitime interesser* virksomheden kan formodes at forfølge, ved anvendelsen af shopper tracking. Begrebet *legitime interesse* er hverken defineret i PDL, databeskyttelsesdirektivet eller PDF. Derfor må dette begreb undersøges nærmere.

Legitime interesser vil ofte være knyttet til behandlingens specifikke formål, jf. PDL § 5, stk. 2, men det er Artikel 29-gruppens opfattelse, at begrebet skal fortolkes bredere end det, dækkende over virksomhedens ”*interests, whether trivial or very compelling, straightforward or more controversial*”, og at det først er ved afvejningen af de modstridende interesser, at en mere restriktiv og materiel vurdering skal foretages.¹³² Denne brede fortolkning dækker dermed alle potentielle afkast og fordele, som virksomheden, samt også samfundet, kan udlede af virksomhedens databehandling.¹³³ For at *interesserne* kan inddrages, skal de være tilstrækkeligt klare og konkrete, og der skal være tale om *interesser*, som virksomheden faktisk og aktuelt søger, for dermed at undgå spekulation og hypotetiske fordele.¹³⁴ Endvidere skal interesserne også være *legitime* i den forstand, at de forfulgte interesser skal være lovlige for at kunne inddrages i afvejningen.¹³⁵ Dette kan sammenfattes til 3 krav for, at en legitim interesse kan inddrages i afvejningen: interessen skal være 1) lovlig, 2) tilstrækkelig specifik og 3) reel og konkret, dvs. ikke udtryk for spekulation.¹³⁶

Virksomheden må, ved anvendelse af shopper tracking, formodes at forfølge en række interesser, der kan vurderes at udgøre *legitime interesser*. Her kan nævnes marketing, overvågning og analyse for ledelses- og optimeringsformål, samt marketing- og kundeundersøgelser, der alle er oplistet som eksempler på *legitime interesser* af Artikel 29-gruppen.¹³⁷ Endvidere anerkender Artikel 29-gruppen, at den teknologiske og samfundsmæssige udvikling betyder, at virksomheders økonomiske interesse i at kunne monitorere og indsamle data om deres kunder og disses adfærd, også udgør en *legitim interesse*.¹³⁸ Den samfundsmæssige interesse i at promovere ny teknologi er ligeledes anerkendelsesværdig og kan inddrages i interesseafvejningen.¹³⁹ Der kan derfor ikke være tvivl om, at virksomheden forfølger en række *legitime interesser* ved anvendelsen af shopper tracking, som dermed potentielt kan udgøre hjemmel for databehandlingen. Næste skridt er at vurdere, hvorvidt shopper tracking opfylder nødvendighedskriteriet i forhold til at forfølge disse interesser.

¹³² Ibid. s. 24

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid. s. 25

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid. s. 46

¹³⁹ Blume (2003), s. 10

3.3.2: Nødvendighedskriteriet

Nødvendighedskriteriet indgår som element i alle behandlingshjemlerne oplistet i PDL § 6, stk. 1, på nær samtykkereglen. For at nødvendighedskriteriet er opfyldt, skal det vurderes, hvorvidt virksomhedens legitime interesser kan nås ved hjælp af mindre indgribende alternativer, og kriteriet er derfor særligt vigtigt i relation til interesseafvejningsreglen, da kriteriet forhindrer en urimeligt bred adgang til, hvilke *legitime interesser* der kan legitimere behandlingen.¹⁴⁰ Er en behandling ikke nødvendig for at forfølge en specifik interesse, vil denne interesse ikke tillægges en nævneværdig værdig i selve interesseafvejningen.¹⁴¹

Det fremgår af forarbejderne til PDL, at fortolkning og udfyldning af bestemmelsen vil fortsætte den tilsvarende praksis fra de gamle registerlove, hvilket ifølge Blume (2003) medfører en mild anvendelse af nødvendighedskriteriet.¹⁴² Dette synspunkt bør dog mødes med en vis skepsis, for det første fordi kriteriet skal fortolkes EU-konformt, og for det andet fordi kriteriet er dynamisk, og derfor bør fortolkes i overensstemmelse med den aktuelle samfundsmæssige og teknologiske situation – synspunktet møder derfor også kritik i Tranberg (2007).¹⁴³

Med udgangspunkt i de ovenfor identificerede *legitime interesser* skal det derfor vurderes, om der eksisterer mindre indgribende metoder til at forfølge disse interesser. Der kan næppe være tvivl om, at anvendelsen af shopper tracking ikke er nødvendig for virksomhedens marketing, hvor der vil være alternativer, der er mindre indgribende i shopperens persondata.

Lidt mere tvivl kan der være om hhv. overvågning og analyse for ledelses- og optimeringsformål, samt marketing- og kundeundersøgelser, hvor det må formodes, der eksisterer anvendelige alternativer, der dog ikke nødvendigvis er lige så anvendelige for virksomheden i forfølgelsen af dennes interesser, som shopper tracking er. I Datatilsynets afgørelse om Tivolis oprettelse af en billeddatabase i forbindelse med adgangskontrol fandt Datatilsynet, at en sådan indsamling og registrering af billeder ikke var nødvendig for, at Tivoli kunne forfølge sin interesse om at undgå snyd ved indgangene, da der fandtes alternative metoder, og behandling skulle derfor baseres på et samtykke i stedet.¹⁴⁴ Anlægges Datatilsynets linje her, må det derfor forventes, at shopper tracking ikke vil blive fundet nødvendig i relation til at forfølge disse interesser.

Interessen i at kunne indsamle data om virksomhedens kunder og disses adfærd i det omfang, som teknologien muliggør, må derimod vurderes at være vanskelig uden anvendelsen af shopper

¹⁴⁰ Artikel 29-gruppen, WP217 (2014), s. 29

¹⁴¹ Ibid. s. 50

¹⁴² KBET 1997 nr. 1345 om behandling af personoplysninger, s. 456 og Blume (2003), s. 87

¹⁴³ Tranberg (2007), s. 171f

¹⁴⁴ Datatilsynets afgørelse, j.nr. 2005-212-0299.

tracking. Shopper tracking må derfor forventes at opfylde nødvendighedskriteriet i relation hertil, da det ikke formodes, at der eksisterer alternative metoder, hvorpå virksomheden kan opnå dette.

3.3.3: Hensynet til shopperen og den foreløbige interesseafvejning

Da virksomhedens legitime interesser nu er blevet identificeret, kan en foreløbig afvejning af de modstridende interesser foretages ved at inddrage de relevante hensyn til den registrerede. At både den registreredes interesser og de grundlæggende rettigheder samt frihedsrettigheder skal inddrages i afvejningen understreger, at der er tale om en særdeles bred beskyttelse. Præcist hvilke værdier og hensyn, der skal inddrages i interesseafvejningen, fremgår ikke klart af bestemmelsen eller af praksis, og det er derfor uklart, hvad der kan og skal inddrages heri.¹⁴⁵ Især beskyttelsen af den registreredes *interesser* åbner op for en udvidende fortolkning, hvor Artikel 29-gruppens udgangspunkt er, at alle relevante interesser vil kunne inddrages i afvejningen.¹⁴⁶ Artikel 29-gruppen understreger også, at begrebet *effekt* skal fortolkes bredt ved vurderingen af databehandlingens effekt på den registreredes rettigheder og interesser, samt at der er tale om både den aktuelle og potentielle effekt som databehandlingen kan resultere i.¹⁴⁷ Det er dog vigtigt at pointere, at der er tale om en afvejning af modstridende interesser, og ikke en absolut beskyttelse af den registrerede mod enhver tænkelig negativ effekt – tværtimod er formålet med interesseafvejningen at sikre den registrerede mod uforholdsmæssigt indgribende negative effekter, der sker som resultat af databehandlingen, og at forholdsmæssigt negative effekter må accepteres.¹⁴⁸

EUC art. 7 og 8, hhv. retten til privatliv og beskyttelse af persondata, opstiller de grundlæggende rettigheder, der vurderes at være særligt relevante for den registrerede, hvilket pointeres i art. 1 i såvel databeskyttelsesdirektivet som PDF. EUC art. 7 stemmer i vid udstrækning overens med EMRK art. 8. Af disse rettigheder udspringer en række underliggende rettigheder, såsom individets selvbestemmelsesret herom, hvor udgangspunktet er, at individet må have en ret til selv, at kunne bestemme over sine oplysninger, og hvordan disse anvendes.¹⁴⁹ Denne ret er ikke absolut, da dette kan være i konflikt med væsentlige samfundshensyn, hvilket understreges ved eksistensen af andre behandlingshjemler end samtykket, men retten kan ses som begrundende for, at man fx forfølger et mål om transparens i databehandlingen i lovgivningen.

Udover den registreredes grundlæggende rettigheder beskyttes den registreredes *interesser*, hvor Artikel 29-gruppen bl.a. anerkender individets interesse i ikke at blive overvåget i urimelig grad,

¹⁴⁵ Blume (2003), s. 4

¹⁴⁶ Artikel 29-gruppen, WP217 (2014), s 30

¹⁴⁷ Ibid. s. 37

¹⁴⁸ Ibid. s. 41

¹⁴⁹ Blume (2003), s. 5

herunder ikke at være genstand for overvågning af sin adfærd.¹⁵⁰ Derudover må shopperen have en interesse i, at data om vedkommende ikke udnyttes af virksomheden mod dennes interesse. Endvidere understreger Artikel 29-gruppen, at også følelsesmæssige effekter på den registrerede skal inddrages, hvor især irritation, misbehag eller frygt for misbrug af dataet må fremhæves her.¹⁵¹ I forbindelse med vurderingen af den potentielle effekt, behandlingen måtte have på den registreredes rettigheder og interesser, skal det desuden inddrages hvor stor sandsynlighed der er for, at den negative effekt faktisk vil komme til udtryk, samt graden og alvoren som den negative effekt måtte have på den registrerede.¹⁵² Shopper tracking vil utvivlsomt medføre overvågning af den registreredes adfærd, givet behandlingens formål og virke, og ligeledes må de følelsesmæssige effekter, såfremt shopperen bliver gjort opmærksom på denne overvågning og efterfølgende brug, som krævet af loven, med høj sandsynlig påvirke den registrerede på et følelsesmæssigt plan, bl.a. begrundet i den negative tone som ofte knyttes til profilering. Den faktiske effekt vil afhænge af den specifikke situation, og en vurdering heraf ligger derfor uden for afhandlingens formål.

Dette kan opsummeres til, at hensynet til den registrerede udgøres af retten til privatliv og beskyttelse af persondata, jf. EUC art. 7 og 8, samt den registreredes interesse i ikke at blive overvåget i urimelig grad og de eventuelle følelsesmæssige effekter anvendelsen af shopper tracking måtte afstedkomme. Hermed kan interesseafvejningen nu foretages over for virksomhedens legitime interesser, hvilket kan opstilles som følger:

Virksomhedens legitime interesser	Hensynet til den registrerede
• Indsamling af data om kunder og kundeadfærd • Samfundets interesse i at promovere ny teknologi	• Retten til privatliv • Beskyttelse af persondata • Interesse i ikke at blive overvåget i urimelig grad • Irritation, misbehag og frygt • Interesse i, at data ikke udnyttes mod dennes interesse

Da de ovenstående interesser og hensyn ikke er kvantificerbare, hviler interesseafvejningen på et skøn, der indledningsvist udøves af virksomheden, af hvordan de forskellige faktorer skal vægtes overfor hinanden. I forarbejderne til PDL fremgår det, at ”*lovgivningen bør sikre beskyttelsen af den enkeltes integritet i det informationsteknologiske samfund, samtidig med at anvendelsen af nye*

¹⁵⁰ Artikel 29-gruppen, WP217 (2014), s 46

¹⁵¹ Ibid. s. 37

¹⁵² Ibid. s. 38

teknikker i samfundsudviklingen ikke hæmmes”.¹⁵³ Udgangspunktet må derfor være, at disse to overordnede, modstridende interesser er ligestillede, og at det netop er en rimelig balancerings af disse der forfølges i lovgivningen. Blume (2003) forudsætter, at et vist ”*værdispring til fordel for behandlingen*” dog må være nødvendigt for, at behandling efter denne hjemmel er lovlig, hvilket understøttes i litteraturen.¹⁵⁴

Det taler for virksomhedens anvendelse af shopper tracking, at der er tale om anvendelse, der forfølger anerkendelsesværdige, legitime interesser, samt at der er tale om anvendelsen af ny teknologi, hvilket det af lovens forarbejder fremgår, er samfundstjenligt ikke at hæmme. Virksomhedens interesser kan dermed henføres til den grundlæggende ret til at drive forretning, jf. EUC art. 16, samt anvendelsen af ny teknologi. Da bestemmelsens formål netop tager udgangspunkt i balancerings af disse overfor den grundlæggende ret til privatliv og persondatabeskyttelse, må det forudsættes, at disse hensyn ligestilles med den registreredes grundlæggende rettigheder, og at disse modstridende hensyn derfor neutraliserer hinanden.

Tilbage står derfor nu kun den registreredes interesser. Her må den registreredes rimelige forventninger inddrages i forhold til, om det kunne forventes, at dennes oplysninger ville blive genstand for behandling ved, at personen fx gik ind i en butik, og i relation hertil, bliver det dermed også nødvendigt at vurdere, hvorvidt den registrerede potentielt kunne være særligt sårbar, fx være et barn.¹⁵⁵ Dette forventningsperspektiv er en dynamisk standard, der inddrager den teknologiske og samfundsmæssige udvikling, og dermed stemmer overens med de interesser, der beskyttes, men som samtidig også afhænger af den specifikke situation, fx hvor udbredt teknologien er, og hvor meget information der er blevet givet.¹⁵⁶ Den registreredes forventninger må selvsagt afhænge væsentligt af den specifikke type shopper tracking anvendt. Hvis shopperen fx har downloadet en applikation til dennes smartphone, må omstændigheden tale for, at shopperen burde vide, at dennes oplysninger højst sandsynligt ville blive gjort til genstand for databehandling. Omvendt vil der næppe kunne argumenteres for, at shopperen bør forvente at blive genstand for databehandling, når denne blot bevæger sig rundt i en butik. Ligeledes kan der argumenteres for, at et barn ikke i samme grad kan formodes at forvente sådan databehandling, hvilket underbygges af, at beskyttelsen af børn er forstærket i PDF. I lyset af shopper tracking, som behandlet i denne afhandling, kan der derfor næppe argumenteres for, at shopperen burde have forventet en sådan databehandling.

¹⁵³ Betænkning 1345/1997, s. 173

¹⁵⁴ Blume (2003), s. 94 og Tranberg (2007), s. 171f, der dog argumenterer for en strammere tolkning end Blume.

¹⁵⁵ Article 29-gruppen, WP217 (2014), s 50

¹⁵⁶ Blume (2014), s. 31

Derudover må det indbyrdes styrkeforhold mellem virksomheden og shopperen undersøges, dvs. om shopperen *de facto* er nødt til at acceptere virksomhedens anvendelse af shopper tracking, hvilket ville tale imod, at afvejningen ville falde ud til virksomhedens fordel.¹⁵⁷ I forbindelse med shopper tracking vil dette næppe være tilfældet, da der højest sandsynligt vil være alternative butikker for shopperen at vælge.

Den foreløbige afvejning, et skøn på baggrund af ovenstående, vil højest sandsynligt falde ud til shopperens fordel, da den registreredes interesser fortsat står tilbage, efter at virksomhedens interesser og den registreredes rettigheder må formodes at have neutraliseret hinanden. Virksomheden bør derfor overveje, om der kan indføres yderligere tiltag og foranstaltninger, såkaldte *safeguards*, der kan tippe balancen over til virksomhedens fordel.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Article 29-gruppen, WP217 (2014), s 50

¹⁵⁸ Ibid. s. 41

3.3.4: "Safeguards" og den endelige interesseafvejning

Som udgangspunkt er lovlig databehandling betinget af, at virksomheden skal leve op til en række krav fastsat i lovgivningen, fx krav til datasikkerhed, hvilket derfor kræver, at virksomheden har iværksat en række sikkerhedsforanstaltninger og tiltag i den registreredes interesse forud for databehandlingen. Det fremgår klart i både praksis og hos Artikel 29-gruppen, at iværksættelsen af yderligere tiltag og foranstaltninger, der går udover, hvad der er krævet ved lov, vil påvirke interesseafvejningen, og dermed potentielt tippe balancen til virksomhedens fordel.¹⁵⁹ Sådanne foranstaltninger må dog nødvendigvis også hæmme den potentielle negative effekt på den registreredes rettigheder og interesser, hvorved dette må være en naturlig følge. Ifølge Artikel 29-gruppen skal sådanne foranstaltninger være "*adequate and sufficient, and must unquestionably and significantly reduce the impacts on data subjects.*"¹⁶⁰ Kravet om, at de iværksatte foranstaltninger skal være *sufficient*, dvs. tilstrækkelige, understreger dog, at den blotte iværksættelse af yderligere sikkerhedstiltag, ikke i sig selv er nok til, at tippe balancen.

Eksempler på sådanne foranstaltninger vil typisk være klare begrænsninger af dataindsamlingens omfang, øjeblikkelig sletning af oplysningerne efter behandlingen og anonymisering, dvs. tiltag der vedrører virksomhedens håndtering af data, men indbefatter også tiltag vedrørende informering, øget transparens ift. hvad virksomheden benytter data til og *privacy-by-design*, samt at give datasubjekterne en såkaldt "*opt-out*"-mulighed.¹⁶¹ Af Datatilsynet praksis kan det konstateres, at indføring af foranstaltninger vedrørende krav til teknologiens modenhed og udvikling, fornøden skiltning og information, sletning af data og en klar afgrænsning af det fysiske område, hvor databehandling foretages, er foranstaltninger der, i de konkrete sager, tippede balancen til virksomhedens fordel.¹⁶²

I relation til shopper tracking er størstedelen af de ovenfornævnte foranstaltninger relevante. Dette drejer sig om de nævnte foranstaltninger vedrørende virksomhedens håndtering af data, foruden tiltagene om information, transparens, *privacy-by-design* og muligheden for *opt-out*. Det vil dog afhænge af den specifikke situation at vurdere hvilke tiltag og foranstaltninger, der er anvendelige i den givne situation. Spørgsmålet er, om sådanne foranstaltninger er nok til, at tippe balancen til virksomhedens fordel? I den netop nævnte afgørelse fra Datatilsynet, var indførslen af foranstaltninger nok i den konkrete sag, men den registreredes interesser i den beskrevne sag, må konstateres ikke at være nær så tungtvejende, som de i relation til shopper tracking identificerede

¹⁵⁹ Ibid. s. 31; om praksis, se fx Datatilsynets afgørelse j. nr. 2009-082-0087

¹⁶⁰ Ibid. s. 31

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Datatilsynets afgørelse j.nr. 2009-082-0087, pkt. 2.2 -2.3

interesser.¹⁶³

Artikel 29-gruppen vurderer, at øget transparens vil vægte tungt i interesseafvejningen, og dermed vil et sådant tiltag være særdeles relevant for virksomheden at overveje:

*”in case of profiling (...) to ensure transparency, datasubjects/consumers should be given access to their ‘profiles’, as well as to the logic of the decision-making (algorithm) that led to the development of the profile.(...) Whether or not an organisation offers this transparency is a highly relevant factor to be considered also in the balancing exercise.”*¹⁶⁴

Ligeledes vil muligheden for *opt-out* være et tiltag, der direkte relaterer sig til shoppernes interesser, da disse interesser dermed vil blive neutraliseret, fx ved, at shopperen kan fravælge at være genstand for shopper tracking, eller den efterfølgende anvendelse af det indsamlede data. En veludført *opt-out*-løsning formodes også at vægte tungt her.¹⁶⁵ Shopperens misbehag og frygt bør også kunne mildnes ved implementering af og information om de nævnte foranstaltninger vedrørende virksomhedens håndtering af data, samt ved at give shopperen mere kontrol over dennes data, som konstateret i kap. 2. Forventningsperspektivet vil desuden kunne påvirkes ved forudgående skiltning, som i den førnævnte afgørelse, hvor grundig informering af shopperen om shopper tracking må medføre, at shopperen nu må forvente, at en sådan databehandling kan finde sted, såfremt shopperen træder ind i den pågældende butik.

Virksomhedens iværksættelse af sådanne tiltag og foranstaltninger, skal ske i overensstemmelse med MFL § 1. Det vil fx være udtryk for en urimelig handelspraksis, hvis virksomheden i forbindelse med øget transparens skjuler information om en eventuelt vidtrækkende anvendelse af den registreredes data bag juridiske termer, som den registrerede ikke kan forventes at gennemskue, eller hvis *opt-out*-funktionen er urimeligt besværlig at finde og anvende.¹⁶⁶ Et sådan brud på kravet om god markedsføringskik vil, som tidligere beskrevet, medføre, at de grundlæggende principper i PDL § 5 ikke vil være opfyldt, hvorefter behandlingen vil være ulovlig, foruden at interesseafvejningen utvivlsomt, som resultat af urimelig handelspraksis, vil falde ud til den registreredes fordel.¹⁶⁷

Som ovenfor nævnt er anonymisering en foranstaltning, der kan påvirke interesseafvejningen. Resultatet af en fuldstændig anonymisering er, at der ikke længere vil være tale om persondata, da

¹⁶³ I afgørelsen fremhævedes kun hensynet til, at tilfældige mennesker ville kunne blive genstand for behandling

¹⁶⁴ Article 29-gruppen, WP217 (2014), s 44

¹⁶⁵ Ibid. s. 45

¹⁶⁶ Ibid. s. 44

¹⁶⁷ Ibid.

dataet ikke vil være identificerbart, og dermed vil PDL og PDF ikke længere finde anvendelse.¹⁶⁸ Anonymisering udgør i sig selv en behandling, og kræver derfor behandlingshjemmel, hvilket dog normalt vil være muligt på baggrund af interesseafvejningsreglen, da anonymt data netop ikke udgør en risiko for den registreredes privatliv.¹⁶⁹ Det kan diskuteres, hvorvidt anonymt data reelt fortsat er identificerbart ved anvendelse af moderne teknologi, hvilket dog ligger uden for afhandlingens område.¹⁷⁰ Straks-anonymisering i forbindelse med shopper tracking vil dog næppe være attraktivt for virksomheden, da denne dermed ikke kan udlede de økonomiske fordele, der var formålet med investeringen heri. Efterfølgende anonymisering blev nævnt i forbindelse med virksomhedens håndtering af dataet, og kan anvendes som en foranstaltning, men på tidspunktet for anonymiseringen vil dataet antageligvis allerede være udnyttet imod den registreredes interesser, og den efterfølgende anonymisering relaterer sig derfor mere til persondatasikkerheden.

De ovenfor nævnte foranstaltninger kan anvendes til virksomhedens fordel, såfremt det sker i overensstemmelse med de førnævnte krav om, at tiltagene skal være ”*adequate and sufficient, and must unquestionably and significantly reduce the impacts on data subjects*”. Desuden kan det konstateres, at jo mere anerkendt og overbevisende virksomhedens interesse er i at anvende teknologien, og jo mere samfundet forventer, at en sådan teknologi udnyttes, jo mere tungtvejende vil en sådan interesse vægte i afvejningen, og det må derfor vurderes, at det er i virksomhedens interesse at informere åbent om sådanne nye teknologiske muligheder, såsom shopper tracking.¹⁷¹

Da der er tale om et konkret skøn, der afhænger af den specifikke situation, vil det ikke være muligt i denne afhandling, at nå en endelig konklusion på, hvorvidt interesseafvejningsreglen generelt kan udgøre hjemmel for anvendelsen af shopper tracking, såfremt der iværksættes tiltag og foranstaltninger som de beskrevne. Noget kunne dog tyde på, at anvendelsen af shopper tracking, højst sandsynlig ikke vil kunne baseres på interesseafvejningen, men vil kræve datasubjektets samtykke. Artikel 29-gruppen har i relation til RFID-teknologi (radiofrekvensidentifikation), der bl.a. kan anvendes til shopper tracking, udtalt, at anvendelsen af sådan teknologi, i langt de fleste tilfælde, vil kræve samtykke fra datasubjektet, og hvor shopper tracking i et supermarked konkret anvendes som eksempel på en situation, hvor samtykke vil være påkrævet.¹⁷² Interesseafvejningsreglen omtales desuden slet ikke af Artikel 29-gruppen som en mulig hjemmel i relation til RFID. Generelt må det derfor konkluderes, at interesseafvejningsreglen sandsynligvis

¹⁶⁸ Høilund (2015), s. 17 og PDF betragtning 26

¹⁶⁹ Article 29-gruppen, WP216 (2014), s. 3 og 8

¹⁷⁰ Se diskussion i Article 29-gruppen, WP216 (2014), s. 9, samt de Montjoye et al (2013) og de Montjoye et al (2015) om hvor let individer kan identificeres ud fra anonymiseret data

¹⁷¹ Ibid. s. 36

¹⁷² Article 29-gruppen, WP105 (2005), s. 10

ikke vil kunne anvendes som behandlingshjemmel, da hensynet til den registrerede vil være for tungtvejende i forhold til virksomhedens interesser. Dette resultat underbygges af betragtning 47 i PDF, hvoraf det fremgår, at afvejningen især vil falde ud til den registreredes fordel, når den registrerede ikke med rimelighed kan forvente den givne behandling, hvilket fortsat må være tilfældet på shopper tracking-teknologiens nuværende udbredelsestrin.

Det kan dog ikke fuldstændigt afvises, at interesseafvejningen, såfremt virksomheden forinden har undersøgt og iværksat de nødvendige foranstaltninger, kan udgøre behandlingshjemmel i konkrete tilfælde. Det må derfor anbefales, at virksomheden indleder kontakt til Datatilsynet for at få afklaret omfanget af de foranstaltninger, der vil være nødvendige for, at anvendelsen af shopper tracking kan ske med hjemmel i interesseafvejningsreglen, jf. PDL § 6, stk. 1, nr. 7, såfremt dette overhovedet er muligt.

Det kan dog ske, at omfanget af foranstaltninger vil være så omfattende og byrdefuldt, at det ikke er interessant for virksomheden at gennemføre. I et sådant tilfælde må det undersøges, om behandlingen i stedet kan baseres på et samtykke.

Lykkedes det virksomheden at kunne støtte hjemmel på interesseafvejningsreglen, skal virksomheden være opmærksom på, at denne bærer bevisbyrden for, at interesseafvejningen falder ud til fordel for denne, i overensstemmelse med *accountability*-princippet. Virksomheden bør derfor udarbejde overskuelig dokumentation for, hvorfor databehandlingen er legitim i henhold til interesseafvejningsreglen, samt gøre denne dokumentation tilgængelig for både tilsynsmyndighed og den registrerede.¹⁷³

¹⁷³ Artikel 29-gruppen, WP217 (2014), s 67

3.4: Samtykke krævet ved lov

På trods af at interesseafvejningen kan være faldet ud til virksomhedens fordel, kan interesseafvejningen, som behandlingshjemmel, være ugyldig i særlige tilfælde, hvor der stilles krav om samtykke i lovgivningen. Dette kan være tilfældet ved shopper tracking, når shopperens smartphone anvendes i forbindelse med dataindsamlingen.¹⁷⁴ Denne form for dataindsamling vil højst sandsynligt falde ind under e-privacy-direktivets anvendelsesområde, der er *lex specialis* i forhold til databeskyttelsesdirektivet i relation til elektronisk kommunikation, jf. e-privacy-direktivets betragtning 10, hvilket bekræftes i PDF betragtning 173. Ifølge e-privacy-direktivets art. 3 finder direktivet anvendelse på behandling af persondata i forbindelse med elektronisk kommunikation, dvs. hvor elektroniske oplysninger udveksles eller overføres mellem et antal parter, jf. art. 2, litra d, og dermed vil shopper tracking via shopperens smartphone være omfattet herunder, såfremt en sådan kommunikation foregår. I e-privacy-direktivets art. 5, stk. 3, som er implementeret i dansk ret ved § 3 i bekendtgørelse 2011-12-09 nr. 1148, fremgår det, at den registreredes samtykke er krævet for, at den dataansvarlige kan lagre eller tilgå oplysninger lagret på den registreredes udstyr, her shopperens smartphone. I sådanne tilfælde vil behandling ikke kunne baseres på interesseafvejningsreglen. Dvs. at hvor shopper tracking fx foretages via en applikation installeret på shopperens smartphone, da vil et samtykke være krævet for, at en sådan behandling er lovlig.

Det vil selvsagt afhænge af den specifikke shopper tracking-teknologi, om e-privacy-direktivets art. 5, stk. 3 finder anvendelse. Det kan klart diskuteres, om de teknologier, hvor shopper tracking basseres på signaler udsendt fra shopperens smartphone, fx ved *beacons*, falder ind under denne bestemmelse, da der i sådanne tilfælde antageligvis ikke er tale om indsamling af data lagret på shopperens smartphone. Hvorvidt dette er tilfældet eller ej, vil dog kræve en nærmere teknisk analyse af den faktiske proces og kommunikation, hvilket ligger uden for afhandlingens formål.

Ikke desto mindre bør virksomheden være opmærksom på, at et samtykkekrav kan følge e-privacy-direktivet, når shopperens smartphone anvendes til shopper tracking, hvorefter der ikke kan støttes ret på interesseafvejningsreglen. Kravene til samtykket svarer til kravene for et samtykke efter databeskyttelsesdirektivet, jf. e-privacy-direktivets art. 2, litra f, hvilket vil blive behandlet i kapitel 3.5.

¹⁷⁴ Fx ved beacons, der registrerer wifi-signaler, bluetooth, RFID, m.m. eller ved adgang til lokationsdata

3.5: Den registreredes samtykke

Databehandling kan baseres på den registreredes samtykke, jf. PDL § 6, stk. 1, nr. 1, og er udtryk for, at den registrerede overlades en selvbestemmelsesret. Denne ret er ikke absolut, da persondatarettens øvrige bestemmelser, herunder især PDL § 5, fortsat skal overholdes af den dataansvarlige.¹⁷⁵ Efter PDL § 6, stk. 1, nr. 1 kan behandling foretages, hvis:

”den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke hertil”.

Begrebet *samtykke* er defineret i lovens § 3, nr. 8, som:

”Enhver frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilger i, at oplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling.”

Det kan heraf konstateres, at hvis behandling ønskes baseret på et samtykke, skal et sådant samtykke opfylde en række betingelser for, at samtykket kan anses for gyldigt. Af bestemmelsens ordlyd kan det udledes, at samtykket gives *frivilligt, specifikt og informeret*, samt udgøre en *viljestilkendegivelse* for at være gyldigt. Det skal desuden gives *udtrykkeligt* til den givne behandling og forud for, at den givne behandling begyndes. Der gælder ingen formkrav til samtykket, men den dataansvarlige har bevisbyrden for, at der foreligger et samtykke forud for behandlingen.¹⁷⁶

I de tilsvarende bestemmelser i PDF, art. 6(1), litra a, hhv. art. 4, nr. 11, er ordlyden tæt på identisk med PDL:

”Den registrerede har givet samtykke til behandling af sine personoplysninger til et eller flere specifikke formål” hhv.

”enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling”

De enkelte tilføjelser, der konstateres i bestemmelsernes ordlyd i forhold til ordlyden i PDL, er udtryk for præciseringer i overensstemmelse med Artikel 29-gruppens anbefalinger, men det materielle indhold af bestemmelserne må forventes, at være identisk med den nuværende danske fortolkning.¹⁷⁷ Det bemærkes her, at *udtrykkeligt* erstattes af *utvetydigt* i den danske terminologi,

¹⁷⁵ Blume (2003), s. 87

¹⁷⁶ Ibid. s. 74 og PDF art. 7, stk. 1

¹⁷⁷ Introduktion til den endelige kompromistekst, Persondataforordningen, 2012/0011 (COD), dok. 15039/15, pkt. 7 sammenholdt med Artikel 29-gruppen, WP187 (2011), s. 36

hvilket harmonerer bedre med det egentlige indhold af kriteriet. Dette behov for præcisering af bestemmelsen, og dermed sikre fælles fortolkning og anvendelse på tværs af alle medlemsstater, understreges ved, at en ny bestemmelse er indsat i PDF art. 7, hvor anvendelsen af samtykke præciseres yderligere. Den hidtidige fortolkning i dansk ret må vurderes at være i overensstemmelse med denne yderligere præcisering i PDF art. 7.¹⁷⁸ PDF art. 7(2) omhandler situationen, hvor et samtykke er ét blandt flere elementer i en skriftlig erklæring, og udgør potentielt en nyudvikling, afhængig af hvor strengt bestemmelsen bliver fortolket i praksis i fremtiden. Fortolkes bestemmelsen strengt, vil der stilles højere krav til den dataansvarlige om, at tydeliggøre når et samtykke gives, så samtykker ikke overses i fx omfattende medlemsbetingelser.

3.5.1: Det gyldige samtykke

At samtykket skal være *frivilligt* betyder, at den registrerede skal have et reelt valg, og ikke er resultat af pres eller trusler.¹⁷⁹ Samtidigt skal den registrerede have mulighed for at sige nej, uden at et sådant valg har væsentlige negative konsekvenser for shopperen, hvilket dog ikke skal fortolkes så vidtrækkende, at et samtykke ikke lovligt kan indhentes i bytte mod en økonomisk fordel.¹⁸⁰

Samtykket skal desuden være *specifikt*, hvilket dækker over, at det skal fremstå klart og forståeligt, præcist hvilke former for behandling, og til hvilke formål, der gives samtykke til, samt hvilke oplysninger der vil blive behandlet.¹⁸¹

At samtykket skal være *informeret* betyder, at den registrerede skal kunne træffe sit valg på et oplyst grundlag, hvor den registrerede er gjort bekendt med de potentielle konsekvenser, der er forbundet med behandlingen.¹⁸² Denne information skal opfylde to underliggende krav til hhv. kvaliteten af informationen og til tilgængeligheden af informationen, foruden at selve informationens indhold skal være tilstrækkelig til, at den registrerede kan vurderes at være *informeret*.¹⁸³ Førstnævnte krav omhandler måden, hvorpå informationen gives, dvs. hvordan informationen præsenteres (bruges der fx svært forståeligt fagsprog) og hvilken situation den gives i. Udgangspunktet er her, at en gennemsnitsperson skal kunne forstå information. Kravet om tilgængelighed af informationen dækker over, at informationen skal gives til den registrerede, i modsætning til blot at gøre informationen tilgængelig et sted, og derudover fremstå klart og tydeligt og i sit fulde omfang.

¹⁷⁸ Blume (2003), s. 72ff, hvor de i PDF art. 7 oplistede præciseringer behandles

¹⁷⁹ Ibid. s. 73

¹⁸⁰ Artikel 29-gruppen, WP187 (2011), s 12 & 14, og Blume (2003), s. 73

¹⁸¹ Blume (2003), s. 73

¹⁸² Ibid. s. 74

¹⁸³ Artikel 29-gruppen, WP187 (2011), s 19f

Samtykket skal endvidere være *udtrykkeligt/utvetydigt*, hvilket vil sige, at der ikke må herske tvivl om den registreredes intention om at ville give sit samtykke til den givne behandling. Derfor vil et samtykke ikke kunne gives passivt eller stiltiende, da der hermed kan være tvivl om den registreredes intention. Modsætningsvist må et samtykke dermed kræve en aktiv handling fra den registreredes side, i form af en klar *viljestilkendegivelse*.¹⁸⁴ Blume (2003) diskuterer, hvorvidt et indirekte samtykke, dvs. en faktisk handling, fx udlevering af kontaktoplysninger, kan udgøre en sådan *viljestilkendegivelse*, og konkluderer, at dette må være tilfældet, såfremt at ”*der er en utvivlsom og åbenbar sammenhæng mellem handlingen og den behandling, der bliver legitimeret*”.¹⁸⁵

Virksomhedens lovlige anvendelse af shopper tracking vil dermed kunne baseres på et samtykke fra den registrerede, givet forud for behandlingens påbegyndelse, såfremt de ovenstående kriterier er fuldt ud opfyldt.

3.5.2: Forholdet til god markedsføringsskik

På trods af, at shopper tracking kan anvendes med behandlingshjemmel i PDL § 6, stk. 1, nr. 1, bør virksomheden have MFL § 1 in mente, ved indhentningen af samtykket. Selvom et samtykke, der eksempelvis gives mod en økonomisk fordel, anses som givet *frivilligt* i persondataretten, er det ikke ensbetydende med, at det også er i overensstemmelse med god markedsføringsskik. Af MFL § 1, stk. 2 fremgår det, at virksomhedens markedsføring overfor forbrugere ikke må ”*være egnet til mærkbart at forvride deres økonomiske adfærd*”, hvilket skal fortolkes i overensstemmelse med definitionerne i handelspraksisdirektivets art. 2, litra e og k. Det følger af litra e, at dette vil være tilfældet, når virksomhedens handelspraksis ”*mærkbart indskrænker forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning, hvorved forbrugeren træffer en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet*”. Dermed vil et samtykke, afgivet på baggrund af en tilstrækkelig overtalende økonomisk fordel, potentielt kunne være i strid med god markedsføringsskik, hvilket vil medføre, at databehandlingen vil være ulovlig. Samme potentielle problemstilling kan ligeledes blive aktuel i forbindelse med opfyldelse af de resterende kriterier. Eksempelvis kan man let forestille sig dén situation, at den registrerede oplever et tidsmæssigt pres i samtykke-situationen, der medfører, at denne reelt ikke giver sit samtykke på et oplyst grundlag, da den registrerede reelt ikke har kunnet nå at sætte sig ind i konsekvenserne ved behandlingen. På trods af at den dataansvarlige kan formodes at have levet op til informationskravene i PDL, kan dette udgøre et brud på god markedsføringsskik, jf. MFL § 1.

¹⁸⁴ Ibid. s. 21 og 23f

¹⁸⁵ Blume (2003), s. 74

Virksomheden bør derfor nøje vurdere, hvordan betingelserne opfyldes, fx hvordan informationen gives og samtykket indhentes, for at undgå, at virksomheden handler i strid med god markedsføringsskik.

3.5.3: Udfordringer knyttet til indhentning af samtykke

At basere anvendelsen af shopper tracking på datasubjekternes samtykke er ikke uden praktiske udfordringer for virksomheden. Da det er centralt for samtykkereglen, at samtykket indhentes forud for databehandlingen, opstår der en udfordring i faktisk at indhente dette samtykke.

Anvendes der fx en løsning, hvor shopper tracking foretages via et videokamera eller ved registrering af WiFi-signaler, skal samtykket være indhentet, inden shopperen træder inden for teknologiens rækkevidde. Da betingelserne for samtykke skal være overholdt, vil det ikke udgøre et lovligt samtykke, at virksomheden eksempelvis opstiller et skilt med information om, at indgang til butikken udgør et samtykke til shopper tracking. Dette kan begrundes i, at samtykket næppe er hverken *specifikt* eller *informeret*, ligesom det kan diskuteres, om der er tale om en egentlig *viljestilkendegivelse*. Sidstnævnte kan formodes opfyldt, såfremt en specifik handling påkræves ved indgangen til butikken, hvis dørens åbning fx kræver et tryk på en ”jeg accepterer”-knap, men da vil de indholdsmæssige krav til samtykket fortsat næppe være opfyldt. At den krævede mængde information gives til datasubjektet, hver gang vedkommende ønsker adgang til butikken, må antages at være en uholdbar løsning, da dette ville udgøre en tidsmæssigt stor belastning for kunderne.

En løsning på informationsproblemet kunne være, at samtykket indhentes på forhånd, fx ved at medlemskab af en kundeklub eller lignende gøres til en betingelse for adgang til butikken.¹⁸⁶ Dermed kan det nødvendige samtykke indhentes i forbindelse med medlemskabet, hvor den nødvendige information ligeledes kan gives. Som tidligere beskrevet skal et sådant samtykke dog fremstå klart og tydeligt ud af medlemsbetingelserne.

Informationsproblemet kan ligeledes opstå, når en applikation på shopperens smartphone anvendes, da det her kan være en udfordring at sikre, at datasubjektet er blevet tilstrækkeligt informeret. Der kan argumenteres for, at det er shopperens eget ansvar at sætte sig ind i den information, den dataansvarlige måtte give forud for samtykket, hvis denne information egentlig var tilstrækkelig. For at være gyldigt skal samtykket dog stadigvæk være udtryk for den registreredes intention om, at den pågældende behandling må foretages, og dermed skal en sådan applikations samtykkeproces være designet på en måde, hvorpå den registrerede reelt bliver gjort bekendt med konsekvenserne,

¹⁸⁶ Butikker forbeholdt medlemmer eksisterer allerede, fx indkøbsforeningerne Makro og Sam's Club

og selv aktivt tilkendegiver en accept af dette. Derudover skal den registrerede også have muligheden for at sige nej.

Endeligt kan der potentielt opstå problemer ved, at samtykket skal gives *frivilligt*. Samtykket kan være givet på baggrund af, at den registrerede føler sig presset hertil, hvorefter samtykket vil være ugyldigt. Et sådant pres behøver ikke være udtryk for fysiske trusler, men kan også udgøres af et socialt eller samfundsmæssigt pres.¹⁸⁷

Virksomheden skal altså være opmærksom på, at der er en række udfordringer og problemstillinger knyttet til at indhente samtykke til behandling af persondata. Virksomheden bør derfor nøje udarbejde en samtykkeproces, hvor der ikke kan være tvivl om, at det er den registreredes intention, at ville give det nødvendige samtykke, foruden sikre sig, at dette samtykke indhentes fra alle datasubjekter forud for iværksættelsen af shopper tracking.

¹⁸⁷ Artikel 29-gruppen, WP187 (2011), s 13

3.6: Opsamling

Shopper tracking udgør en behandling af persondata, og det er derfor nødvendigt at basere shopper tracking på en behandlingshjemmel i loven. Det kan konstateres, at kun interesseafvejningsreglen og samtykkereglen er relevante hertil, da shopper tracking falder uden for de resterende behandlingshjemlers anvendelsesområder.

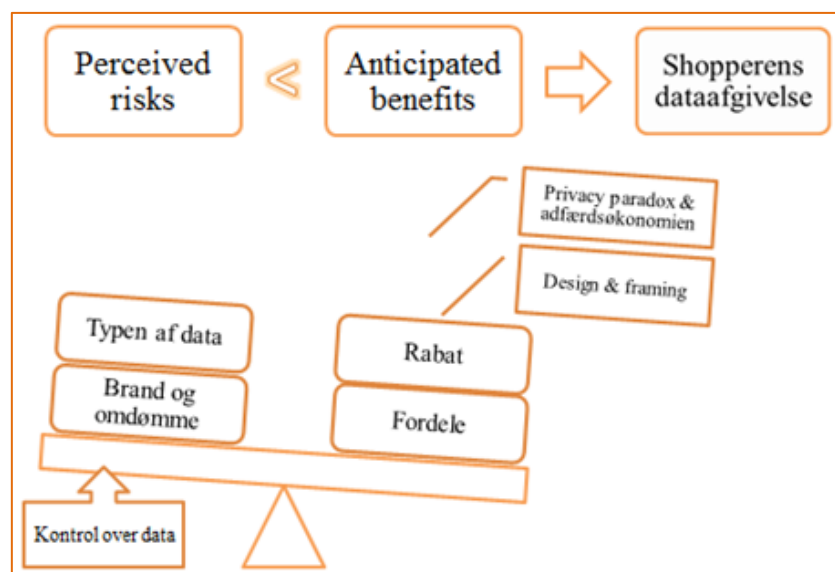
Interesseafvejningsreglen, jf. PDL § 6, stk. 1, nr. 7 og PDF art. 6(1), litra f, består af en afvejning af hhv. virksomhedens legitime interesser og shopperens interesser, grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Da hensynet til den registrerede må formodes at være tungestvejende, vil virksomheden være nødt til at iværksætte en række foranstaltninger og tiltag, før afvejningen vil kunne falde ud til virksomheden. Selv med sådanne tiltag er det dog tvivlsomt, om dette vil være muligt, da den registreredes hensyn højest sandsynligt fortsat vil være tungestvejende. Dette bekræftes af Artikel 29-gruppen, der har behandlet anvendelsen af RFID-teknologi, og hvor det konkluderes, at et samtykke ville være nødvendigt hvis anvendt som shopper tracking.

I stedet kan virksomheden basere behandlingen på et fra shopperen gyldigt indhentet samtykke, dvs. i overensstemmelse med de i loven fastsatte kriterier herfor.

Foruden kriterierne for et gyldigt samtykke skal virksomheden være opmærksom på, at MFL finder anvendelse ved anvendelsen af shopper tracking, hvilke bl.a. har implikationer for behandlingshjemlen. Særligt i relation til samtykket, kan kravet om ”god markedsføringsskik” have en betydning, da denne regel stiller yderligere krav til virksomheden ved deres indhentning af samtykke. Ydermere medfører de to retsområders sammenspil, at en handelspraksis i strid med ”god markedsføringsskik” vil gøre behandlingen ulovlig efter persondataretten, og dermed er det nødvendigt for virksomheden at have begge regelsæt in mente.

Kapitel 4: Påvirkning af shopperens afgivelse af samtykke

I det forrige kapitel konkluderes det, at anvendelsen af shopper tracking bør baseres på datasubjektets samtykke, da det næppe vil være muligt for virksomheden at basere databehandlingen på hjemmel i interesseafvejningsreglen. Foruden overholdelse af de i kap. 3 beskrevne krav forudsætter behandling på baggrund af et samtykke, at datasubjektet faktisk er villigt til at give et sådant samtykke, og ikke efterfølgende tilbagekalder det. I kap. 2 konstateredes det, at shopperen ikke kan forventes at ville afgive sit data uden at modtage noget i retur. I praksis må shopperens villighed til at give sit samtykke til shopper tracking spille tæt sammen med dennes villighed til at afgive data, da et samtykke vil være ensbetydende med en sådan dataafgivelse. Det følger af afhandlingens kap. 2, at shopperens villighed til at afgive data, afhænger af shopperens *privacy calculus*, altså en afvejning af de fordele og ulemper der er knyttet hertil. Shopperen vil kun give sit samtykke, og ikke efterfølgende tilbagekalde dette, såfremt resultatet af dennes *privacy calculus* taler herfor. Modellen over faktorer, virksomheden kan anvende til, at påvirke shopperens *privacy calculus*, kan dermed direkte anvendes til at påvirke shopperens villighed til at afgive samtykke.



Dette kapitel vil undersøge, i hvilket omfang virksomheden lovligt kan anvende de faktorer, der indgår i modellen, til det formål at indhente et samtykke til shopper tracking fra shopperen, i overensstemmelse med markedsføringsretten samt persondataretten. Modellens faktorer vil blive behandlet enkeltvis nedenfor. Først behandles de faktorer, der vedrører shopperens opfattelse af risiciene knyttet til dataafgivelsen, *perceived risks*. Herefter behandles de økonomiske fordele der udgør motyvdelen, som shopperen forventer at modtage for dataet, *anticipated benefits*. Til slut inddrages anvendelsen af *framing*, der kan påvirke datasubjektets opfattelse af fordelene og

ulemperne. De adfærdsøkonomiske effekter, herunder *the privacy paradox*, vil inddrages løbende i behandlingen af de enkelte faktorer hvor relevant.

4.1: Typen af data

I kap. 2 kunne det konstateres, at det har betydning for shopperens *perceived risks*, hvilken type af data virksomheden ønsker at indsamle. Virksomheden har derfor en interesse i ikke at indsamle data med en uhensigtsmæssigt stor negativ påvirkning på shopperen, hvilket særligt var tilfældet ved finansielle data. Derfor vil virksomheden højst sandsynligt prioritere at indsamle de typer af data med den mindste påvirkning af shopperens *perceived risks*, dog selvsagt vejet op imod, at virksomheden ønsker det data, der er mest værdiskabende og relevant for virksomheden. Sammenholdes konklusionerne i kap. 2 med formålet med anvendelse af shopper tracking, må det formodes, at virksomheden vil prioritere at indsamle data vedrørende shopperens adfærd, på trods af, at denne type data vil have en mindre negativ effekt på shopperens villighed til at afgive data. Denne negative effekt skal sammenholdes med den kommercielle værdi, der kan udledes af data om shopperens adfærd. Endvidere er det muligt for virksomheden at danne sig et billede af shopperens finansielle data på baggrund af data vedrørende demografi, livsstil og adfærd, ved at kombinere og analysere disse data.

Som udgangspunkt er der ingen begrænsninger ift. hvilke data, der må indhentes ved shopper tracking, når datasubjektet har givet et frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt samtykke hertil. Dvs. at der ikke, juridisk set, er forskel på, om virksomheden indsamler livsstilsdata eller finansielle data, så længe den dataansvarlige overholder de øvrige forpligtelser fastsat i lovgivningen, herunder den dataansvarliges oplysningspligt. Det følger ikke direkte af denne oplysningspligt, jf. PDL § 28 og PDF art. 13, at shopperen skal oplyses om typen af data, der indsamles fra denne. Ligeledes følger det ikke automatisk af kriteriet om, at samtykket skal være informeret, at datasubjektet informeres om typen af data der behandles, men et sådant krav følger sandsynligvis af kriteriet om, at samtykket skal være specifikt.¹⁸⁸ Særligt i situationer hvor dataets art er centralt for anvendelsen heraf, må det forventes, at information om hvilken type data, der behandles, er nødvendigt for, at kriteriet om det specifikke samtykke er opfyldt. Derudover er det kun ved datasubjektets indsigtsret, jf. PDL § 31 og PDF art. 15, at datasubjektet altid har ret til at blive gjort bekendt med typen af data, der behandles. Da denne indsigtsret kræver, at datasubjektet selv tager initiativ til at anmode om dataet, vil dette formentlig sjældent ske i praksis, hvilket kan ses som udtryk for *the privacy paradox*.¹⁸⁹ Ved shopper tracking er der tale om indsamling af data. Derfor må det formodes, at typen af data vil være central for shopperens vurdering af, om denne vil afgive det konkrete data, og

¹⁸⁸ Artikel 29-gruppen, WP187 (2011), s 19 og PDF betragtning nr. 42

¹⁸⁹ Se også Blume (2014), s. 106

dermed give sit samtykke eller ej, og derfor vil virksomheden skulle oplyse om typen af data, der indsamles for, at samtykket kan anses som givet specifikt.

Virksomhedens oplysning af shopperen om typen af data, der indsamles, vil ofte ske via de skriftlige betingelser for samtykket. I flere studier konkluderes det, at shopperen sjældent læser sådanne betingelser, hvilket harmonerer med *the privacy paradox*.¹⁹⁰ Dermed kan der stilles spørgsmålstejn ved, om opfyldelsen af dette kriterie reelt hjælper shopperen til at træffe en informeret beslutning. Potentielt kan shopperens manglende læsning af betingelserne bag samtykket udnyttes af virksomheden, da shopperen ikke nødvendigvis er bevidst om, at der indsamles data af en art, som ville påvirke shopperens *privacy calculus* negativt, hvis shopperen var bevidst herom. Dette vil ikke påvirke gyldigheden af samtykket, da virksomheden har opfyldt kriterierne herfor. Spørgsmålet er, om en øget beskyttelse, fx en skærpet oplysningspligt, vil følge af kravet om god markedsføringsskik eller vildledningsforbuddet, jf. MFL §§ 1 og 3.

Af MFL § 3, stk. 1 følger, at virksomheden ikke må udelade ”væsentlige informationer”, såfremt disse måtte være egnet til ”mærkbart at forvride forbrugerens (...) økonomiske adfærd på markedet”. Begrebet ”væsentlige informationer” skal forstås i overensstemmelse med handelspraksisdirektivets art. 7, stk. 1, som dækkende over oplysninger, ”som gennemsnitsforbrugeren har behov for i den pågældende situation for at træffe en informeret transaktionsbeslutning”.¹⁹¹ Som beskrevet i kap. 3.2 om sammenspillet mellem PDL og MFL, vil oplysningskrav efter PDL, her typen af data, udgøre ”væsentlige informationer” i relation til MFL. Da disse informationer forudsættes at være givet i forbindelse med samtykket, vil der ikke være tale om en vildledende handelspraksis efter MFL § 3. Ligeledes vil kravet om god markedsføringsskik næppe heller medføre en øget beskyttelse af shopperen, da persondataretten jo anses for *lex specialis* i forhold til markedsføringsretten i denne situation, jf. handelspraksisdirektivets art. 3(4). Persondataretten har altså præciseret, hvilke informationer, shopperen har behov for, for at give et gyldigt samtykke, og dermed handler virksomheden ikke i strid med erhvervsmæssig diligenspligt, og derfor ikke i strid med god markedsføringsskik efter MFL § 1.

Virksomheden kan altså indsamle de typer af data, den måtte ønske, så længe dette specificeres for shopperen i forbindelse med dennes samtykke, uden at dette nødvendigvis berører shoppernes villighed til at afgive data, da shopperen sandsynligvis ikke læser betingelserne knyttet til samtykket. Det må dog være givet, at shopperen, i konkrete situationer, er bevidst om afgivelsen af visse typer af data, da personen eksempelvis selv aktivt oplyser informationen til virksomheden, fx

¹⁹⁰ Se fx Cottrill og Thakuria (2015), s. 138 og Hoy og Milne (2010), s. 37

¹⁹¹ Møgelvang-Hansen et al (2011), s. 117

navn, kontaktoplysninger eller lønindkomst. Der kan derfor fortsat være typer af data, som virksomheden ikke ønsker at indhente pga. den potentielle negative effekt.

Som tidligere nævnt kan de finansielle data antageligvis udledes ved at kombinere andre typer af data. Her skal virksomheden være opmærksom på, at en sådan kombination af data vil udgøre en selvstændig behandling, hvorefter denne selvstændige behandling ligeledes vil kræve behandlingshjemmel.

4.2: Brand & omdømme

At virksomhedens *brand* og omdømme har en direkte effekt på shopperens opfattelse af risikoen ved, at afgive data, kommer næppe som nogen overraskelse. Det vil derfor være i virksomhedens interesse at opbygge eller sikre et godt omdømme for at reducere shopperens *perceived risks*. En sådan proces anvender et væld af værktøjer, fra reklamer til kundepleje, hvori shopper tracking også kan forestilles anvendt. Det bør her vurderes, om det at have eller opbygge et godt omdømme, har juridiske implikationer ift. den effekt, dette vil have på shopperens villighed til at afgive data. Her må udgangspunktet være, at det ikke er ulovligt at have et godt omdømme. Effekten af et godt omdømme kan ikke findes at påvirke shopperens afgivelse af et frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt samtykke i relation til, hvordan disse krav skal fortolkes i persondataretten. At shopperen eksempelvis *de facto* ikke er tilstrækkeligt informeret om konsekvenserne, pga. dennes tiltro til virksomheden, må være shopperens risiko, og det bør ikke komme virksomheden til last. Ligeledes er det ikke i strid med god markedsføringsskik og kravet om erhvervsmæssig diligenspligt, at virksomheden besidder et godt omdømme. Det kan dog ikke afvises, at det kan være i strid med god markedsføringsskik, hvis en virksomhed aktivt misbruger sit gode omdømme, men dette vil næppe være relevant i denne situation. Dermed er det heller ikke ulovligt, at en virksomhed udnytter, at deres gode omdømme medfører en lavere opfattelse af de tilknyttede risici ved afgivelsen af data. Omdømmet skal dog selvsagt være opbygget i overensstemmelse med lovgivningen, herunder markedsføringsrettens regler om bl.a. reklamer.

4.3: Kontrol over data

At give shopperen kontrol over dennes data, er modellens sidste faktor med en direkte effekt på shopperens *perceived risks*. Dette vil reducere shopperens *perceived risks*, og øge villigheden til at afgive data til virksomheden. Virksomheden vil derfor have en interesse i at give shopperen en sådan kontrol, samt kommunikere dette klart ud for at få shopperens *privacy calculus* til at falde ud til virksomhedens fordel.

Shopperen er allerede sikret en vis grad af kontrol i persondataretten. Denne består for det første af den selvbestemmelsesret, som er givet datasubjektet til, at kunne give og tilbagetrække sit samtykke til behandling af dennes persondata. Derudover udgøres denne kontrol af en række rettigheder, som er givet den registrerede med det formål at beskytte denne, og som modsvares af tilsvarende forpligtelser for den dataansvarlige.¹⁹² Information om disse rettigheder indgår i den dataansvarliges oplysningspligt, jf. PDL § 28 og PDF art. 13. Denne lovbestemte adgang til datakontrol dækker over den registreredes 1) indsigtsret, jf. PDL § 31 og PDF art. 15; 2) retten til berigtigelse og sletning af ukorrekte data, jf. PDL § 37 og PDF art. 16; 3) indsigelsesretten, jf. PDL § 35 og PDF art. 21; foruden 3 nye tiltag der kommer med PDF, i form af 4) retten til at blive glemt, jf. PDF art. 17; 5) ret til dataportabilitet, jf. PDF art. 20; samt 6) retten til ikke at være genstand for profilering, jf. PDF art. 22.¹⁹³

Som følge af den registreredes lovbestemte rettigheder er virksomheden på forhånd forpligtet til at give shopperen en vis kontrol over dennes data – en adgang der bliver udvidet yderligere med ikrafttrædelsen af PDF. Den gennemsnitlige shopper kan formodes ikke at være bekendt med dennes rettigheder, selv efter at virksomheden har opfyldt sin pligt til at informere shopperen herom.¹⁹⁴ Dermed kan det være fristende for virksomheden at udnytte denne manglende viden til at fremhæve virksomhedens overholdelse af lovgivningen som værende noget ekstraordinært og anvende shopperens lovbestemte adgang til datakontrol som markedsføring.

I MFL § 12 fastslås et princip om, at markedsføring af en garantiydelse kun er lovlig, såfremt forbrugeren gives en *”væsentlig bedre retsstilling end den, modtageren har efter lovgivningen”*, jf. MFL § 12, stk. 1. Spørgsmålet er, om et lignende princip gælder ved markedsføring af adgangen til kontrol over den registreredes data. Anvendelsesområdet for garantibestemmelsen kan næppe fortolkes så udvidende, at bestemmelsen kan omfatte denne situation.¹⁹⁵ I stedet vil MFL § 3, der vedrører vildledende markedsføring, være relevant, hvor det bagvedliggende princip i MFL § 12 kan inddrages som inspiration. Et sådant princip om, at man kun må afgive sådanne særlige erklæringer om, at en ydelse går væsentligt udover hvad, der er krævet af lovgivningen, er desuden blevet bekræftet af Forbrugerombudsmanden, der præciserer, at man *”ikke uden at vildlede forbrugerne [kan] fremhæve”* en sådan erklæring i markedsføringsøjemed.¹⁹⁶ En sådan fortolkning vil ligeledes kunne følge af handelspraksisdirektivets art. 6, stk. 1, med inddragelse af

¹⁹² Blume (2003), s. 38

¹⁹³ Retten til ikke at være genstand for profilering udgør nærmere en præcisering af reglen end en egentlig nyhed, da en sådan regel, til en vis grad, allerede fulgte af databeskyttelsesdirektivets art. 15 (PDL § 39)

¹⁹⁴ Blume (2014), s. 143

¹⁹⁵ MFL § 12, stk. 1: ”Over for forbrugere må erklæring om ydelse af garanti el.lign...”, smh. med § 12, stk. 2.

¹⁹⁶ Betænkning nr. 1457/2005, Markedsføring og prisoplysning, s. 207

bestemmelsens litra c, og hvor der bl.a. nævnes vildledende fremstilling af oplysninger vedr. omfanget af virksomhedens forpligtelser, som værende udtryk for vildledning. Det må heraf konkluderes, at markedsføring af en erklæring om datakontrol til shopperen, hvor denne datakontrol ikke går væsentlig ud over, hvad der følger af lovgivningen, ikke vil være lovlig. Virksomheden skal derfor være varsom med sin kommunikation heraf, og kun aktivt markedsføre shopperens adgang til datakontrol, såfremt virksomheden væsentligt forbedrer shopperens retsstilling.

At virksomheden ikke kan anvende datakontrol i direkte reklamehenseende, er dog ikke ensbetydende med, at denne faktor ikke kan anvendes på shopperen, da datakontrollen fortsat vil reducere dennes *perceived risks*. Det må antages at shopperens situation forbedres, jo mere kontrol denne gives, og dermed vil virksomheden næppe kunne handle i strid med god markedsføringsskik, og forvride shopperens økonomiske adfærd, ved faktisk at øge shopperens adgang til, at kontrollere sit data. Om der potentielt kan opstå situationer, hvor den specifikke facon, hvorpå datakontrollen præsenteres for shopperen, kan have en vildledende eller forvridende effekt på shopperen, samt være i strid med erhvervsmæssig diligenspligt, kan ikke med sikkerhed udelukkes. Det må dog udgøre særlige konkrete situationer, der skal bedømmes enkeltvis.

Det kan derfor konkluderes, at virksomheden frit kan anvende datakontrol over for shopperen til at reducere dennes *perceived risks*, og dermed øge shopperens villighed til at afgive data. Anvendelsen af denne faktor vil dog være begrænset i reklameøjemed, da virksomheden vil handle i strid med markedsføringsretten, hvis den reklamerer med datakontrol, som ikke væsentligt forbedrer shopperens retsstilling.

Med denne begrænsning in mente, vil anvendelsen af datakontrol være særligt anvendelig i selve samtykkesituationen, hvor shopperen fx kan begrænse sit samtykke, samt i det løbende forhold, hvor datakontrol kan udgøre et værktøj til at sænke risikoen for, at shopperen tilbagetrækker sit samtykke til behandlingen.

4.4: Rabatter & fordele

I kap. 2 kunne det klart konkluderes, at virksomheden kan påvirke shopperens *privacy calculus* til gunst for virksomheden ved at tilbyde shopperen økonomiske fordele. Herved forøgedes shopperens *anticipated benefits* med øget villighed til at afgive data som resultat. Anvendelsen af rabatter og fordele viste sig at være de mest anvendelige faktorer hertil. Da der ikke er forskel på den juridiske ramme, der behandler virksomheders adgang til at tilbyde hhv. rabatter og fordele, vil disse to faktorer blive behandlet under ét.

Spørgsmålet er, i hvilket omfang virksomheden kan anvende disse faktorer i relation til shopperen. Anvendelsen kan potentielt være problematisk inden for både en persondataretlig dimension, samt en markedsføringsretlig dimension. Begge dimensioner vedrører dog samme problemstilling, om hvor vidt anvendelsen af rabatter og fordele har en forvridende effekt på shopperens adfærd. Denne problemstilling vil, såfremt en sådan forvridende effekt kan konstateres, have relevans ift. 1) om samtykket er givet *frivilligt*, og 2) om virksomheden anvender ulovlig vildledende markedsføring, eller handler i strid med god markedsføringsskik, jf. MFL §§ 3 hhv. 1. Som tidligere bemærket, er det ikke ulovligt at give en økonomisk fordel i bytte for et samtykke til databehandling.¹⁹⁷ Derimod vil denne økonomiske fordel, om så denne udgøres af en rabat eller en anden fordel, skulle være af et omfang, hvor viljestilkendegivelsen ikke længere kan vurderes, at være givet *frivilligt*. Inddrages handelspraksisdirektivets art. 6, som er implementeret i MFL § 3, konstateres det, at en handelspraksis betragtes som vildledende, såfremt information om en prismæssig fordel kan forventes at foranledige shopperen til, at træffe en beslutning, som denne ellers ikke ville have truffet, jf. handelspraksisdirektivet art. 6, stk. 1, litra d. Ligeledes vil en handelspraksis være i strid med god markedsføringsskik, hvis denne er egnet til væsentligt at forvride shopperens økonomiske adfærd, jf. MFL § 1 sammenholdt med handelspraksisdirektivets art. 5. Da persondatarettens krav om frivillighed ligeledes vedrører, om et individs adfærd er udtryk for egen vilje, eller er eksternt påvirket, kan det antages, at disse overlappende retsregler spiller sammen. Derved vil bestemmelserne have en fælles grænse for, hvornår virksomhedens handelspraksis vil være i strid med de forskellige bestemmelser.¹⁹⁸

Det fremgår ikke direkte af hverken lovene eller de bagvedliggende direktiver, hvor stort et omfang af rabat og yderligere fordele, der skal til for, at sådanne økonomiske fordele vil påvirke et individs adfærd. Som udgangspunkt er der altså ingen begrænsninger for, i hvilket omfang virksomheden må tilbyde rabatter og fordele.¹⁹⁹ Ifølge Forbrugerombudsmanden begrænses denne adgang af markedsføringsretten ved, at det vil være i strid med god markedsføringsskik, når virksomheden tilbyder økonomiske fordele i et omfang, der medfører, at shopperens opmærksomhed fjernes fra samtykket.²⁰⁰ Det fremgår ikke af retspraksis, hvor grænsen går herfor, men praksis kan anvendes som retningsvisende for, hvilket omfang af økonomiske fordele der ikke anses som værende i strid hermed. I U.1998.83H blev det fundet, at gaver til en værdi af 300-500 kr. var på acceptabelt niveau i bytte for samtykke, der i den konkrete sag vedrørte besøg af en salgskonsulent. I U.2002.1282SH, hvor samtykket, der vedrørte modtagelse af reklame, blev indhentet mod deltagelse i en

¹⁹⁷ Artikel 29-gruppen, WP187 (2011), s 12 & 14, og Blume (2003), s. 73

¹⁹⁸ Dette sammenspil mellem lovene ses også i Forbrugerombudsmanden, Notat om CPR-numre, s. 4 (god skik-regler)

¹⁹⁹ Storm og Heede (1997), s. 128

²⁰⁰ VEJ nr. 9976 af 20. december 2013 (Spamvejledningen), s. 31

konkurrence om en præmie til en værdi af 25.000 kr., blev det fundet, at dette ikke var i strid med god markedsføringsskik på grund af den beskedne præmiesum.²⁰¹ Endeligt har Forbrugerombudsmanden udtalt i sag nr. 14/03912, at det ikke er strid med god markedsføringsskik, at give 15 % rabat mod en forbrugers samtykke til at modtage elektronisk markedsføring. Disse sager statuerer dermed et niveau af økonomiske fordele, der anses som lovlige. Disse sager kan derfor anvendes som retningslinjer for, hvilket omfang af økonomiske fordele virksomheden kan anvende, uden at shopperens økonomiske adfærd anses for væsentligt forvredet juridisk set.

For anvendelsen af yderligere fordele, der ikke nødvendigvis har en monetær værdi, gælder de samme regler. Vurderingen af, om sådanne fordele væsentligt forvrider shopperens adfærd, må dog hvile på en konkret vurdering af den enkelte fordel. Da praksis udelukkende har fokuseret på monetære fordele, kan det dog formodes, at ikke-monetære fordele muligvis har en videre anvendelsesadgang, siden der ikke findes afgørelser herom.

4.5: Design & framing

Effekten af de ovenfor behandlede faktorer kan forøges ved, at virksomheden *framer* eller designer situationen og shopperens samtykkebeslutning på en facon, så dette fremstår mere positivt, eller mindre negativt for shopperen, i forhold til hvis det blev vurderet fuldstændigt objektivt. Denne *framing* kan komme til udtryk i alt fra præsentationen af selve informationen, fx ordvalget, via konteksten informationen gives i, til designet af selve beslutningsprocessen (herefter samlet omtalt som *framing*). *Framing* gør op med den neoklassiske økonomis antagelse om det rationelle individ ved at påstå, at individets subjektive opfattelse af værdien af en beslutning er kontekstafhængig, og ikke kontekstafhængig, som det ellers antages i neoklassisk økonomi.²⁰² En række forskellige effekter og anvendelsesmuligheder udspringer af denne kontekstafhængighed. Tversky et al (1996) opstiller to typer effekter, der kan udspringe af *framing*: kompromiseffekter og kontrasteffekter.²⁰³ Kompromiseffekter består i, at den samme valgmulighed vurderes mere positivt, når valget udgør en mellemvej blandt ekstremer, end når valgmuligheden selv udgør en ekstrem eller der mangler alternativer. Shopperen vil altså være mere villig til at afgive sit data, hvis omfanget af det afgivne data opfattes som mindre indgribende, end et mere indgribende alternativ. Kontrasteffekter består i, at den samme valgmulighed vurderes mere positivt, når valget vurderes i sammenhæng med en klart dårligere valgmulighed. På samme vis vil en ekstremt indgribende udgave af shopper tracking få en

²⁰¹ Forbrugerrådet er dog uenigt heri, og mener at det må være i strid med god markedsføringsskik at indhente samtykke mod deltagelse i en præmiekonkurrence. Se Forbrugerrådets høringssvar til Forbrugerombudsmandens vejledning om markedsføringslovens § 6 af 29. april 2010

²⁰² Sunstein (2000), s. 61

²⁰³ Tversky, et al (1996), s. 288

mindre indgribende udgave til at fremstå mere positiv i shopperens opfattelse. Kahneman og Tversky (1981) har ligeledes bevist, at den subjektive værdiansættelse kan påvirkes, blot ved måden hvorpå information præsenteres for individerne, herunder ordvalget.²⁰⁴

Som ved anvendelsen af rabatter og fordele opstår der her spørgsmålet om, hvor vidt anvendelsen af *framing* kan udgøre vildledende handelspraksis eller være i strid med god markedsføringsskik. Ligeledes opstår spørgsmålet om et samtykke er gyldigt, hvis samtykket er givet under indflydelse af virksomhedens *framing*. Da der i skrivende stund ikke eksisterer trykt retspraksis vedr. *framing*, må en bedømmelse heraf, bero på inspiration fra de generelle vurderinger anvendt ved disse retlige problemstillinger. Af handelspraksisdirektivet art. 6, stk. 1 følger det, at handelspraksis også kan anses for vildledende når det ”i kraft af sin generelle fremstillingsform vildleder eller kan forventes at vildlede en gennemsnitsforbruger”, hvilket der kan argumenteres for, er et underliggende formål ved *framing*. I hvert fald må *framing* have til formål at påvirke et individ til at foretage en bestemt handling, som vedkommende ikke nødvendigvis selv havde gjort, hvor ved dennes økonomiske adfærd forvrides.

EU-retten har taget den neoklassiske økonomis teori om det rationelle menneske til sig, og *den gennemsnitlige forbruger* forventes derfor at træffe rationelle, efficiente valg.²⁰⁵ Dermed vil virksomheders anvendelse af *framing* formodentlig ikke udgøre en vildledende handelspraksis, da shopperens opfattelse af sine valgmuligheder ikke vil være kontekstafhængig. Da shopperen antages at være rationel, kan shopperen derfor ikke påvirkes af *framing*. *Homo economicus* er blevet kritiseret i økonomisk teori, og et lignende opgør ses begyndende i EU-retten, om end EU-Domstolen endnu ikke har anvendt en adfærdsøkonomisk tilgang i deres afgørelser.²⁰⁶ Det må derfor være en logisk følge, at anvendelsen af *framing* ikke, som udgangspunkt, vil udgøre en vildledende handelspraksis, samt ikke vil forvride shopperens økonomiske adfærd, da gennemsnitforbrugeren principielt ikke bør blive berørt af dette. Dermed strider *framing* ikke imod MFL §§ 1 og 3. En sådan vurdering vil dog afhænge af den konkrete sag, hvor der selvsagt ikke må være tale om en decideret vildledende handelspraksis, der vil være ulovlig.

I relation til samtykke vil der være tale om en mere indirekte effekt, hvor *framing* påvirker shopperens opfattelse af de faktorer, der efterfølgende påvirker samtykkets gyldighedskriterier. Eksempelvis kan det forestilles, at en givet informations ordlyd og fremtoning giver shopperen opfattelsen af, at konsekvenserne er mindre vidtrækkende end, hvad der er tilfældet i den konkrete sag. Der anvendes ikke på samme måde et gennemsnitsforbrugerbegreb i persondataretten, og

²⁰⁴ Kahneman og Tversky (1981), s. 457f

²⁰⁵ Trzaskowski (2011), s. 386

²⁰⁶ Ibid. s. 391

dermed må det formodes, at målestokken for opfyldelse af det lovlige samtykkes fire kriterier, forholder sig til en mere realistisk gennemsnitsperson. Artikel 29-gruppen beskriver bl.a., vedrørende kvaliteten af den information, der bliver givet, at informationen skal gives så ”*a regular/average user should be able to understand it*”.²⁰⁷ Alene angivelsen af, at personen er ”*regular*”, dvs. almindelig, antyder, at der er tale om en mere realistisk målestok for, hvad der kan forventes af denne person, ift. at bearbejde den information, denne måtte blive givet, samt handle rationelt på baggrund heraf. Effekterne af *framing* på shopperens adfærd må derfor forventes at blive anerkendt i persondataretten. Det vil afhænge af den konkrete situation, om disse effekter påvirker shopperen i en sådan grad, at samtykket kan siges, ikke at være givet *frivilligt, specifikt, informeret* og *utvetydigt* i overensstemmelse med PDL § 3, nr. 8 og PDF art. 4, nr. 11. Kravene for at opfylde disse kriterier, er dog ganske klare, og virksomheden bør derfor ikke have problemer med at overholde disse kriterier. Virksomheden kan derfor vurderes at have en god mulighed for at anvende *framing* over for shopperne.

4.6: Opsamling

Efter denne gennemgang af hvilket omfang virksomheden kan anvende modellens faktorer, må det konkluderes, at virksomheden har en vid adgang til at anvende disse på shopperen. Ved faktorerne der berører *perceived risks*, dvs. typen af data, virksomhedens *brand* og omdømme, samt datakontrol, står det som udgangspunkt virksomheden frit for at bestemme, i hvilket omfang de vil anvende disse faktorer, forudsat at den øvrige lovgivning overholdes. Kun i tilfælde hvor disse faktorer anvendes mere offensivt og kreativt, end hvad der ellers er almindelig brug af faktoren, fx hvor datakontrol anvendes i direkte reklameøjemed eller hvor data kombineres, for at undgå at anmode om denne type data, vil anvendelsen være begrænset.

Ved faktorerne der berører shopperens *anticipated benefits*, dvs. rabatter og fordele, har virksomheden ligeledes en vid adgang til at tilbyde sådanne økonomiske fordele mod shopperens samtykke til afgivelse af data. Som følge af retspraksis på lignende områder må det dog konstateres, at der er en grænse for i hvor stort et omfang, virksomheden må anvende økonomiske fordele, da praksis fastslår, at det vil have en forvridende effekt på shopperens adfærd og frie valg, hvis shopperen druknes i rabatter og fordele. Mest relevant i relation til shopper tracking er, at Forbrugerombudsmanden finder, at 15 % rabat mod en forbrugers samtykke til markedsføring udgør et lovligt niveau. Et tilsvarende niveau, i relation til shopper tracking, må derfor formodes ligeledes at være acceptabelt. Fordele, hvis monetære værdi er besværlige at vurdere, vil afhænge af den konkrete situation. Overordnet set må virksomhedernes muligheder for at anvende økonomiske

²⁰⁷ Artikel 29-gruppen, WP187 (2011), s 20

fordele anses for værende af et ganske stort omfang, og formentlig af et større omfang end hvad der er nødvendigt, sammenholdt med fx rabat- og loyalitetsprogrammer i detailhandlen.²⁰⁸

Endelig vil måden virksomheden *framer* shopper tracking på, herunder hvordan virksomheden indhenter samtykket, også være en faktor, som virksomheden har en vid adgang til at anvende, med det formål at påvirke shopperen. Overordnet set, kan det derfor konkluderes, at modellen, der er opstillet i afhandlingens kap. 2, i vid grad vil kunne anvendes fuldt ud, med det formål at påvirke shopperens økonomiske adfærd, uden at lovgivningen fastsætter nogen væsentlige begrænsninger herfor. Dette er i høj grad et resultat af, at individet tildeles en selvbestemmelsesret, hvor shopperen selv bestemmer, i hvilke situationer dennes data skal underkastes behandling af en anden part. Lovgiver har forsøgt at beskytte individet ved at indføre lovgivning, der regulerer denne behandling, men som dette kap. 4 understreger, er denne præceptive lovgivning ikke i stand til at hindre, at virksomhederne har mulighed for at påvirke datasubjekterne i et væsentligt omfang. Denne konklusion leder derfor til spørgsmålet, om det er hensigtsmæssigt, at individet besidder denne selvbestemmelsesret.

²⁰⁸ Som Coop-medlem opspares 1 ”point” til senere brug (1 point = 0,07 kr.) per 10 kr. forbrugt, svarende til 0,7 %

Kapitel 5: Er datasubjektets ret til selvbestemmelse hensigtsmæssig?

Ideen om, at behandling skal kunne baseres på datasubjektets samtykke, er udtryk for en grundlæggende ideologisk tanke om retten til personlig frihed og privatliv, hvor datasubjektets skal have ret til selv at kontrollere, hvad dennes oplysninger bliver anvendt til. Dette udgangspunkt understreges i EUCs art. 8, stk. 2, hvis ordlyd kan give læseren det indtryk, at datasubjektets samtykke endda skal anses som kernen af persondataretten.²⁰⁹ Det er et uafklaret spørgsmål i persondataretten, hvem der reelt har ejendomsretten til persondataet. Selvom den gængse opfattelse hos datasubjekterne kan være, at de ejer deres persondata, er dette ikke reguleret, og datasubjektets samtykke indebærer derfor hverken en overførsel af en ejendomsret eller en brugsret hertil.²¹⁰ I stedet relaterer samtykket sig til datasubjektets grundlæggende rettigheder, hvor ”*enhver har ret til respekt for sit privatliv*”, jf. EMRK art. 8 og EUCs art. 7. Samtykket udgør altså en tilkendegivelse til den dataansvarlige om, at datasubjektet er indforstået med behandlingen og accepterer en sådan, således at behandlingen sker med respekt for datasubjektets privatliv.

Kap. 4 foranlediger spørgsmålet, om det er hensigtsmæssigt, at datasubjektets besidder denne selvbestemmelsesret, dvs. om den gennemsnitlige person er i stand til at udøve kontrol med sit persondata til sit eget bedste. Ifølge Blume (2014) må det være yderst tvivlsomt, om datasubjekterne er i stand til at vurdere det fulde omfang af de konsekvenser, som måtte følge af deres samtykker, og Blume finder det ikke realistisk, at datasubjekternes kontrol med deres personoplysninger kan være tilstrækkelig omfattende, hvilket medfører en uacceptabel retssikkerhed.²¹¹ Ét af væsentlige problemer er her, ifølge Blume, borgernes manglende kendskab til persondataretten, og deraf en tro på, at lovgivningen udgør et skjold, som nok skal beskytte deres privatliv og persondata.²¹² Hertil bør tilføjes *the privacy paradox* og de adfærdsøkonomiske teorier, der blev behandlet i afhandlingens kap. 2, som både underbygger og udvider Blumes postulat. Adfærdsøkonomiens teorier om nutidsfokuserede personer med begrænset kognitiv kapacitet og rationalitet understreger, at sådanne personer ikke vil være i stand til at foretage en rationel og informeret beslutning om samtykke. Dermed kommer *the privacy paradox* til udtryk i selve samtykke-situationen, da en person måske nok er bevidst om, at der er risici knyttet til afgivelse af persondata, men i situationen ikke er i stand til at foretage dén informerede afvejning, som et *frivilligt, specifikt, informeret og utvetydigt* samtykke ellers skal baseres på. Når det i kap. 4 kan konkluderes, at virksomheden har en vid adgang til lovligt at påvirke datasubjektet individuelle

²⁰⁹ EUC art. 8, 2, 1. pkt.: ” Disse oplysninger skal behandles rimeligt, til udtrykkeligt angivne formål og på grundlag af de berørte personers samtykke eller på et andet berettiget ved lov fastsat grundlag.” Se ligeledes Artikel 29-gruppens bekræftende bemærkning herom i WP 187 (2011), s. 5.

²¹⁰ Blume (2014), s. 24

²¹¹ Ibid. s. 25

²¹² Ibid. s. 143

privacy calculus, og dermed påvirke datasubjektets samtykke, øges risikoen for, at datasubjektet giver et samtykke, som ikke er for dennes eget bedste.

I forhold til shopper tracking, og shopperens selvbestemmelsesret i relation hertil, må tilfældet her være, at shopperen ikke har mulighed for at foretage en informeret beslutning. Den faktiske databehandling er på et teknisk niveau, hvor den gennemsnitlige shopper næppe kan gennemskue hvilke potentielle konsekvenser, et samtykke vil kunne medføre. Da virksamheden højest sandsynligt vil forsøge at påvirke shopperen til alligevel at afgive sit samtykke hertil, vil samtykket antageligvis blive givet, og databehandlingen vil foregå, uagtet om dette er til shopperens eget bedste. I denne situation er shopperens selvbestemmelsesret ikke hensigtsmæssig, uanset om anvendelsen af shopper tracking kan anses som samfundsmæssigt positivt eller negativt.

Om det generelt er hensigtsmæssigt eller ej, at datasubjektet er tildelt en selvbestemmelsesret, er en svær diskussion. Sat på spidsen er det diskussionen om, hvor vidt den personlige frihed også skal indbefatte retten til at være dum, og dermed bliver det et ideologisk og politisk spørgsmål. Et sådan spørgsmål skal ikke besvares i denne afhandling. Spørgsmålet afstedkommer en række relaterede problematikker ved persondataretten, der bør betones, og der kan bidrage til diskussionen af denne problemstilling.

Eksempelvis bør det overvejes, om den nuværende persondataret er udtryk for en forældet og konservativ tilgang - en tilgang som persondataforordningen ikke ændrer på - hvilket også kort berøres af Blume.²¹³ Udgangspunktet for persondataretten var en fysisk forståelse af individets privatliv, der bedst kan illustreres med "hjemmets fire vægge". Men som samfundet og teknologien udvikler sig, harmonerer denne forståelse af privatliv ikke nødvendigvis længere med den nutidige og fremtidige opfattelse heraf. Datasubjekterne har nu en digital dimension, et digital "jeg", og de teknologiske anvendelsesmuligheder af data er en anden, end da persondataretten tog sin form. Netop teknologien er en faktor, der vanskeliggør datasubjekternes mulighed for at foretage en informeret beslutning om deres samtykke, da den gennemsnitlige person næppe vil have en dybere forståelse af, hvad den pågældende teknologi præcist gør med dataet, og hvilke risici der er knyttet hertil. Som det fremgår af PDF betragtning 6, anerkender EU ligeledes de udfordringer den teknologiske udvikling påfører persondataretten, men bevarer individets selvbestemmelsesret. Det bør derfor vurderes, hvilket formål det tjener at bevare persondataretten som en samlet, teknologi-neutral disciplin, særligt i relation til individets selvbestemmelsesret.

²¹³ Ibid. s. 35ff

Det oprindelige formål med en teknologi-neutral persondataret var at skabe en dynamisk regulering, der kunne følge den teknologiske udvikling, og samtidig beskytte datasubjekternes rettigheder mod omgåelse af reglerne.²¹⁴ I kap. 3 kunne det konkluderes, at anvendelsen af shopper tracking højest sandsynlig vil være afhængig af shopperens samtykke hertil. Dermed opstår der dén situation, at anvendelsen af en ny teknologi afhænger af en person, der ikke har mulighed for at foretage en informeret beslutning herom, der endda kan føre til databehandling, der ikke er for dennes bedste. Dermed kan der stilles spørgsmålstegn ved, om denne teknologi-neutralitet i alle tilfælde tjener persondatarettens overordnede formål at beskytte datasubjekternes rettigheder, samt fremme udnyttelsen af den teknologiske udvikling, jf. databeskyttelsesdirektivets art. 1. At placere beslutningen om anvendelsen af ny teknologi hos shopperen er derfor næppe formålstjenligt. Endvidere må dette unægtelig fordre virksomhederne til at forsøge påvirke shopperen til at træffe den beslutning, som er mest gunstig for virksomheden. I stedet bør det overvejes, om persondataretten skal gøres mindre teknologi-neutral eller nytænkes på en måde, så anvendelsen af ny teknologi ikke afhænger af et samtykke fra en part, som ikke har den fornødne information.

Forståelsen af hvad, der er det beskyttelsesværdige objekt under persondataretten, er et andet område, der potentielt bør nytænkes. Individets forventninger til privatliv har ændret sig, på linje med bevægelsen mod en digitaliseret verden. Dette ses eksempelvis ved sociale medier, hvor den private sfære er blevet bredere, og i nogle tilfælde helt er ophørt med at eksistere. Igen kan det overvejes, om forståelsen af privatliv skal afhænge af det teknologiske område, i modsætning til den nuværende teknologi-neutrale forståelse. Alternativt kan det vurderes, om lovgivningens fokus skal ændres fra generel behandling af alt persondata, til eksempelvis kun at omfatte behandling af personfølsomme oplysninger, eller kun at omhandle beskyttelse af datasubjektet mod misbrug. Ved sidstnævnte kunne udgangspunktet være, at al behandling af persondata er lovlig og ikke kræver særskilt behandlingshjemmel, under forudsætning af, at de almindelige krav for god databehandling bliver overholdt, og med respekt for den registreredes rettigheder, eksempelvis indsigelsesretten. Persondataretten vil da først komme i spil, såfremt virksomheden ikke lever op til sine forpligtelser eller misbruger dataet.

Såfremt selvbestemmelsesretten skal bevares, bør datasubjektets beslutningsgrundlag understøttes, og her kunne dennes rettigheder være et åbenlyst sted at sætte ind. Som rettighederne er udformet i den aktuelle persondataret, skal datasubjektet tage initiativet til, at udnytte sine rettigheder, med undtagelse af retten til information, jf. PDL § 28 og PDF art. 13. Blume (2014) anfører, at rettigheder af denne art, hvor den beskyttedes initiativ er krævet, kun sjældent vil blive anvendt i

²¹⁴ Databeskyttelsesdirektivets betragtning 14 og 27

praksis, og derfor kun i et begrænset omfang udgør reel persondatabeskyttelse.²¹⁵ Datasubjektets beslutningsgrundlag bør alt andet lige blive styrket, hvis disse rettigheder ændrer karakter, så den dataansvarlige nu er ansvarlig for, fx løbende indsigt i databehandlingen. Ligeledes kunne omfanget af oplysninger, indeholdt i oplysningspligten, udvides. Mindre fundamentale ændringer i persondataretten kunne være i form af øgede krav til transparens ved behandlingen. Sådanne ændringer vil selvsagt medføre omkostninger og byrder for den dataansvarlige, og dermed må der igen være tale om en politisk afvejning.

Dette kan opsamles til, at der eksisterer et grundlæggende ideologisk funderet problem i, at datasubjektet er givet denne selvbestemmelsesret. I relation til shopper tracking er denne selvbestemmelsesret ikke hensigtsmæssig, hvilket generelt må kunne generaliseres til også gældende minimum de situationer, hvor et datasubjekt skal forholde sig til en ny teknologi. Derfor bør det overvejes om persondataretten bør nytænkes for at behandle dette problem, hvilket i sidste ende er en politisk beslutning.

Kapitel 6: Videre undersøgelse

Afhandlingens konklusioner er i høj grad praktisk anvendelige for en virksomhed. Før en sådan anvendelse bør forslag til videre undersøgelse fremhæves.

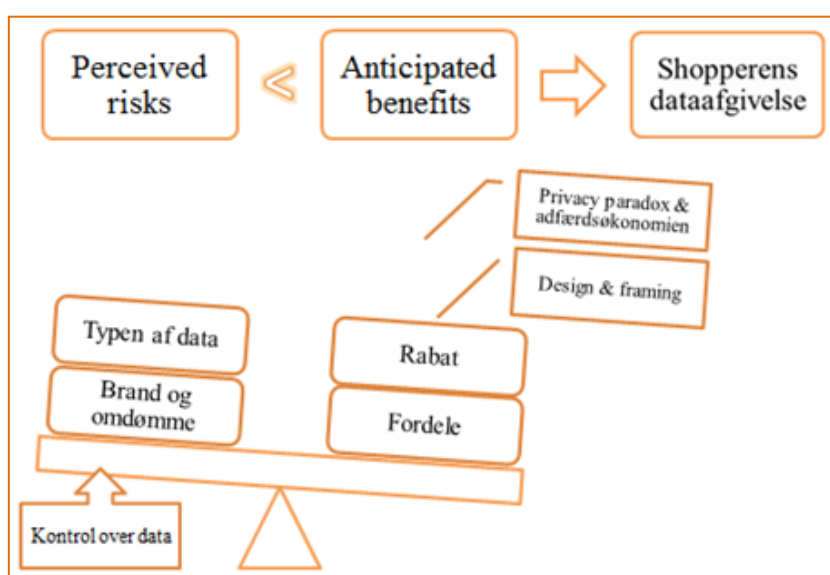
Modellen i kap. 2 bygger på et litteraturstudie. Derfor er modellen udtryk for andre forfatteres studier og konklusioner, som efterfølgende er blevet analyseret i denne afhandling. Indledningsvist blev det fravalgt, af ressourcemæssige årsager, at gennemføre et empirisk studie, der kunne bidrage til at opstille modellen. Dette er dog et område, hvor videre undersøgelser sandsynligvis kan bidrage væsentligt. Et empirisk studie af anvendelsen af modellen kan generere yderligere viden om de præsenterede faktoreres effekt, og vil desuden kunne belyse den specifikke applikation af litteraturstudiets konklusioner på shopper tracking yderligere.

Analysen af interesseafvejningsreglen er et andet område, hvor videre undersøgelser vil være relevante. Da praksis om anvendelsen af denne regel på lignende situationer var begrænset, vil det være interessant at rette henvendelse til Datatilsynet om deres vurdering af afvejningen. Samme begrænsning var til stede ved vurderingen af rækkevidden for anvendelsen af modellen. Udover Datatilsynet er det her relevant også at rette henvendelse til Forbrugerombudsmanden.

²¹⁵ Blume (2014), s. 106

Kapitel 7: Konklusion

Det kan konkluderes, at virksomheden skal inkludere en række yderligere omkostninger, udover den initiale investering, i forbindelse med virksomhedens økonomiske vurdering af shopper tracking. Af disse yderligere omkostninger bør især den potentielle skade på virksomhedens omdømme, og omkostninger forbundet med at få adgang til shoppernes data, pointeres. Afhandlingen opstiller en model for, hvordan virksomheden kan påvirke shopperens villighed til at afgive data. Modellen præsenterer en række faktorer, som virksomhederne kan anvende til at påvirke shopperne. Anvendelsen af de præsenterede faktorer vil udgøre omkostninger for virksomheden, som skal medregnes i den økonomiske vurdering.



Disse omkostninger skal sammenholdes med de potentielle fordele, som shopper tracking kan generere, hvor især den direkte kommercielle værdi er væsentlig. Afhandlingen opstiller herefter en vurderingsramme for virksomheden, baseret på en traditionel cost-benefit-analyse, hvori de identificerede økonomiske forhold indgår, som virksomheden skal medregne i vurderingen af de økonomiske fordele og ulemper ved shopper tracking.

Costs	Benefits
•Investeringen (hardware) •Relaterede omkostninger (databehandling, implementering, m.m.) •Potentielt skade på omdømme & brand (evt. tabte kunder) •Udgifter i relation til overholdelse af lovgivning •Rabatter & fordele til shoppere •Design af koncept (fx datakontrol til shoppere) •Udgifter til forbedring af brand & omdømme, samt til framing & kommunikation	•Kommerciel værdi (forbedret marketing, øget omsætning, kundeloyalitet, butiksoptimering etc.) •Konkurrencemæssige fordele •Potentielt positiv effekt på omdømme •Værdien af dataet

Det kan desuden konkluderes, at virksomheden højest sandsynlig ikke kan basere sin anvendelse af shopper tracking på interesseafvejningsreglen i PDL § 6, stk. 1, nr. 7, da hensynet til shopperen må formodes, at være tungestvejende. Det kan ikke med sikkerhed afvises, at virksomheden kan iværksætte foranstaltninger og tiltag, der kan få interesseafvejningen til at falde ud til virksomhedens fordel, men dette må vurderes at være usandsynligt.

Behandlingshjemmel kan i stedet støttes på den registreredes samtykke. Derved kan shopper tracking legitimeres ved, at virksomheden indhenter et gyldigt samtykke fra shopperen. Virksomheden skal her være opmærksom på, at kravet om god markedsføringsskik, jf. MFL § 1, medfører, at der stilles yderligere krav til virksomheden i forbindelse med indhentning af samtykke. Dette er væsentligt, da sammenspillet mellem persondataretten og markedsføringsretten medfører, at brud på god markedsføringsskik vil gøre anvendelsen af shopper tracking ulovlig efter persondataretten.

Afslutningsvist kan det konkluderes, at lovgivningen ikke fastsætter væsentlige begrænsninger for anvendelsen af de faktorer, der præsenteres i modellen. Kun ved særligt offensivt brug af faktorerne, herunder tilbud om urimeligt høje rabatter, kan det forventes, at lovgivningen begrænser anvendelsen af modellen. Dermed har virksomheden vid mulighed for at påvirke shopperens villighed til at afgive data uden at handle i strid med hverken persondataretten eller markedsføringsretten.

Juridiske kilder

Lov-, direktiv- og traktatoversigt

Cookiebekendtgørelsen: BEK nr. 1148 af 09/11/2011 om krav til information og samtykke ved lagring af eller adgang til oplysninger i slutbrugeres terminaludstyr (der implementerer ændringsdirektiv 2009/136/EF).

Databeskyttelsesdirektivet: Europa-Parlamentet 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.

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

E-handelsloven: Lov nr. 227 af 22/04/2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel.

E-privacy-direktivet: 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, som ændret ved ændringsdirektiv 2009/136/EF.

Handelspraksisdirektivet: Europa-Parlamentet 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.

Markedsføringsloven: Lov nr. 1389 af 21/12/2005 om markedsførings, med de ændringer, der følger af § 102 i lov nr. 538 af 8. juni 2006, lov nr. 1547 af 20. december 2006, § 4 i lov nr. 181 af 28. februar 2007, § 7 i lov nr. 364 af 13. maj 2009, § 2 i lov nr. 535 af 26. maj 2010, lov nr. 719 af 25. juni 2010, § 11 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 4 i lov nr. 341 af 27. april 2011, § 1 i lov nr. 621 af 14. juni 2011, § 33 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, § 5 i lov nr. 1387 af 23. december 2012, § 1 i lov nr. 378 af 17. april 2013 og § 6 i lov nr. 1460 af 17. december 2013.

Herunder:

- Markedsføringsudvalgets betænkning nr. 1457/2005 om Markedsføring og prisoplysning
- Lovforslag L 2 fremsat d. 4. oktober 2006 om ændring af lov om markedsføring (Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrolundersøgelser mv.)

Persondataforordningen: Europa-Parlamentet og Rådets forordning 2016/679/EU 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.

Herunder:

- Forslag til persondataforordningen af 25. januar 2012, COM (2012)11 Final, 2012/0011/COD.
- General Data Protection Regulation (final compromise text), af 15. december 2015, 2012/0011 (COD), dok. 15039/15.
- Generel forordning om databeskyttelse (endelige kompromistekst, dansk udgave) af 28. januar 2016, 2012/0011 (COD), dok. 5455/16.

Persondataloven: Lov nr 429 af 31/05/2000 om behandling af personoplysninger, med de ændringer, der følger af § 7 i lov nr. 280 af 25. april 2001, LBK nr. 158 af 9. marts 2006, § 6 i lov nr. 552 af 24. juni 2005, § 2 i lov nr. 519 af 6. juni 2007, lov nr. 188 af 18. marts 2009, § 2 i lov nr. 503 af 12. juni 2009, § 2 i lov nr. 422 af 10. maj 2011, § 1 i lov nr. 1245 af 18. december 2012, lov nr. 606 af 12. juni 2013 og § 1 i lov nr. 639, af 12. juni 2013.

Herunder:

- Registerudvalgets betænkning nr. 1345/1997 om behandling af personoplysninger

Traktaten om den Europæiske Union (TEU).

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).

Art. 29-gruppens arbejdsrapporter

- Article 29 Working Party, 2005, working document on data protection issues related to RFID technology (**WP105**).
- Article 29 Working Party, Opinion 15/2011 on the definition of consent (**WP187**).
- Article 29 Working Party, Opinion 01/2012 on the data protection reform proposals (**WP191**).
- Article 29 Working Party, Opinion 08/2012 providing further input on the data protection reform discussions (**WP199**).
- Article 29 Working Party, Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques (**WP216**).
- Article 29 Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC (**WP217**).
- Article 29 Working Party, Statement on Statement of the WP29 on the impact of the development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU (**WP221**).

Vejledninger og øvrige

Forbrugerrådets høringsvar til Forbrugerombudsmandens vejledning om markedsføringslovens § 6 af 29. april 2010.

Spamvejledningen: Forbrugerombudsmandens vejledning om markedsføringslovens § 6 om uanmodet henvendelse til bestemte aftagere, VEJ nr. 9976 af 20. december 2013.

Forbrugerombudsmandens notat af 20. februar 2015: Cpr-nummer - kan erhvervsdrivende lovligt kræve kundens cpr-nummer oplyst. Sag: FO-12/03077-55.

Retspraksis

Dansk retspraksis:

Datatilsynets afgørelse: Billeddatabase i forbindelse med adgangskontrol, j.nr. 2005-212-0299.

Datatilsynets afgørelse: Adgangskontrol ved brug af ansigtsgenkendelse, j.nr. 2009-082-0087.

FOB 14/03912, Forbrugerombudsmandens afgørelse ”Det var i orden at belønne personer med 15 % rabat for at modtage elektronisk markedsføring”, sagsnummer: 14/03912.

UfR 1998.83 H, Forbrugerombudsmanden mod HNG Hovedstadsregionens Naturgas I/S, Højesterets dom af 27. november 1997.

UfR 2002.1282 SH, Forbrugerombudsmanden mod Interessebank Danmark, Sø- og Handelsrettens dom af 15. marts, 2002.

EU retspraksis

C-524/06: EU-Domstolens dom af 16. december 2008, sag C-524/06 (Heinz Huber v Bundesrepublik Deutschland), Saml. 2008 I-09705.

C-261/07 & C-299/07: EU-Domstolens dom af 23. april 2009, de kombinerede sager C-261/07 & C-299/07 (VTB-VAB NV v Total Belgium NV) & (Galatea BVBA mod Sanoma Magazines Belgium NV), Saml. 2009 I-02949.

C-468/10 & C-469/10: EU-Domstolens dom af 24. november 2011, de kombinerede sager C-468/10 & C-469/10 (ASNEF og FECMD v Administración del Estado), 2011 I-12181.

Litteraturfortegnelse

Artikler

Barnes, Susan B. 2006. A privacy paradox: Social networking in the United States. *First Monday*. Vol. 11(9). Udgivet online på <http://firstmonday.org/article/view/1394/1312#author> (set 08/05-2016).

Berezowska, Aleksandra, Arnout R. H. Fischer, Amber Ronteltap, Ivo A. van der Lans og Hans C. M. van Trijp. 2015. Consumer adoption of personalised nutrition services from the perspective of a risk-benefit trade-off. *Genes & Nutrition*. Vol. 10(6):42, doi:10.1007/s12263-015-0478-y.

Blume, Peter. 2001. Markedsføring på basis af persondata. *Ugeskrift for Retsvæsen*. U.2001B.95.

Chorppath, Anil Kumar og Tansu Aplcan. 2013. Trading privacy with incentives in mobile commerce: a game theoretic approach. *Pervasive and Mobile Computing*. Vol. 9: 598-612.

Chorvat, Terrence, Keven McCabe og Vernon Smith. 2005. Law and Neuroeconomics. *Supreme Court Economic Review*. Vol. 13: 35-62.

Cottrill, Caitlin D. og Piyushimita "Vonu" Thakuria. 2015. Location privacy preferences: A survey-based analysis of consumer awareness, trade-off and decision-making. *Transportation Research Part C*. Vol. 56: 132-148.

Danezis, George, Stephen Lewis og Ross Anderson. 2005. How much is location privacy worth? *Fourth Workshop on the Economics of Information Security*. Cambridge, MA: Harvard University. Link: <http://infosecon.net/workshop/pdf/location-privacy.pdf>

De Montjoye, Yves-Alexandre, César A. Hidalgo, Michel Verleysen og Vincent D. Blondel. 2013. Unique in the Crowd: The privacy bounds of human mobility. *Scientific Reports*. Vol. 3: 1376, 1-5.

De Montjoye, Yves-Alexandre, Laura Radaelli, Vivek Kumar Singh og Alex Pentland. 2015. Unique in the shopping mall: On the reidentifiability of credit card metadata. *Science*. Vol. 347: 6221, 536-539.

Hoy, Mariea Grubbs og Georg Milne. 2010. Gender differences in privacy-related measures for young adult facebook users. *Journal of Interactive Advertising*. Vol. 10(2): 28-45.

Junglas, Iris A., Norman A. Johnson og Christiane Spitzmüller. 2008. Personality traits and concern for privacy: An empirical study in the context of location-based services. *European Journal of Information Systems*. Vol. 17: 387-402.

Kahneman, Daniel og Amos Tversky. 1981. The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*. Vol. 211: 453-458.

Kim, Dan J., Donald L. Ferrin og H. Raghav Rao. 2009. Trust and satisfaction, two stepping stones for successful e-commerce relationships: a longitudinal exploration. *Information Systems Research*. Vol. 20(2): 237-257.

- Koohikamali, Mehrdad, Natalie Gerhart og Mohammadreza Mousavizadeh. 2015. Location disclosure on LB-SNAs: The role of incentives on sharing behavior. *Decision Support Systems*. Vol. 71: 78-87.
- Krasnova, Hanna og Natasha F. Veltri. 2010. Privacy calculus on social networking sites: Explorative evidence from Germany and USA. *Proceedings of the 43rd Hawaii International Conference on System Sciences*, doi: 10.1109/HICSS.2010.307
- Krause, Andreas og Eric Horvitz. 2010. A utility-theoretic approach to privacy in online services. *Journal of Artificial Intelligence Research*. Vol. 39: 633-662.
- Lacey, Russell og Julie Z. Sneath. 2006. Customer loyalty programs: are they fair to consumers? *Journal of Consumer Marketing*. Vol. 23(7): 458-464.
- Lieshout, Marc van. 2014. The value of personal data. *Privacy and Identity Management for the Future Internet in the Age of Globalisation*: 26-38.
- Liu, Zhan, Jialu Shan, Riccardo Bonazzi og Yves Pigneur. 2014. Privacy as a tradeoff – introducing the notion of privacy calculus for context-aware mobile applications. *47th Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS)*: 1063-1072.
- Myerscough, Stuart, Ben Lowe og Frank Alpert. 2006. Willingness to provide personal information online: The role of perceived privacy risk, privacy statements and brand strength. *Journal of Website Promotion*. Vol. 2(1/2): 115-140.
- Olivero, Nadia og Peter Lunt. 2004. Privacy versus willingness to disclose in e-commerce exchanges: The effect of risk awareness on the relative role of trust and control. *Journal of Economic Psychology*. Vol. 25: 243-262.
- Patil, Sameer, Apu Kapadia, Greg Norcie og Adam J. Lee. 2012. "Check out where I am!": Location-sharing, motivations, preferences and practices. *The ACM SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems, Extended Abstracts (CHI-EA), May 2012*: 1997-2002.
- Phelps, Joseph, Glen Nowak og Elisabeth Ferrell. 2000. Privacy concerns and consumer willingness to provide personal information. *Journal of Public Policy & Marketing*. Vol. 19(1): 27-41.
- Sayre, Shay og David Horne. 2000. Trading secrets for savings: How concerned are consumers about club cards as a privacy threat? *Advances in Consumer Research*. Vol. 27: 151-155.
- Silveira, Paulo og Christina Marreiros. 2014. Shopper Marketing: A Literature Review. *International Review of Management and Marketing*. Vol. 4(1): 90-97.
- Spiekermann, Sarah og Alexander Novotny. 2015. A vision for global privacy bridges: Technical and legal measures for international data markets. *Computer Law & Security Review*. Vol. 31: 181-200.

Taddicken, Monika og Cornelia Jers. 2011. The uses of privacy online: trading a loss of privacy for social web gratifications? *Privacy Online: Perspectives on Privacy and Self-disclosure in the social web*. Heidelberg: Springer: 143-156.

Trzaskowski, Jan. 2011. Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive. *Journal of Consumer Policy*. Vol. 34(3): 377-392.

Tversky, Amos, Mark Kelman og Yuval Rottenstreich. 1996. Context-dependence in legal decision making. *Journal of Legal Studies*. Vol. 25(2): 287-318.

Ward, Steven, Kate Bridges og Bill Chitty. 2005. Do incentives matter? An Examination of on-line privacy concerns and willingness to provide personal and financial information. *Journal of Marketing Communications*. Vol. 11(1): 21-40.

Xu, Heng, Hock-Hai Teo, Bernard C. Y. Tan og Ritu Agarwal. 2009. The role of push-pull technology in privacy calculus: The case of location-based services. *Journal of Management Informations Systems*. Vol. 26(3): 135-174.

Bøger

Blume, Peter. 2003. *Behandling af persondata – en kritisk kommentar*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Blume, Peter. 2014. *Persondataretten i en brydningstid*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Frank, Robert H. 2010. *Microeconomics and Behavior*. McGraw-Hill/Irwin.

Glimcher, Paul W. 2004. *Decisions, Uncertainty and the Brain*. The MIT Press.

Glimcher, Paul W., Colin F. Camerer, Ernst Fehr og Russell A. Poldrack. 2009. *Neuroeconomics – Decision making and the brain*. Academic Press, Elsevier.

Højlund, Dorte. 2015. *Persondataloven – en indføring*. Hans Reitzels Forlag.

Jesson, Jill, Lydia Matheson og Fiona M. Lacey. 2011. *Doing Your Literature Review: Traditional and Systematic Techniques*. Sage.

Kahnmann, David. 2015. *At tænke - hurtigt og langsomt*. 2. udg. Lindhardt og Ringhof Forlag A/S.

Møgelvang-Hansen, Peter, Thomas Riis og Jan Trzaskowski. 2011. *Markedsføringsretten*. Ex tuto Publishing.

Parisi, Francesco og Vernon L. Smith. 2005. *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford University Press.

Posner, Richard A. 2007. *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law & Business.

Ramsøy, Thomas Z. 2015. *Introduction to neuromarketing & consumer neuroscience*. Neurons Inc ApS.

Riis, Thomas og Jan Trzaskowski. 2013. *Skriftlig Jura: Den juridiske fremstilling*. Ex Tuto Publishing A/S.

Ross, Alf. 2013. *Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. 2. udg. Hans Reitzels Forlag.

Shankar, Venkatesh. 2011. *Shopper Marketing*. Marketing Science Institute.

Storm, Sanne og Søren Heede. 1997. *Loyalitetsprogrammer i Norden og forbrugerbeskyttelse: en juridisk undersøgelse suppleret af en økonomisk undersøgelse*. Nordisk Ministerråd.

Ståhlberg, Markus og Ville Maila. 2010. *Shopper Marketing: How to increase purchase decisions at the point of sale*. Replika Press Pvt Ltd.

Sunstein, Cass R. 2000. *Behavioral Law & Economics*. Cambridge University Press.

Tranberg, Charlotte Bagger. 2007. *Nødvendig behandling af personoplysninger*. Forlaget Thomson A/S.

Trzaskowski, Jan, Andrej Savin, Björn Lundqvist og Patrik Lindsoug. 2015. *Introduction to EU Internet Law*. Ex Tuto Publishing A/S.

Hjemmesider (senest besøgt 13/05 2016)

- Retail Tracking Firm Settles FTC Charges: it Misled Consumers About Opt Out Choices (FTC v Nomi Technologies): <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/04/retail-tracking-firm-settles-ftc-charges-it-misled-consumers>
- Undersøgelse foretaget af FDM, "Danskerne vil selv eje deres i nye biler": <http://www.fdm.dk/nyheder/danskerne-vil-selv-eje-deres-data-nye-biler>
- Shawn Buckles: <http://shawnbuckles.nl/dataforsale/>
- My Car My Data-kampagnen: <http://www.mycarmydata.eu/>
- Blog-indlæg, "7 technologies to track people": <http://www.behavioranalyticsretail.com/7-technologies-to-track-people/>
- Nyhed fra DR Nyheder, "Smarte fjernsyn fra Samsung optager dine private samtaler": <http://www.dr.dk/nyheder/indland/smart-fjernsyn-fra-samsung-optager-dine-private-samtaler>
- Nyhed fra the Guardian, "Samsung's voice-recording smart TVs breach privacy law, campaigners claim": <http://www.theguardian.com/technology/2015/feb/27/samsung-voice-recording-smart-tv-breach-privacy-law-campaigners-claim>
- Blog-indlæg: "You can stop whispering: Your Samsung Smart TV isn't spying on you":

- <http://www.digitaltrends.com/home-theater/samsung-tvs-arent-spying-eavesdropping-listening/>
- Blog-indlæg, "Trenden der for alvor bliver mainstream I 2016": <http://blogmindshare.dk/2015/12/15/trenden-der-for-alvor-bliver-mainstream-i-2016/>
- 2014 EMC Privacy Index: <http://www.emc.com/campaign/privacy-index/index.htm>

Eksempler på udbydere af shopper tracking

- Estimote: <http://www.Estimote.com>
- RetailNext: <http://www.retailnext.net>
- ShopperTrak: <http://ShopperTrak.com>
- Sensero: <http://www.Sensoro.com>
- VicarVision: <http://www.vicarvision.nl>
- Vizualize: <http://www.vizualize.net>

Rapporter

- 2014 EMC Privacy Index (<http://www.emc.com/collateral/brochure/privacy-index-global-in-depth-results.pdf>). 2014. EMC Corporation
- Deloitte Consulting LLP og Grocery Manufacturers Association (GMA). 2007. *Shopper Marketing: Capturing a Shopper's Mind, Heart and Wallet*. Deloitte Development LLC.
- Deloitte LLP. 2015. *The 2015 American Pantry Study: The call to re-connect with consumers*. USA: Deloitte Development LLC.
- Office of the Federal Privacy Commissioner, *2001 Community attitudes towards privacy in Australia*. Office of the Federal Privacy Commissioner
- Point-of-Purchase Advertising Institute (POPAI). 1995. *The 1995 POPAI consumer buying habits study*. POPAI.