

Justitiedepartementet
ju.remissvar@regeringskansliet.se

Yttrande över betänkandet En ny lag om konsumentskydd (SOU 2020:51)

Datainspektionen har granskat förslaget huvudsakligen utifrån myndighetens uppgift att arbeta för att människors grundläggande fri- och rättigheter skyddas i samband med behandling av personuppgifter.

Datainspektionen lämnar följande synpunkter som framför allt rör sådant som behöver förtydligas eller klarläggas i det fortsatta implementeringsarbetet.

Lagens förhållande till dataskyddsförordningen

Datainspektionen anser att dataskyddsförordningens företräde framför den föreslagna lagen måste förtydligas.

I direktivet om tillhandahållande av digitalt innehåll görs tydligt att unionsrätten om skydd av personuppgifter är tillämplig vid behandling av personuppgifter i samband med avtal under direktivet och att direktivet i synnerhet inte påverkar tillämpningen av dataskyddsförordningen och e-privacydirektivet (artikel 3.8). I ingressen till direktivet framgår också dataskyddsförordningens företräde, bland annat genom hänvisning till dataskyddsförordningens uttömmande uppräknings av rättsliga grunder för behandling av personuppgifter (skäl 24, 37 och 38).

I det svenska lagförslaget saknas tillräckligt tydliga skrivningar om dataskyddsförordningens företräde. Utredningen konstaterar visserligen att förordningen ska tillämpas parallellt med den nya lagen då konsumenten ska tillhandahålla sina personuppgifter i utbyte mot digitalt innehåll eller digitala tjänster (s. 87f). I lagförslaget föreskrivs dock endast att om en bestämmelse i en annan författning avviker från bestämmelserna om avtal

om tillhanda-hållande av digitalt innehåll eller digitala tjänster ska bestämmelsen i den andra författningen ha företräde, om den har sin grund i unionsrätten (1 kap. 7 §).

Ordvalet ”avviker från” kan vilseleda de som har att tillämpa lagen att tro att det är först vid en normkonflikt som man måste tillämpa förordningen. Dessutom riskerar hänvisningen till dataskyddsförordningen i samband med verkningar av hävning (10 kap. 13 §) att spä på denna misstolkning då den kan tolkas som att det är först i den situationen som man har att beakta förordningen.

Datainspektionen ser en stor risk för att de som har att tillämpa lagen ser bestämmelserna som talar om att personuppgifter kan tillhandahållas i stället för betalning som en ny rättslig grund för att få behandla personuppgifter.

Till exempel principen om ändamålsbegränsning (art 5.1 b GDPR) och rätten till radering (art 17 GDPR) har stor betydelse i sammanhanget och kan inte sättas ur spel genom ett avtal om tillhandahållande av personuppgifter. Vidare måste näringsidkaren fortfarande informera om bland annat ändamålen med behandlingen och den rättsliga grunden för behandlingen (art 13-14 GDPR). Det räcker inte med att uppge att ett avtal om tillhandahållande av person-uppgifter har ingåtts. Den personuppgiftsansvarige är alltså inte fri att nyttja de personuppgifter som denne fått, eller utvidga behandlingen av person-uppgifterna, genom avtalet om tillhandahållande av digitalt innehåll. Även fortsatt får den personuppgiftsansvarige endast använda insamlade uppgifter för vissa specifika ändamål som täcks av en rättslig grund och som den enskilde i förväg har informerats om.

Det finns skäl att ifrågasätta lagligheten i behandlingen av personuppgifter i flera av de exempel som nämns i betänkandet (till exempel på s. 226).

Mot denna bakgrund anser Datainspektionen att det explicit bör framgå i lagtexten att dataskyddsförordningen måste beaktas vid behandling av personuppgifter.

Avtal om tillhandahållande av personuppgifter

Personuppgifter som betalningsmedel

Datainspektionen ifrågasätter om utredningens syn på huruvida konsumentens personuppgifter utgör ett betalningsmedel eller inte stämmer överens med direktivet.

Datainspektionen tolkar skrivningen i artikel 3.1 i direktivet om tillhandahållande av digitalt innehåll som att konsumentens tillhandahållande av personuppgifter ska ses som en form av betalningsmedel – en motprestation för säljarens tillhandahållande av innehåll/tjänst – vid sidan av betalningsmedlet ”pris”.

I lagförslaget har man dock formulerat tillämpningsområdet i denna del lite annorlunda. Där sägs att lagen är tillämplig då konsumenten ska *betala* med ett penningbelopp eller en digital värderepresentation och att detsamma gäller om konsumenten *i stället för att betala* ska tillhandahålla sina personuppgifter (1 kap. 4 § första stycket).

Formuleringen i lagförslaget, och uttalanden i betänkandet (s. 226), ger vid handen att tillhandahållande av personuppgifter här *inte* betraktas som ett betalningsmedel eller ens som en motprestation. Samtidigt är man inne på att personuppgifterna har ett ekonomiskt värde för näringsidkaren (s. 151).

Avvikelsen från direktivets skrivning uppmärksammas inte i betänkandet och det går därför inte att följa hur man tänkt i denna del.

Ingående av avtal om tillhandahållande av personuppgifter

Datainspektionen har, utifrån resonemanget i betänkandet, svårt att förstå vad man menar krävs för att ett avtal om tillhandahållande av personuppgifter ska anses ha ingåtts.

I betänkandet (s. 225) poängteras att det krävs att näringsidkaren och konsumenten har ingått ett avtal för att den föreslagna lagen ska bli tillämplig. Man uttalar att det bland annat innebär att konsumenten på något sätt måste ha agerat aktivt. Samtidigt pekar man på ett exempel som innebär att avtal inte ingås genom att en konsument klickar i ett godkännande av att näringsidkaren samlar in personuppgifter om konsumenten.

Datainspektionen anser att man behöver förtydliga vad som krävs för att ett "onlineavtal" ska anses ha ingåtts, eller i vart fall utveckla exemplet.

Påföljder m.m. vid avtal om tillhandahållande av personuppgifter

Datainspektionen finner det vidare svårt att förstå den praktiska innebörden av att avtal om tillhandahållande av digitalt innehåll eller en digital tjänst, då konsumentens motprestation är att tillhandahålla personuppgifter, omfattas av lagen.

En bidragande faktor till det är att den rättsliga grunden för att över huvud taget få behandla personuppgifter måste hämtas ur dataskyddsförordningen. Det är viktigt att hålla i minnet att avtalet om tillhandahållande inte i sig utgör en rättslig grund för att få samla in eller på annat sätt behandla personuppgifter.

En annan bidragande faktor är att diverse påföljder i den konsument-skyddande lagstiftningen aldrig kan komma i fråga då konsumentens motprestation är att tillhandahålla personuppgifter. Det gäller till exempel att hålla inne betalning och prisavdrag. Inte heller bestämmelserna om vilket pris köparen ska betala eller tidpunkten för betalning kan bli aktuella att tillämpa, då man inte betraktar personuppgifterna som ett betalningsmedel.

Det är också oklart vad konsumentens rätt att häva avtalet har för praktisk betydelse. I många situationer torde näringsidkaren redan ha samlat in och dragit nytta av uppgifterna då hävningen sker.

I betänkandet (s. 151) resonerar utredningen kring vad som händer med avtalet om konsumenten återkallar sitt samtycke till behandlingen av personuppgifter då konsumenten har ingått ett avtal om att få ett digitalt innehåll eller en digital tjänst i utbyte mot att tillhandahålla sina personuppgifter. Man uttalar att ett tänkbart synsätt är att likställa möjligheten att återkalla samtycket enligt dataskyddsförordningen med en rätt för konsumenten att säga upp avtalet och att följden av det normalt blir att näringsidkaren inte är skyldig att leverera innehållet eller tjänsten efter det att samtycket återtas.

Ett samtycke enligt dataskyddsförordningen måste vara frivilligt (art 4.11 dataskyddsförordningen). Om den registrerade inte har något verkligt val, känner sig tvungen att samtycka eller kommer att drabbas av negativa konsekvenser om hen inte samtycker är samtycket generellt sett inte giltigt, till exempel om det ingår som en icke-förhandlingsbar del av avtalsvillkor

och den registrerade inte kan återkalla sitt samtycke utan att drabbas av någon nackdel.

Vid bedömning av om ett samtycke är frivilligt ska hänsyn tas till om genomförandet av ett avtal har gjorts beroende av samtycke till sådan behandling av personuppgifter som inte är nödvändig för genomförandet av det avtalet (art 7.4 dataskyddsförordningen). Samtycke antas inte vara frivilligt om genomförandet av ett avtal – inbegripet tillhandahållande av en tjänst – är avhängigt samtycket, trots att samtycket inte är nödvändigt för att genomföra avtalet. Detta resonemang utvecklas närmare i avsnitt 3.1 i EDPB:s riktlinjer om samtycke¹.

Datainspektionen anser att den praktiska innebörden av att avtal om tillhandahållande av ett digitalt innehåll eller en digital tjänst, då konsumentens motprestation är att tillhandahålla personuppgifter, omfattas av lagen behöver utvecklas i förarbetena.

Undantag för att uppfylla rättsliga krav och avtal

Direktivet om tillhandahållande av digitalt innehåll och den föreslagna lagen omfattar ju inte situationen då konsumentens prestation är att tillhandahålla personuppgifter, men näringsidkaren behandlar personuppgifterna ”endast för att uppfylla rättsliga krav eller för att kunna fullgöra avtalet” (artikel 3.1 och 1 kap. 4 § första stycket).

Datainspektionen noterar att man har valt att formulera sig på ett annat sätt än man gör i dataskyddsförordningens uppräkningslista av rättsliga grunder (art 6.1. b-c dataskyddsförordningen). Till exempel saknas nödvändighetskriteriet och man har valt begreppet ”rättsliga krav” i stället för ”rättsliga förpliktelser”.

I betänkandet går det inte att utläsa om man avser något annat än vad som avses i dataskyddsförordningen. Datainspektionen anser att man i förarbetena bör klargöra om någon skillnad avses, och i så fall vilken skillnad. Se EDPB:s vägledning om behandling av personuppgifter vid tillhandahållande av onlinetjänster² för vägledning kring vad som avses med att behandling är nödvändig för att fullgöra avtal enligt dataskyddsförordningen.

¹ Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679

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

En skillnad mellan direktivtexten och texten i den föreslagna lagen i här aktuell bestämmelse är att direktivtexten säger att de rättsliga kraven är sådana ”som gäller för näringsidkaren”. Datainspektionen förespråkar att den begränsningen ska komma till uttryck även i lagtexten.

I betänkandets författningskommentar till 1 kap. 4 § första stycket uttalas att undantagsfallen avser situationen att de personuppgifter som konsumenten tillhandahåller näringsidkaren behandlas endast för att uppfylla ”unionsrättsliga” krav eller för att kunna fullgöra avtalet (s. 226). Då det ingen annanstans sägs att kraven ska ha grund i unionsrätten, och man i skäl 25 ger exemplet att registrering av konsumenten är ett krav av säkerhets- och identifieringsskäl enligt ”tillämplig lagstiftning”, antar Datainspektionen att det rör sig om en felskrivning som i så fall behöver rättas till.

Säkerhetsrisker för konsumenten vid samarbete

När det gäller kraven på konsumenten att samarbeta för att fastställa om orsaken till den bristande avtalsenligheten finns i konsumentens digitala miljö (10 kap. 7 §) uttalas att denne, som en sista utväg, kan behöva bevilja virtuell tillgång till sin digitala miljö (s. 282f).

Datainspektionen vill uppmärksamma lagstiftaren på att låta företrädare för näringsidkaren fjärrstyra en konsuments dator är mycket långtgående och innebär stora säkerhets- och integritetsrisker för konsumenten.

Detta yttrande har beslutats av enhetschefen Catharina Fernquist efter föredragning av juristen Malin Fredholm. Vid den slutliga handläggningen har även juristen Jennie Grön medverkat.

Catharina Fernquist, 2020-11-10 (Det här är en elektronisk signatur)