

Marknadsföring med hjälp av elektroniska meddelanden

Studier visar att mellan 70 och 90 procent av alla e-postmeddelanden är så kallad spam mail eller obeställd e-postreklam. 2004 infördes det nya regler beträffande obeställd e-postreklam i marknadsföringslagen och Konsumentverket har inrättat en tjänst varigenom oönskad e-postreklam kan anmälas men anmälningarna har endast resulterat i ett förbuds-föreläggande (ärende Dnr 2004/3921). Eftersom de nuvarande reglerna är relativt tandlösa har det inom ramen för det s.k. telekompaketet som på försommaren debatterats i Euro-paparlamentet föreslagits att Internetleverantörer och konsumentorganisationer skall få en uttrycklig rätt att vidta rättsliga åtgärder mot "spammare". Advokat Henrik Bengtsson vid Advokatfirman Delphi går i denna artikel igenom under vilka förutsättningar marknads-föring kan skickas med elektroniska meddelanden såsom e-post, SMS och MMS.

De svenska marknadsrättsliga reglerna för e-postreklam bygger på Direktivet om integritet och elektronisk kommunikation (Kommunikationsdataskyddsdirektivet) och återfinns i 20 § 1 st. i 2008 års marknads-föringslag. Reglerna innebär i korthet att en näringsidkare vid marknadsföring till en fysisk person endast får använda elektronisk post om den fysiska personen har samtyckt till det på förhand. Det finns dock ett undantag från samtyckeskravet om näringsidkaren fått den fysiska personens e-postadress i samband med försäljning av en vara eller tjänst till personen, om (I) personen inte motsatt sig att uppgiften om elektronisk adress används

Ny Juridik 3:09 s 36

för marknadsföring med elektronisk post, (II) marknadsföringen avser näringsidkarens egna, likartade produkter och (III) personen klart och tydligt ges möjlighet att kostnadsfritt och enkelt motsätta sig att uppgiften används i marknadsföringssyfte. Möjligheten att motsätta sig e-postmarknadsföring skall ges när uppgiften samlas in och vid varje följande e-postmeddelande. Marknadsföring via elektronisk post skall vidare alltid innehålla en giltig adress till vilken mottagaren kan sända en begäran om att marknads-föringen skall upphöra.

Begreppet elektronisk post

I 3 § marknadsföringslagen definieras elektronisk post som "ett adresserat eller på annat sätt individualiserat elektroniskt meddelande i form av text, röst, ljud eller bild som sänds via ett allmänt kommunikationsnät och som kan lagras i nätet eller i mottagarens terminalutrustning tills mottagaren hämtar det". Lagens definition av elektronisk post innefattar därmed också SMS, MMS och även andra typer av meddelanden som kan skickas via tjänster för direktmeddelande, t.ex. ICQ och MSN Messenger. Det omfattar även meddelanden som lämnas på telefonsvarare, och "nätsänd" kommunikation som går direkt till en IP-adress (se Artikel 29 gruppens Yttrande 5/2004 om icke begärd kommunikation i marknads-föringssyfte enligt artikel 13 i direktiv 2002/58/EG 11601/SV WP 90, s. 3).

Reklamidentifikation

Av 9 § marknadsföringslagen följer att all marknadsföring skall utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Av förarbetena till 1995 års marknadsföringslag och Marknadsdomstolens rättspraxis (MD 1991:2, 1999:24 och 2002:4) framgår vidare att för att kravet på reklamidentifikation skall vara uppfyllt krävs att konsumenten skall ha möjlighet att med ett minimum av ansträngning kunna avvisa meddelanden som han eller hon inte vill ta del av. Detta innebär att det t.ex. vid reklam via post redan av ytterkuvertet till försändelser klart

Ny Juridik 3:09 s 37

bör framgå att försändelsen innehåller reklammaterial. Motsvarande bedömning gäller enligt Direktivet om elektronisk handel (2000/31/EG) (se Joakim Enkvist Gauffins avhandling Spam - Spim - Spit, s. 29).

I MD 2004:25 prövade Marknadsdomstolen huruvida ett företag som skickade obeställd e-post och SMS hade uppfyllt reklamidentifikationskravet. Domstolen uttalade:

"Den i målet aktuella marknadsföringen skiljer sig i vissa avseenden från den som tidigare varit fråga för bedömning i Marknadsdomstolen eftersom ifrågavarande marknadsföring skickats med e-post respektive SMS istället för med vanlig post. Det faller sig dock naturligt att jämställa en försändelses ytterkuvert med en rubrikrad till ett e-postmeddelande eller en avsändarrad vid ett SMS-meddelande. Detta eftersom det är vad konsumenten ser först, innan denne öppnar själva meddelandet."

Etiska nämnden för direktmarknadsföring (DM-nämnden) bedömer huruvida direktmarknadsföring är förenlig med god marknadsföringsetik. Nämnden har bedömt ett stort antal ärenden beträffande obeställd e-postreklam och har, med utgångspunkt i Marknadsdomstolens praxis, uttalat att det är viktigt att en fast praxis utvecklas för hur reklamidentifieringen skall göras i e-brev. DM-nämndens uppfattning är att identifikationskravet kan mötas genom att avsändaren anger ordet "Reklam" som första ord i ämnesraden i e-brevet (DM-nämndens Uttalande 2002-09-06 i ärende Dnr 301/2002). DM-nämnden har även ansett att ämnesraden "Kom in och fynda bland många tekniska prylar!" fungerat som reklamidentifikation (DM-nämndens Uttalande 2003-06-27 i ärende Dnr 311/2002 och 313/2002). Däremot har DM-nämnden ansett att varken ämnesraden "Är du singel?" eller "Vill du träffa någon ny?" fungerar som reklamidentifikation (DM-nämndens Uttalande 2003-10-31 i ärende Dnr 355/2003). DM-nämndens praxis kan, eftersom Marknadsdomstolen beaktar branschnormer inom ramen för sin bedömning, få betydelse vid den marknadsrättsliga tolkningen av vad som utgör god marknadsföringssed.

Ny Juridik 3:09 s 38

Sändarangivelse

Av 9 § 2 st marknadsföringslagen följer att det av marknadsföringsmaterial tydligt skall framgå vem som är avsändare. Enligt Marknadsdomstolens praxis krävs inte, när det gäller traditionell direktreklam, att avsändaren anges redan på ytterkuvertet utan det är tillräckligt att innehållet tydligt visar från vem reklambudskapet kommer (se MD 1983:16 och 1999:24).

När det gäller marknadsföring via elektronisk post följer det av 20 § marknadsföringslagen att meddelandet alltid skall innehålla en giltig adress till vilken mottagaren kan sända en begäran om att marknadsföringen skall upphöra. I förarbetena och Kommunikationsdataskyddsdirektivet artikel 13 (4) kommenteras inte närmare vad som avses med uttrycket "giltig adress". I de EG-direktiv som finns på konsumentskyddsområdet kan man konstatera att när man avsett att en adress skall vara en geografisk adress har just uttrycket "geografisk adress" använts. Den rimliga motsatsvisa tolkningen är således att med begreppet "giltig adress" måste avses såväl geografisk adress som e-postadress under förutsättning att adressen används av näringsidkaren.

Som framgår nedan punkten 4.1 kompletteras kravet på sändarangivelse i marknadsföringslagen med ett flertal regler i andra lagstiftningar som bl.a. innebär att organisationsnummer, momsregistreringsnummer och säte skall anges.

Informationskrav i övrig lagstiftning

Marknadsföring via elektronisk post aktualiserar ett flertal övriga informationsbestämmelser. Av den marknadsrättsliga lagstridighetsprincipen följer att underlåtelse att iaktta dessa informationskrav betraktas som otillbörlig marknadsföring enligt 5 § marknadsföringslagen (prop. 1994/95:123 s. 201 och prop. 2007/08:115 s. 68 ff.).

Om avsändaren av e-brevet är ett aktiebolag eller en filial till ett utländskt bolag är avsändaren enligt 28 kap. 5 § aktiebolagslagen skyldig att i brev som riktar sig till en bestämd krets av mottagare ange följande information:

Ny Juridik 3:09 s 39

1. Bolagets firma.
2. Den ort där styrelsen har sitt säte.
3. Bolagets organisationsnummer.

Bestämmelsen omfattar även elektronisk post (se Kahn, Johan: Breddat informationskrav för aktiebolag vid elektronisk kommunikation, Lov & Data nr 89 2007).

Är avsändaren en filial till ett utländskt bolag är denne enligt 5 a § lagen om utländska filialer m.m. skyldig att ange följande information:

1. Det utländska företags rättsliga form och säte.
2. Det utländska register där företaget är registrerat.
3. Företags nummer i detta register.
4. Filialens organisationsnummer.
5. Det svenska register där bolaget är registrerat.

Eftersom skickandet av marknadsföring via elektronisk post omfattas av begreppet "informationssamhällets tjänster" i lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen) blir informationsbestämmelserna i 8 § nämnda lag tillämpliga (se prop. 2001/02:150, s. 26). Detta innebär att avsändaren är skyldig att ange följande information i e-brevet:

1. Sitt namn.
2. Sin adress i etableringsstaten.
3. Sin e-postadress.
4. Organisationsnummer.
5. Momsregistreringsnummer.
6. Behörig tillståndsmyndighet.

EG-domstolen prövade förra hösten ett mål där frågan var om det är tillräckligt att näringsidkaren anger sin e-postadress eller om det också krävs att telefonnummer anges. EG-domstolen konstaterade att kontaktuppgifterna inte nödvändigtvis behöver inbegripa ett telefonnummer utan att uppgifterna kan bestå i ett elektroniskt kontaktformulär med hjälp av vilket tjänstemottagaren kan vända

Ny Juridik 3:09 s 40

sig till tjänsteleverantören via Internet och vilket tjänsteleverantören besvarar via e-post. EG-domstolen konstaterade också att det kan finnas situationer då en tjänstemottagare, efter att ha kontaktat tjänsteleverantören på elektronisk väg, av olika skäl (t.ex. tjänsteresa eller semester) kan sakna tillgång till Internet. I detta udda undantagsfall menade EG-domstolen att tjänsteleverantören, på tjänstemottagarens begäran, måste erbjuda en icke-elektronisk kommunikationsväg för att tjänstemottagaren skall kunna upprätthålla en effektiv kommunikation (EG-domstolens dom i mål nr C-298/07).

Om avsändaren bedriver reglerad yrkesverksamhet skall informationen även omfatta uppgifter om

1. yrkestitel och den stat där denna erhållits,
2. den yrkesorganisation eller liknande där tjänsteleverantören är registrerad, och
3. de bestämmelser som är tillämpliga på yrkesverksamheten och sättet att få tillgång till dem.

Om marknadsföring via elektronisk post avser en preciserad vara och pris anges betraktas e-brevet som ett köperbudande enligt 12 § marknadsföringslagen vilket innebär att informationskraven i 12 § marknadsföringslagen blir tillämpliga.

Adresskälla

Det finns ingen explicit skyldighet enligt lag att ange adresskälla i marknadsföring som skickas via elektronisk post. Däremot följer av ICC:s Regler för direktmarknadsföring (artikel 23) och SWEDMA:s branschöverenskommelse Regler för användning av personuppgifter (punkten 7.2.2) en skyldighet att ange adresskälla. Endast om det för mottagaren står klart att avsändaren är en marknadsförare som denne har ett bestående kundförhållande till kan uppgift om adresskälla utelämnas (DM-nämndens Ut-talande 2001-12-14 i ärende Dnr 195/2001). DM-nämnden har vid ett relativt stort antal tillfällen prövat huruvida utelämnandet av adresskälla i e-postreklam strider mot god sed vid direktmarknadsföring

Ny Juridik 3:09 s 41

och konstaterat att så var fallet (se bl.a. ärende nr 282/02, 283/02, 284/02).

Förbudet att skicka obeställd e-postreklam till fysiska personer

Enligt huvudregeln i 19 § marknadsföringslagen är det förbjudet att skicka marknadsföring via elektronisk post till fysiska personer. Det finns två undantag från denna huvudregel, nämligen:

1. att mottagaren i förväg samtyckt till att ta emot marknadsföring via elektronisk post (s.k. opt-in) och
2. att (I) det finns ett etablerat kundförhållande mellan mottagaren och näringsidkaren, att (II) mottagaren och näringsidkaren marknadsför likartade varor eller tjänster och att (III) mottagaren inte har motsatt sig att ta emot marknadsföring via elektronisk post.

Ett ytterligare krav är att mottagaren ges möjlighet att, när elektroniska adressuppgifter lämnas och vid varje efterföljande elektroniskt meddelande, kostnadsfritt och enkelt kunna förhindra att den elektroniska adressuppgiften används i marknadsföringssyfte (opt-out).

Den territoriella tillämpningen av förbudet mot obeställd e-postreklam

Av 6 § 1 p. lagen om elektronisk handel följer att ursprungslandsprincipen, som är tillämplig i övrigt på informationssamhällets tjänster, inte är tillämplig på icke begärd elektronisk post. Istället är effektlandsprincipen tillämplig på obeställd marknadsföring via elektronisk post. Effektlandsprincipen innebär att den svenska marknadsföringslagen är tillämplig under förutsättning att marknadsföringen åtminstone delvis är riktad mot en svensk publik. Huruvida marknadsföringen är riktad mot svensk publik skall enligt förarbetena till marknadsföringslagen avgöras på grundval av en helhetsbedömning som bl.a. innefattar språket i reklampublikationen, den tänkta målgruppen och den faktiska spridningen av reklammediet.

Ny Juridik 3:09 s 42

Effektlandsprincipen har prövats ett flertal gånger av Marknadsdomstolen. I det första målet, MD 1989:6 (Scanorama), menade Marknadsdomstolen att Scanorama inte kunde falla inom marknadsföringslagens tillämpningsområde eftersom Scanorama var avsedd för spridning huvudsakligen på flygplan i internationell trafik och endast en mindre del av upplagan spreds inom Sverige. I senare avgöranden (MD 2000:8, MD 2000:19, MD 2001:19 och MD 2004:17) har svaranden invänt att marknadsföringslagen inte varit tillämplig på svarandens åtgärder eftersom den i målet aktuella servern från vilken marknadsföringen spridits varit placerad utomlands. Marknadsdomstolen har dock konstaterat att det faktum att marknadsföringen avfattats på svenska, att priser angivits i svenska kronor, att telefonnummer angivits utan landskod, att bolagets svenska adress angivits och att tjänsterna tydligt är avsedda för den svenska marknaden innebär att marknadsföringen har varit riktad mot konsumenterna på den svenska marknaden. Den svenska marknadsföringslagen är således tillämplig på e-postreklam som uppfyller kraven på anknytning enligt kriterier ovan.

Vad är en "fysisk person" enligt marknadsföringslagen?

Marknadsföringslagens regler om obeställd marknadsföring via elektronisk post omfattar endast marknadsföring riktad till en fysisk person. En fysisk person som är näringsidkare, d.v.s. en person som driver en enskild firma, omfattas enligt förarbetena av samtyckeskravet (prop. 2003/04:43 s. 13). Samtycke krävs dock inte för att elektronisk post skall få användas vid marknadsföring till juridiska personer. Det

framgår dock inte av förarbetena om förbudet att skicka obeställd marknadsföring via elektronisk post till fysiska personer även omfattar fysiska personer i deras egenskap av anställda hos en juridisk person. Enligt artikel 13 första stycket Kommunikationsdataskyddsdirektivet får direkt marknadsföring via elektronisk post bara tillåtas i förhållande till *abbonnenter* som i förväg har gett sitt samtycke. Av artikel 13 följer att samtyckeskravet endast gäller abonnenter som är *fysiska personer*. I det s.k. ramdirektivet (Direktiv 2002/21/EG) definieras abonnenter som "fysisk eller juridisk person som har ingått avtal med en leverantör av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster om tillhandahållande av sådana tjänster". Utgångspunkten i Kommunikationsdataskyddsdirektivet

Ny Juridik 3:09 s 43

är således inte huruvida mottagaren är en fysisk person utan istället huruvida *abbonnten* är en fysisk person. Är det arbetsgivaren som är abonnent, som är en juridisk person, förbjuds inte skickandet av marknadsföring via elektronisk post till fysiska personer anställda hos arbetsgivaren (se Artikel 29 gruppens Yttrande 5/2004 om icke begärd kommunikation i marknadsföringssyfte enligt artikel 13 i direktiv 2002/58/EG 11601/SV WP 90, s. 8).

Frågan har även varit föremål för rättslig prövning i Kammarrätten i Stockholm (Kammarrättens i Stockholm dom 2006-02-08 i mål nr 6624-05). Bakgrunden var att ett företag hade begärt att få ta del av en sammanställning av e-postadresser till all personal inom grund- och gymnasieskolan. Adresserna skulle användas i informations- och marknadsföringssyfte. Österåkers kommun avslog begäran med stöd av 7 kap. 16 § sekretesslagen eftersom ett e-postutskick skulle stå i strid med personuppgiftslagen och marknadsföringslagen. Kammarrätten resonerade inte kring Kommunikationsdataskyddsdirektivet utan konstaterade endast att eftersom det var kommunerna som förfogade över de aktuella e-postadresserna stred det inte mot 13 b § marknadsföringslagen att skicka marknadsföring till kommunens anställda. Österrikiska domstolar som har haft att tillämpa samma gemenskapsrättsliga regler har dömt i olika riktningar, Landgericht Wien ansåg att en advokat inte tagit emot e-postreklam i egenskap av fysisk person (I LG f ZRS Wien, Urteil vom 24.2.2006, 36 R 69/06y) medan Landgericht Graz kom till motsatt slut (se LG f ZRS Graz, Urteil vom 23.1.2006, 1 R 13/06y).

Begreppet "Näringsidkarens egna likartade produkter eller tjänster"

Undantaget för direktmarknadsföring av likartade produkter och tjänster som mottagaren marknadsför skall som utgångspunkt tolkas restriktivt. Även rekvisitet näringsidkare skall tolkas snävt, med näringsidkare avses enbart just den fysiska eller juridiska person som samlat in informationen. Dotter- eller moderbolag inbegrips inte i näringsidkarbegreppet vilket innebär att e-postadresser som samlats in i ett koncernbolag inte kan vidarebefordras till ett annat bolag inom koncernen (se Artikel 29 Arbetsgruppen för

Ny Juridik 3:09 s 44

uppgiftsskydds yttrande 5/2004 om icke begärd kommunikation i marknadsföringssyfte enligt artikel 13 i direktiv 2002/58/EG 11601/SV WP 90, s. 9, prop. 2003/04:43, s. 13, och SOU 2002:109, s. 249).

När det gäller rekvisitet likartade produkter eller tjänster skall bedömningen av vad som är en likartad produkt eller tjänst utgå från mottagarens objektiva perspektiv (rimliga förväntningar) snarare än från avsändarens perspektiv (se Artikel 29 gruppens Yttrande 5/2004 om icke begärd kommunikation i marknadsföringssyfte enligt artikel 13 i direktiv 2002/58/EG 11601/SV WP 90, s. 9).

E-komutredningen har kommenterat rekvisitet "likartade varor eller tjänster" och har ansett att direktivets ordalydelse tillåter en skillnad i egenskaper mellan aktuella varor eller tjänster (SOU 2001:109, s. 250). Utredningen menade att med uttrycket "likadana varor eller tjänster" avses varor eller tjänster med samma egenskaper. Med "likartad vara eller tjänst" skulle istället avses en vara eller en tjänst som har egenskaper som *liknar de som en annan vara eller tjänst har*. Med denna utgångspunkt menade utredningen att en grov insortering i varugrupper kan göras varigenom man kan avskilja t.ex. elektriska hushållsapparater, husgeråd, livsmedel och textilier från varandra. I propositionen uttalas att det för att produkterna skall anses vara likartade i vart fall får krävas att de tillhör samma varu- respektive tjänstegrupp (prop. 2003/04:43 s. 18).

Bedömningen av vad som utgör likartade varor eller tjänster är i avsaknad av rättspraxis svår. Den franska dataskyddsmyndigheten CNIL:s uppfattning är att begreppet skall tolkas strikt men att ett företag

som har sålt en bok till en kund kan sända e-postmarknadsföring rörande skivor eftersom det i båda fallen rör sig om kulturella produkter (se Joakim Enkvist Gauffin: Spam - Spim - Spit, s. 134). Den finska Dataskyddsombudsmannen har i ett beslut från 2004 (beslut Dnr 1452/452/2004 respektive 1752-1754/452/2004) ansett att mobiltelefonabonnemang och nyhets- och programvarutjänster inte utgör egna likartade tjänster eftersom likheten mellan olika produkter eller tjänster skall bedömas på basis av tjänsternas innehåll eller produkternas användningsområde, inte på basis av den kommunikationsteknik som används vid förmedlande av marknadsföringen.

Ny Juridik 3:09 s 45

Begreppet "bestående kundförhållande"

Frågan om hur länge ett kundförhållande skall anses bestå besvarades inte i propositionen till ändringarna i marknadsföringslagen utan denna fråga lämnades till rättstillämpningen. Enligt Datainspektionens äldre tillämpningsföreskrifter till Datalagen beträffande vissa kund- och leverantörsregister (DIFS 1979:3) gällde att personuppgifter i ett kundregister skulle utplånas i vart fall senast vid utgången av det kalenderår som inföll *tre år* efter det att mellanhavanden mellan den registrerade och den registeransvarige avslutats. Med utgångspunkt i dessa regler ansåg DM-nämnden att ett kundförhållande skulle anses bestå i tre år. Datainspektionen har numera tagit avstånd från denna bedömning men har inte angivit någon ny tidsgräns utan bedömningen får göras utifrån vad som är nödvändigt. Datainspektionen hänvisar dock till E-komutredningens uppfattning att ett kundförhållande skulle anses bestå i högst *ett år* från det att avtalsförpliktelserna fullgjorts (SOU 2002:109 s. 247). Av Marknadsdomstolens dom i MD 2000:30 kan utläsas att en kundrelation i vart fall inte kan anses bestående *fem år* efter sista kontakten.

När det gäller gallring av personuppgifter har Datainspektionen ansett att en resebyrå kan spara personuppgifter i upp till två år vilket möjligen kan tjäna som en indikation på hur länge ett kundförhållande kan anses bestå.

Sammanfattningsvis kan konstateras att ett kundförhållande i vart fall bör anses ha bestått i ett år från det att mellanhavandena mellan kunden och näringsidkaren avslutades. Skall uppgifterna sparas längre förutsätter detta någon omständighet som medför att uppgifterna behöver behållas längre såsom exempelvis utestående garantiåtaganden eller möjligen att kunden tidigare vid flera tillfällen har återupptagit kundförhållandet efter en tids passivitet.

Samtyckesbegreppet

Frågan om hur samtyckesbegreppet skall tolkas adresseras i Kommunikationsdataskyddsdirektivet. Enligt beaktandesats 17 i direktivet kan ett samtycke ges i varje lämplig form som gör det möjligt att frivilligt lämna särskilda och informerade uppgifter om användarens önskemål, däribland genom markeringar i en ruta vid besök på en webbplats. Samtyckesbegreppet skall enligt artikel

Ny Juridik 3:09 s 46

2 f. i Kommunikationsdataskyddsdirektivet tolkas enligt Dataskyddsdirektivet (95/46/EG). Detta innebär att de tolkningar av samtyckesbegreppet som görs enligt direktivet och personuppgiftslagen är relevanta för tolkningen av samtyckesbegreppet i marknadsföringslagen.

Kravet på att samtycket skall vara särskilt innebär sannolikt att användarens samtycke måste manifesteras särskilt. Detta innebär att det inte är tillräckligt att samtycket lämnas genom en accept av allmänna avtalsvillkor utan att det, som framgår av direktivet, lämnas genom att användaren t.ex. kryssar i en särskild ruta (se Artikel 29 gruppens Yttrande 5/2004 om icke begärd kommunikation i marknadsföringssyfte enligt artikel 13 i direktiv 2002/58/EG 11601/SV WP 90, s. 5). Denna tolkning stöds också av MD:s avgörande i MD 2002:23 i vilket Marknadsdomstolen med stöd av lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden förbjöd ett företag att tillämpa avtalsvillkor varigenom kunden medgivit att dennes personuppgifter fick användas för direktmarknadsföringsändamål. Marknadsdomstolen menade att eftersom det inte framgick att den registrerade hade möjlighet att motsätta sig direktmarknadsföring var villkoret oklart och kunde vilseleda kunderna om deras rättsliga möjligheter att hindra behandling för direktmarknadsföringsändamål.

Frivillighetskravet i beaktandesats 17 i Dataskyddsdirektivet innebär att "samtyckesrutor" inte kan vara förfyllda utan att användaren självständigt måste klicka i en sådan ruta (se Artikel 29 gruppens Yttrande

5/2004 om icke begärd kommunikation i marknadsföringssyfte enligt artikel 13 i direktiv 2002/58/EG 11601/SV WP 90, s. 5 respektive Joakim Enkvist Gauffin: Spam - Spim - Spit, s. 131f).

Frågan huruvida tyst eller konkludent samtycke kan kvalificera som samtycke i marknadsföringslagens mening har prövats av Marknadsdomstolen i MD 2000:30 där frågan var om en konsument kunde anses ha samtyckt till att motta telefax från en automatisk telefaxuppringningstjänst. Marknadsdomstolen menade med hänvisning till förarbetena att det samtycke på förhand som krävs skall vara uttryck för en otvetydig viljeyttring. Ett s.k. hypotetiskt samtycke kunde inte godtas, hur välgrundad gissningen om den enskildes inställning än var. Inte heller kunde ett s.k. tyst samtycke godtas, t.ex. att den enskilde informeras om en viss behandling

Ny Juridik 3:09 s 47

och sedan ges en frist att motsätta sig den men inte avhörs innan fristens utgång. Däremot kan konkludent handlande konstituera ett samtycke, t.ex. när en enskild lämnar efterfrågade uppgifter efter att ha fått information om hur dessa skall behandlas och om att det är frivilligt att lämna uppgifter samt informeras om att ett uppgiftslämnande betraktas som ett samtycke.

I MD 2006:14 bedömde Marknadsdomstolen en marknadsföringsåtgärd som var ordnad på följande sätt: en person som besökte AMF:s webbplats kunde lämna sina personuppgifter, däribland telefonnummer, i ett formulär och därefter klicka på knappen "Ring upp dig själv från framtiden". Efter det att personen fyllt i uppgifterna ringde det inom några sekunder på numret personen hade angivit och en förinspelad berättelse på cirka en minut spelades upp. Marknadsdomstolen menade att den påtalade marknadsföringen innefattade sådana omfattande och preciserade åtgärder från den enskilde för att telefonsamtalet skall äga rum att de skall jämföras med samtycke i den mening som avses i 13 b § MFL (nuvarande 19 § 2 st marknadsföringslagen). Marknadsdomstolen menade också att det förhållandet att en besökare på den aktuella webbplatsen avsiktligt eller av misstag kan ange annans telefonnummer inte heller innebär att marknadsföringen kunde anses strida mot 13 a) § (nuvarande 19 § 1 st marknadsföringslagen) eller 4 § (nuvarande 5 § marknadsföringslagen).

Frågan huruvida näringsidkare kan skicka ut ett meddelande till mottagare som denne inte har något kundförhållande med i syfte att fråga mottagaren om denne samtycker till ytterligare marknadsföringskorrespondens har prövats av finska högsta domstolen i HD 2005:40. Domstolen menade att samtycke inte kunde inhämtas på detta vis eftersom själva utskickandet av förfrågan likaledes utgjorde en marknadsföringsåtgärd. Mot bakgrund av det vida svenska marknadsföringsbegreppet är det troligt att svenska domstolar skulle komma till motsvarande slutsats.

Mottagarens möjlighet att motsätta sig direktmarknadsföring

Den fysiska personen skall ges möjlighet att klart och tydligt kostnadsfritt och enkelt motsätta sig att den elektroniska adressen används i marknadsföringssyfte när den samlas in och vid varje följande marknadsföringsmeddelande. Detta innebär att näringsidkaren, så snart elektroniska adresser samlas in, måste ge kunden

Ny Juridik 3:09 s 48

möjlighet att motsätta sig marknadsföring genom att kryssa i en ruta eller liknande. Kravet på att mottagaren enkelt skall kunna motsätta sig fortsatt marknadsföring har i förarbetena tolkats på så vis att mottagaren skall kunna motsätta sig fortsatt marknadsföring genom att svara på meddelandet eller följa en länk som finns i detta.

Marknadsdomstolen har i MD 2006:18 menat att en fysisk person måste anses kunna motsätta sig viss marknadsföring genom att markera en ruta på en webbplats och att det är tillräckligt att en fysisk person medvetet avstår från att ta bort en befintlig markering i en ruta för att denne skall anses ha tydligt motsatt sig viss marknadsföring.

Personuppgiftslagen och direktmarknadsföring

Utskick av marknadsföring via elektronisk post utgör en behandling av personuppgifter i personuppgiftslagens mening. Förutsättningen för att behandlingen skall vara tillåten är därför att behandlingen

är förenlig med de grundläggande kraven i 9 § personuppgiftslagen och att behandlingen ryms under något av undantagen i 10 § personuppgiftslagen.

Frågan om tillåtligheten av behandling av personuppgifter för direktmarknadsföringsändamål har prövats i förvaltningsdomstolarna vid ett relativt stort antal tillfällen (se närmare i Öman, Sören: Sekretess för personuppgifter som skall användas vid marknadsföring i JT 2002-03, s. 432ff.). Frågan adresseras också i Datainspektionens informationsskrift om intresseavvägning (Datainspektionen informerar nr 12, februari 2003) och i SWEDMA:s Regler för användning av personuppgifter. I korthet gäller följande principer för bedömningen av tillåtligheten av behandling av personuppgifter för direktmarknadsförings-syfte.

Direktmarknadsföring är som utgångspunkt tillåten om den sker i rimlig omfattning eftersom den registrerade enligt 11 § personuppgiftslagen har en ovillkorlig rätt att motsätta sig marknadsföring.

Vid bedömningen av huruvida näringsidkarens intresse väger över den registrerades integritetsintresse skall följande faktorer beaktas:

Ny Juridik 3:09 s 49

1. I vilken egenskap tar mottagaren emot e-postmarknadsföringen? Det är typiskt sett känsligare att skicka marknadsföring till privatpersoner än till näringsidkare.
2. Är de uppgifter som skall användas för marknadsföring att betrakta som känsliga? Adressuppgifter är inte i sig känsliga. Uppgifterna kan dock vara känsliga om de säger något om individen, exempelvis om de hämtats ur ett vapenregister.
3. Marknadsföringens omfattning.
4. Marknadsföringens innehåll.

Domstolarna har såvitt bekant inte i något fall ansett att behandlingen inte skulle omfattas av intresse-avvägningsundantaget.

Skyldigheten att gallra adressuppgifter som används för marknadsföringsändamål

Som nämnts ovan får e-postreklam skickas till juridiska personer och till fysiska personer i deras egenskap av anställda. Detta innebär att det finns incitament för näringsidkare att köpa register avseende elektroniska adresser från exempelvis PAR AB för utskick. Eftersom ett register avseende elektroniska adresser utgör personuppgifter blir personuppgiftslagens gallringsbestämmelser tillämpliga på registret. Datainspektionen har i en informationsskrift beträffande gallring uttalat att om den personuppgiftsansvarige behandlar personuppgifter genom att samla in uppgifter om namn och adresser avseende personer som han inte har någon kundrelation till, och avsikten med behandlingen är att använda uppgifterna för direktmarknadsföringsändamål, bör uppgifterna förstöras snarast efter det att de använts för det avsedda ändamålet.

Datainspektionen menar i sin informationsskrift Datainspektionen informerar nr 10 Hur länge får personuppgifter bevaras? att eftersom adressuppgifter ofta ändras och därför inte kan betraktas som aktuella under någon längre period bör personuppgifter som behandlas för direktreklamändamål inte bevaras längre än högst tre månader räknat från det datum då de samlades in. I ett beslut rörande resebyrå Apollo (Dnr 786-2008) har Datainspektionen ansett att kunduppgifter, inklusive uppgifter om resor, normalt får sparas i resebolags kunddatabas under två års tid. Av särskilt intresse är att Datainspektionen i nämnda beslut ansett att resenärens

Ny Juridik 3:09 s 50

kan samtycka till en längre lagringstid än två år vilket öppnar för att lagra kundinformation under längre tid om samtycke inhämtas.

Ett spärregister eller en s.k. Robinson-lista med adresser till personer som motsatt sig e-postmarknadsföring omfattas också av gallringsskyldigheten. Eftersom den som motsatt sig mottagandet av e-postreklam sannolikt inte avsett någon begränsning i tiden och att ändamålet med sådant register är att hindra att en person som markerat sin ovilja mot att ta emot e-postreklam bör den rimliga tolkningen

vara att det är nödvändigt att bevara personuppgifterna under lång tid. Sådana listor behöver därför sannolikt inte gallras.

Spärrlistor (Robinson-lista)

Av reglerna i såväl 19-20 §§ marknadsföringslagen som 11 § personuppgiftslagen följer att en näringsidkare som planerar att skicka e-postreklam måste kontrollera huruvida mottagaren motsatt sig att erhålla e-postreklam. SWEDMA tillhandahåller för närvarande två tjänster varigenom enskilda personer kan anmäla att de inte vill ta emot marknadsföring, NIX-Telefon (spärrlistan omfattar telemarketing utanför kundförhållanden) och NIX-adresserat (spärrlistan omfattar adresserad direktreklam som skickas via post). Det har i omgångar diskuterats huruvida man i Sverige skall införa en s.k. Robinson-lista men regeringen har valt att invänta den europeiska utvecklingen innan något sådant register inrättas (prop. 1999/2000:40, s. 19ff.). Konsumentverket har på regeringens uppdrag utrett huruvida ett nationellt svenskt spärregister skulle inrättas men har kommit till den slutsatsen att ett sådant register inte skulle bli effektivt och inte få konsumenternas förtroende (Konsumentverkets rapport 2000:21). Av denna anledning finns det i Sverige inget nationellt spärregister för e-postreklam.

Detta innebär att det idag inte finns någon allmän Robinsonlista för e-postreklam utan det är upp till var näringsidkare att föra ett register över mottagare som motsatt sig att erhålla e-postreklam. Skickas e-postreklam till en fysisk person som motsatt sig e-postreklam (oavsett om denne tar emot e-postreklamen i egenskap av privatperson eller anställd) innebär detta en överträdelse

Ny Juridik 3:09 s 51

av personuppgiftslagen (11 §) och därmed också av lagstridighetsprincipen i 5 § marknadsföringslagen.

Eftersom tillåtligheten av e-postreklam skall bedömas i mottagarlandet innebär det krav på att avsändaren måste konsultera och respektera opt-out-register som till följd av artikel 7.2 i e-handelsdirektivet blir tillämpligt på e-postreklam som skickas till andra medlemsstater. Finns det ett Robinson-register i den medlemsstat till vilken e-postreklamen skickas måste alltså detta register kontrolleras (prop. 2001/02:150, s. 73).

Vem kan föra talan beträffande obeställd e-postreklam?

Den omfattande skräppostfloden innebär också ett problem för Internetoperatörer som förmedlar all obeställd e-post. Frågan huruvida en Internetoperatör kan föra talan mot den som befattar sig med otillbörligt skickande av e-postmarknadsföring har därför kommit att prövas av bland annat engelska High Court i ett mål där Microsoft förde talan mot en person som försålt falska "opt-in-listor" (Microsoft Corporation v. Paul Martin Mac-Donald [2006] EWCH 3410 [Ch]). Justice Lewison hänvisade till beaktandesats 40 i Kommunikationsdataskyddsdirektivet av vilken framgår att "I vissa fall kan dessutom [meddelandenas] volym medföra svårigheter för elektroniska kommunikationsnät och terminalutrustning" och menade att Microsoft Corp. med stöd av detta därför hade talerätt.

Enligt 47 § 2 p. marknadsföringslagen har en näringsidkare som berörs av marknadsföringen talerätt. En Internetoperatör som vill väcka talan under motsvarande omständigheter som i det engelska målet har därför sannolikt talerätt.