

HJORT

Datatilsynet
Postboks 458 Sentrum
0105 Oslo

Kun sendt per e-post til anders.obrestad@datatilsynet.no

Vår referanse:
M 3574185.2

Deres referanse:
20/02136-18

Ansvarlig advokat:
Claude A. Lenth

Oslo, 24. mars 2022

MERKNADER TIL GRINDRS KLAGE

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	2
2	MERKNADER TIL GRINDRS INNLEDENDE KOMMENTARER.....	3
3	DATATILSYNETS FORSTÅELSE AV GRINDR.....	4
	3.1 Innledning.....	4
	3.2 Applikasjonen Grindr.....	5
	3.3 Om hvilke personopplysninger Grindr har delt med annonsepartnere.....	6
	3.4 Grindr tilbyr en betalt og en reklamefinansiert versjon av applikasjonen.....	7
4	DATATILSYNETS VURDERING AV GRINDRS TIDLIGERE SAMTYKKELØSNING	8
	4.1 Grindrs tidligere samtykkeløsning.....	8
	4.1.1 Innstillinger på brukerenheten	8
	4.1.2 Informasjon i Apple App Store og Google Play Store	8
	4.2 Datatilsynets rettslige vurderinger av Grindrs tidligere samtykkeløsning	9
	4.2.1 Om hvilke rettskilder Datatilsynet bygget sitt vedtak på	9
	4.2.2 Nærmere om Datatilsynets rettslige vurdering av Grindrs samtykkeløsning på overtredelsestidspunktet.....	10
	4.3 Konklusjonen om Datatilsynets vurdering av den tidligere samtykkeløsningen	17
5	DATATILSYNETS TOLKNING AV ARTIKKEL 9	17
	5.1 Innledning.....	17
	5.2 Tolkning av personvernforordningen artikkel 9 (1).....	18
	5.2.1 Tolkning av kravet til behandling av seksuelle forhold eller seksuelle orientering	18
	5.2.2 Faktiske forhold	20

5.3	Behandlingen faller ikke inn under artikkel 9 (2)	21
5.4	Konklusjon	21
6	OVERTREDELSESGBYR.....	21
6.1	Innledning.....	21
6.2	Alminnelige vilkår for å ilegge straffesanksjoner	21
6.2.1	Overtredelsesgebyret er en straffesanksjon etter EMK	21
6.2.2	Lovhjemmelen for ileggelse av straffesanksjoner er klar og tydelig	22
6.2.3	Skyldkravet.....	22
6.3	Tilsynsmyndigheters fullmakt etter personvernforordningen, og generelle prinsipper ved ileggelse av overtredelsesgebyr	25
6.4	Likhetsprinsippet	26
6.5	Overtredelsesgebyret er forholdsmessig, virkningsfullt og avskrekkende	26
6.6	Skjerpene og formildende omstendigheter	27
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	27
Bilag 1	Skjerm bilde fra januar 2020 av Grindr app i Google Play.	
Bilag 2	Skjerm bilde av nettside (Behind the Grindr Name) av 8. november 2010.	

1 INNLEDNING

Advokatfirmaet Hjort representerer Forbrukerrådet. Datatilsynet har i brev 22. februar 2022 forlenget Forbrukerrådets frist for å gi merknader til 24. mars 2022.

På vegne av Forbrukerrådet vil vi med dette inngi merknader til Grindr's klage 14. februar 2022 over Datatilsynets vedtak om overtredelsesgebyr av 13. desember 2021 i sak 20/02136-18. Merknadene er utformet i samarbeid med NOYB – European Center For Digital Rights.

Slik Forbrukerrådet ser det, er det ingen ting ved klagen som tilsier at Datatilsynet ikke hadde faktisk og rettslig grunnlag for sitt vedtak. Grindr har ikke innhentet samtykker for sin behandling av personopplysningene som tilfredsstiller kravene i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a og 9 nr. 2 bokstav a, herunder kravene til at samtykker skal være frivillige, spesifikke, informerte og utvetydige. Grindr kan ikke høres med at selskapets styre og ansatte ikke har vært klart over de faktiske forhold, og kan heller ikke påberope seg noen rettsvillfarelse. Det foreligger heller ingen feil ved Datatilsynets saksbehandling som kan medføre ugyldighet.

Grindr's hovedanførsel synes å være at de har delt personopplysninger med annonsepartnere «i tråd med gjeldende industristandard».¹ Det er imidlertid ikke teknologibransjen som setter standarden for behandling av personopplysninger i Norge. Det er det personopplysningsloven, som blant annet gjennomfører personvernforordningen i norsk rett, som gjør. Grindr refererer videre til at

¹ Grindr har henvist til en slik industristandard gjentatte ganger, i alle fall på klagens side 4, 6, 10, 12, 13, 15, 22, 32, 34, 43, 44, 45, 46, 49, 50, 54, 61, 64, 65, 67, 70 og 73.

«industrigiganter» har hatt samme praksis eller en for personvernet enda mer inngripende praksis enn dem selv.² Det er ikke nytt at personvernforordningen og personopplysningsloven ikke fullt ut overholdes av alle store teknologiselskaper.³ Andre aktørers mangelfulle etterlevelse av regelverket, er imidlertid ingen unnskyldning for at Grindr behandlet personopplysninger til markedsføringsformål uten gyldig samtykke.

Grindr's andre hovedargument er at Datatilsynet har referert til veiledere og andre kilder som ikke eksisterte på overtredelsestidspunktet. Reglene som Datatilsynet bygger vedtaket sitt på, følger av personvernforordningens ordlyd, veiledere og andre rettskilder som var tilgjengelige i perioden 20. juli 2018 til 7. april 2020 (heretter «overtredelsestidspunktet»). Sentrale elementer i regelverket fulgte også av den tidligere personopplysningsloven av 14. april 2000 som gjaldt før gjeldene regelverk trådte i kraft. Dette er nærmere redegjort for i punkt 4 under. Under enhver omstendighet er det Grindr som har ansvaret og risikoen for egen rettsoppfatning.

Forbrukerrådet vil i det følgende fortløpende kommentere de anførsler som framkommer i Grindr's klage. Vi vil i den forbindelse i all hovedsak følge samme disposisjon som i klagen.

2 MERKNADER TIL GRINDRS INNLEDENDE KOMMENTARER

Vedtaket innebærer ingen diskriminerende anvendelse av personvernforordningen artikkel 9 slik Grindr anfører i klagens punkt 2.2. Dette gjelder uavhengig av om det ikke tidligere skulle være truffet vedtak mot andre tjenester som direkte eller indirekte gir informasjon om brukernes særlige kategorier personopplysninger på tilsvarende måte som i denne saken. Personvernforordningen er et nytt regelverk og det kan verken forventes eller kreves at vedtak etter forordningen er basert på presedens i tidligere forvaltningspraksis.

Det kan ikke være tvil om at Grindr's tjeneste retter seg mot personer med gitte seksuelle forhold eller seksuelle orienteringer. Dette fremgår med tydelighet blant annet av selskapets egen nettside, jf. figur 4 på side 18 i Forbrukerrådets klage av 14. januar 2020 hvor det fremgår at tjenesten er «The world's largest social networking app for gay, bi, trans and queer people». Det er verken diskriminerende eller LGBTQ-fiendtlig av Datatilsynet å legge dette faktum til grunn for vedtaket.

Det er heller ikke riktig som anført i klagens punkt 2.3 at Datatilsynets vedtak ikke har rettslig grunnlag. Det er som vi vil komme nærmere tilbake til nedenfor, tvert om Grindr's egen tidligere samtykkepraksis som mangler grunnlag i forordningen, herunder dens ordlyd og i de veiledninger som var tilgjengelige på overtredelsestidspunktet.

Når det gjelder Datatilsynets henvisning til senere rettspraksis, herunder EU-domstolens uttalelse i Orange Romania-saken, vil Forbrukerrådet minne om at EU-domstolens oppgave er å klargjøre innholdet i gjeldende lovgivning. Grindr har selv ansvaret for den tolkning av regelverket som Grindr

² Grindr's klage, punkt 6.6.1.6.

³ Se for eksempel Forbrukerrådets europeiske paraplyorganisasjon BEUCs rapport om håndhevelse av GDPR to år etter ikrafttredelsen: https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2020-074_two_years_of_the_gdpr_a_cross-border_data_protection_enforcement_case_from_a_consumer_perspective.pdf

baserer sin opptreden på. Dersom Grindr har basert seg på en annen rettsoppfatning enn den domstolen slår fast er den riktige, bærer Grindr den rettslige risiko for dette.

Forbrukerrådet vil i denne forbindelse også bemerke at Grindr's argumentasjon er inkonsistent når Grindr baserer sine anførsler på at Datatilsynet har anvendt nyere rettskilder i strid med legalitetsprinsippet, når Grindr selv viser til slik senere rettspraksis for eksempel i klagens punkt 6 hvor Grindr tar HR 2021-797-A til inntekt for egne anførsler.⁴

Grindr's anførsler om at brukerne av Grindr's tjeneste måtte være klar over at et stort antall personer hadde tilgang til applikasjonen, representerer også et sidespor. Formålet med personvernforordningen er at brukerne skal ha kontroll med bruken av, herunder tilgangen til, egne personopplysninger. I denne saken har brukerne ikke gitt sitt samtykke til at opplysningene kan deles eller på annen måte benyttes for markedsføringsformål slik det kreves etter personvernforordningen artikkel 6. Denne saken handler i sin kjerne om at Grindr har tilsidesatt det grunnleggende prinsipp om at de registrerte skal ha kontroll med egne opplysninger.

Grindr anfører at Datatilsynet har skadet Grindr ved at utfordringene med Grindr's samtykkepraksis ikke ble tatt opp i 2018, da Forbrukerrådet 3. april det året klaget inn Grindr til Datatilsynet i et annet sakskompleks, der samtykkeløsningen var blant temaene.⁵ Denne saken ble som kjent ikke behandlet av Datatilsynet. Dette innebar imidlertid ingen «frifinnelse» av den samtykkeløsningen Grindr brukte. Klagen som var kjent for Grindr, medførte tvert imot at Grindr allerede i 2018 fikk en særlig oppfordring til sikre at deres samtykkeløsning var i tråd med personvernforordningen. At Grindr ikke benyttet denne anledningen til å oppdatere sin samtykkeløsning i samsvar med forordningens krav, er et skjerpene og ikke formildende moment.

Om det rettslige forholdet til personvernforordningen artikkel 6 og artikkel 9 vises det til punkt 4 og 5 nedenfor.

3 DATATILSYNETS FORSTÅELSE AV GRINDR

3.1 Innledning

Grindr anfører at vedtaket bygger på uriktige og ubalanserte antakelser og stereotypier om brukergruppen og funksjonaliteten i applikasjonen, særlig når det gjelder gratisversjonen.

Forbrukerrådets oppfatning er at Datatilsynet har lagt riktig faktum til grunn for vedtaket om overtredelsesgebyr. Det faktiske grunnlaget for vedtaket følger av Forbrukerrådets opprinnelige klage og rapportene «Out of Control» og Mnemonics tekniske følger rapport,⁶ samt Grindr's egne redegjørelser til Datatilsynet. Forbrukerrådet ser ingen grunn til på nytt å gjennomgå det som er

⁴ Oversikten i klagens vedlegg 1 som angivelig skal vise rettskilder som Grindr mener Datatilsynet har anvendt i strid med Grunnlovens forbud mot tilbakevirkende kraft, inneholder også en henvisning til HR 2021-797-A.

⁵ Forbrukerrådet klaget 3. april 2018 Grindr inn for brudd på personopplysningsloven. Det var før GDPR trådte i kraft: <https://www.forbrukerradet.no/siste-nytt/klager-inn-grindr-for-delning-av-hiv-status-og-seksuelle-preferanser/>

⁶ Både Forbrukerrådets rapport og Mnemonics tekniske rapport er tilgjengelig fra Forbrukerrådets nettsider her: <https://www.forbrukerradet.no/undersokelse/no-undersokelsekategori/report-out-of-control/>

beskrevet i tidligere dokumenter. I de følgende punktene vil imidlertid enkelte av Grindr's anførsler i klagen kort kommenteres.

3.2 Applikasjonen Grindr

Grindr anfører i klagen at vedtaket bygger på en diskriminerende antakelse om at bruk av Grindr i de fleste tilfeller sterkt indikerer at brukerne tilhører en seksuell minoritet, og at applikasjonen primært brukes for å legge til rette for intime relasjoner.⁷

Det er uklart hvorfor Grindr mener denne antakelsen er diskriminerende. Det sentrale er uansett ikke hvorvidt bruk av applikasjonen indikerer at brukeren tilhører en seksuell minoritet, men at bruk av applikasjonen utgjør en opplysning om seksuelle forhold eller seksuell orientering, jf. personvernforordningen artikkel 9 nr. 1. Dette spørsmålet har en faktisk og en rettslig side. Den rettslige vil bli kommentert under punkt 5.2.

Grindr har anført at applikasjonen er designet som en åpen og inkluderende plattform hvor brukere med enhver seksuell orientering og ethvert kjønnsuttrykk kan søke enhver form for meningsfull relasjon.⁸ Det sentrale er imidlertid ikke at enhver fysisk person som eier en smarttelefon kan laste ned og bruke applikasjonen. Grindr har gjennom sin markedsføring og sitt design, laget en applikasjon som primært er ment for, og faktisk brukes av homofile, bifile, transpersoner og skeive, og særlig homofile og bifile menn. Dette får potensielle brukere av applikasjonen vite gjennom Grindr's markedsføring av egen plattform, som er enkelt tilgjengelig gjennom søk på internett. Vi viser her eksempelvis til figur 4 på side 18 i Forbrukerrådets klage av 14. januar 2020 hvor det framgår at tjenesten er «The world's largest social networking app for gay, bi, trans and queer people». Videre fremgår det av skjermbildet av Grindr applikasjonen i Google Play fra januar 2020 inntatt i vedlegg 1 nedenfor, at Grindr er ment «exclusively for gay, bi and curious men» (vår understrekning). En tekst publisert på Grindr's egen blogg, underbygger at applikasjonen oppfatter seg selv som «the world's largest, all- male, mobile, social networking utility» (vår understrekning), og at navnet delvis bygger på en sammenkobling av ordene «guy» og «finder», se bilag 2 nedenfor.

Bilag 1 Skjermbilde fra januar 2020 av Grindr app i Google Play.

Bilag 2 Skjermbilde av nettside (Behind the Grindr Name) av 8. november 2010.

Hvem som er den tiltenkte brukeren av applikasjonen underbygges ytterligere av at brukerprofilen i Grindr har et felt der brukeren kan velge mellom fem ulike foretrukne seksuelle posisjoner som både i utvalg og terminologi («Top/Vers Top/Versatile/Vers Bottom/Bottom») klargjør at brukerne som designeren har i tankene primært er homofile og bifile menn.⁹ Videre kan brukeren velge hvilken «Tribe» vedkommende tilhører (Bear, Daddy, Discreet, Rugged, Twink, Geek, etc.). Dette er begreper som brukes for å beskrive seksuelle idealtyper i homofile miljøer.

Som det framgår av vedtaket og heller ikke bestridt av Grindr, ble opplysninger om brukere delt med annonsepartnere og annonsører koblet med informasjon om at brukeren er en Grindr-bruker og/eller

⁷ Grindr's klage, punkt 3.2.

⁸ Grindr's klage, punkt 2.1.

⁹ Se <https://help.grindr.com/hc/en-us/articles/4402336949523-Building-your-profile>

i kombinasjon med nøkkelordene «social network, gay, bi, bi-curious, chat, dating, nearby».¹⁰ Når annonsepartnere og/eller annonsører får informasjon om applikasjonens brukere sammen med informasjon om at brukeren er en Grindr bruker og/eller slike nøkkelord som nevnt, får dette konsekvenser for hvilken personlig markedsføring det er aktuelt å vise til brukerne. Koblingen legger til rette for rettet markedsføring. Uten koblingen mellom brukeren og disse opplysningene, har personopplysningene mindre verdi for annonsørene.

Grindr framhever mot slutten av klagens punkt 3.2 at brukere selv velger hvilke personopplysninger som skal være synlig for andre brukere av applikasjonen og at brukere også i gratisversjonen kunne få tilgang til mange profiler, slik at gratisversjonen ikke var begrenset til kun å se et mindre antall profiler. Dette har ingen betydning for vedtaket, da det ikke er deling av slike opplysningene med andre brukere av applikasjonen vedtaket retter seg mot, men deling av brukernes personopplysninger til markedsføringsformål uten gyldig samtykke.

Ovennevnte underbygger at Datatilsynet har lagt riktig faktum til grunn for sitt vedtak.

3.3 Om hvilke personopplysninger Grindr har delt med annonsepartnere

Grindr anfører i klagens punkt 3.4.1 at de ikke har delt særlige kategorier personopplysninger, da de kun har delt «begrensede data med ad-partnere i henhold til industristandard».

Grindr har imidlertid ikke nektet for at følgende opplysninger ble delt med annonsepartnere:

- Annonse-ID
- IP-adresse
- Informasjon om datamiljøet som operativsystemversjon, modell, skjermoppløsning etc.
- Alder
- Kjønn
- Lokasjonsdata

Dette er bekreftet i Grindr's personvernerklæring på overtredelsestidspunktet, hvor det fremgikk at Grindr delte «[your] hashed Device ID, [your] device's advertising identifier, a portion of [your] Profile Information, Location Information, and some of [your] demographic information with [our] advertising partners».¹¹ Det er ikke tvil om at dette omfatter personopplysninger.

Dette ble som nevnt over i punkt 3.2, koblet med navnet på applikasjonen (Grindr) og/eller nøkkelord som «social network, gay, bi, bi-curious, chat, dating, nearby».¹²

Grindr forsøker å framstille delingen av data som begrenset og uten store konsekvenser, ved å skrive at de «noen ganger [har] delt begrensede datafelt med annonsepartnere, i tråd med gjeldende industristandard»¹³ Realiteten er at personopplysningene til brukere av Grindr, herunder at personen er bruker av Grindr og/ eller kan knyttes til ovennevnte nøkkelord, regelmessig ble overført til og mellom selskaper som driver med et system for rettet markedsføring hvor annonsører gjennom såkalt

¹⁰ Datatilsynets vedtak, side 38, jf. også Mnemonics tekniske rapport, side 28.

¹¹ Grindr's klage, punkt 4.1.5.

¹² Mnemonics tekniske rapport, side 28.

¹³ Grindr's klage, punkt 4.1.7.

sanntidsbudgivning (RTB) kan rette tilpasset markedsføring mot brukeren.¹⁴ Delingen av personopplysningene gjorde det følgelig mulig for selskaper i RTB-bransjen å skille ut det enkelte individet og levere personlig tilpassede annonser til vedkommende. Det belgiske datatilsynet har i en nylig avgjørelse omtalt den form for behandling av personopplysninger som skjer i forbindelse med sanntidsbudgivning som «of such a nature that they can create a significant risk to the rights and freedoms of individuals».¹⁵

Uavhengig av om behandlingen var inngripende eller ikke og om personopplysningene inkluderte særlige kategorier eller ikke, trengte Grindr uansett et behandlingsgrunnlag for å behandle dem slik de har gjort. Forbrukerrådet deler Datatilsynets vurdering av at Grindr ikke hadde lovlig behandlingsgrunnlag, noe som vil bli behandlet nærmere under punkt 4.

Som nevnt innledningsvis har Grindr flere ganger i klagen, herunder i punkt 3, gitt uttrykk for at Grindr deling av personopplysninger er i tråd med industristandard, og at andre teknologiselskaper har en like svak eller svakere overholdelse av personvernregelverket enn dem selv. Det er imidlertid ikke «industrien» som setter standarden for behandling av personopplysninger, men norsk lov. Grindr er ansvarlig for sin egen overholdelse av personvernregelverket. Andre aktørers manglende overholdelse av loven legitimerer ikke Grindr sine egne brudd på norsk lov og grunnleggende personvernrettigheter. Det er ingen svakhet ved vedtaket, enda mindre en ugyldighetsgrunn, at også andre teknologiselskaper muligens ikke overholder personvernregelverket.

3.4 Grindr tilbyr en betalt og en reklamefinansiert versjon av applikasjonen

Grindr har i klagen punkt 3.5 gjort rede for at det i tillegg til gratisversjonen, eksisterer en betalingsversjon av applikasjonen, og at dersom brukeren hadde benyttet seg av betalingsversjonen ville personopplysningene til brukeren ikke bli delt for markedsføringsformål. Det kan framstå som at Grindr mener eksistensen av en betalingsversjon der personopplysningene til brukerne ikke ble solgt, har betydning i vurderingen av hvorvidt brukerne avga et gyldig samtykke. Det har den ikke.

Vi vil komme nærmere tilbake til betydningen av gratisversjonen i punkt 4.

¹⁴ Forbrukerrådet har beskrevet hvordan samtidsbudgivningen fungerer i deres rapport: «RTB underpins a significant portion of the online advertising industry. When an ad is displayed to us on a website or in an app, which is called an impression, this is often the result of a complicated RTB process, where potentially tens or even hundreds of advertisers automatically bid to display their ads. These auctions are based on a large amount of parameters determining the value of the individual consumer and the content currently served to the consumer via a website or app. All of this is an automated process that happens in milliseconds for every ad impression» («Out of control», punkt 2.6). RTB forklart av den irske borgerrettsunionen (ICCL) som i juni 2021 klagde systemet inn i Hamburgs rettssystem: <https://www.iccl.ie/rtb-june-2021/#data>

¹⁵ Decision 21/2022 av 2. februar 2022, avsnitt 34, tilgjengelig her: <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-21-2022-english.pdf>

4 DATATILSYNETS VURDERING AV GRINDRS TIDLIGERE SAMTYKKELØSNING

4.1 Grindr tidligere samtykkeløsning

4.1.1 Innstillinger på brukerenheten

Grindr anfører i klagen punkt 4.1.2 at de registrerte hadde kontroll over delingen av deres personopplysninger, da personvernerklæringen anga en framgangsmåte for å endre innstillingene på mobiltelefonen, slik at en kunne påvirke hvilke opplysninger som ble delt med annonsepartnere. Det framgår ikke klart av klagen hvilken betydning Grindr mener dette har. Vi oppfatter imidlertid at Grindr anfører at det forhold at det er tilrettelagt for en «opt out»-løsning skal være relevant for vurderingen av om samtykket er gyldig.

Som Datatilsynet helt riktig påpeker i vedtaket, oppfyller en «opt out»-løsning ikke vilkårene til et samtykke etter personvernforordningen, da samtykke krever en aktiv handling, jf. artikkel 4. nr. 11 som definerer samtykke som en «frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke». Å passivt unnlate å endre innstillingene på mobilenheten innebærer ingen slik erklæring eller tydelig bekreftelse. Artikkel 29-gruppen uttalte dette allerede i en veiledning fra 2010, som var tilgjengelig på overtreddestidspunktet:

«It is a fallacy to deem that on a general basis data subject inaction (he/she has not set the browser to refuse cookies) provides a clear and unambiguous indication of his/her wishes»¹⁶

Når samtykket opprinnelig ikke var ugyldig, kan ikke dette avhjelpest med at det var mulig å påvirke hvilke personopplysninger som ble delt gjennom mobilinnstillingene.

4.1.2 Informasjon i Apple App Store og Google Play Store

Grindr har i klagen punkt 4.1.3 vist til at personvernerklæringen deres var lenket inn i beskrivelsen av applikasjonen i Apple App Store og Google Play Store. I den grad informasjonen i personvernerklæringen ga et riktig bilde av måten brukerens personopplysninger faktisk ville bli behandlet på, kan dette ha bidratt til å oppfylle Grindrers informasjonsplikt etter personvernforordningen artikkel 13 og 14. Å oppfylle informasjonsplikten er imidlertid noe annet enn å innhente samtykke.

Det at en bruker laster ned en applikasjon medfører ikke noe gyldig samtykke til behandling av personopplysninger, selv om behandlingen er beskrevet i en personvernerklæring som det er mulig for brukeren å få tilgang til før applikasjonen lastes ned. I 2017 uttalte artikkel 29-gruppen:

«Silence or inactivity on the part of the data subject, as well as merely proceeding with a service cannot be regarded as an active indication of choice.»¹⁷

¹⁶ Opinion 2/2010 on online behavioural advertising, WP171, side 14.

¹⁷ Guideline on consent under regulation 2016/679, WP259, side 16.

Dette underbygger at å laste ned og bruke en tjeneste ikke kan anses å innebære et samtykke.

4.2 Datatilsynets rettslige vurderinger av Grindr tidligere samtykkeløsning

4.2.1 Om hvilke rettskilder Datatilsynet bygget sitt vedtak på

Grindr har i sin klage punkt 4.2.2, anført at Datatilsynet har vurdert Grindr tidligere samtykkeløsning basert på rettskilder som ble publisert etter overtredelsestidspunktet, og at tilsynet dermed har gitt disse rettskildene tilbakevirkende kraft.

Forbrukerrådet er ikke uenig i at legalitetsprinsippet kan stå i veien for å gi nye rettsregler tilbakevirkende kraft, men mener at dette uansett må avgjøres basert på legalitetsprinsippet slik det kommer til uttrykk i norsk rett og ikke basert på de avgjørelser fra EU-domstolen som Grindr viser til. Legalitetsprinsippet er ikke harmonisert gjennom EØS-avtalen. The Charter of Fundamental Rights of the European Union som tolkes i EU-domstolens avgjørelser og som også Grindr eksplisitt viser til, er ikke del av EØS-avtalen. Norge har heller ikke tilsluttet seg dette Charteret på annen måte, ei heller gjennom en henvisning til Charteret i personvernforordningens fortale.

Forbrukerrådet ser under enhver omstendighet ikke grunn til å gå nærmere inn på legalitetsprinsippet innhold, idet det er på det rene at vedtaket ikke er i strid med legalitetsprinsippet.

Datatilsynet har basert sin vurdering av samtykkeløsningen på personvernforordningens ordlyd. Kravene til gyldig samtykke som Datatilsynet legger til grunn (frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring) følger direkte av personvernforordningen, og gjaldt langt på vei også etter personopplysningsloven av 14. april 2000.

Datatilsynets tolkninger av personvernforordningens samtykkekrav er for øvrig i tråd med veiledningsmateriale som var publisert på overtredelsestidspunktet. Vi viser her særlig til artikkel 29-gruppens «Guidelines on consent under Regulation 2016/679», hvor kravene til samtykke i personvernforordningen ble gjennomgått i detalj. Vi viser også til Artikkel 29-gruppens «Opinion on consent» fra 2011 (WP 187) og Artikkel 29-gruppens «Opinion 2/2010 on online behavioural advertising» (WP171) som vi allerede har vist til i punkt 4.1.1 over.

Grindr har i klagens punkt 4.2.2 videre anført at Datatilsynet ikke har identifisert en rettslig eller administrativ praksis som er konsolidert over tid som kunne «skapt legitime forventninger med hensyn til en stabil tolkning av kriteriene for å innhente samtykke under personvernforordningen». Vi kan ikke se at det er grunnlag for en slik anførsel. Datatilsynet har i sitt vedtak pekt på at det forelå flere relevante veiledninger fra Artikkel 29-gruppen både til personvernforordningen og det tidligere personverndirektivet på overtredelsestidspunktet:

«Thus, for the purpose of the present case, it should be stressed that the guidance on the notion of consent that was available at the time when Grindr's previous CMP was in use was essentially identical to the one issued by the EDPB in 2020. For all references to Guidelines 05/2020 throughout this decision, we have included in the footnotes the corresponding reference to the Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP259) that was available during the period of the infringement.

Even under the Directive (95/46/EC), consents had to be “freely given specific and informed”, and collected for specified, explicit and legitimate purposes. Consequently, Grindr has had enough time to comply with the consent requirements, and we do not consider Grindr’s arguments as mitigating.»¹⁸

Grindr’s anførsel om at Datatilsynets vedtak innebærer tilbakevirkende anvendelse av en ny fortolkning som var umulig for dem å forutse på overtredelsestidspunktet, kan derfor ikke føre fram. Vedtaket er i tråd med rettstilstanden på overtredelsestidspunktet, en rettstilstand Grindr var forpliktet til å følge og hadde god anledning til å gjøre seg kjent med.

4.2.2 Nærmere om Datatilsynets rettslige vurdering av Grindr’s samtykkeløsning på overtredelsestidspunktet

4.2.2.1 Innledning

Grindr mener at de hadde gyldig samtykke fra de registrerte for delingen av personopplysninger til reklameformål. Grindr’s hovedargument synes å være at det i Datatilsynets vedtak refereres til en veiledning og enkelte andre kilder som ikke eksisterte på overtredelsestidspunktet. Dette er kommentert ovenfor under punkt **Feil! Fant ikke referanseilden.**, men vil utdypes noe under enkelte av punktene nedenfor.

Den detaljerte redegjørelsen for Grindr’s samtykkeløsning (CMP) finnes i de opprinnelige klagenes av 14. januar 2020, merknadene av 15. mars 2021 og i Datatilsynets vedtak av 13. desember 2021. Forbrukerrådet støtter Datatilsynets konklusjon med hensyn til at denne samtykkeløsningen ikke representerer noe gyldig samtykke etter personvernforordningen.

Grindr argumenterer videre for at Datatilsynet ikke har tatt hensyn til at Grindr har endret samtykkeløsning etter overtredelsestidspunktet, men før Datatilsynets vedtak. Uavhengig av om den nye samtykkeløsningen er i henhold til regelverket eller ikke, har dette ingen betydning for vurdering av om Grindr’s tidligere samtykkeløsning var i strid med norsk lov. Som et resultat av Grindr’s ulovlige datadeling på overtredelsestidspunktet, ble brukernes personopplysninger delt med et meget stort antall tredjeparter uten lovlig behandlingsgrunnlag. Dette var økonomisk motivert fra Grindr sin side.

Vi vil i det følgende kommentere vilkårene om: frivillig i punkt 4.2.2.2, spesifikt i 4.2.2.3, informert i punkt 4.2.2.4 og utvetydig i punkt 4.2.2.5.

4.2.2.2 Samtykket var ikke frivillig

4.2.2.2.1 Det var ikke mulig å gi separate samtykker for ulike formål

Grindr skriver i sin klage punkt 4.2.3.2 at på overtredelsestidspunktet «var det ingen rettslig forpliktelse eller tolkning av EU-domstolen som gjorde det påkrevd å innhente separate samtykker gjennom separate «opt in»-funksjoner». Grindr synes å argumentere for at kravet om separate samtykker er utledet av veiledningsmateriale som ikke er rettslig bindende, og dessuten at dette veiledningsmaterialet ikke var publisert på overtredelsestidspunktet.

¹⁸ Datatilsynets vedtak, side 59–60.

Det gjaldt, og gjelder fortsatt, et krav om separate samtykke ved behandling av personopplysninger for flere ulike formål. Kravet om separat samtykke til ulike behandlingsformål er ikke noen nyskaping ved Datatilsynets vedtak. Personvernforordningen refererer eksplisitt til dette, selv om ordet «granularity» ikke er brukt. At det kreves separate samtykker for hvert enkelt behandlingsformål, følger av personvernforordningens fortale punkt 32 og 43. Fortalens punkt 32 lyder slik:

«Et samtykke bør omfatte alle behandlingsaktiviteter som utføres med henblikk på samme formål. Dersom det er flere formål med behandlingen, bør det gis samtykke til alle.»

Fortalepunkt 43 klargjør ytterligere at samtykke ikke kan antas å være fritt gitt

«...dersom det ikke er mulig å gi separat samtykke for forskjellige behandlingsaktiviteter, selv om det er hensiktsmessig i det enkelte tilfellet».

Datatilsynet har bygget sitt vedtak på personvernforordningens ordlyd. Den omstendighet at etterfølgende veiledningsmateriale og uttalelser fra EU-domstolen og Generaladvokaten har tolket personvernforordningen på samme måte, underbygger at Datatilsynet har tolket forordningens ordlyd riktig.

Grindr har vist til en formulering i generaladvokatens uttalelse i Planet49-saken som etter deres syn bekrefter at kravet om separat samtykke ikke gjaldt etter det tidligere personverndirektivet. EU-domstolen tok ikke stilling til dette spørsmålet. Planet 49-saken har uansett ingen betydning for denne saken, da vedtaket mot Grindr er knyttet til personvernforordningen hvor dette vilkåret som nevnt over, fremgår.

Grindr's framstilling av at kravet til separate samtykker ved flere formål var ukjent på overtredelsestidspunktet, stemmer ikke. I tillegg til å være utledet direkte fra personvernforordningens ordlyd og fortale, så ble «granularity» omtalt direkte som et vilkår for å oppfylle kravet til frivillighet i artikkel 29-gruppens veileder til samtykkebegrepet i personvernforordningen, som ble vedtatt 28. november 2017 og sist revidert 10. april 2018. Denne veilederen forelå følgelig på overtredelsestidspunktet. Det følger av veilederen at:

«If the controller has conflated several purposes for processing and has not attempted to seek separate consent for each purpose, there is a lack of freedom.»¹⁹

Grindr kan dermed ikke bli hørt med at kravet om samtykke til hvert enkelt formål ikke var kjent ved overtredelsestidspunktet.

Samtykkeløsningen som Grindr benyttet på overtredelsestidspunktet, oppfylte ikke dette vilkåret, da samtykkeløsningen ikke åpnet for å gi et eget, og separat samtykke til bruk av personopplysninger for markedsføringsformål. De registrerte ble tvert imot bedt om å akseptere hele personvernerklæringen til Grindr som inneholdt informasjon om behandling til flere ulike formål.

Grindr's anførsel i punkt 4.2.3.2 om at EDPBs veileder ikke var rettslig bindende, er ikke treffende. Argumentet bygger på en forutsetning om at kravet om separat samtykke er utledet fra EDPBs veiledningsmateriale alene. Som redegjort for ovenfor, stemmer ikke dette. Datatilsynet har ikke

¹⁹ Guideline on consent under regulation 2016/679, WP259, side 10.

bygget sin tolkning av kravet til «frivillighet» på EDPBs veileder, men også på personvernforordningens ordlyd og tidligere veiledninger.

4.2.2.2 Behandling av personopplysninger for markedsføringsformål var ikke nødvendig for å levere tjenesten

Grindr har blant annet på side 31 flg. i sin klage (under overskriften «betinget tilgang») kommentert Datatilsynets vurdering av at samtykket ikke kan anses gitt frivillig ettersom tilgang til gratisversjonen av applikasjonen var gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger uten at dette var nødvendig for oppfyllelse av avtalen, jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 4. Grindr viser til at de ikke er forpliktet til å tilby tjenester gratis, og at det er i tråd med det som er vanlig i bransjen at tjenester finansieres enten gjennom en betalt «premium-versjon» eller en gratisversjon som er finansiert gjennom reklame. Vi oppfatter at Grindr med dette anfører at brukerne ved å laste ned gratisversjonen samtykket til bruk av deres personopplysninger til markedsføringsformål, da det var mulig å i stedet kjøpe en premium-versjon der det ikke ble delt personopplysninger med annonsører.

Slik vi forstår klagen, er det imidlertid ikke bestridt fra Grindr side at behandling av personopplysninger til markedsføringsformål ikke var nødvendig for å levere tilgang til gratisapplikasjonen.

I vurderingen av hvorvidt samtykket skal anses å være gitt frivillig, skal det tas «størst mulig hensyn til» om behandlingen av personopplysninger samtykket gjelder er nødvendig for å levere tjenesten, jf. artikkel 7 nr. 4. Dersom slik behandling var nødvendig for å oppfylle avtalen, kunne Grindr brukt artikkel 6 nr. 1 bokstav b som behandlingsgrunnlag, framfor samtykke. At Grindr argumenterer for at det foreligger samtykke, er i seg selv en indikasjon på at deling av opplysninger til markedsføringsformål ikke er nødvendig for oppfyllelse av avtalen.

Behovet for å finansiere en tjeneste innebærer under enhver omstendighet ikke at behandlingen er «nødvendig». Enhver virksomhet må finansiere sine aktiviteter Dersom behov for finansiering medførte at behandling var «nødvendig», ville enhver behandling kunne forsvares dersom den bidro til selskapets finansiering. Personvernforordningen setter derfor rammer for hvordan og på hvilke vilkår behandling av personopplysninger kan brukes til å finansiere virksomheten innenfor bedriftens overordnede forretningsmodell. Denne vurderingen er den samme uansett om tjenesten tilbys gratis eller ikke. Dette er blant annet lagt til grunn i tysk juridisk teori:

«Dem Normtext lässt sich eine unterschiedliche Behandlung unentgeltlicher und entgeltlicher Vertragsverhältnisse nicht entnehmen. Deshalb ist auch bei entgeltlichen Verträgen zu entscheiden zwischen Daten, die für die Leistungserbringung zwingend erforderlich sind (bspw. Benutzername und Kennwort für ein Benutzerkonto in einem kostenlosen Online-Spiel), und darüber hinausgehenden Daten bzw. Datenverarbeitung (etwa Geburtsdatum und Anschrift, die für Marketingzwecke erhoben werden)»²⁰

Vår oversettelse: «Ordlyden gir ikke grunnlag for ulik behandling av vederlagsfrie og vederlagsbaserte kontraktsforhold. Dermed må det, selv i vederlagsfrie kontraktsforhold, gjøres et skille mellom opplysninger som er helt nødvendige for å levere tjenesten (for

²⁰ BeckOK DatenschutzR/Stemmer, 38. Utg. 1.11.2021, DS-GVO Art. 7 Rn. 44.2.

eksempel brukernavn og passord for et gratis on-line spill) og opplysninger som går ut over dette (som fødselsdato eller adresse som er innhentet for markedsføringsformål)»

Hvorvidt behandling av personopplysninger er «nødvendige» for å oppfylle avtalen, må derfor alltid avgjøres i henhold til den underliggende avtalens objektive karakter. Den underliggende avtalen mellom Grindr og de registrerte i denne saken, er tilgang til en dating-applikasjon. Deling av personopplysninger for å legge til rette for tilpasset og rettet annonsering er objektivt sett, ikke nødvendig for å levere Grindr's tjeneste. Selv om en aksepterte at eksponering for markedsføring var en del av avtalen, hadde det vært mulig for Grindr å vise generelle annonser uten å dele brukernes personopplysninger med tredjeparter. Grindr selv erkjenner dette når de på side 33 i klagen viser til at gratisbrukere som gjennom mobilinnstillingene har valgt bort deling av personopplysninger til markedsføringsformål, vil kunne motta kontekstuelle annonser.

At det kreves aktivt samtykke for bruk av personopplysninger ved gratistjenester, følger også av et nylig vedtak fra det spanske datatilsynet (AEPD) der en bank hadde bedt om samtykke fra kundene sine ved bruk av forhåndsavkryssede bokser, for behandling av personopplysninger som ikke var nødvendige for å oppfylle avtalen.²¹ Hvis de registrerte ikke godtok slik behandling, ville banken belaste dem med et gebyr på EUR 5 per måned for å opprettholde deres bankkonto. Etter det spanske datatilsynets syn, innebar dette at samtykket ikke var gitt frivillig siden det å ikke gi samtykke medførte en utgift for de registrerte.

4.2.2.3 Tilbaketrekking av samtykke

Grindr henviser i sin klage på side 33 til EDPBs veileder, hvor det blant annet framgår at

«If a controller is able to show that a service includes the possibility to withdraw consent without a negative consequence e.g. without the performance of the service being downgraded to the detriment of the user, this may serve to show that the consent was given freely.»

Grindr argumenterer for at brukere kunne endre innstillingene på sin mobiltelefon slik at færre personopplysninger ble delt med annonsører uten at dette påvirket applikasjonens funksjonalitet, og at dette innebærer at de kunne trekke tilbake sitt samtykke uten negative konsekvenser.

En så komplisert mekanisme for å trekke tilbake samtykke er ikke i tråd med personvernlovgivningen. Å trekke tilbake samtykke skal være like enkelt som å gi samtykke, jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 3. Artikkel 29-gruppen har om dette uttalt at:

«Where consent is obtained through use of a service-specific user interface (for example, via a website, an app, a log-on account, the interface of an IoT device or by e-mail), there is no doubt that a data subject must be able to withdraw consent via the same electronic

²¹ Se [https://gdprhub.eu/index.php?title=AEPD_\(Spain\)_-_PS/00226/2020&mtc=today](https://gdprhub.eu/index.php?title=AEPD_(Spain)_-_PS/00226/2020&mtc=today). AEPD bøtela Caixabank med en bot på EUR 2 000 000 for overtredelse av personvernforordningen artikkel 6, jf. artikkel 7 nr. 4, og ytterligere EUR 100 000 for å ha bedt om dette samtykket gjennom forhåndsavkryssede bokser, i strid med artikkel 6 nr. 1.

interface, as switching to another interface for the sole reason of withdrawing consent would require undue effort.»²²

Grindr brukere ble invitert til å gi sitt samtykke ved å trykke på at de aksepterte Grindr personvernerklæring. For å trekke tilbake samtykke, måtte brukeren endre innstillingene på mobiltelefonen sin, noe som krevde at de måtte gå ut av appen. Dette er ikke like enkelt som det var å gi samtykke.

Som Forbrukerrådet tidligere har påvist, var det for brukere med operativsystemet Android, liten forskjell på hvilke opplysninger som ble delt uavhengig av hvordan brukeren hadde satt mobilinnstillingene sine.²³ Dersom brukeren valgte å påvirke delingen av personopplysninger gjennom å endre enhetsinnstillingene, ville dette dessuten påvirke alle applikasjonene på enheten og ikke bare Grindr-applikasjonen. Dette taler også for at konsekvensene ved eventuelt å trekke samtykke tilbake på denne måten, var så omfattende at den registrerte ikke sto fritt til å trekke tilbake samtykket sitt til Grindr.

Det framgikk heller ikke klart av personvernerklæringen hva som var konsekvensen av å trekke tilbake samtykke. Etter personvernerklæringen på overtredelsestidspunktet, framsto det som at dersom brukeren trakk tilbake sitt samtykke på den foreskrevne måten, kunne brukeren ikke lenger bruke applikasjonen:

- **Revocation Of Consent.** The Grindr Services relies on the processing of Personal Data that you have provided. If you revoke your consent for the processing of Personal Data, in accordance with this Privacy Policy and applicable Terms and Conditions of Service, then you must discontinue all use of the Grindr Services and delete any accounts that you created, as we will no longer be able to provide the Grindr Services. In some cases, we may limit or deny your request if the law permits or requires us to do so, or if we are unable to adequately verify your identity.

Det framgikk ikke av personvernerklæringen sitert over, hvorfor Grindr ikke ville være i stand til å tilby tjenesten hvis samtykket fra brukeren til å dele personopplysninger til markedsføringsformål ble trukket tilbake. Det er heller ikke klart i hvilket tilfelle Grindr skal kunne nekte tilbakekalling av samtykke, jf. henvisningen i det siterte til hva lov tillater eller pålegger Grindr å gjøre eller under hvilke omstendigheter Grindr ikke kan verifisere brukers identitet. Med disse formuleringene er det umulig for brukere å forstå hvordan og under hvilke forhold de kan eller ikke kan trekke tilbake samtykket sitt.

4.2.2.3 Samtykket var ikke spesifikt

Grindr anfører i klagens punkt 4.2.3.3 at Datatilsynet «ikke [har] vist at det foreligger avvik fra prinsippet om formålsbegrensning i artikkel 5 nr. 1 bokstav b, og kravet om et «spesifikt» samtykke jf. artikkel 4 nr. 11.» Samtidig synes Grindr ikke å benekte at Grindr ba om samtykke ved å be de registrerte om å akseptere hele personvernerklæringen deres.

²² Guideline on consent under regulation 2016/679, WP259, side 21.

²³ Forbrukerrådets rapport «Out of control», side 33.

Følgende skjermbilde viser hvordan samtykkeerklæringen i personvernerklæringen som Grindr benyttet på overtredelsestidspunktet var formulert:

What We Collect.

We collect personal data and non-personal data about you. **“Personal Data”** means any data that allows someone to identify or contact you.

The following provides examples of the types of data that we collect, and how we collect them. Note that not all of the Grindr Services collect all of the data listed below. By agreeing to our privacy policy, you consent to the collection of the information indicated below. In addition to consent, the information is collected to perform a contract, to comply with obligations, or for the legitimate interests of Grindr or a third party as described below. Note that some Grindr Services collect only some of the data listed here.

Selv om en bruker bekrefter at han «godtar» en slik personvernerklæringen, innebærer ikke dette en generell aksept av all informasjonen i personvernerklæringen og et spesifikt og utvetydig samtykke i lovens forstand. Personvernforordningen artikkel 7 nr. 2 krever at ethvert samtykke som gis i forbindelse med «en skriftlig erklæring som også gjelder andre forhold», må presenteres på en måte som gjør at den «tydelig kan skilles fra nevnte andre forhold, i en forståelig og lett tilgjengelig form og på et klart og enkelt språk.» Etter Forbrukerrådets syn følger dette også av personvernprinsippet om at behandling av personopplysninger skal være rettfærdig, og kravet i artikkel 4 nr. 11 om at samtykket skal være utvetydig. Artikkel 29-gruppen uttalte i 2017 om vilkåret «spesifikt» at:

«This requirement has not been changed by the GDPR and remains closely linked to the requirement of ‘informed’ consent. At the same time it must be interpreted in line with the requirement for ‘granularity’ to obtain ‘free’ consent. In sum, to comply with the element of ‘specific’ the controller must apply:

- (i) Purpose specification as a safeguard against function creep
- (ii) Granularity in consent requests, and
- (iii) Clear separation of information related to obtaining consent for data processing activities from information about other matters»²⁴

Det er følgelig ikke tilstrekkelig å be om samtykke som del av en omfangsrik tekst som inneholder informasjon om mange andre forhold, som mulige behandlingsoperasjoner, de ulike behandlingsgrunnlagene som er lagt til grunn, de registrertes rettigheter osv. slik Grindr har gjort i denne saken. Det vises til personvernforordningens fortale punkt 32, hvor det framgår at:

²⁴ Guideline on consent under regulation 2016/679, WP259, side 11.

«Dersom den registrertes samtykke skal gis etter en elektronisk anmodning, må anmodningen være tydelig, kortfattet og ikke unødig forstyrre bruken av den tjenesten samtykket gjelder.»

Personvernerklæringen ga heller ikke en tilstrekkelig god beskrivelse av hvilken behandling til markedsføringsformål som samtykket faktisk gjaldt. Vi viser her til at Grindr personvernerklæring refererte til tredjepartselskapers personvernerklæringer når det gjaldt deres innsamling, bruk og videre utlevering av brukernes personopplysninger. Det var ikke lenket til disse personvernerklæringene, og Grindr redegjorde heller ikke for hvilke selskaper det var snakk om.

Det fulgte også av Grindr personvernerklæring at «third parties may also collect information directly from you as described in this Privacy Policy though technology such as cookies.» Bruken av begrepet «may» underbygger at samtykket ikke var spesifikt, siden slik behandling - og dermed dens formål - er uttrykt på en hypotetisk måte.

Forbrukerrådet støtter derfor Datatilsynets konklusjon om at samtykket ikke var spesifikt.

4.2.2.4 Samtykket var ikke informert

Grindr argumenterer i klagens punkt 4.2.3.4 for at samtykket var informert fordi personvernerklæringen inneholdt informasjon om den behandlingsansvarliges identitet og formålene med behandlingen, og at personvernerklæringen var utformet i en forståelig og lett tilgjengelig form og på et klart og enkelt språk, jf. personvernforordningens fortalens punkt 42. Grindr anfører at Datatilsynet kun fokuserer på personvernerklæringens lengde, og ikke vektlegger at vilkårene i fortalens punkt 42 etter Grindr syn var oppfylte.

Under den samtykkeløsningen som gjaldt på overtredelsestidspunktet, ble brukere bedt om å akseptere Grindr personvernerklæring som var lang og inneholdt mye informasjon. Ikke all informasjonen var knyttet til den behandlingen brukeren ble invitert til å samtykke til. Dette gjorde det uklart hva aksepten egentlig innebar.

En personvernerklæring tjener et annet formål enn et samtykke, og det å akseptere en personvernerklæring er ikke det samme som å gi samtykke. Til tross for sitt omfang, manglet personvernerklæringen informasjon om den videre behandlingen til de tredjepartene Grindr delte personopplysninger med. Grindr personvernerklæring viste kun til én av Grindr annonsepartnere, MoPub. Det er ikke vist til andre annonsepartnere eller andre formål. MoPub er ifølge Grindr en selvstendig behandlingsansvarlig. Grindr har imidlertid ikke benektet at personopplysninger om brukere ble delt med flere andre selskaper, herunder selskapene AdColony, som etter det opplyste er en selvstendig behandlingsansvarlig, og OpenX, som etter det opplyste er en databehandler.²⁵ Som den tekniske rapporten har vist, ble opplysningene delt med en rekke andre selskaper.²⁶

Fraværet av slik informasjon gjorde det umulig for brukeren å forstå konsekvensene av å gi samtykke. En vanlig bruker forventer ikke at vedkommendes personopplysninger kan bli delt med potensielt

²⁵ Datatilsynets vedtak, side 6.

²⁶ Mnemonics rapport, punkt 2.3.2.

hundrevis av ukjente tredjeparter som vil legge inn bud og kjøpe et datasett som inneholder informasjonen om vedkommendes kjønn, alder, unike reklame-ID, IP-adresse eller GPS-posisjonen.

Forbrukerrådet støtter følgelig Datatilsynets konklusjon om at samtykket ikke var informert.

4.2.2.5 Samtykket var ikke utvetydig

For at samtykket skal oppfylle personvernforordningens krav, må det også være utvetydig, jf. artikkel 4 nr. 11 i personvernforordningen.

Grindr viser i sin klages punkt 4.2.3.5 til at før applikasjonen lastes ned, ga Grindr spesifikk informasjon om annonser, at samtykkemekanismen innebar at brukeren måtte samtykke til personvernerklæringen to ganger, og at dette innebar en etter Grindr oppfatning klar, bekreftende og aktiv handling.

Forbrukerrådet er enig med Datatilsynet i at når aksept av personvernerklæring og samtykke til flere ulike behandlingsformål er koblet sammen i en enkelt handling, er det ikke avgitt et utvetydig samtykke. Det følger av artikkel 29-gruppens veileder om personvernforordningens samtykkekrav fra 2017 at samtykke ikke kan gis i en og samme handling som aksept av de generelle vilkårene til en tjeneste, og at aksept av brukervilkår ikke kan ses på som en tydelig bekreftelse på at den registrerte samtykker til behandling av personopplysninger.²⁷ Forbrukerrådet støtter Datatilsynets vurdering i deres vedtak punkt 5.4.5, av at det ikke er noen meningsfull forskjell mellom å generelt akseptere en tjenestes brukervilkår og å generelt akseptere tjenestens personvernerklæring. Ingen av handlingene innebærer en utvetydig bekreftelse om at brukeren samtykker til deling av personopplysninger til markedsføringsformål. Dette gjelder selv om personvernerklæringen er skrevet med et klart og tydelig språk.

4.3 Konklusjonen om Datatilsynets vurdering av den tidligere samtykkeløsningen

Forbrukerrådet støtter Datatilsynets konklusjon om at ingen av de fire vilkårene for samtykke: «Frivillig avgitt, spesifikt, informert og utvetydig» var oppfylte. Det var på overtredelsestidspunktet uansett heller ikke like lett å trekke et eventuelt samtykke tilbake som å gi samtykke.

Ettersom disse vilkårene er kumulative, er det tilstrekkelig at ett av dem ikke er oppfylt for at samtykket skal være ugyldig. Alle vilkårene følger direkte av personvernforordningens ordlyd, og Grindr kan ikke høres med at de ikke var kjent med at Grindr samtykkeløsning på overtredelsestidspunktet ikke oppfylte disse vilkårene.

5 DATATILSYNETS TOLKNING AV ARTIKKEL 9

5.1 Innledning

Det er tilstrekkelig for illeggelse av overtredelsesgebyr at Grindr har overtrådt personvernforordningen artikkel 6 (1). Slik Forbrukerrådet ser det, foreligger det imidlertid også – slik Datatilsynet riktig har lagt

²⁷ Guideline on consent under regulation 2016/679, WP259, side 16.

til grunn i vedtaket – en overtredelse av personvernforordningen artikkel 9 (1). Vi vil i det følgende kommentere anførselene i Grindr's klage om at Datatilsynets tolkning av personvernforordningen artikkel 9 er feil og at vilkårene i artikkel 9 (2) er oppfylt.

5.2 Tolkning av personvernforordningen artikkel 9 (1)

5.2.1 Tolkning av kravet til behandling av seksuelle forhold eller seksuelle orientering

Grindr har i klagens punkt 5.2.2 anført at forbudet mot å behandle opplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering kun gjelder når behandlingen tjener eller kan tjene et forbudt formål, som for eksempel å fastslå en persons seksuelle orientering.

Dette er i strid med ordlyden i personvernforordningen artikkel 9 nr. 1, som fastslår at det er behandling av kategorien av opplysninger, og ikke formålet med behandlingen, som er forbudt. Det er i det hele tatt uklart hva Grindr viser til når de omtaler «forbudte formål». Dette er ikke et begrep som finnes i personvernforordningen.

Som Datatilsynet legger til grunn i vedtaket, er definisjonen i personvernforordningens artikkel 9 av særlige kategorier av personopplysninger og personopplysninger om en persons seksuelle orientering eller seksuelle forhold vid:

«The two categories «data concerning a natural person's sex life» and «sexual orientation» are closely connected, but not identical. Sexual orientation refers to information concerning whether, for example an individual is heterosexual, homosexual, bisexual, or of some other orientation. Data concerning a natural person's sex life is to be broadly construed to include not only this, but also information about sexual practices (for example, the consumption of pornography) as well as details on marital status and intimate personal details (for example, change of gender or the use of contraception).»²⁸ (vår understrekning)

I juridisk teori er det også tatt til orde for at kategorien «seksuell orientering» kan anses som en underkategori av personopplysninger om «seksuelle forhold»:

«Daten über die sexuelle Orientierung stellen einen speziell geregelten Unterfall der Daten zum Sexualleben dar. Hierzu zählt etwa die Information, ob einen Person hetero-, homo- oder bisexuell ist.»²⁹

Vår oversettelse: «Opplysninger om seksuell orientering utgjør en særlig underkategori av opplysninger om seksuelle forhold. Dette omfatter blant annet informasjon om en person er heterofil, homofil eller biseksuell.»

Selv om de to kategoriene «seksuelle forhold» og «seksuell orientering» ikke er tydelig avgrenset mot hverandre, er begge kategorier omfattet av og like beskyttet etter personvernforordningen artikkel 9.

Forbrukerrådet er i og for seg enig med Grindr i at det i seg selv ikke er avgjørende om opplysningen viser at den registrerte er del av en seksuell minoritet for at opplysningen skal være omfattet av artikkel

²⁸ Kuner, Bygrave og Docksey (red.), The EU General Data Protection Regulation (GDPR), A Commentary (OUP 2020), s. 375.

²⁹ Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, DSGVO Art. 9 para. 11, beck-online.

9. Som det fremgår av sitatet over, skal begrepene i artikkel 9 forstås vidt. Seksuelle minoriteter kan imidlertid slik Datatilsynet påpeker, etter omstendighetene ha et større praktisk behov for vern av opplysninger om sin seksualitet eller seksuelle orientering idet slike minoriteter kan møte større utfordringer med hensyn til diskriminering enn andre grupper som tilhører en majoritet. Dette har imidlertid ikke betydning for gyldigheten av vedtaket.

En opplysning som direkte knytter beskrivelsen «homofil» til den enkelte bruker, er følgelig ikke nødvendig for å utløse beskyttelsen av personvernforordningen artikkel 9. Det er tilstrekkelig at informasjon om seksuell orientering eller seksuelle forhold kan utledes av sammenhengen. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori:

«Die verarbeiteten Daten müssen nicht zwingend unmittelbar Information über einen sensiblen Aspekt enthalten; es genügt, wenn sich solche sensiblen Aspekte mittelbar aus dem Gesamtzusammenhang der Verarbeitung ergeben (kontextbezogene oder mittelbar sensible Daten.»³⁰

Vår oversettelse: «De behandlede dataene behøver ikke nødvendigvis å inneholde direkte informasjon om et sensitivt aspekt; det er tilstrekkelig at slike sensitive aspekter lar seg utlede av behandlingens totale sammenheng (kontekstrelaterte eller middelbare sensitive data.»

Grindr henvisning til den såkalte Ebab-saken endrer ikke dette. Avgjørelsen som er fra 2017, gjelder fortolkningen av det tidligere tyske personvernregelverket (som gjennomførte personverndirektivet), og kan ikke legges til grunn for fortolkningen av personvernforordningen som trådte i kraft i 2018. Det er også misvisende når Grindr i fotnote 55 beskriver Verwaltungsgericht Berlin 6. Kammer som «Den føderale høyesterett i Berlin». Slik Forbrukerrådet oppfatter det, er Verwaltungsgericht Berlin en forvaltningsdomstol i førsteinstans i den tyske delstaten Berlin, og ingen tysk føderal domstol. Denne forvaltningsdomstolens avgjørelser kan påankes til Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, og det er således ikke tale om noen form for overordnet domstol.³¹ Rettskildeverdien av avgjørelsen er følgelig svært lav.

Forbrukerrådet er for øvrig ikke enig i Grindr utlegning av innholdet i selve avgjørelsen. Avgjørelsen gjaldt krav om utlevering av informasjon om hvem som var utleierye av leiligheter som ble ulovlig fremleid fra en online-plattform for utleie av leiligheter. Forvaltningsdomstolen la til grunn at selv om plattformen rettet seg mot potensielle homofile leietakere, var det ikke grunnlag for en slutning om at utleierne av den grunn var homofile selv om de betegnet seg selv som for eksempel homofilvennlige eller venner («schwulenfreundlich» bzw. «Freunde»). Tvert om la domstolen til grunn at plattformens anførsler om at utlevering av informasjon om hvem som hadde tilbud leilighetene for utleie, ville avsløre informasjon om utleierens seksuelle orientering var ren spekulasjon («ist hinsichtlich der sexuelle Orientierung der Vermieter reine Spekulation»³² Tilsvarende er ikke tilfelle når det gjelder

³⁰ Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 9 para. 11, beck-online.

³¹ Se <https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/das-verwaltungsgericht/aufgaben-des-verwaltungsgerichts/> hvor det fremgår «Gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts kann grundsätzlich das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg angerufen werden».

³² VG Berlin, Beschluss vom 27.03.2017 - 6 L 250.17, **Feil! Hyperkoblingsreferansen er ugyldig.** avsnitt 57–58.

den informasjon som Grindr har utlevert om brukerne sine, se punkt 5.2.2 nedenfor. Avgjørelsen har følgelig ingen betydning for nærværende sak.

5.2.2 Faktiske forhold

Grinders anførsler i klagens punkt 5.2.3, herunder 5.2.3.1 og 5.2.4 om at Grindr app har brukere av alle seksuelle orienteringer og at nedlasting og bruk av applikasjonen ikke avslører noen informasjon om brukerens seksuelle orientering, er ikke forenelig med Grindr egen markedsføring av og opplysninger om applikasjonen. Vi viser her til punkt 3.2 over der vi kommenterer hvordan Grindr selv omtaler hvem Grindr-applikasjonen er rettet mot gjennom blant annet formuleringene «The world's largest social networking app for gay, bi, trans and queer people», «exclusively for gay, bi and curious men» (vår understrekning) samt «the world's largest, all- male, mobile, social networking utility» (vår understrekning).

Grindr kan under slike omstendigheter ikke høres med at Grindr ikke kommuniserer informasjon om sine brukeres seksuelle orientering eller seksuelle forhold med sine annonsepårtnerne. Når Grindr deler de personopplysninger som er nevnt under punkt 3.3 over, sammen med en opplysning om at disse personopplysningene stammer fra Grindr (gjennom appnavnet «Grindr» eller en tilsvarende ID som kilde), kvalifiserer dataene som en særlig kategori personopplysninger i henhold til personvernforordningen artikkel 9 nr. 1 nettopp fordi Grindr er en dating-tjeneste for personer med en seksuell orientering som nevnt. Denne informasjonen bidrar til at annonsørene kan rette særlig tilpasset markedsføring til slike personer, noe som tilfører opplysningene en særlig markedsføringsverdi.

I blog-posten som er sitert i Datatilsynets vedtak på side 42 og som omhandler funksjonen «Ad Targeting Opt-Out», erkjenner Grindr dessuten implisitt at annonsørene får informasjon om brukernes seksuelle orientering som følge av deres bruk av Grindr-appen. Det fremgår av dette sitatet at brukerne ved å benytte denne «opt out»-funksjonen ikke lenger vil «receive LGBTQ+ ads outside their use of the Grindr app based on the fact that they have used the Grindr app» og videre at «this new setting is for those users who want to receive targeted ads for most of their activities but not targeted ads based on their use of the Grindr app» (våre understrekninger). Det samme gjelder der brukernes personopplysninger kombineres med nøkkelordene «gay», «bi» og «bi-curious» som beskrevet i Datatilsynets vedtak på side 44.

Datatilsynets konklusjon i vedtaket punkt 5.5.1 om at Grindr behandler særlige kategorier av personopplysninger i henhold til personvernforordningen artikkel 9(1) er således korrekt.

At Datatilsynets vedtak etter omstendighetene kan få betydning også for andre applikasjoner og tjenester hvis bruk kan gi informasjon om brukernes seksuelle orientering, etniske opprinnelse, politiske oppfatning, religion eller andre former for særlige kategorier opplysninger, slik Grindr synes å anføre blant annet under klagens punkt 5.2.4, er ikke noe argument mot en slik konklusjon. Tilbyderne av slike andre applikasjoner og tjenester har på samme måte som Grindr ikke noen beskyttelsesverdig interesse i å kunne bruke slike opplysninger for egne økonomiske formål uten eksplisitt samtykke fra dem opplysningene gjelder.

5.3 Behandlingen faller ikke inn under artikkel 9 (2)

Grindr anfører i klagens punkt 5.3 at behandlingen faller inn under personvernforordningen artikkel 9 (2) bokstav a) fordi brukerne har samtykket til delingen.

Behandling etter artikkel 9 (2) bokstav a) forutsetter et «uttrykkelig samtykke». Som det er gjort rede for under punkt 4.2.2.2 over, foreligger det ikke noe samtykke etter personvernforordningen artikkel 6 (1) bokstav a). Det foreligger da enn mindre noe uttrykkelig samtykke etter artikkel 9 (2) bokstav a). Det er ikke grunnlag for å utlede noen form for implisitt samtykke gjennom bruk av gratisversjonen av applikasjonen slik Grindr synes å argumentere for.

5.4 Konklusjon

Forbrukerrådet støtter Datatilsynets konklusjon om at Grindr har delt opplysninger om brukernes seksuelle forhold eller seksuelle orientering med sine annonsepartnere for reklameformål i strid med personvernforordningen artikkel 9.

6 OVERTREDELSESGEBYR

6.1 Innledning

Grindr fremhever i klagens punkt 6.1 at overtredelsesgebyret er å anse som straff etter EMK. Dette er som nevnt i punkt 6.2. 1 nedenfor allerede uttrykkelig lagt til grunn i vedtaket.

Videre har Grindr anført at overtredelsesgebyret er i strid med legalitetsprinsippet fordi de materielle vilkårene etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9 nr. 1 ikke var tilstrekkelig klare og tydelige. Som det framgår av redegjørelsen i punkt 4 var innholdet i de materielle vilkårene etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 nr. 1 på det rene på overtredelsestidspunktet, jf. også punkt 6.2.2 nedenfor.

Endelig har Grindr anført at Datatilsynet ikke har bevist at en spesifikk person som handlet på vegne av Grindr, utviste uaktksomhet eller forsett med hensyn til overtredelsen. Som nærmere gjort rede for i punkt 6.2.3 nedenfor er dette ikke en forutsetning for å ilegge overtredelsesgebyr.

6.2 Almennelige vilkår for å ilegge straffesanksjoner

6.2.1 Overtredelsesgebyret er en straffesanksjon etter EMK

Grindr har i klagens punkt 6.2.1 vist til at overtredelsesgebyret er å anse som straff etter EMK. Datatilsynet har som nevnt i sitt vedtak allerede lagt dette til grunn.³³

Forbrukerrådet vil i den forbindelse påpeke at EMD også har trukket en distinksjon mellom tradisjonelle straffesanksjoner og straffesanksjoner i utvidet betydning, jf. Jussila v. Finland avsnitt 43.

³³ Datatilsynets vedtak, punkt 6.1 første avsnitt.

Overtredelsesgebyret tilhører sistnevnte kategori. Innholdet i de forpliktelser som følger av EMK, er dermed mindre strenge for overtredelsesgebyr enn for tradisjonelle straffesanksjoner.

6.2.2 Lovhjemmelen for ileggelse av straffesanksjoner er klar og tydelig

Grindr har anført at de materielle vilkårene i personvernforordningen artikkel 6(1) og artikkel 9(1) ikke var tilstrekkelig klare og tydelige i perioden 20. juli 2018 til 7. april 2020 slik at det er i strid med legalitetsprinsippet, jf. EMK artikkel 7 og tilsvarende nasjonale og EØS-rettslige prinsipper å legge til grunn at Grindr har brutt personvernforordningen. En slik anførsel kan ikke føre frem.

Datatilsynet har korrekt lagt til grunn legalitetsprinsippet som et underliggende vilkår for å ilegge overtredelsesgebyret.³⁴ Som beskrevet i punkt 4, framgikk kravene til samtykke som Datatilsynet la til grunn for vedtaket tydelig av personvernforordningen artikkel 6(1) og artikkel 9(1) og de øvrige rettskildene som forelå på overtredelsestidspunktet. De etterfølgende rettskildene som Datatilsynet har vist til i vedtaket representerer ingen endring i rettsstilstanden, kun en konstatering av hva som var gjeldende rett på tidspunktet for behandlingen. Følgelig er overtredelsesgebyret ikke i strid med EMK artikkel 7 eller tilsvarende nasjonale og EØS-rettslige prinsipper.

6.2.3 Skyldkravet

6.2.3.1 Kravet til forsett eller uaktsomhet

Grindr synes i klagens punkt 6.2.3 å anføre at vedtaket er ugyldig fordi skyldkravet ikke er oppfylt. Grindr har i den forbindelse, og under henvisning til HR-2021-797-A, vist til at det for ileggelse av overtredelsesgebyr kreves at en som har handlet på vegne av foretaket har utvist uaktsomhet eller forsett.³⁵

Det samme skyldkravet er uttrykkelig lagt til grunn i vedtaket, under henvisning til nevnte dom fra Høyesterett.³⁶ Allerede derfor er det ikke grunnlag for Grindr's anførsel om at Datatilsynet har anvendt skyldkravet på feil måte.³⁷

Det er videre anført av Grindr at det er «uklart hvilken form for subjektiv skyld Datatilsynet har vurdert og fastslått».³⁸ Dette er ikke riktig. Tvert imot fremgår det uttrykkelig av vedtaket at Datatilsynet har konkludert med at «a person acting on behalf of Grindr has at least acted negligent, and in our view, intentional».³⁹ For å kunne ilegge overtredelsesgebyr er det under enhver omstendighet tilstrekkelig at Datatilsynet finner at det foreligger uaktsomhet.⁴⁰

Grindr's anførsel om at Datatilsynet måtte vurdert eller dokumentert uaktsomhet fra spesifikke personer som opptrer på vegne av Grindr, kan ikke føre frem.⁴¹ Det er på det rene at Grindr kan ilegges

³⁴ Datatilsynets vedtak, punkt 6.1 fjerde avsnitt.

³⁵ Grindr's klage, punkt 6.2.3 første avsnitt.

³⁶ Datatilsynets vedtak, punkt 6.2 første avsnitt.

³⁷ Grindr's klage, punkt 6.2.3, nittende avsnitt.

³⁸ Grindr's klage, punkt 6.2.3, sjettede avsnitt.

³⁹ Datatilsynets vedtak, punkt 6.2 sjettede avsnitt.

⁴⁰ Graden av skyld kan også ha betydning for utmålingen (størrelsen) av overtredelsesgebyret, men som det fremgår av punkt 6.6 finner ikke Forbrukerrådet grunn til å kommentere Datatilsynets nærmere utmåling av overtredelsesgebyret.

⁴¹ Grindr's klage, punkt 6.2.3 femte og tjuende avsnitt.

overtredelsesgebyr for handlinger som er foretatt på vegne av foretaket. Det er i den forbindelse ikke nødvendig å identifisere bestemte personer idet foretaket også hefter for anonyme og kumulative feil. Forbrukerrådet viser i den sammenheng til Straffelovkommisjonen:

«Ved å se på de objektive forhold ved handlingen, kan man som oftest trekke slutninger om noen har handlet uaktsomt [...] Det kan f.eks. ved en feil (uaktsomhet) være sluppet ut giftig avfall fra en bedrift i en elv uten at man kan påvise hvem i bedriften som gjorde det. I visse tilfeller kan det også foreligge anonymt forsett. Det vil f.eks. ut fra de faktiske forhold være klart at lovbruddet ikke kunne skjedd uten at noen handlet forsettlig.»⁴²

Det samme er lagt til grunn i Høyesteretts praksis, se blant annet Rt. 2002 s. 1312 (på side 1318):⁴³

«Det gjelder et skyldkrav også i relasjon til anvendelse av foretaksstraff etter straffeloven § 48a. En ren konstatering av at det foreligger en objektiv overtredelse av det aktuelle straffebudet, er ikke tilstrekkelig. Betydningen av bestemmelsen i første ledd annet punktum om at foretaket kan straffes selv om ingen enkeltperson kan straffes, er at det er etablert et kollektivt skyldkrav, slik at også anonyme og kumulative feil rammes. Dette fremgår av forarbeidene til lov 20. juli 1991. Jeg viser til det som er uttalt av flertallet i Straffelovkommisjonens innstilling NOU 1989:11 om straffansvar for foretak på side 15. Departementet fulgte flertallets utkast i Ot.prp.nr.27 (1990–1991), jf. proposisjonen side 17.»

Selv om Høyesteretts avgjørelse i sak HR-2021-797-A setter det rene objektive straffeansvar til side, endrer dommen ikke på ansvaret for anonyme og kumulative feil.⁴⁴ Dommens konsekvens er at det for anonyme og kumulative feil må konstateres skyld (forsett eller uaktsomhet) for at foretaksstraff kan ilegges, slik rettstilstanden var før vedtakelsen av straffeloven § 27. Høyesterett legger samtidig, i dommen avsnitt 24, til grunn at EMKs krav til en «mental link» mellom handlingen og de faktiske omstendigheter som statuerer straffansvaret også er oppfylt ved ordinær uaktsomhet.⁴⁵ Ansvar for anonyme og kumulative feil er særlig aktuelt ved overtredelse av regulatoriske krav til tiltak, slik som i denne saken. Etterlevelse av GDPR er et ansvar som til enhver tid påhviler foretakets styre og administrasjon, og som ikke kan skyves over på enkeltpersoner i virksomheten.

Om innholdet i skyldvurderingen i saker om anonyme og kumulative feil, uttalte Høyesterett følgende i Rt. 1988 s. 1356 (på side 1360):

«Når det ikke er kjent hvilken person innenfor bedriften som har ansvaret for en handling eller unnlatelse, må aktsomhetsbedømmelsen nødvendigvis få et objektivt preg. Det lar seg således ikke gjøre å bringe på det rene hvilken viten vedkommende faktisk hadde; man må nøye seg med å spørre hva vedkommende burde vite eller bringe på det rene. Nå blir nok

⁴² NOU 1989:11, side 15–16.

⁴³ Dommen gjelder den tidligere rettstilstand før vedtakelsen av straffeloven § 27 om objektivt straffansvar

⁴⁴ Dette er også lagt til grunn i Knut Høivik, Foretaksstraff og Korrupsjon: En utredning for Justis- og beredskapsdepartementet, 26. mai 2021, side 93 flg. Utredningen er avgitt etter HR-2021-797-A og tar uttrykkelig høyde for denne dommen.

⁴⁵ G.I.E.M. S.R.L. and others v Italy, avsnitt 242.

forskjellen fra andre saker likevel ikke så stor, idet enhver aktsomhetsvurdering har en objektiv kjerne [...]»

Man må ifølge Høyesterett også kunne trekke slutninger fra de ytre omstendigheter «med anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger».⁴⁶

Spørsmålet i uaktsomhetsvurderingen er dermed hva Grindr's styre og ansatte «burde vite eller bringe på det rene» om hvilket tiltak foretaket hadde iverksatt for å etterleve kravene etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9 nr. 1. Grindr's styre, ledelse og øvrige berørte ansatte må ha åpenbart vært klar over hvilke avtalevilkår, personvernerklæringer og samtykkemekanismer selskapet praktiserte på overtredelsestidspunktet. Om de ikke gjorde det, vil det i seg selv være (grovt) uaktsomt idet etterlevelse av personvernforordningen er et ansvar som påligger selskapets ledelse og styre.

Det fremgår av vedtaket at det etter Datatilsynets oppfatning er klart at «Grindr, through its board members or executives which acted on behalf of it and were responsible for the previous CMP, intended to use its previous CMP at the time of the infringement».⁴⁷ Datatilsynet konkluderte som nevnt på denne bakgrunn med at «concerning the breaches of the GDPR in this case, we therefore find that a person acting on behalf of Grindr has at least acted negligent, and in our view, intentional».⁴⁸

6.2.3.2 Særlig om rettsuvidenhet

Grindr har ikke eksplisitt anført rettsuvidenhet, men flere av uttalelsene i klagen kan se ut til å gjelde dette. Blant annet påstås det at Datatilsynet ikke har foretatt «noen vurdering av om det foreligger subjektive unnskyldningsgrunner» og at det bør tas hensyn til «den betydelige usikkerheten som på det aktuelle tidspunktet knyttet seg til den konkrete forståelsen av personvernforordningens artikkel 6 og 9 skal tolkes (sic)».⁴⁹ Forbrukerrådet kan ikke se at det er noe grunnlag for unnskyldelig rettsuvidenhet i saken og vil kommentere dette kort i det følgende.

Straffelovens bestemmelse om rettsuvidenhet (straffeloven § 26) legger til grunn at den som på handlingstidspunktet på grunn av uvidenhet om rettsregler er ukjent med at handlinger er ulovlig, straffes når uvidenheten er uaktsom. Tilsvarende må gjelde for overtredelsesgebyr etter personvernforordningen, selv om det ikke er tale om straff i straffelovens forstand.

Aktsomhetskravet knyttet til hvilke forpliktelser som følger av lov, er høyt og det stilles «meget strenge krav til aktsomhet for å anse en rettsvillfarelse som unnskyldelig», jf. Rt. 2012 s. 1316 avsnitt 12. Rettsvillfarelse skal bare «helt unntaksvis» lede til frifinnelse, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 236. Terskelen skjerpes ytterligere når det er en profesjonell part som står for overtredelsen. Den som driver en virksomhet plikter å kjenne de regler som gjelder for virksomheten og det skal mye til for at den som driver yrkesmessig virksomhet skal bli frifunnet på grunn av mangelfull kjennskap til de regler som gjelder for virksomheten.⁵⁰

⁴⁶ Rt. 1974 s. 382 (på side 385), jf. Rt. 2012 s. 1586 (avsnitt 67).

⁴⁷ Datatilsynets vedtak, punkt 6.2 tredje avsnitt.

⁴⁸ Datatilsynets vedtak, punkt 6.2 sjette avsnitt.

⁴⁹ Grindr's klage, punkt 6.2.3 tolvte avsnitt.

⁵⁰ Se f.eks. Rt. 1991 s. 732 (Linefisker, på s. 733) og Rt. 1992 s. 8 (Ferdseil i utmark).

Grindr kan i denne saken ikke høres med at en eventuell faktisk uvitenhet om de kravene som fulgte av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9 nr. 1 på overtredelsestidspunktet var aktsom.

At det ikke forelå noen aktsom rettsuvitenhet som kunne gi grunnlag for fritak for ansvar for et overtredelsesgebyr, er slik Forbrukerrådet oppfatter det også lagt til grunn i vedtaket. Etter å ha fremhevet at uaktsom rettsuvitenhet ikke fritar fra straff, konkluderer Datatilsynet med at «Grindr violated several of the cumulative requirements for a valid consent, and in our view, the inadequacy of the consent mechanism and the unlawfulness of the processing pursuant to Articles 6(1) and 9(1) GDPR should have been clear to Grindr, through the board members or executives acting on behalf of it».⁵¹ Datatilsynet legger med andre ord til grunn at en eventuell rettsuvitenhet, var uaktsom.

6.3 Tilsynsmyndigheters fullmakt etter personvernforordningen, og generelle prinsipper ved illeggelse av overtredelsesgebyr

Grindr anfører i klagens punkt 6.3 at Datatilsynet skulle vurdert om de øvrige korrigerende tiltakene i personvernforordningen artikkel 58 kunne være en tilstrekkelig reaksjon på overtredelsen, og at det ilagte overtredelsesgebyret ikke oppfyller lovens krav til effektivitet og forholdsmessighet.

Til dette vil Forbrukerrådet påpeke at det framgår av vedtaket at Datatilsynet finner det «necessary» å reagere på bruddene på GDPR med et overtredelsesgebyr.⁵² Datatilsynet påpeker under henvisning til personvernforordningen artikkel 83 nr. 1 at overtredelsesgebyr skal være effektive, forholdsmessige og avskrekkende og beslutningen om å illegge et overtredelsesgebyr ble truffet etter en konkret vurdering av sakens omstendigheter i lys av momentene i personvernforordningen artikkel 83 nr. 2 bokstav a–k.⁵³

Forbrukerrådet vil også fremheve at det følger av personvernforordningens fortale punkt 148 at for å styrke håndhevingen av bestemmelsene i forordningen, «bør det ved overtredelse av denne forordning illegges sanksjoner, herunder overtredelsesgebyr, i tillegg til eller i stedet for egnede tiltak som tilsynsmyndigheten pålegger i henhold til denne forordningen». Videre fremgår det at det kun er «ved mindre overtredelser eller dersom overtredelsesgebyret som kan bli ilagt, vil utgjøre en uforholdsmessig stor byrde for en fysisk person» at det kan gis en irettesettelse i stedet for et overtredelsesgebyr. Forordningen forutsetter således at det som hovedregel skal illegges overtredelsesgebyr ved brudd på personvernforordningen.

I denne saken er det verken tale om en mindre overtredelse eller overtredelsesgebyr til fysiske personer. Grindr implementerte ny samtykkeløsning først etter 21 måneder med pågående overtredelse av personvernforordningen. Dette tiltaket var ikke egnet til å redusere skadevirkningene for de registrerte i den forutgående perioden, noe Datatilsynet korrekt har lagt til grunn i vedtaket.⁵⁴ Selv om Grindr tok steg for å rette feilene i egen samtykkeløsning (noe Datatilsynet også har vist til), så er det riktig slik Datatilsynet har lagt til grunn, at det ikke utelukker at det illegges

⁵¹ Datatilsynets vedtak, punkt 6.2 fjerde og femte avsnitt.

⁵² Datatilsynets vedtak, punkt 6.3 første avsnitt.

⁵³ Datatilsynets vedtak, punkt 6.3 andre avsnitt flg.

⁵⁴ Datatilsynets vedtak, punkt 6.3 (c).

overtredelsesgebyr.⁵⁵ I lys av vurderingen under de øvrige momentene etter personvernforordningen artikkel 83 nr. 2 bokstav a–k, er det ikke tvilsomt at det var grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

6.4 Likhetsprinsippet

Grindr anfører i klagens punkt 6.4 at det er «flere eksempler på at nasjonale tilsynsmyndigheter ikke ilegger overtredelsesgebyr, men kun kritikk, eventuelt i kombinasjon med pålegg om å sørge for samsvar med artikkel 6 (1) eller 9 (1)» og at det derfor vil være i strid med likhetsprinsippet og personvernforordningens fortale punkt 11 å ilegge Grindr overtredelsesgebyr i denne saken.⁵⁶

Som beskrevet i punkt 6.3 over, er hovedregelen at det skal ilegges overtredelsesgebyr for overtredelser som ikke er uvesentlige. Som påpekt av Datatilsynet, er dette reflektert i praksis ved at det hyppig ilegges bøter for brudd på personvernforordningen.⁵⁷ Det har da ikke noen relevans at det i enkeltsaker – nasjonalt eller internasjonalt – ut fra konkrete omstendigheter ikke ilegges gebyr.

Eksemplene Grindr viser til i klagen for å underbygge at det å ilegge et overtredelsesgebyr i denne saken er i strid med likhetsprinsippet, er under enhver omstendighet ikke treffende.⁵⁸ Grindr viser for det første til tre vedtak fra det danske datatilsynet. Danske rettsprinsipper tillater ikke at forvaltningsmyndigheter slik som det danske datatilsynet, ilegger overtredelsesgebyr.⁵⁹ De danske vedtakene er følgelig ikke egnet til å si noe om Datatilsynet kunne eller burde ilagt Grindr overtredelsesgebyr i nærværende sak. For det andre er det vist til to saker fra henholdsvis Spania og Belgia, hvor det nettopp ble ilagt overtredelsesgebyrer.⁶⁰ Heller ikke disse sakene er derfor noe argument for at Grindr ikke skal ilegges overtredelsesgebyr. Den siste, finske saken som Grindr viser til, kan ikke sammenlignes med nærværende sak. I denne saken hadde den behandlingsansvarlige fulgt den finske kommunikasjonsmyndighetens cookie-veiledning, som la til grunn at samtykke til cookies kunne gis gjennom innstillinger i nettleseren. Det finske datatilsynet konkluderte derimot med at dette ikke utgjorde gyldig samtykke etter personvernforordningen. At det i en situasjon hvor vedtaket var i strid med nasjonale myndigheters tidligere eksplisitte veiledning ikke ilegges overtredelsesgebyr, er naturlig. Nærværende sak har ingen slike elementer, samtidig som overtredelsen er langt mer alvorlig. Det finske vedtaket kan følgelig heller ikke tas til inntekt for at Grindr ikke skal ilegges overtredelsesgebyr i nærværende sak.

6.5 Overtredelsesgebyret er forholdsmessig, virkningsfullt og avskrekkende

Grindr har anført at overtredelsesgebyret er ilagt på bakgrunn av uriktige antagelser om faktiske forhold og at Datatilsynet ikke i tilstrekkelig grad tok hensyn til at overtredelsen skjedde i en begrenset periode og opphørte nesten to år før vedtaket.⁶¹

⁵⁵ Datatilsynets vedtak, punkt 6.3 (k) tiende avsnitt flg.

⁵⁶ Grindr's klage, punkt 6.4 femte og sjette avsnitt.

⁵⁷ Datatilsynets vedtak, punkt 6.3 (k) fjortende avsnitt.

⁵⁸ Grindr's klage, fotnote 72 (på side 56).

⁵⁹ Dette er også lagt til grunn i GDPRs fortale punkt 151: «Rettsordenen i Danmark og Estland tillater ikke overtredelsesgebyr som fastsatt i denne forordning».

⁶⁰ Det ble ilagt EUR 3 120 000 (reduisert med 20% ved tidlig betaling) i den spanske saken PS/00120/2021 og EUR 250 000 i overtredelsesgebyr i den belgiske saken DOS-2019-01377 (ved avgjørelse nr. 21/2022).

⁶¹ Grindr's klage, punkt 6.5 femte og sjette avsnitt.

Som beskrevet blant annet i punkt 3 over, er Datatilsynets vurdering av de relevante faktiske forholdene ved Grindr's behandling av personopplysninger korrekt.

Nærværende sak gjelder en alvorlig og pågående krenkelse av personvernet til Grindr's brukere i en sammenhengende periode på 21 måneder. Det utgjør ikke en «begrenset periode» som kan tale formildende for Grindr's ansvar, noe Datatilsynet også legger til grunn i vedtaket.⁶² Gitt sakens kompleksitet og alvorlighet, har det som Datatilsynet korrekt har påpekt, ingen betydning om krenkelsen opphørte nesten to år før vedtaket.⁶³

Det skal etter personvernforordningen art 83 nr. 1 ilegges overtredelsesgebyrer som er virkningsfulle, står i rimelig forhold til overtredelsen og har avskrekkende effekt. I denne saken er det tale om en vesentlig overtredelse av grunnleggende prinsipper i personvernforordningen, overtredelsen har vært økonomisk motivert og representerer et alvorlig inngrep i personvernet. Det er følgelig ikke urimelig eller i strid med personvernforordningen å reagere med et overtredelsesgebyr.

6.6 Skjerpene og formildende omstendigheter

Slik Forbrukerrådet ser det, har Datatilsynet gjort en grundig og skjønnsom vurdering av de skjerpene og formildende omstendighetene i personvernforordningen artikkel 83.⁶⁴ Flere av Grindr's anførsler i klagen om utmåling er indirekte kommentert i fremstillingen over. Utover dette, ser ikke Forbrukerrådet det som hensiktsmessig å gå nærmere inn i spørsmålet om den konkrete utmåling av overtredelsesgebyret.

7 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Som redegjørelsen over har vist, medfører ingen av forholdene Grindr har anført at vedtaket er ugyldig. Grindr har over en periode på 21 måneder grovt og vedvarende krenket personvernet til Grindr's brukere i strid med personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 nr. 1. Datatilsynets konklusjon om å ilegge overtredelsesgebyr er fattet på bakgrunn av en grundig og riktig drøftelse av sakens omstendigheter opp mot lovens krav.

Det er følgelig intet grunnlag verken for at vedtaket er ugyldig eller for at Datatilsynet og/eller Personvernemnda skal omgjøre vedtaket. Forbrukerrådet ber derfor om at Datatilsynet og Personvernemnda opprettholder vedtaket.

Forbrukerrådet fastholder for øvrig – i samsvar med Forbrukerrådets klage i januar 2020 og merknader til varselet om vedtak av 15. mars 2021 – at Grindr i tillegg til ileggelse av overtredelsesgebyr må pålegges å:

- (a) slette alle ulovlig behandlede personopplysninger uten ugrunnet opphold, jf. personvernforordningen artikkel 17 nr. 1 bokstav d).

⁶² Datatilsynets vedtak, punkt 6.3 (a) tredje siste og nest siste avsnitt (på side 55) og punkt 6.4 sjette avsnitt.

⁶³ Datatilsynets vedtak, punkt 6.3 nest siste avsnitt.

⁶⁴ Datatilsynets vedtak, punkt 6.4.

- (b) pålegge sletting av de ulovlig behandlede personopplysningene i samsvar med personvernforordningen artikkel 58 nr. 2 bokstav g) og underretning om slik sletting til annonsepartnere og andre mottakere av personopplysningene er blitt utlevert til i samsvar med personvernforordningen artikkel 18.

Med tanke på kompleksiteten i saken mener Forbrukerrådet at en muntlig behandling av saken i Personvernemnda kan være hensiktsmessig. Dersom Personvernemnda kommer til at en muntlig behandling er nødvendig av hensyn til sakens opplysning, bes det om at Forbrukerrådet gis møte- og talerett, jf. personopplysningsforskriften § 5 femte ledd.

* * *

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Hjort DA



Claude A. Lenth
Partner / Advokat
cal@hjort.no



Monica Syrdal
Partner / Advokat
msy@hjort.no