DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

SCHJØDT

Datatilsynet
V/Seniorrådgiver Anders Sæve Obrestad
Sendt elektronisk

Oslo, 14. februar 2021
Dok.ref: 48315-602-9707645.4
Saksansvarlig advokat:
Eva Jarbekk

KLAGE PÅ VEDTAK OM OVERTREDELSESGEBYR I SAK 20/02136-18

INNHOLDSFORTEGNELSE

1. INNTRODUKSJON OG OPPSUMMERING AV RETTSLIGE ARGUMENTER 3

2. INNLEDENDE KOMMENTARER 5

2.1 INNLEDNING 5

2.2 DATATILSYNETS ANTAKELSER INNEBÆRER EN FORSKJELLSBEHANDLING 5

2.3 DATATILSYNETS ANTAKELSER OG MANGELFULLE SAKSBEHANDLING 7

3. VEDTAKETET ER BASERT PÅ GRUNNLEGGENDE MISFORSTÅELSER OM GRINDR8

3.1 INNLEDNING 8

3.2 GRINDR ARBEIDER FOR ET ÅPENT OG MANGFOLDIG FELLESSKAP FOR SINE BRUKERE 8

3.3 KJENNETEGN VED GRATIS OG BETALT VERSJON AV APPLIKASJON 10

3.4 GRINDR DELER IKKE SÆRLIGE KATEGORIER AV PERSONOPPLYSNINGER FOR REKLAMEFORMÅL 12

3.4.1 Grindr har delt begrensede data med ad-partnere i henholdt til industristandard 12

3.4.2 Betegnelsen "Grindr" kvalifiserer ikke som en særlig kategori av personopplysninger 13

3.5 GRINDR TILBYR EN BETALT, OG EN REKLAMEFINANSIERT VERSJON AV APPLIKASJONEN 15

4. DATATILSYNETS VURDERING AV GRINDRS TIDLIGERE CMP 16

4.1 GRINDRS TIDLIGERE CMP OG SAMTYKKEINNSTILLINGER 16

4.1.1 Oversikt 16

4.1.2 Innstillinger på brukerenheter 17

Advokatfirmaet Schjødt AS | Ruselokkveien 14, PO Box 2444 Solli, 0201 Oslo, Norway | t: +47 22 01 88 00 f: +47 22 83 17 12
Reg no: 996 918 122 VAT/MVA | post@schjodt.com | www.schjodt.no

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

4.1.3 Informasjon i Apple App Store og Google Play Store 17
4.1.4 Grindrs avtalevilkår og link til personvernerklæring med vindu for samtykke 17
4.1.5 Presentasjon av fullstendig personvernerklæring med og separat forespørsel om å vindu for samtykke 18
4.1.6 Betalt versjon av Applikasjonen 21
4.1.7 Oppsummering 22

4.2 DATATILSYNETS MANGELFULLE RETTSLIGE VURDERING AV GRINDRS TIDLIGERE CMP 22
4.2.1 Oversikt 22
4.2.2 Datatilsynet baserte sin vurdering på rettskilder publisert etter granskningsperioden 23
4.2.3 Datatilsynets rettslige vurdering av Grindrs tidligere CMP er ikke i tråd med personvernforordningen 26

4.3 KONKLUSJON OM DATATILSYNETS VURDERING AV DEN TIDLIGERE CMPEN 39

5. DATATILSYNETS TOKNING AV ARTIKKEL 9 ER FEIL 39

5.1 INNLEDNING 39

5.2 TOLKNING AV PERSONVERNFORORDNINGEN ARTIKKEL 9 (1) 40
5.2.1 Innledning 40
5.2.2 Tolkning av artikkel 9 (1) 41
5.2.3 Vurdering av fakta 43
5.2.4 Utilsiktede konsekvenser 47

5.3 BEHANDLINGEN FALLER INN UNDER ARTIKKEL 9 (2) 49

5.4 KONKLUSJON 50

6. FASTSETTELSE AV OVERTREDELSESGEBYRET 50

6.1 INNLEDNING 50

6.2 ALMINNELIGE VILKÅR FOR Å ILEGGE STRAFFESANKSJONER 51
6.2.1 Overtredelsesgebyret er en straffesanksjon etter EMK 51
6.2.2 Ingen klar og tydelig lovhjemmel for ileggelse av straffesanksjoner 51
6.2.3 Datatilsynet har ikke bevist uaktsomhet eller forsett 52

6.3 TILSYNSMYNDIGHETERS FULLMAKT ETTER PERSONVERNFORORDNINGEN, OG GENERELLE PRINSIPPER VED ILEGGELSE AV OVERTREDELSESGEBYR 54

6.4 LIKHETSPRINSIPPET 55

6.5 OVERTREDELSESGEBYR SKAL VÆRE FORHOLDSMESSIG, VIRKNINGSFULL OG AVSKREKKENDE 56

6.6 SKJERPENDE OG FORMILDENDE OMSTENDIGHETER 57
6.6.1 Artikkel 83 (2) (a): karakteren, alvorlighetsgraden og varigheten av den påståtte overtredelsen 57
6.6.2 Artikkel 83 (2) (b): hvorvidt den påståtte overtredelsen ble begått forsettlig eller uaktsomt 62

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

6.6.3 Artikkel 83 (2) (c): eventuelle tiltak truffet av den behandlingsansvarlige eller databehandleren for å begrense den påståtte skaden som de registrerte har lidd 63
6.6.4 Artikkel 83 (2) (d): den behandlingsansvarliges eller databehandlerens grad av ansvar, idet det tas hensyn til de tekniske og organisatoriske tiltak de har gjennomført i henhold til artikkel 25 og 32 63
6.6.5 Artikkel 83 (2) (e): eventuelle relevante tidligere overtredelser begått av den behandlingsansvarlige eller databehandleren 66
6.6.6 Artikkel 83 (2) (f): graden av samarbeid 66
6.6.7 Artikkel 83 (2) (g): kategoriene av personopplysninger 67
6.6.8 Artikkel 83 (2) (h): på hvilken måte tilsynsmyndigheten fikk kjennskap til den påståtte overtredelsen 68
6.6.9 Artikkel 83 (2) (i): tiltak truffet tidligere 68
6.6.10 Artikkel 83 (2) (j): overholdelse av godkjente atferdsnormer 69
6.6.11 Artikkel 83 (2) (k): enhver annen skjerpende eller formildende faktor ved saken 69

6.7 FASTSETTELSEN 70

6.8 KONKLUSJON 72

7. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER 73

1. INNTRODUKSJON OG OPPSUMMERING AV RETTSLIGE ARGUMENTER

Det vises til Datatilsynets "Administrative Fine"[1] datert 13. desember 2021 ("**Vedtaket om overtredelsesgebyr**", "**Vedtaket**") mot Grindr LLC ("**Grindr**") i sak 20/02136. Grindr påklager Vedtaket.

I klagen vises det til Datatilsynets "*Advance notification of an administrative fine*" datert 24. januar 2021 ("**Varsel om overtredelsesgebyr**", "**Varselet**"), samt Datatilsynets brev "*Concerning Grindr's reply to the Advance Notification of an administrative fine*" datert 11. oktober 2021 ("**Oktoberbrevet**").[2] I e-post av 16. desember 2021 forlenget Datatilsynet Grindrs klagefrist på Vedtaket om overtredelsesgebyr til 14. februar 2022. Vedtaket er dermed påklaget rettidig.

Grindr bestrider Datatilsynets Vedtak om overtredelsesgebyr på 65 000 000 kroner. Grindr mener det verken er rettslig eller faktisk grunnlag for å ilegge et slikt overtredelsesgebyr.

Datatilsynet baserer Vedtaket om overtredelsesgebyret på blant annet uriktige og stereotypiske antakelser om Grindrs sosiale nettverksplattform ("**Applikasjonen**"), Grindrs brukere og Grindrs tidligere praksis for innhenting av samtykke (som Grindr initierte utbytting av i juni 2019 og avviklet i april 2020).

Datatilsynet baserer videre Vedtaket på uriktige og ubegrunnede samt etterfølgende tolkninger av personvernforordningen for den påståtte overtredelsen (20. juli 2018 til 7. april 2020), og har dessuten lagt til grunn en uriktig anvendelse av skyldkravet.

[1] Datatilsynets Vedtak er skrevet på engelsk, og foreligger ikke på norsk. I denne klagen vil imidlertid det norske begrepet "overtredelsesgebyr" benyttes.

[2] Originaltittel er (the "**October 2021 Letter**").

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Som angitt i Grindrs "*Reply to Advance Notification in Case 20/02136-5*" datert 8. mars 2021 ("**Tilsvaret**") og redegjort for nedenfor, behandlet ikke Grindr personopplysninger i strid med verken personvernforordningen artikkel 6 (1) eller 9 (1).[3] Grindr innhentet lovlig samtykke fra brukere av Applikasjonens gratisversjon for behandling av *begrensede*, data for reklameformål *i tråd med gjeldende industristandard*. Grindr behandlet *kun* denne begrensede informasjonen dersom brukere tillot slik deling i enhetenes operativsystem. Disse brukerne hadde videre samtykket til Grindrs "*Terms and Conditions of Service*" ("**Bruksvilkår**"), Grindrs personvernerklæring, og besluttet å ikke kjøpe betalingsversjon av Applikasjonen.

Som beskrevet nedenfor implementerte Grindr klare og gyldige samtykkeprosedyrer, slik at det eneste rettslige spørsmålet er om Grindr handlet i tråd med Datatilsynets oppfatning av de detaljerte kravene i de ikke-bindende retningslinjer fra European Data Protection Board (EDPB) i perioden for den påståtte overtredelsen. Grindrs ad-partnere beholder dessuten bare data i begrensede perioder, hvis de i det hele tatt beholder data, og Grindr etterspør og ber aktivt om bekreftelse fra tidligere ad-partnere på at de fjerner brukerdata fra Grindr. Grindr har gjort dette med alle tidligere ad-partnere som Forbrukerrådet nevner.

Ved å hevde at Grindr brøt reglene i personvernforordningen, feilvurderte Datatilsynet Grindrs tidligere praksis for innhenting av samtykke, delvis basert på veiledninger og andre kilder som ikke eksisterte på tidspunktet for den påståtte overtredelsen (som vist i Vedlegg 1).

I tillegg bygger Datatilsynet på dårlig begrunnede, vidtrekkende og diskriminerende antakelser basert på "*NO DPA's knowledge and understanding*" for å anvende artikkel 9 kananvendes på deling av informasjon i tråd med gjeldende industristandard. Datatilsynets diskriminerende forutsetninger om at bruk av Grindr "*strongly indicates*" og "*in most cases accurately reflect[s]*" at brukere "*belong to a sexual minority*" bygger på en uriktig verdensbeksrivelse som kun involverer to seksuelle orienteringer (heterofil eller homofil) og to kjønnsidentiteter (mann eller kvinne). I motsetning til Datatilsynets upresise synspunkter, er Grindr stolt over å representere det moderne LGBTQ+-fellesskapet som omfatter alle seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter. Dette inkluderer transmenn, transkvinner og heterofile personer, og ikke bare de som Datatilsynet anser som "*sexual minority*".

Dersom Datatilsynets tolkning av artikkel 9 legges til grunn vil det føre til omfattende konsekvenser for hele den digitale økonomien. Man vil da likestille deling av data for reklameformål basert på gjeldende industristandard for deling av data omfattet av artikkel 9 (1), basert på antakelser om brukerne og deres aktivitet.

Grindr bemerker også at Datatilsynet viser til en rekke irrelevante kilder som forskjellsbehandler Grindr sammenlignet med andre kommersielle applikasjoner, og som gir saken unødig oppmerksomhet. Et eksempel på dette er at Datatilsynet trekker en parallell mellom deling av personopplysninger og "*a market for live human organs*".

Avslutningsvis, og som utdypet nedenfor, er Vedtaket om overtredelsesgebyret ugyldig fordi Datatilsynet har:

[3] Vi inkorporerer Tilsvaret ved referanse som om det er fullt fremsatt her.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

- Tolket reglene uriktig, og gitt disse tilbakevirkende kraft i strid med forbudet mot tilbakevirkende kraft i Grunnlovens § 97 samt legalitetsprinsippet i § 113 samt proporsjonalitetsprinsippet slik det eksempelvis fremgår av EU-retten og reflekteres i EØS-retten;
- vurdert personvernforordningen artikkel 6 på en uriktig måte for Grindrs tidligere samtykkepraksis;
- vurdert personvernforordningen artikkel 9 på en uriktig måte for Grindrs tidligere samtykkepraksis;
- vurdert skyldkravet etter personvernforordningen artikkel 83 på en uriktig måte;
- gjort feilaktige faktiske og rettslige vurderinger i strid med norsk lov; og
- har vurdert faktorene ved fastsettelsen av størrelse på overtredelsesgebyret etter personvernforordningen artikkel 83 på en uriktig måte.

2. INNLEDENDE KOMMENTARER

2.1 Innledning

Grindr er en åpen plattform som hver dag hjelper millioner av mennesker over hele verden med å skape meningsfulle forbindelser uavhengig av seksuell orientering, seksuell identitet, og uten hensyn til brukernes kultur. Grindr anerkjenner viktigheten av brukernes personvernrettigheter, og er sterkt engasjert i å fremme disse rettighetene. Dette inkluderer Grindrs bransjeledende åpenhet med brukere, implementering av personvernfremmede praksis og kontinuerlig finjustering av disse i tråd med den gjeldende forståelse av personvernforordningen fra relevante myndigheter.

Grindr verdsetter engasjementet til Datatilsynet, Forbrukerrådet og andre som bidrar til å fremme de felles målene. Grindr mener dessverre at Vedtaket om overtredelsesgebyret gjenspeiler uriktige tolkninger av personvernforordningen og norsk lov, og at det ser ut til å ønske å holde Grindr – en relativt liten aktør i en bransje full av giganter – ansvarlig for bransjeomfattende praksiser, til tross for at Grindr har opprettholdt og fortsetter å utvikle sin strenge praksis for etterlevelse av personvernregelverket.

2.2 Datatilsynets antakelser innebærer en forskjellsbehandling

Datatilsynet tolkning av artikkel 9 vil få omfattende konsekvenser for hele den digitale økonomien. Tolkningen innebærer at et stort antall applikasjoner og nettsteder for daglig bruk blir ansett som behandlingsansvarlige for artikkel 9-opplysninger, fordi disse Applikasjonene angivelig "target[s]" visse politiske interessegrupper, etnisiteter, religiøse, helsemessige forhold, eller andre kategorier. Dette selv om de nevnte aktørene ikke behandler informasjon som omfattes av artikkel 9. Til tross for de åpenbare konsekvensene ved Datatilsynets feiltolkning opplever Grindr seg utsatt for en diskriminerende tolkning og etterforskning som Datatilsynet ikke ser ut til å forfølge mot andre tilsvarende applikasjoner eller nettsteder.

Grindr oppfatter også at Datatilsynet baserer seg på en rekke ikke-rettslige argumenter, forestillinger og konstruksjoner av Grindrs hensikter, og uriktige antakelser.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Datatilsynet har gjennom sin saksbehandling gjentatt antakelser som er svakt forankret, stereotypiske og diskriminerende, og som ikke reflekterer hvordan Grindr faktisk brukes, herunder:

- *"[B]y public perception, a Grindr user is presumably gay;"*
- *"To the NO DPA's knowledge and understanding, Grindr is not intended to be used, or in practice customarily used, by cis men looking to interact with cis women and vice versa;"*
- *"We find that by public perception, being a Grindr user indicates that the data subject belongs to a sexual minority – gay, bi, trans or queer;"*
- *"Being a Grindr user strongly indicates, and appears in most cases to accurately reflect, that the data subject belongs to a sexual minority;"* og
- *"[T]he fact that a data subject belongs to a sexual minority may lead to prejudice and discrimination even without revealing their specific sexual orientation."*

Som drøftet nedenfor reflekterer disse antakelsene at Datatilsynet bygde på en misoppfatning av LGBTQ+-fellesskapet og hvordan Grindr-brukere bruker Applikasjonen, funksjonene og funksjonaliteten i Applikasjonens gratisversjon, samt hvordan Grindr deler data med ad-partnere.

Datatilsynet synes å legge til grunn (i) at verden bare inkluderer to rigide seksuelle orienteringer (heteroseksuell eller homofil) og to kjønnsidentiteter (mann eller kvinne), (ii) at de fleste Grindr-brukere (50% i henhold til én håndplukket, ikke-tilfeldig spørreundersøkelse) velger eller må være anonym, (iii) at enhver kjent tilknytning til Grindr kan skape "*prejudice or discrimination*" fordi det "*strongly indicates*" og "*in most cases accurately reflect[s]*" at brukere "*belong to a sexual minority*", og (iv) at Grindr "*intentionally*" begikk de påståtte overtredelsene av personvernforordningen.

Basert på dette uriktige grunnlaget trekker Datatilsynet en rekke ubegrunnede konklusjoner, hvorav flere av disse konklusjonene *ikke* har noen sammenheng med deling av data i tråd med gjeldende industristandard for reklameformål. Videre ilegger Datatilsynet et rekordstort overtredelsesgebyr som *ikke* hensyntar Grindrs langvarige engasjement og praksis for åpenhet overfor brukerne eller at Grindr har en bransjeledende posisjon når det gjelder å fremme personvernet. Datatilsynet har heller ikke i tilstrekkelig grad vektlagt det faktum at Grindr, på eget initiativ, har implementert den bransjeledende OneTrust plattformen for samtykkestyring ("**CMP**"). Denne implementeringen adresserer nettopp de forhold Datatilsynet påpekte med Grindrs tidligere CMP. Implementeringen av Grindrs nye CMP var allerede initiert på tidspunktet for Forbrukerrådets klager og Datatilsynets undersøkelser.

Flere av Datatilsynet uttalelser i Vedtaket er uforenlig med deres rolle og kompetanse som tilsynsmyndighet. Datatilsynets oppgave som tilsynsmyndighet er å føre tilsyn med og håndheve personopplysningsloven og personvernforordningen i henhold til personopplysningsloven § 20, samt å ivareta brukere i Norge sine rettigheter til personvern. Datatilsynet påstår imidlertid å beskytte LGBTQ+-fellesskapet ved ileggelsen av dette overtredelsesgebyret.

Datatilsynet hevder for eksempel at "*spreading the data in question could put the data subject's fundamental rights and freedoms at risk, such as the right to privacy and non-*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

discrimination". Vedtaket om overtredelsesgebyret kategoriserer brukere av *alle* seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter til en liten kategori av "*sexual minority*" (som definert av Datatilsynet). Overtredelsesgebyret kan derfor bidra til diskriminering av LGBTQ+-fellesskapet på områder hvor slik diskriminering ikke allerede forelå. Slik diskriminering kan forekomme ved å automatisk klassifisere individer basert på deres bruk av visse plattformer (f.eks. ved å stemple brukere som "sexual minority", uavhengig av deres faktiske seksuelle orientering og kjønnsidentitet). Datatilsynets vurdering bidrar til å svekke Grindr, noe som i realiteten også svekker Grindrs arbeide for sine brukere.

Grindr er svært opptatt av velferden til brukerne sine og hele LGBTQ+-fellesskapet, spesielt individer i områder der det å være LGBTQ+ kan være ulovlig eller farlig. Dette fremgår blant annet av Grindrs etablering av Grindr 4 Equality ("**G4E**"), blant andre initiativer.

Oppsummert har Datatilsynet pekt på en rekke forhold som ikke har noen betydning for Grindrs praksis for deling av data. Videre har Datatilsynet bygd på feilaktige (og skadelige) antakelser om Grindr og fellesskapet som Grindr tjener. Under enhver omstendighet må disse alvorlige feilene føre til at Vedtaket om overtredelsesgebyret er ugyldig som følge av manglende rettslig grunnlag.

2.3 Datatilsynets antakelser og mangelfulle saksbehandling

Vedtaket om overtredelsesgebyret bygger på en uriktig vurdering av personvernforordningen og selve Applikasjonen. Datatilsynet argumenterer for at *"the provisions of the GDPR"* gir eksklusiv "*legal bases*" for Vedtaket om overtredelsesgebyret, særlig Datatilsynets "*analysis of the requirements for a valid consent*". Datatilsynet slår videre fast at de begrenset sin undersøkelse "*to the time period between 20 July 2018 and 7 April 2020*".

Til tross for disse påstandene har Datatilsynet i Vedtaket vurdert Grindrs tidligere samtykkepraksis basert på en tolkning av kravene til gyldig samtykke som ikke har støtte ordlyden i personvernforordningens bestemmelser, eller i den eksisterende veiledningen på tidspunktet for den påståtte overtredelsen (som vist i Vvedlegg 1). Datatilsynet legger for eksempel betydelig vekt på EU-domstolen ved tolkning av begrepet "frivillig", i personvernforordningen artikkel 4 (11), i *Orange Romania*-avgjørelsen datert 11. november 2020.

Datatilsynet påpeker at "*Grindr could not take into account the Orange Romania judgement during the period of the [alleged] infringement*", men vurderer likevel Grindrs tidligere samtykkemekanisme etter *Orange Romania*-avgjørelsen basert på Datatilsynets syn om at avgjørelsen "*state[s] requirements that could be directly derived from Article 4(11) GDPR*". På tross av dette vektlegger Datatilsynets *Orange Romania*-avgjørelsen i avgjørelsen. Tolkningen av "samtykke" i *Orange Romania*-avgjørelsen etter personvernforordningen bygger ikke på en språklig tolkning av lovteksten eller en etablert tolkning på tidspunktet for den påståtte overtredelsen. Datatilsynets tolkning overskrider, som beskrevet nedenfor, de rammer som ble til etter *Orange Romania*-avgjørelsen.

Datatilsynet tok også hensyn til antakelser og forståelser basert på flere kilder som kom til lenge etter undersøkelsesperioden (som vist i Vedlegg 1), herunder Forbrukerrådets rapport,

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

nyhetsartikler og blogginnlegg. Flere av disse er ikke pålitelige (eller relevante) bidrag for å vurdere Grindrs tidligere samtykkepraksis etter personvernforordningen. Datatilsynet siterer for eksempel enkelte nyhetsartikler for å støtte den irrelevante påstanden om at Grindr "*has faced allegations of security issues and exposed data in the past*" (vår understreking). Slike ubegrunnede antagelser hører ikke hjemme i Datatilsynets vurdering.

Videre bygger Datatilsynet på en rekke uriktige og urimelige utsagn om Applikasjonen, det fellesskapet Applikasjonen tjener, samt funksjonene og funksjonaliteten til Applikasjonens gratisversjon. Eksempelvis hevder Datatilsynet at brukere forventer at Applikasjonen og deres profiler skal være "*private*" og ikke gjøres "*available to the general public*". Rent faktisk er brukerne utfra Applikasjonens funksjoner og funksjonalitet innforstått med at deres offentlige profiler kan bli sett av et stadig skiftende og i hovedsak ubegrenset antall av Grindrs globale brukerbase på over [redacted] millioner daglig aktive brukere. Grunnleggende feiltagelser som dette fører til en betydelig overdrivelse av den påståtte risikoen forbundet med bruk av Applikasjonen.

Til slutt bemerker Grindr at Forbrukerrådet i 2018 klaget til Datatilsynet om datapraksisen som det her dreier seg om. Datatilsynet unnlot da å ta opp noen potensielle problemer med Grindrs tidligere samtykkepraksis, eller å ta noen andre skritt for å redusere den betydelige "damage" som Datatilsynet nå identifiserer nesten fire år senere. Datatilsynets passivitet og betydelige forsinkelse skadet Grindr og de registrerte som Datatilsynet hevder å beskytte, og Datatilsynets unødige forsinkelser fortsatte langt inn i denne saksbehandlingen (som startet 24. februar 2020).

Under enhver omstendighet mangler Vedtaket om overtredelsesgebyret rettslig grunnlag i personvernforordningen og norsk lov. Dette er særlig fordi Datatilsynet bygger på en tilbakevirkende vurdering for å legge til grunn at Grindrs tidligere samtykkepraksis brøt med personvernforordningen.

3. VEDTAKET ER BASERT PÅ GRUNNLEGGENDE MISFORSTÅELSER OM GRINDR

3.1 Innledning

Datatilsynet bygger på en rekke uriktige og ubalanserte antagelser og stereotypier om Applikasjonen; type meningsfull relasjon og forbindelse som brukerne søker, miljøet som bruker Applikasjonen og de fordelene Grindr ønsker å tilby dette miljøet. Videre ignorerer Datatilsynet Applikasjonens funksjoner og funksjonalitet fullstendig, og gir en uriktig fremstilling av dette - særlig for Applikasjonens gratisversjon. Grindr vil i det følgende forsøke å fremheve og korrigere disse feilene.

3.2 Grindr arbeider for et åpent og mangfoldig fellesskap for sine brukere

Vedtaket bygger gjennomgående på en diskriminerende antagelse av at bruk av Grindr "*strongly indicates*" og "*in most cases accurately reflect[s]*" at brukerne "*belong to a sexual minority*".[4] Videre impliserer Datatilsynet, uten støtte for dette, at brukerne "*intrinsically*" eller primært bruker Applikasjonen "*for creating intimate relations*", eller hovedsakelig for å oppnå en seksuell relasjon.[5] Disse antagelsene er ikke riktige.

[4] Vedtaket om overtredelsesgebyret side 40, 46–48.
[5] Vedtaket om overtredelsesgebyret side 46–47.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Grindr har designet og vedlikeholdt Applikasjonen som en åpen og inkluderende plattform for at brukere med enhver seksuell orientering og ethvert kjønnsuttrykk kan søke enhver form for meningsfull relasjon. Applikasjonen har ingen lakmustest, inngangsbarrierer eller krav om at brukere må identifisere seg som LGBTQ+ eller kvalifiseres seg som "*sexual minority – gay, bi, trans or queer*", eller "*community of peers.*"[6] Grindr omfavner alle voksne personer og muliggjør at de kan skape meningsfulle vennskap, delta i samtaler eller nettverk, og til og med finne livslange partnerskap. En Grindr-bruker kan for eksempel være en cis homofil mann som ønsker å utvide sin sosiale sirkel med andre cis homofile menn. En annen Grindr bruker kan være en heterofil mann som ønsker å bli kjent med en transkvinne (som kan identifisere seg selv som cis heterofil, homofil, bi+ eller utforskende). En tredje Grindrbruker kan for eksempel være et cis heteroseksuelt par som ønsker å etablere et vennskap med en tredjeperson som identifiserer seg på en rekke forskjellige måter. Med andre ord søker Grindr brukere å oppnå alle former for meningsfulle forbindelser, ikke bare "*intimate relations*" som Datatilsynet antar.

Selv om Datatilsynet definerer Applikasjonen som et snevert "*community of peers*", innrømmer Datatilsynet konsekvent at Applikasjonens mål er å omfavne hele LGBTQ+-felleskapet. Begrepet "LGBTQ+-felleskapet" betyr en altomfattende representasjon av alle seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter, ikke bare de som Datatilsynet stereotypisk beskriver som "*sexual minority – gay, bi, trans or queer*".[7] Applikasjonen gjenspeiler hele LGBTQ+-felleskapet, inkludert en levende og variert mengde av trans og ikke-binære brukere, og hvor i det minste noen identifiserer seg som heteroseksuelle (blant andre seksuelle orienteringer). Av den grunn tillater Applikasjonen at brukere selv rapporterer sin kjønnsidentitet (fra en liste som inkluderer "trans man", "woman", "cis man", "non-binary", "non-conforming" og "queer") og foretrukket pronomen. I tillegg er G4Es formål spesielt fokusert på å bygge "*safe, just, and inclusive for people of all sexual orientations and gender identities*", og Grindr Help Center har blant annet en rekke ressurser rettet mot transbrukere.[8]

Applikasjonen kobler millioner av voksne, daglige brukere trygt sammen - i og utenfor det enkelte anser som LGBTQ+-felleskapet - og gjør dem i stand til å oppdage, dele og navigere i deres lokalsamfunn og i hele verden (via "Explore"-funksjonen som er omtalt nedenfor) på de premissene brukeren selv velger. Datatilsynets svakt begrunnede, gjennomgripende og diskriminerende forutsetning om det motsatte kan ikke anerkjennes.

Grindr har alltid gitt brukerne muligheten til å bestemme hvilken informasjon, om noen, som skal inkluderes i deres offentlige profiler, og gitt dem muligheten til å endre denne informasjonen når som helst. Brukerne kan, og vil ofte, på et øyeblikk veksle fra en helt offentlig profil (med for eksempel hele ansiktet i profilen) til en delvis offentlig profil (med for eksempel et torsobilde i profilen), og til en tilnærmet ufullstendig profil (med en silhuett). Brukerne benytter seg ofte av denne muligheten. For hver endring kan de offentlige profilene ha svært forskjellige profilbilder, "Display Names" og "About Me" deler, og en rekke andre endringer i den offentlige "Profile Information".

[6] Vedtaket om overtredelsesgebyret side 38
[7] Vedtaket om overtredelsesgebyret side 38
[8] Se f.eks. https://help.grindr.com/hc/en-us/sections/360010907294-Gender-Identity-FAQs og https://www.grindr.com/g4e/0422_G4E-TSH_Report-English.pdf.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Som videre redegjort for nedenfor, oppdateres og fornyes Grindr-kaskaden kontinuerlig med forskjellige profiler, og gir dermed brukerne muligheten til nye forbindelser. Et ikke-tilfeldig valgt utsnitt av kaskaden i et enkelt øyeblikk- gjort av NRK og sitert av Datatilsynet - gir derfor på sitt beste et upålitelig grunnlag for en bred generalisering om at 50 % av de norske brukerne angivelig velger å være anonyme ved å ikke dele ansiktsbilder eller informasjon om deres seksuelle orientering eller deres ønske om å gjøre deres seksuelle orientering offentlig eller ei. Dette valget reflekterer heller et bevisst valg om å laste opp et bilde og gjøre det tilgjengelig for resten av Grindr-brukerne. Videre kan en bestemt bruker velge å ikke ha et profilbilde, men fortsatt innta sitt fulle navn, epostadresse eller telefonnummer i "About Me" beskrivelsen. Uansett har ikke denne generaliseringen noen relevans for Grindrs tidligere deling av dataelementer i tråd med gjeldende industristandard for reklameformål, og har ingen plass i Vedtaket om overtredelsesgebyr.

3.3 Kjennetegn ved gratis og betalt versjon av Applikasjon

Datatilsynet understøtter Vedtaket om overtredelsesgebyr med den uriktige forutsetningen om at Grindr bare tilbyr gratisbrukere et "*limited*" univers, "*solely available to a community of peers*". Ifølge Datatilsynet gir gratisversjonen bare tilgang til et "*limited number of profilesswithin a certain range*" og ikke noen meningsfull søkefunksjonalitet. Datatilsynet bygger på disse og andre uriktige antagelser for å avvise at Grindr driver en "*open platform*", og antar istendenfor at brukere forventer at Applikasjonen og deres profiler er "*private*" og ikke "*available to the general public*".

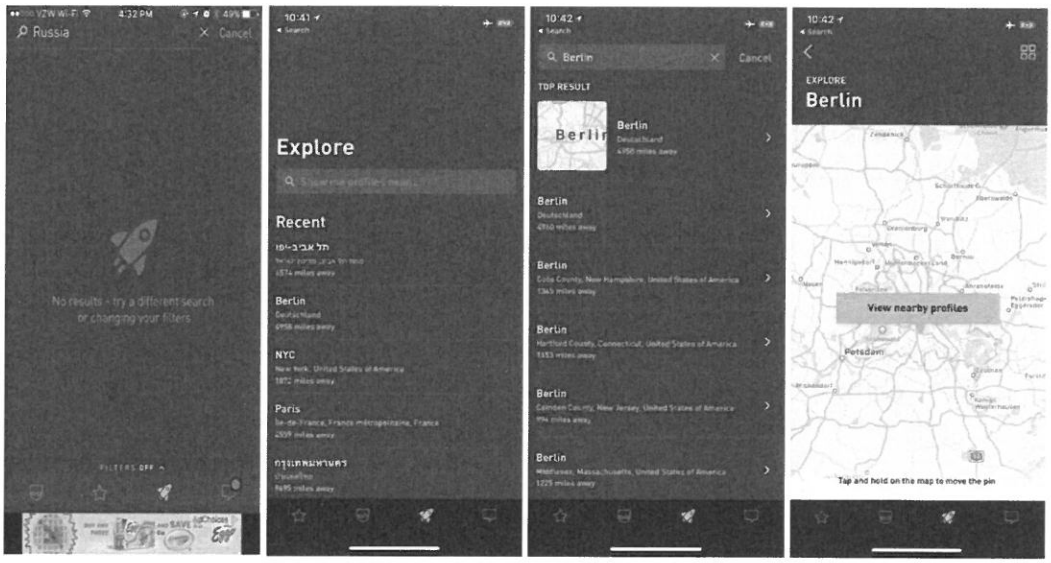
Datatilsynets antagelser er uriktige. Som Datatilsynet medgir, gjør Grindrs personvernerklæring det tydelig for brukerne at informasjonen de velger å dele på sine profiler vil være offentlige og tilgjengelig for andre brukere. Selv om gratisbrukere, slik som Datatilsynet spekulerer i, ikke gjør seg fullstendig kjent med personvernerklæringen, vil de lett oppfatte plattformen sin åpne, offentlige og globale natur.

Grindr designet Applikasjonen for å tillate brukere å se og bli sett av lokale brukere, så vel som brukere rundt om i verden. Gratisbrukere kan se og få kontakt med de nærmeste 100 profilene på Grindr-kaskaden – et rutenett med brukernes offentlige profiler sortert etter relativ avstand. Kaskaden oppdateres stadig med nye brukere når de "lokale" brukerne beveger seg rundt hverandre, brukere fra utenbys kommer inn i området, og når nye brukere blir med eller forlater plattformen. Grindr lanserte i 2017 "Fresh Faces"-funksjonen (nå kjent som "Fresh" kaskade) for å markere nyopprettede eller nylig oppdaterte profiler. "Fresh Face"-funksjonen viste brukerne ti eller flere tilleggsprofiler øverst i kaskaden (og viser nå femti ekstra profiler via en egen fane).

Applikasjonen har også i mer enn et tiår tillatt gratisbrukere å endre kaskaden ved å bruke ett av tre standardfiltre, "Age", "Looking For" og "Tribes". Avhengig av filtrene kan kaskaden vise hundre nye (eller delvis) nye "lokale" profiler, eller hundre brukerprofiler med en avstand på opptil flere hundre kilometer. Grindr designet disse filtrene for å tilpasse kaskaden til brukernes unike preferanse – og ga dermed nettopp den typen *"search functionality"* som Datatilsynet hevder *"the Grindr app does not have."*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Dessuten lanserte Grindr i februar 2018 "Explore"-funksjonen som gjør at brukernes profiler kan ses av andre brukere over hele verden. "Explore"-funksjonen gir brukerne muligheten til å se profiler i den nærmeste byen eller landet, eller et annet land på et annet kontinent. Brukerne kan utforske et annet område før de besøker, sender meldinger eller oppretter forbindelser med andre brukere over hele verden, eller de kan bla gjennom kaskadene på et hvilket som helst ønsket område. Alle brukerne, inkludert gratisbrukere, kan "Explore" så mange områder de selv ønsker, og til og med endre "Explore" kaskaderesultatene ved å anvende filtre.[9]



Av de overnevnte grunnene viser ikke Applikasjonens gratisversjon "*only a limited number of users*", og Applikasjonen kan derfor ikke i seg selv beskrives som "*private*" eller som at den ikke er gjort "*available to general public*", som Datatilsynet antyder. I stedet kan gratisbrukere ses av Grindrs globale brukerbase, en stadig skiftende og i all hovedsak ubegrenset brukerbase på over [redacted] millioner daglige aktive brukere. Bare ved å bruke

[9] I tillegg gir Grindr alle brukerne muligheten via Applikasjonens "Settings" til å forhindre at deres profil vises i "Explore"

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Applikasjonen forstår og setter gratisbrukerne pris på dette, og har ingen forventning om at de bare kan ses av et "*limited number*" andre brukere.

3.4 Grindr deler ikke særlige kategorier av personopplysninger for reklameformål

3.4.1 Grindr har delt begrensede data med ad-partnere i henholdt til industristandard

Grindr har aldri utlevert eller delt særlige kategorier av personopplysninger, inkludert opplysninger "om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering" for reklameformål. Grindr ønsker ikke å utlede noen særlige kategorier av informasjon, og heller ikke å tilby et profilfelt som er designet for å fremkalle brukernes seksuelle orientering[10], og hvert fall ikke dele opplysninger av særlige kategorier med ad-partnere. Grindr har på det meste delt begrensede datafelter for brukere som har valgt atferdsreklame (gjennom deres opt-in valg på enheten/operativsystemnivå og deres separate samtykker til Grindrs Bruksvilkår og personvernerklæring), i henhold til gjeldende industristandard med ad-partnere.

Helt konkret delte Grindr *kun* følgende informasjon på tidspunktet for den påståtte overtredelsen: annonse-ID fra mobiloperativsystemet (som brukerne kunne tilbakestille eller fjerne når som helst i mobilinnstillingene, som forklart i Grindrs personvernerklæring), IP-adresse, begrenset informasjon om databehandlingsmiljøet (versjon av operativsystem, type/modell mobilenhet, skjermoppløsning osv.), oppgitt alder (i hele år), kjønn (hvis det overhodet var oppgitt) og stedsinformasjon (som brukerne kunne velge å stanse gjennom sine mobilinnstillinger, som også var forklart i Grindrs personvernerklæring). Som alle andre utgivere av reklame, delte Grindr annonse-ID (såfremt brukeren ikke hadde valgt dette bort på mobilenheten), IP-adresse og begrenset informasjon om databehandlingsmiljøet for å gjøre det teknisk mulig å levere annonser *overhodet* (enten kontekstuell eller adferdsbasert). I tillegg oppbevarer ad-partnerne informasjonen kun i en begrenset tidsperiode, hvis de overhodet oppbevarer informasjon. Grindr har aktivt anmodet tidligere ad-partnere om å fjerne lagret brukerdata fra Grindr, og fått bekreftet at dette er gjort.

Informasjonen som ble delt med ad-partnere på tidspunktet for den påståtte overtredelsen - angitt alder (i hele år, og ikke som fødselsdato), kjønn (hvis i det hele tatt angitt av bruker) og stedsinformasjon – var *for det meste* alminnelig og overfladisk demografisk informasjon om Grindrs brukere. Det var altså ikke direkte identifiserbar informasjon (og det ville krevd en betydelig innsats å knytte denne informasjonen til et individ). Langt mindre informasjon som ga indikasjoner på brukeres seksuelle orientering eller kjønnsidentitet.

I begynnelsen av september 2019 samlet Grindr faktisk bare gridbasert stedsinformasjon med 100 meters nøyaktighet fra enhetens faktiske plassering (som selvfølgelig kunne endres

[10] Grindr gir, som mange and sosiale nettverksplattformer eller datingapplikasjoner, brukerne muligheten til å fullføre et utvalg av frivillige og selvutfylt "Profile Information". Som del av brukerens "Profile Information" kan brukerne velge å dele –eller å ikke dele- sin seksuelle orientering i de begrensede fritekstfeltene på deres offentlige profil ("About Me" og "Display Name" delene). Brukerne kan også diskutere sin seksuelle orientering via chatter mellom brukerne. Som beskrevet ovenfor, leverer Grindr en iboende åpen og offentlig plattform hvor brukernes offentlige profiler kan se og bli sett av et stadig skiftende utvalg av lokale og globale brukere. Av denne grunn alene må *enhver* frivillig og selvrapporterte "Profile Information" betraktes som "åpenbart at den registrerte har offentliggjort" jf. artikkel 9. For å være tydelig, Grindr gjenbruker ikke "Profile Information" til noe, og Grindr deler i hvert fall ikke denne informasjonsfeltene med noen ad-partner (. Grindr deler f.eks. ikke Grindrbrukeres "Display Name" eller "About Me" del, eller noen annen selvrapportert profildel).

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

når brukeren flyttet på seg) og kun slik upresis stedsinformasjonen ble delt med ad-partnere. Informasjonen som ble delt med ad-partnere utgjorde dermed en liten, hvis noen, risiko for re-identifisering. Selv om det motsatte påstås har ikke Datatilsynet gjennomført noen form for teknisk vurdering. Tvert imot lener Datatilsynet seg utelukkende på forutsetninger om potensielle risikoer. Datatilsynet har heller ikke hensyntatt det faktum at Grindr frivillig stanset delingen av oppgitt alder, kjønn og gridbasert stedsinformasjon med ad-partnere fra rundt begynnelsen av april 2020.

Videre har Datatilsynet sett helt bort ifra at Grindrs praksis er mer personvernfremmende enn vanlig industristandard.

Dagens mobilapplikasjoner deler fremdeles alder, kjønn, stedsinformasjon og andre mer utleverende data for reklameformål. For eksempel uttalte Facebook i juli 2021 at Facebook og Instagram skulle nekte annonsører å rette annonser mot mindreårige brukere basert på deres interesser eller aktivitet på andre applikasjoner eller nettsteder. Facebook og Instagram fortsatte imidlertid å dele mindreåriges alder, kjønn og stedsinformasjon for reklameformål.[11] På samme måte uttalte Google i august 2021 at Google og YouTube skulle nekte annonsører å rette annonser mot mindreårige brukere basert på deres alder, kjønn eller interesser.[12] Google og YouTube fortsatte imidlertid å la annonsører rette annonser mot voksne brukere basert på opplysninger som alder, kjønn, foreldrestatus, husstandens inntekt og andre karakteristikker.[13] Kategoriene av personopplysninger som deles av disse industrigigantene gjør det fortsatt mulig for annonsører å rette annonser og profilere brukere basert på svært spesifikk og individualisert aktivitet, som for eksempel unike preferanser eller interesser. I praksis kan denne typen informasjonsutveksling ha medført at en bruker har mottatt en annonse om å kjøpe billetter til sin favorittartists kommende konsert i området, eller å donere penger til en kampanje rettet mot deres favorittdyr eller politiske hjertesak (i begge tilfeller basert på et visst antall "likes" på Facebook).

Motsetningsvis kan *ikke* de generelle personopplysningene som Grindr delte ha gjort det mulig med "*intrusive profiling and tracking*" slik Datatilsynet hevder. Opplysningene som Grindr delte har kanskje blitt anvendt til noe så enkelt som å sørge for at en europeisk bruker ikke kan få opp en annonse om et produkt som kun er tilgjengelig i USA, eller omvendt. I alle tilfeller inntok Grindr en ledende rolle i industrien, når det gjelder å frivillig stanse deling av voksne brukeres oppgitte alder, kjønn og stedinformasjon, for snart to år siden.

Datatilsynet burde tatt dette med i betraktning når størrelsen på overtredelsesgebyret ble fastsatt.[14]

3.4.2 Betegnelsen "Grindr" kvalifiserer ikke som en særlig kategori av personopplysninger

Grindr verken behandler eller utleverer artikkel 9 (1) data for reklameformål. Datatilsynet konkluderer likevel uriktig og ubegrunnet med at Grindr indirekte utleverer data

[11] Se https://about.instagram.com/blog/announcements/giving-young-people-a-safer-more-private-experience
[12] Se https://blog.google/technology/families/giving-kids-and-teens-safer-experience-online/
[13] Se https://support.google.com/google-ads/answer/2580383?hl=en
[14] Se WP29 "Guidelines on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation 2016/679", side 13: *"In this assessment, due account should be taken of any "best practice" procedures or methods where these exist and apply."*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

"*concerning*" en fysisk persons "*sexual orientation*" når Grindrs "*app name*" eller "*app ID*" var inkludert i en programmert annonseutveksling.

Som beskrevet ovenfor, gjenspeiler ikke Datatilsynets unøyaktige antagelser virkeligheten i Grindr felleskapet.

Datatilsynet antar feilaktig at Grindrbrukere må anses enten "*gay, bi, trans or queer*" fordi til Datatilsynets legger til grunn at "*cis men*" ikke bruker Applikasjonen til å interagere med "*cis women and vice versa*". Datatilsynet impliserer videre at brukerne hovedsakelig bruker Applikasjonen "*for creating intimate relations*". Datatilsynet unnlater dermed å ta i betraktning det brede spekteret av brukere, som inkluderer transpersoner og ikke-binære brukere som for eksempel identifiserer seg som heteroseksuelle (blant mange andre seksuelle orienteringer). Applikasjonen har voksne brukere med *alle* seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter, og den gir brukere muligheten til å søke alle former for meningsfulle relasjoner og forbindelser. Datatilsynets syn om at "*public perception*" kobler Applikasjonen til "gay dating" og/eller at andre stikkord i annonseanrop avslører brukerens spesifikke seksuelle orientering er derfor ikke riktig.

Som *Ebab*-saken (omtalt nærmere nedenfor) så treffende illustrerer kan ikke antagelser eller oppfatninger medføre at deling av informasjon for reklameformål utgjør personopplysninger i henhold til artikkel 9 (1).[15] Videre vil Datatilsynets utvidende tolkning av artikkel 9 omfatte nesten enhver mobilapplikasjon eller nettside i den digitale økonomien.

Datatilsynets utvidende tolkning av artikkel 9, vil for eksempel medføre at all informasjon som deles av mobilapplikasjoner for politisk fokuserte organisasjoner (som organisasjoner som spesifikt retter seg mot konservative) definerest som personopplysningner som faller innenfor artikkel 9 (1). Dette er fordi Datatilsynet legger til grunn at organisasjonens politiske synspunkter gjenspeiler brukernes. Det samme vil gjelde for mobilapplikasjoner som brukes av personer med liknende etnisk bakgrunn, religiøs overbevisning eller mer generelle interesser (helse, trening, kosthold, matlaging osv.), hvorav alle ville anses å dele særlige kategorier av personopplysninger.

Datatilsynet hevder at disse, og andre eksempler "*show weaker indications of special categories of personal data*" fordi Grindr "*explicitly targets sexual minorities*". Som forklart ovenfor, har Grindr imidlertid brukere av *alle* seksuelle orienteringer og kjønnsuttrykk, selv om Grindr tilbyr noe innhold som er av særlig interesse for "*sexual minorities*". Datatilsynet adresserer på ingen måte dette faktum, og forsøker heller ikke å skille Grindr fra andre organisasjoner som annonserer til LGBTQ+-felleskapet.

Datatilsynet erkjenner heller ikke at Grindr samhandler med brukere også utover Applikasjonen. Faktisk har Grindr nesten 500 000 følgere på Instagram og Facebook, blant andre hverdagsplattformer. Brukerne engasjerer seg aktivt og assosierer seg med Grindr (og omvendt) gjennom disse offentlige plattformene ved å følge Grindr, like eller kommentere innlegg eller til og med merke Grindr i sine egne offentlige innlegg. Grindr interagerer også med brukere gjennom andre offentlige kanaler, fysiske sammenkomster og digitale arrangementer.

[15] Verwaltungsgericht Berlin (Den føderale høyesterett i Berlin), av 27. mars 2017, VG 6 L 250.17, BeckRS2017, 106722

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Datatilsynets utvidende tolkning av artikkel 9 bør unngås ved å kun anvende artikkel 9 der det faktisk skjer en behandling av "*fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering*". Ikke basert på Datatilsynets egne antagelser om begrensede dataelementer som ikke i seg selv er tilstrekkelig for å identifisere en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering.

3.5 Grindr tilbyr en betalt, og en reklamefinansiert versjon av Applikasjonen

Datatilsynet tar feil når de hevder at Grindr bare tillater gratisbrukere å unngå tredjepartsannonser ved å betale for Applikasjonens premiumversjon (abonnement). De hevder videre at "*the price of the paid version constitutes detriment for the data subject*".

Som beskrevet ovenfor tilbyr Grindr en rekke forskjellige tjenester gjennom Applikasjonen som lar brukere knytte forbindelser til andre lokale og globale brukere. Grindr tjener penger på Applikasjonen gjennom å tilby betalte abonnementer som gir brukerne tilgang til premiumsfunksjoner, inkludert ingen tredjepartsannonser, ekstra filtreringskapasitet osv. Grindr reklamerer spesielt for disse premiumsfunksjonene gjennom opplysninger på applikasjonsdistribusjonsplattformer (som utdraget nedenfor viser), på Grindr's offentlige nettside og gjennom meldinger i Applikasjonen. Mye av dette materialet understreker spesifikt at premiumsversjonene tilbyr "*No banner ads*", "*No more ads*", "*No 3d party ads*" og "*ZERO third-party ads*".[16]

Det å tilby en betalt premiumtjeneste er i henhold til industristandarden og er en lovlig praksis.

Mange mobilapplikasjoner tilbys kun mot betaling, slik som for eksempel Disney+, Netflix og Match.com. Grindr tilbyr i stedet en fordel: Hvis brukere ikke vil betale for premiumtjenester, kan de bruke en gratisversjon som støttes gjennom tredjepartsannonser.

Grindr gjør dette tydelig overfor brukerne både ved at det står - "*Ads help keep Grindr free*"- på annonsene, og gjennom personvernerklæringen som (i) forklarer brukernes valgmuligheter når det gjelder deling av data, og (ii) indikerer at selv om brukerne velger å

[16] Se f.eks. https://help.grindr.com/hc/en-us/articles/1500008656241-Grindr-XTRA. Selv om annonsene ovenfor er brukt i dag, gjenspeiler de noen av de typiske annonsetypene gratisbrukere kan ha blitt vist i løpet av tidsrommet for den påståtte overtredelsen.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

"opt-out, vil de fortsatt motta kontekstuell annonsering. Uavhengig av deres valg vil gratisbrukere kunne "opt-out" uten ugunst, og vil fortsatt kunne nyte de samme funksjonene og funksjonaliteten.[17]

[redacted]

Som kjent fra populære mobilapplikasjoner som Spotify, Pandora og Tinder, så er det helt vanlig å tilbyr en gratisversjon finansiert av annonser som et alternativ til en betalt premiumstjeneste. Videre muliggjør dette at utviklere kan gi bedre tilgang til sine produkter og tjenester. Datatilsynets vurdering vil motvirke dette til ulempe for brukerne.

Grindr tilbyr alltid brukere en genuin valgfrihet mellom gratisversjonen finansiert av tredjepartsannonser og premiumversjonen (abonnement) som ikke inkluderer tredjepartsannonser og ytterligere tjenestetilbud.

4. DATATILSYNETS VURDERING AV GRINDRS TIDLIGERE CMP

4.1 Grindrs tidligere CMP og samtykkeinnstillinger

4.1.1 Oversikt

Datatilsynet hevder at gratisbrukere hadde "*lack of control*" og manglende "*free choice*" over deling av data for reklameformål. Gratisbrukere hadde imidlertid fullstendig kontroll over enhver behandling av deres data og flere muligheter til å "opt-out" fra innhenting og deling både før og etter de bestemte seg for å laste ned Applikasjonen.

Som forklart nedenfor, delte Grindr bare begrensede kategorier av data med ad-partnere dersom brukere (i) gjorde valg på enhetsnivå (opt-ins) vedrørende deres annonserings-ID og/eller stedsinformasjon, (ii) gjennomgikk og aksepterte Grindrs Bruksvilkår og personvernerklæring uten å "opt out" av adferdsbasert reklame etter fremgangsmåten beskrevet i personvernerklæringen, og (iii) ikke betalte for permiumversjonen av Applikasjonen (abonnement).

Applikasjonens kontoopprettingsfunksjoner ga brukeren flere muligheter til å enten "opt-in" eller å "opt-out" av deling av informasjon, som beskrevet nedenfor.

[17] Selv om annonsene ovenfor er brukt i dag, gjenspeiler de noen av de typiske annonsetypene gratisbrukere kan ha blitt vist i løpet av tidsrommet for den påståtte overtredelsen.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

4.1.2 Innstillinger på brukerenheter

Grindrs personvernerklæring på det aktuelle tidsrom informerte brukerne spesifikt om at deres Apple iOS eller Google Android mobilenheter ga mulighet for grunnleggende valg av preferanser, noe som gir brukeren detaljkontroll over typen annonsering brukeren mottar og typen informasjon som deles med ad-partnere.

I Grindrs personvernerklæring står det forklart at gratisbrukere som ikke samtykker eller senere trekker tilbake sitt samtykke om å dele data til reklameformål på enhetsnivå, vil fortsette å motta annonser (som muliggjør at Grindr kan tilby gratisversjonen uten ekstra kostnad for brukerne), men brukerens data brukes ikke som grunnlag for annonsene.

4.1.3 Informasjon i Apple App Store og Google Play Store

På tidspunktet for Forbrukerrådets undersøkelser opplyste Grindr spesifikt om annonsering i Apple App Store og Google Play Store, og linket til Grindrs Bruksvilkår og personvernerklæring:

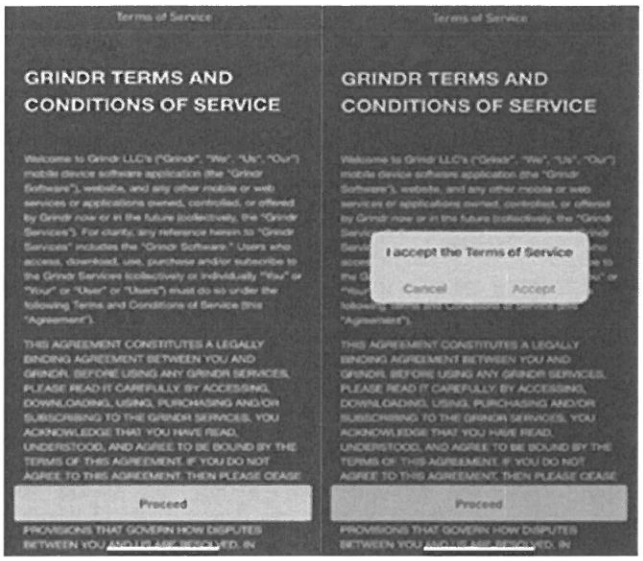
> *Grindr XTRA subscription features include: • **No banner ads** • See 6x the profiles, up to 600 at once • View only people who are online now • View only profiles with a photo • Unlimited blocks and favorites • Access to all premium filters • Chat easily with saved phrases • Send multiple photos at once Grindr has someone for everyone.*
>
> *If you are experiencing any issues, you can get support by contacting us through https://help.grindr.com/hc/*
> ***Terms of Service:** http://www.grindr.com/terms-of-service/*
> ***Privacy Policy:** http://www.grindr.com/privacy-policy/*
> *Grindr and Grindr XTRA are for adults 18 years and older only.*

Videre ga Applikasjonen brukerne valget om å samtykke til behandlingen av data for reklameformål.

4.1.4 Grindrs avtalevilkår og link til personvernerklæring med vindu for samtykke

Grindrs avtalevilkår og link til personvernerklæring ble presentert med et etterfølgende vindu der brukeren kunne velge å samtykke til vilkårene.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354



4.1.5 Presentasjon av fullstendig personvernerklæring med og separat forespørsel om å vindu for samtykke

Videre ble brukeren presentert for Grindrs *fullstendige* personvernerklæring, med lett tilgjengelig og detaljert informasjon om Grindrs behandling av personopplysninger, og et etterfølgende vindu der brukeren kunne velge å samtykke til personvernerklæringen.

Fremdeles presenterer mange anerkjente selskaper i bransjen, som Tinder og Match, bare en lenke til deres personvernerklæring, ikke hele teksten i personvernerklæringen.

Grindrs personvernerklæring ga i tillegg klart uttrykk for delingen av data gjennom enkelt og tydelig språk og skilte klart og tydelig delingen og de tilknyttede formålene fra andre formål (som utdrag med våre uthevinger viser):

How We Share Your Personal Data

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

We share Personal Data in the following situations:

1. *Distance Information.* ***Please note, you may choose to hide your Distance Information; however, the Grindr App will continue to sort and display your profile based on your relative distance from other users. Accordingly, even if you choose to hide your Distance Information, others may nevertheless be able to determine your Location. You can disable location services on an iPhone by going to settings, privacy, location services, Grindr and on Android, by going to settings, location, Grindr, permissions, location.***

1. *Third-Party Advertising Companies.* ***We share 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. These third parties may also collect information directly from you as described in this Privacy and Cookie Policy through tracking technologies such as cookies. The privacy policies of these third-party companies apply to their collection, use and disclosure of your Personal Data. One of these advertising partners is MoPub that helps Grindr deliver personalized advertising. You can follow the links to MoPub's privacy notice and partner page. See the YOUR CHOICES section of this Privacy and Cookie Policy for information on your ability to apt-out of interest- based advertising.*** *Note that we do not share information about your Tribe, your HIV status [or your Last Tested Date] with any advertising companies. For more information on third-party tracking technology, please visit Cookie Information below.*

Grindr forklarte klart og tydelig hvordan brukere kan kontrollere behandlingen av data (som vist i utdraget), inkludert å "opt-out" fra adferdsbasert reklame. Videre forklarte Grindr at selv om brukere velger dette bort, vil de fortsette å motta reklame på Applikasjonen (utheving lagt til):

Your Choices

You can make the following choices regarding your Personal Data:

1. ***If you do not want third parties to collect information about your use of the Grindr Services, or your affiliation to Grindr, or to tailor any of the advertising that you see, you can opt out from same third-party behavioral advertising at the Digital Advertising Alliance in the US, the Digital Advertising Alliance of Canada in Canada, or the European Digital Advertising Alliance in Europe. Please note that opting-out of behavioral advertising does not mean that you will not receive advertising while using the Grindr Services. It will, however, exclude you from interest-based advertising conducted through participating networks, as provided by their policies and choice mechanisms.***

Grindr opplyste om brukerens rett til å trekke tilbake sitt samtykke med et klart, tydelig og enkelt språk (som utdrag):

Your Rights

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Subject to certain conditions, you may ask us to: Withdraw consent that you have previously given us. You may make this request at any time. Note that revocation of your consent will only apply to future processing activities and will not apply retroactively.

Til slutt forklarte Grindr på en klar og tydelig måte hvordan brukere kan kontrollere informasjonskapsler, inkludert detaljerte lenker og instruksjoner om hvordan man tilbakestiller grunnleggende preferansevalg for reklame i Apple IOS- og Google Android innstillinger, hvordan brukeren kan "opt-out" av adferdsbasert reklame på andre måter samt hvordan brukeren kan tilbakestille informasjonskapsler (som vist i utdrag og med våre uthevinger):

How can you control cookies?

You also may be able to configure your browser settings to use the Grindr Services without the same cookie functionality. You can delete cookies manually or set your browser to automatically delete cookies on a pre-determined schedule. For example, in the Internet Explorer menu bar, select: Tools -> Internet Options -> Browsing History -> Delete to view manual and automatic options.

To *learn about how to manage cookies on popular browsers, please visit the links below: Apple Safari, Google Chrome, Microsoft Edge, Microsoft Internet Explorer, Mozilla Firefox*

You *may also be able to reset device identifiers through settings on your mobile device. The procedure for managing device identifiers if different for each device. You can check the specific steps in the help or settings menu of your particular device.*

1. *Interest-based Advertising.* ***You can opt out of seeing online interest-based advertising through the Digital Advertising Alliance in the US, the Digital Advertising Alliance of Canada in Canada, or the European Digital Advertising Alliance in Europe. Please note that opting-out of behavioral advertising does not mean that you will not receive advertising while using the Grindr Services. It will, however, exclude you from interest-based advertising conducted through participating networks, as provided by their policies and choice mechanisms. You may also reset your advertising identifier on your device, or use the AppChoices app, or turn off location tracking. We do not currently recognize automated browser signals regarding tracking mechanisms, which many include "Do Not Track" instructions.***
2. *Google TM Analytics Cookies. We use Google Analytics, a Google service that uses cookies and other data collection technologies, to collect information about your use of the Grindr Services.* ***You can opt out of Google Analytics tracking by clicking here or by downloading the Google Analytics opt-out browser add-on here.***
3. *Flash Cookies. We may also use Flash cookies (also known as "persistent identification elements" or "local shared objects") on certain websites.* ***Because Flash cookies cannot be controlled through your browser settings, you may click here to adjust your preferences.*** *You can also identify Flash cookies running on your computer by visiting the Flash Player folder. Flash cookies, or LSO files, are typically stored with a ".SOL" extension. Please note that if you block cookies, some functions on the Grindr Services may be unavailable, and we may not be able to present you with personally-tailored content.*

How we share. ***You agree and consent that the information and data outlined***

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

above may be shared with third parties as described throughout this document.

Brukere har til enhver tid tilgang til personvernerklæringen og Bruksvilkårene både i Applikasjonen og på Grindrs offentlige nettside.

4.1.6 Betalt versjon av Applikasjonen

Brukere kan også "opt-out" fra tredjeparts reklame ved å betale for Applikasjonens premiumversjon. Applikasjonen tilbyr dette alternativet umiddelbart etter opprettelse av en brukerkonto, og brukere kan kjøpe premiumabonnement *før* de bestemmer seg for hvilke selvutfylte datafelt de ønsker å fylle ut på deres offentlige profiler (med unntak av alder som Grindr bruker for aldersverifisering).

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Det understrekes at brukeren kan kjøpe premiumsabonnement *før* deling av data kan skje (forutsatt at brukere ikke har gjort valg på enhetsnivå). I tillegg understreker Grindr at den nye CMP gir brukerne mer granulære valg som en del av kontoopprettelsesprosessen.

4.1.7 Oppsummering

Som fremgangsmåten beskrevet ovenfor viser, har Grindrs deling av data med ad-partnere alltid vært synlig for brukerne.

Grindr har funnet en passende balanse mellom å overholde de lover, forskrifter og retningslinjer fra EU og lokale myndigheter som eksisterte på det aktuelle tidspunktet, og å tilby brukerne forståelig informasjon.

Grindr gjennomgår regelmessig standarder og praksis innenfor den sosiale nettverksindustrien sammen med sine juridiske rådgivere. Grindrs historiske tilnærming til åpenhet og samtykke har oversteget bransjens personvernpraksis og fortsetter å gjøre det i dag. Eksempelvis bestemte Grindr seg sommeren 2019 for å være en av de første applikasjonene som implementerte OneTrust CMP. Implementeringen av den mobile SKD-en svært teknisk da Grindr igjen forsøkte å bli bransjeledende ved å bruke OneTrust-plattformen for en mobilapplikasjon og krevet en betydelig innsats. Dette skjedde i en tid da den digitale annonseindustrien fortsatt hadde mange ubesvarte spørsmål vedrørende anvendelsen av personvernforordningen og kravene tilsamtykker og implementering av disse. Eksempelvis konkluderte det belgiske Datatilsynet med at Transparency and Consent Framework var i strid med personvernforordningen på mange måter, men ila *kun* en bot på 250 000 euro til tross for den ekspansive bruken av rammeverket globalt.[18]

Grindr har bare, som beskrevet ovenfor, noen ganger delt begrensede datafelt med ad-partnere, i tråd med gjeldende industristandard. For nesten to år siden innførte Grindr igjen en bransjeledende personvernvennlig praksis ved å frivillig stoppe delingen av alders-, kjønn- og stedsinformasjon.

4.2 Datatilsynets mangelfulle rettslige vurdering av Grindrs tidligere CMP

4.2.1 Oversikt

Datatilsynet har uriktig lagt til grunn at Grindr på tidspunktet for den påståtte overtredelsen ikke innhentet lovlig samtykke for deling av data til reklameformål. Som redegjort for ovenfor, implementerte Grindr klare og lovlige prosedyrer for samtykke.

Det eneste rettslige spørsmålet er om Grindr i perioden for den påståtte overtredelsen oppfylte kravene i EDPBs ikke-bindende Guidelines 05/2020 on consent.[19]

Personvernpraksis, regulatoriske retningslinjer and rettslige krav er i konstant utvikling. Som nevnt i Tilsvaret har Apple nylig utviklet seg på dette området, hvor de har gått over til

[18] Det belgiske Datatilsynet ila Interactive Advertising Bureau Europe et overtredelsesgebyr på kun 250 000 euro for å ikke ha overholdt kravene i personvernforordningen artikkel 5 (1) (a), 5 (1) (f), 6, 12, 14, 24, 25, 30, 32, 25, 37, 38 og 39 etterfulgt av en etterforskning av "Transparency and Consent Framework". Det er klart at det er stor grad av usikkerhet knyttet til tolkningen av nevnte artikler, og det belgiske Datatilsynet valgte i denne saken å ilegge Advertising Bureau Europe et moderat overtredelsesgebyr sammen med et pålegg om å fremlegge en handlingsplan for hvordan å bringe deres virksomhet i tråd med reglene innen en frist på to måneder.

[19] Se forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Szpunar, 21. mars 2019, i sak C-673/17 § 81.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

en opt-in-modell i deres operativsystem benevnt OS 14. Grindrs tidligere CMP og personvernpraksis må vurderes i lys av den daværende normen og personvernpraksisen i ad tech-miljøet. Dette inkluderer at datasubjektets personvernvalg ble gjort på operativsystem-nivå, og at det på tidspunktet var begrensede personvernmessige verktøy tilgjengelig.

Videre må Datatilsynet anerkjenne at Grindrs personvernpraksis har utviklet seg sammen med bransjen og at Grindr fortsetter å være *ledende* i bransjen i dag.

Som beskrevet nedenfor har Datatilsynet gjort en uriktig rettslig vurdering av Grindrs tidligere CMP.

4.2.2 Datatilsynet baserte sin vurdering på rettskilder publisert etter granskningsperioden

Datatilsynet hevder at den påståtte overtredelsen fant sted i perioden mellom 20. juli 2018 og 7. april 2020. Likevel vurderte Datatilsynet Grindrs tidligere CMP, spørsmålet om Grindr hadde overtrådt artikkel 9 (2) og utmålingen av overtredelsesgebyret basert på rettskilder publisert etter granskingsperioden.

Som illustrert i Vedlegg 1 bygger Datatilsynet sin tolkning på EU-domstolens og EU-generaladvokatens ikke-bindende tolkninger av de rettslige kravene for å innhente samtykke, fra tiden etter granskningsperioden. Videre bygger Datatilsynet på EDPBs Guidelines 8/2020 *"on the targeting of social media users"* som ble utgitt etter granskningsperioden, i sin tolkning og anvendelse av artikkel 9 (2), og i beregningen av størrelsen på overtredelsesgebyret.[20]

Datatilsynets har brukt rettspraksis, uttalelser fra EU-generaladvokaten og ikke-bindende retningslinjer fra EDPB som er utgitt måneder eller år etter den påståtte overtredelsen.[21] Disse kildene var ikke tilgjengelig for Grindr på tidspunktet for den påståtte overtredelsen, og Grindr kunne følgelig ikke ta disse kildene i betraktning på dette tidspunktet. Dette utgjør en overtredelse av prinsippene om lovlighet og proporsjonalitet ved straff og straffesanksjoner.

Det pekes særlig på artikkel 49 i Charter of Fundamental Rights of the European Union, som fastslår følgende:

1. *"No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national law or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than that which was applicable at the time the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of a criminal offence, the law provides for a lighter penalty, that penalty shall be applicable.*

2. *This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles recognised by the community of nations.*

[20] Se Vedtaket om overtredelsesgebyr på side 46, 47, 48, 52 og 59.
[21] Se Vedlegg 1.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

3. *The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence."*

Videre fastslår personvernforordningen artikkel 58 følgende:

> *"Utøvelse av den myndighet som tilsynsmyndigheten gis i henhold til denne artikkel, skal være underlagt nødvendige garantier, herunder effektive rettsmidler og rettferdig rettergang, fastsatt i unionsretten og medlemsstatenes nasjonale rett i samsvar med pakten."*

Grindr er klar over at Charter of Fundamental Rights of the European Union ikke gjelder direkte i Norge. Fortalepunkt 148 i personvernforordningen fastslår imidlertid at Charter of Fundamental Rights of the European Union og EU-domstolens tolkninger har klar relevans for tolkningen av personvernforordningen. Dette gjelder særlig i konteksten av å ilegge straff, herunder overtredelsesgebyr.[22]

Prinsippet om forbud mot tilbakevirkende lovgivning følger også av Grunnloven,[23] og artikkel 7 i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), som fastslår følgende:

> *"No punishment without laws:*
>
> *No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed."*

EU-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har bekreftet at prinsippet om forbud mot tilbakevirkende lovgivning ikke bare gjelder for selve lovgivningen, men også tolkningen:

> *"(87) It must be borne in mind, first of all, that the principle that penal provisions may not have retroactive effect is one that is common to all the legal orders of the Member States and forms an integral part of the general principles of law whose observance is ensured by the Community judicature (see Case 63/83 Kirk [1984] ECR 2689, paragraph 22).*
>
> *(88) In particular, Article 7(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950, which enshrines in particular the principle that offences and punishments are to be strictly defined by law (nullum crimen, nulla poena sine lege), may preclude the retroactive application of a new interpretation of a rule establishing an offence (see, to that effect, Dansk Rørindustri and Others v Commission, paragraph 217).*
>
> *(89) That is particularly true of a judicial interpretation which produces a result which was not reasonably foreseeable at the time when the offence was committed,*

[22] Personvernforordningen fortalepunkt 148 fastslår at "*[...] Ilegging av sanksjoner, herunder overtredelsesgebyr, bør være omfattet av nødvendige prosessuelle garantier i samsvar med de allmenne prinsippene i unionsretten og i pakten, herunder et effektivt rettslig vern og en rettferdig rettergang*".

[23] Grunnloven § 97 fastslår at "*[i]ngen lov må gis tilbakevirkende kraft*".

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

> *especially in the light of the interpretation put on the provision in the case-law at the material time (see Dansk Rørindustri and Others v Commission, paragraph 218).*[24]"

Som bekreftet i flere saker fra EMD må tolkninger av rettsregler være "*consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen*" for å unngå ulovlig tilbakevirkende kraft. Det vil si om det kan anses å "*reflect a perceptible line of case-law development*".[25]

I tillegg, som bekreftet av EMDs Research Division, kan mangelen på tilgjengelige og rimelig forutsigbare rettslige tolkninger føre til overtredelse på den anklagedes rettigheter etter artikkel 7.[26] Videre må loven ikke i for stor utstrekning tolkes til skade for den anklagede (*in malam partem*), for eksempel ved analogisk eller utvidende tolkning.[27]

Dette er også blitt bekreftet av EU-domstolen:

> *"the principle that criminal-law provisions may not have retroactive effect, as it appears in Article 49 of the Charter of Fundamental Rights and was enshrined, inter alia, in Article 7 of the ECHR, whose observance is assured by the Courts of the Union, may preclude the retroactive application of a new interpretation of a rule establishing an offence, where the result of that interpretation was not reasonably foreseeable at the time when the offence was committed ().see, to that effect and by analogy, Case C 3/06 P Groupe Danone v Commission [2007] ECR I 1331, paragraphs 87 to 89 and the case law cited, and judgment of 2 February 2012 in Case T 83/08 Denki Kagaku Kogyo and Denka Chemicals v Commission, not published in the ECR, paragraph 120)"*[28]

Vi bemerker at Datatilsynet har vedtatt å ilegge overtredelsesgebyr basert på en tilbakevirkende tolkning av personvernforordningen, i strid med blant annet EMK artikkel 7 (1).[29]

> *"(216) It follows from that case-law that the concept of 'law' ('droit') for the purposes of Article 7(1) corresponds to 'law' ('loi') used in other provisions of the ECHR and encompasses both law of* ***legislative origin and that deriving from case-law****.*
>
> *(217) Although that provision, which enshrines in particular the principle that offences and punishments are to be strictly defined by law (nullum crimen, nulla poena sine lege), cannot be interpreted as prohibiting the gradual clarification of the rules of criminal liability, it may, according to that case-law,* ***preclude the retroactive application of a new interpretation of a rule establishing an offence****.*
>
> *(218) That is particularly true, according to that case-law, of* ***a judicial interpretation which produces a result which was not reasonably foreseeable***

[24] EU-domstolen, sak C-3/06, *Groupe Danone v Commission*, avsnitt 87-89.
[25] Den Europeiske Menneskrettsdomstolen Research Division, artikkel 7, "*The "quality of law" requirements and the principle of (non-)retrospectiveness of the criminal law under Article 7 of the Convention*", avsnitt 41.
[26] Ibid., avsnitt 64.
[27] Ibid., avsnitt 95.
[28] Underretten i EU-domstolen, sak T-386/10 - *Dornbracht*, 16.9.2013, avsnitt 84.
[29] EU-domstolen, sak C-189/02, *Dansk Rørindustri v Commission*, 2005, avsnitt 218

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

> ***at the time when the offence was committed, especially in the light of the interpretation put on the provision in the case-law at the material time.***" (våre uthevinger)

Datatilsynet har ikke identifisert en rettslig eller administrativ praksis som er konsolidert over tid. En slik praksis kunne ha skapt legitime forventninger med hensyn til en stabil tolkning av kriteriene for å innhente samtykke under personvernforordningen. Av denne grunn kan ikke Datatilsynet vektleggeveiledningene eller dommene nevnt i Vedlegg 1 for å vurdere Grindrs tidligere CMP og artikkel 9 (2), eller beslutte hvorvidt et overtredelsesgebyr skal ilegges. Grindr kunne ikke ta disse kildene i betraktning på tidspunktet for den påståtte overtredelsen.

4.2.3 Datatilsynets rettslige vurdering av Grindrs tidligere CMP er ikke i tråd med personvernforordningen

4.2.3.1 Innledning

Som vist til ovenfor er Datatilsynets vurdering av Grindrs tidligere CMP i strid med legalitetsprinsippet og prinsippet om forholdsmessighet ved ileggelse av straffesanksjoner. I dette punkt 4.2.3 vil Grindr kommentere Datatilsynets vurdering av de ulike kravene til et gyldig samtykke.

4.2.3.2 Frivillig

Grindrs tidligere samtykkepraksis for deling av visse datafelt med ad-partnerne oppfylte kravet til frivillighet i artikkel 4 (11).

Som vist til i punkt 4.1 ble datasubjektene gitt lett tilgjengelig informasjon om deling av visse data for reklameformål. Denne informasjonen var klart adskilt fra informasjonen om de øvrige behandlingsaktivitetene nevnt i personvernerklæringen, og var skrevet med et klart og tydelig språk. Personvernerklæringen var ikke lagt ved som vedlegg til brukervilkårene, men krevde at begge dokumentene gjennomgått og akseptert separat, ved opprettelse av brukerkonto. Brukeren kunne ikke gå videre i registreringsprosessen uten å gjøre seg kjent med denne informasjonen, slik Datatilsynet hevder.

Når Datatilsynet legger til grunn at samtykket for Grinds tidligere CMP ikke var "frivillig" vises det til følgende begrunnelser:

- *"Grindr did not allow separate consents to different personal data processing operations despite it being appropriate;*
- *Access to services in the free version of the app was made conditional on consenting to Grindr sharing personal data with advertising partners despite this not being necessary for the performance of the service; and*
- *Data subjects could not refuse or withdraw consent without detriment."*

Datatilsynets begrunnelser er uriktige, og i det følgende vil vi knytte kommentarer til hver enkelt begrunnelse.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

1. *Datatilsynet la til grunn at separate samtykker var nødvendig, basert på en streng forståelse av EDPBs Guidelines 05/2020 som ikke er rettslig bindende, samt ufullstendige utdrag.*

På tidspunktet for den påståtte overtredelsen var det ingen rettslig forpliktelse eller tolkning fra EU-domstolen som gjorde det påkrevd å innhente separate samtykker gjennom separate opt-in-funksjoner. Datatilsynet hevder det motsatte med henvisning til (i) EDPB Guidelines 05/2020 om samtykke, som ikke er rettslig bindende[30], (ii) en avgjørelse hvor Datatilsynet feilaktig hevder at domstolen brukte de ikke rettslig bindende EDPB Guidelines om samtykke som støtte for sin tolkning, og (iii) uttalelsen fra EUs generaladvokat i forbindelse med Planet 49-saken, som heller ikke er rettslig bindende. I det følgende vil vi redegjøre for dette nærmere.

(i)EDPB Guidelines 05/2020 om samtykke er ikke en bindende rettskilde, og Grindr var ikke forpliktet til å følge disse på tidspunktet for den påståtte overtredelsen.

Datatilsynet kan ikke basere sin konklusjon om at samtykkene til å dele data med ad-partnere ikke var gitt "frivillig" og at separate opt-ins var påkrevd, på EDPBs Guidelines 05/2020 om samtykke, da disse ikke er rettslig bindende.

I PVN-2020-14, uttalte Personvernnemnda at (våre uthevinger):

> *"Nemnda legger til grunn at Personvernrådets veileder, i likhet med Artikkel 29-gruppens veileder, har* ***begrenset verdi som rettskilde****, men gir nyttig veiledning som uttrykk for forvaltningspraksis hos tilsynene i EU og EØS."*

Personvernnemnda legger til grunn samme forståelse i PVN-2019-02 (våre uthevinger):

> *"(...) Erfaringsmaterialet som ligger til grunn for retningslinjene er med andre ord nokså begrenset. Samlet sett tilsier dette varsomhet med å legge altfor stor vekt på retningslinjene. Artikkel 29-gruppen har også selv forutsatt at listen over kriterier "will evolve over time, building on the experience of DPAs".* ***Etter nemndas oppfatning er det altså ikke grunnlag for å mene at retningslinjene har stor rettslig vekt.*** *Nemnda finner her grunn til å vise til at heller ikke EU-domstolen bygger interesseavveiningen i G.C. & Others v NCIL på Artikkel 29-gruppens retningslinjer. Domstolen nøyer seg i avsnitt 66 med å konstatere at det skal foretas en interesseavveining og gir en nokså løselig anvisning på hvilke momenter som skal inngå i denne avveiningen: (...) Nemnda ser det likevel slik at retningslinjene fra Artikkel 29-gruppen spiller en viss rolle i den interesseavveiningen som skal foretas. De kan likevel bare vektlegges så langt de har relevans for den aktuelle saken, og en nærmest mekanisk anvendelse av alle 13 kriteriene ved avgjørelsen av saker om sletting av søketreff innebærer en risiko for at man taper den overordnede interesseavveiningen av syne. (...)".*

EDPB Guidelines kan bidra til økt forutberegnelighet da de klargjør hvordan EDPB tolker lovgivningen. Imidlertid er ikke slike veiledninger og retningslinjer rettslig bindende for hvordan personvernforordningen skal tolkes. Dette fremgår eksplisitt av Treaty on the

[30] Datatilsynet erkjenner også at EDPB Guidelines ikke er rettslig bindende i Vedtaket om overtredelsesgebyr jf. punkt 16.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Functioning of the European Union (TFEU) (No.: Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV)) artikkel 288[31], og er klart antydet i EØS-avtalen artikkel 7).

Videre er EDPB Guidelines dynamiske og blir stadig tolket ulikt. Følgelig må Grindr og andre virksomheter gis et visst tolkningsrom når EDPB Guidelines vurderes.

(ii)Betydningen av at EDPB Guidelines refereres til, men ikke bygges på av andre europeiske domstoler

Datatilsynet viser til at EDBP Guidelines er *"regularly used as interpretative aids by European courts"*, og bruker EMDs avgjørelse av 28. juni 2018 i *"Case of M.L. and W.W. v. Germany, App. Nos. 60798/10 and 65599/10"* avsnitt 63 som eksempel.[32] EMD brukte imidlertid ikke EDPB Guidelines som "interpretative aids" i EU-domstolens avgjørelse i sak C-131/12 *"Google Spain and inc V. Agencia de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González"*. EMD tok heller ikke EDPB Guidelines i betraktning når den avgjorde å sammenføye de to søknadene, tillot søknadene å slippe inn eller vurderte om det hadde vært et brudd på artikkel 8 av konvensjonen, slik Datatilsynet hevder. Det eneste EMD gjorde var å vise til at EDPB Guidelines finnes, og uttalte at formålet med disse er å gi tilsynsmyndigheter veiledning på hvordan EU-domstolens avgjørelser skal gjennomføres:

> *"This document is designed to provide information as* ***to how the DPAs*** *assembled in the Working Party* ***intend to implement the judgment of the CJEU*** *in the case of "Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" (C-131/12).* ***It also contains the list of common criteria which the DPAs*** *will apply to handle the complaints, on a case-by-case basis, filed with their national offices following refusals of de-listing by search engines."*[33] (våre uthevinger)

Domstolen brukte altså ikke EDPB Guidelines i sin lovtolkning i de avgjørelsene Datatilsynet har vist til. Tvert imot er formålet med EDPB Guidelines å hjelpe tilsynsmyndighetene i EU med hvordan de skal gjennomføre domstolens avgjørelser, og er ikke "interpretative aid" for domstolene. På bakgrunn av dette kan ikke Datatilsynets argumenter som er basert på EDPB Guidelines tas i betraktning.

(iii)Datatilsynets uriktige tolkning, og misvisende henvisning til EUs generaladvokats uttalelse i Planet 49-saken

---

[31] Artikkel 288, TFEU: *"To exercise the Union's competences, the institutions shall adopt regulations, directives, decisions, recommendations and opinions. A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States. A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods. A decision shall be binding in its entirety. A decision which specifies those to whom it is addressed shall be binding only on them. Recommendations and opinions shall have no binding force."*

[32] Vedtaket om overtredelsesgebyr s. 16, fotnote 16.

[33] WP29 Guidelines *"On the implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on Google Spain and inc V. Agencia de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González C-131/12, adopted on 26 November 2014"*, side 5

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Generaladvokatens uttalelse 21. mars 2019[34] kom i forbindelse med en forhåndsavgjørelse[35], ikke en endelig avgjørelse. Generaladvokatens uttalelse er ikke bindende for EU-domstolen. EU-domstolen endelige avgjørelse i Planet 49-saken[36] kom 1. oktober 2019. Grindr tok i bruk en ny CMP som åpnet for separate opt-ins 8. april 2020.

Datatilsynet hevder at "[t]*he term "granularity" is not new to EU/EEA data protection regime, as it was employed by the WP29 already back in 2011 under the previous regulation*" med henvisning til side 17-19 i WP-29 Opinion 15/2011 om definisjonen av samtykke, som inneholder noen henvisninger til separate samtykker. Det at den tyske Federal Court of Justice anmodet EU-domstolen om en prejudisiell kjennelse om kravene til et gyldig samtykke illustrer at kravene til gyldig samtykke på dette tidspunktet var uklare. Verken EU-domstolen eller Generaladvokaten viste til krav om separate samtykker under daværende eller gjeldende personvernlovgivning.

Videre, for å støtte sitt syn, viser Datatilsynet til avsnitt 74 i generaladvokatens uttalelse, men de utelater deler av den opprinnelige teksten:

> *"As Advocate General Szpunar stated in his Opinion in the Planet49 case, "[t]he need for separate consent is [...] stressed explicitly in this recital"* (uthevingen viser hvor tekst er slettet).

Den opprinnelige teksten er imidlertid:

> *"The need for separate consent is* ***therefore now*** *stressed explicitly in this recital"* (våre uthevinger).

Datatilsynet har med andre ord utelatt den delen av teksten hvor generaladvokaten gir uttrykk for at "*the need for separate consent*" *ikke* gjaldt før ikrafttredelsen av personvernforordningen. Generaladvokaten vurderte kravet til samtykke konkret ut ifra EU-direktiv 95/46 og personvernforordningen, og vedkjente at behovet for separate samtykker ikke var eksplisitt forutsett i direktivet (våre uthevinger):

> *"For consent to be 'freely given' and 'informed', it must not only be active, but also separate. The activity a user pursues on the internet (reading a webpage, participating in a lottery, watching a video, etc.) and the giving of consent cannot form part of the same act. In particular, from the perspective of the user, the giving of consent cannot appear to be of an ancillary nature to the participation in the lottery. Both actions must, optically in particular, be presented on an equal footing.* ***As a consequence, it appears to me doubtful that a bundle of expressions of***

[34] Uttalelse fra EUs generaladvokat Szpunar, 21. mars 2019, Sak C-673/17

[35] Artikkel 267 *"The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning: (a) the interpretation of the Treaties; (b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union; Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon. Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court. If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay."*

[36] EU-domstolen, sak C-673/17, *Planet 49*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

> ***intention, which would include the giving of consent, would be in conformity with the notion of consent under Directive 95/46.***"[37]

Generaladvokaten tolket kravene til samtykke i lys av direktivet uten å vise til WP29 Opinion 15/2011 om definisjonen av samtykke. Dette styrker vår oppfatning om at WP29 Opinion 15/2011 om definisjonen av samtykke ikke er en del av "*the EU/EEA data protection regime*" etter tidligere lovgivning, slik Datatilsynet hevder. Ellers ville det heller ikke vært nødvendig å tolke begrepet "samtykke" i lys av EU-direktiv 95/46 i forbindelse med forhåndsavgjørelsen.

Videre bygger Datatilsynets vurdering av Grindrs tidligere samtykkepraksis på Planet 49-saken av 1. oktober 2019.[38] I avgjørelsen er det ingen henvisning til at det er nødvendig å innhente separate samtykker, og heller ikke noe om hvor granulært samtykke skal være. Derfor kan ikke Datatilsynet påstå at Grindr har brutt personvernforordningen, kun ved å gi en henvisning til EDPB Guidelines eller Planet 49-avgjørelsen. Grindr tok i bruk en ny CMP seks måneder etter at avgjørelsen i Planet 49-saken ble fattet.

Datatilsynet viser til avsnitt 44 i EDPB Guidelines om samtykke[39]:

> *"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. [...] When data processing is done in pursuit of several purposes, the solution to comply with the conditions for valid consent lies in granularity, i.e. the separation of these purposes and obtaining consent for each purpose."*[40]

Det fremgår videre av EDPB Guidelines side 14 at:

> *"Granular consent options* ***should be provided*** *to allow data subjects to consent separately to separate purposes"* (våre uthevinger).

Som nevnt ovenfor er det anbefalt i EDPB Guidelines å be om separate samtykker hvis databehandlingen gjelder flere formål. Likevel kan det ikke anses som en overtredelse av personvernforordningen dersom man ikke har fulgt denne anbefalingen. EDPB Guidelines utelukker ikke, og kan ikke utelukke, at det er mulig å be brukere om å samtykke til flere formål samtidig såfremt brukeren får spesifikk informasjon om hvert formål i forkant av behandlingen.

Denne forståelsen har blitt lagt til grunn av Frankrikes høyesterett ("Conseil d'État") som delvis tilsidesatte CNIL Guidelines om cookies og lignende teknologi i en avgjørelse.41 Conseil d'État la til grunn at "*the users' consent must relate to each of the purposes pursued by the data processing and any subsequent new purpose, compatible with the initial purpose(s), is subject to the collection of its own consent*". Denne tolkningen er relevant for saken, da den spesifiserer kravene for innhenting av samtykke til flere formål.

---

[37] Uttalelse fra EUs generaladvokat Szpunar, 21. mars 2019, Sak C-673/17, avsnitt 66
[38] EU-domstolen, sak C-673/17, *Planet 49*
[39] EDPB, Guidelines 05/2020 "on consent", versjon 1.1, vedtatt 4. mai 2020
[40] EDPB Guidelines 05/2020 "on consent", versjon 1.1, vedtatt 4. mai 2020, avsnitt 44
[41] Conseil d'État, Décision 434684, lecture du 19 juin 2020, ECLI:FR:CECHR:2020:434684.20200619

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Domstolen anerkjente imidlertid at "*compliance with such requirements implies at the very least that, in the event the collection of consent was carried out for a set of purposes, it would be preceded by information specific to each of the purposes*" 42 (vår oversettelse). Domstolen viste ikke til noen plikt om å implementere separate "opt-ins" for at et samtykke skal være gyldig.

I tillegg anbefales det i CNIL Guidelines om cookies at man ber om samtykke for hvert enkelt formål. CNIL legger imidlertid til grunn at denne anbefalingen "*does not preclude the possibility of requesting the users to consent to a set of purposes, subject to presenting all the purposes pursued in advance to the users*"43 (vår oversettelse).

Datatilsynet har skrevet at "*the CNIL guidelines on cookies is not a binding document for other supervisory authorities. In any event, the CNIL guidelines does not generally accept a practice where consent must be given for a set of processing purposes globally, but merely does not preclude the possibility of requesting the users to consent to a set of purposes.*"

Grindr er innforstått med at CNIL Guidelines ikke er rettslig bindende for Datatilsynet. Saken illustrerer imidlertid at en tilsynsmyndighet ikke kan tolke innhenting av samtykke til flere formål som en overtredelse av personvernforordningen. Saken belyser også at det er store forskjeller på hvordan Guidelines skal forstås, og at Grindr og andre virksomheter derfor må ha et visst rom for tolkning når reglenes innhold skal vurderes.

Da Forbrukerrådet holdt på med sine undersøkelser var Grindrs behandlingsformål opplistet i kulepunkter og adskilt fra hverandre i personvernerklæringen. Grindrs forespørsel om samtykke var inntatt på en lovlig måte, og de innhentede samtykkene var gitt frivillig.

I den forrige personvernerklæringen, og i den någjeldende, gir Grindr en klar og detaljert beskrivelse av behandlingsformålene og behandlingsgrunnlaget. Her ble det også gitt informasjon om hvilke behandlingsformål som krevde samtykke før samtykke faktisk ble forespurt. Dette underbygger at brukerens samtykke til databehandlingen var gitt frivillig.

Oppsummert kan ikke det faktum at Grindr ikke hadde implementert EDPBs anbefalinger om å bruke separate opt-ins for hvert enkelt formål i perioden for den påståtte overtredelsen, anses som en overtredelse av personvernforordningen.

2. *Betinget tilgang*

---

[42] Conseil d'État, Décision 434684, avsnitt 14 "*le consentement de l'utilisateur doit porter sur chacune des finalités poursuivies par le traitement de données et que toute nouvelle finalité ultérieure, compatible avec la ou les finalités initiales, assignée au traitement de données est soumise au recueil d'un consentement propre. Le respect d'une telle exigence implique à tout le moins, dans l'hypothèse où le recueil du consentement serait effectué de manière globale, qu'il soit précédé d'une information spécifique à chacune des finalités.*"

[43] Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, Délibération n° 2020-092 du 17 septembre 2020 portant adoption d'une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux « cookies et autres traceurs », paragraphs 25 et 26: 25. "*25. Afin de s'assurer du caractère libre du consentement donné, la Commission recommande de demander aux utilisateurs leur consentement de façon indépendante et spécifique pour chaque finalité distincte. 26. Toutefois, la Commission estime que cela ne fait pas obstacle à la possibilité de proposer aux utilisateurs de consentir de manière globale à un ensemble de finalités, sous réserve de présenter, au préalable, aux utilisateurs l'ensemble des finalités poursuivies.*"

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Datatilsynet uttaler at: *"Users sign up to the Grindr app to connect with other members of the LGBTQ+ community, and this is the essence of the service from the perspective of the data subjects. Provision of behavioural advertisement is not an essential or objectively necessary part of the service, nor a reason why data subjects use Grindr's services"*. Videre uttaler Datatilsynet: *"Furthermore, the paid version of the app was marketed as a premium service with emphasis on added features like being able to view more profiles, advanced filters, chatting with users globally – in addition to no third-party ads. However, it was not made clear by Grindr to data subjects that they could "opt-out" of sharing of data to advertising partners by upgrading to the paid version. This further indicates a lack of a fair, intuitive and genuine free choice."*

Ingen av disse uttalelsene er treffende. Som nevnt ovenfor er ikke Grindr en offentlig finansiert tjeneste. Grindr tilbyr tjenester som gjør det mulig for brukere å komme i kontakt med andre lokale og globale brukere. På samme måte som *mange* andre mobilapplikasjoner, finansierer Grindr Applikasjonen gjennom å tilby brukerne et betalt abonnement med "premium" funksjoner. Hvis brukere ikke ønsker et betalt abonnement, kan de benytte seg av gratisversjonen og da få opp annonser fra tredjeparter. Grindr gjorde dette klart for brukeren ved å uttrykkelig informere brukerne om at *"Ads help keep Grindr free"* i annonsen. I tillegg informerte Grindr brukerne om dette i personvernerklæringen ved (i) å forklare brukernes valg rundt deling av data, og (ii) å angi klart at selv om en bruker velger å opt-out så vil brukeren *fremdeles* få opp kontekstuell annonsering. Det er åpenbart ut ifra andre populære mobilapplikasjoner som Spotify, Pandora og Tinder at det er en etablert industristandard og bransjepraksis å tilby en gratisversjon som er finansiert av annonser som et alternativ til et betalt abonnement. Grindr er ikke forpliktet til å tilby tjenester gratis.

Når det gjelder Grindrs betalingsabonnement er det som nevnt tydelig uthevet, både der Applikasjonen lastes ned fra, på Grindrs hjemmeside og i selve Applikasjonen, at betalingsversjonen av Applikasjonen er fri for reklame, jf. informasjon som "No banner ads", "No more ads", "No 3rd party ads", og "ZERO third-party ads".[44]

[44] Se for eksempel https://help.grindr.com/hc/en-us/articles/1500008656241-Grindr-XTRA. Selv om meldingen fra Applikasjonen ovenfor er någjeldende, reflekterer den innholdet i meldingene i Applikasjonen på tidspunktet for den påståtte overtredelsen.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Endelig bemerker Grindr at Applikasjonen tilbyr muligheten til å kjøpe betalingsabonnement umiddelbart etter at brukerkonto er opprettet, og *før* det avgjøres hvilke selvrapporterte datafelt som fylles inn for å fullføre den offentlige profilen (med unntak av alder som Grindr bruker for aldersverifisering). Med andre ord gir Grindr flere muligheter *før* noen relevant deling av data forekommer (forutsatt at brukerne ikke har gjort valg på enhetsnivå).

3. Tilbaketrekning av samtykke uten negative konsekvenser (eng.:"detriment")

I EDPB Guidelines om samtykke fremgår det:

> *"The controller needs to demonstrate that it is possible to refuse or withdraw consent without detriment (recital 42). For example, the controller needs to prove that withdrawing consent does not lead to any costs for the data subject and thus no clear disadvantage for those withdrawing consent."*
>
> *"If a controller is able to show that a service includes the possibility to withdraw consent without any negative consequences 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."*[45]

Som nevnt ovenfor og i Tilsvaret vil brukere av gratisversjonen som nekter deling av data med ad-partnere via mobilens innstillinger, fortsatt kunne bruke de samme funksjonene som brukere som har valgt opt-in for deling av data. Brukerens data blir ikke brukt til reklameformål dersom brukeren har trukket tilbake sitt samtykke, og ad-partneren vil kun behandle tekniske informasjon som er nødvendig for å kunne levere kontekstuelle annonser (mobiltype, operativsystem etc.). Følgelig er det klart at brukere kan nekte eller trekke tilbake sitt samtykke uten negative konsekvenser.

Dette er i tråd med eksempel 9 i EDPB Guidelines om samtykke:

> *"A data subject subscribes to a fashion retailer's newsletter with general discounts. The retailer asks the data subject for consent to collect more data on shopping preferences to tailor the offers to his or her preferences based on shopping history or a questionnaire that is voluntary to fill out. When the data subject later revokes consent, he or she will receive* ***non-personalised fashion discounts*** *again. This does not amount to detriment as only the permissible incentive was lost"*[46] (våre uthevinger)

Datatilsynet uttaler:

> *"In our view, the price of the paid version of the app constitutes a detriment for the data subject."*
>
> *"At the time of the previous CMP, upgrading to the paid version cost a fee of about one USD per day (approximately 9,00 NOK), which Grindr describes as a "nominal*

[45] EDPB Guidelines 05/2020 "on consent", Version 1.1, vedtatt 4. mai 2020, avsnitt 48
[46] EDPB Guidelines 05/2020 "on consent", Version 1.1, vedtatt 4. mai 2020, avsnitt 50

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

> *fee". This sums up to approximately 30 USD a month (approximately 270 NOK), and 360 USD a year (approximately 3 240 NOK).*
>
> *In this regard, it is important to bear in mind that data subjects may face different financial circumstances, meaning that for some, this fee may be substantial and thus deterring. This could in turn unduly affect their decision as to whether to give, or to revoke, consent. In our view, the price of the paid version of the app constitutes detriment for the data subject."*

Disse uttalelsene knytter seg ikke til konsekvensene av å trekke tilbake et samtykke. Som nevnt ovenfor er det en vanlig industristandard og bransjepraksis å tilby et betalingsabonnement med "premium" tjenester. Det er mange populære applikasjoner som *kun* tilbyr betalingsabonnement. Andre applikasjoner gir derimot brukere en ekstra mulighet ved å tilby et gratisabonnement finansiert av annonser som et alternativ til betalingsabonnementet, som Grindr.

Gjennom Applikasjonen tilbyr Grindr en tjeneste som hovedsakelig er basert på betalende abonnenter som ikke inneholder annonser fra tredjeparter. Brukerne som ikke ønsker å ha et betalingsabonnement hos Grindr, kan enten bruke Grindrs gratisversjon med tredjepartsannonser eller velge å bruke en av de mange andre konkurrerende applikasjonene. Følgelig er ikke prisen for betalingsabonnementet å anse som en negativ konsekvens. Hvis det mot formodning skulle anses som en negativ konsekvens, kommer uansett ikke Datatilsynet med noen vurdering av dette for å underbygge at *"the fee may be substantial and thus deterring"*. Datatilsynet har heller ikke kommentert hvordan betalingsabonnement er mer gunstig i de mange andre applikasjonene som *kun* tilbyr tjenester mot betaling.

Videre unnlater Datatilsynet å påvise en årsakssammenheng mellom tilbaketrekning av samtykke og negative konsekvenser for brukeren av gratisversjonen av Applikasjonen, som kan rettferdiggjøre ileggelse av overtredelsesgebyr.

4.2.3.3 Spesifikt

Kravet om at samtykket må være "spesifikt" må ses i sammenheng med personvernforordningen artikkel 5 (1) (b). Bestemmelsen gjelder prinsippet om formålsbegrensning. Personopplysninger skal etter bestemmelsen bare samles for "*spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål*".

Grindrs personvernerklæring legger til grunn det følgende under tittelen "*Where We Share*" og undertittelen "*Third Party Advertising Companies*":

> *"We share your hashed Device ID, your device's advertising identifier, a portion of your Profile Information, Distance Information, and some of your demographic information with our advertising partners. These third parties may also collect information directly from you as described in this Privacy Policy through technology such as cookies. The Privacy Policy of these third party companies applies to their collection, use and disclosure of your information. One of these advertising partners is MoPub that helps Grindr deliver personalized advertising. You can follow the links*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

> *to MoPub's privacy notice and partner page. See the YOUR CHOICES section of this policy for information on your ability to opt-out of interest based advertising. Note that we do not sell your personal user information to third parties for advertising purposes. Also note that we do not share information about your Tribe, or about your HIV status, with any advertising companies."*

Ordlyden "*deliver personalized advertising*" er klart formulert med et begrenset formål, og er ikke en behandlingsaktivitet slik Datatilsynet anfører. Språket er enkelt og spesifikt, og inneholder eksempler på data som ikke deles. Personvernerklæringen blander heller ikke preferanser for deling av data med andre behandlingsformål. Personvernerklæringen angir behandlingsformålet krystallklart.

Den tidligere samtykkemekanismen anga spesifikke formål for behandlingsaktiviteter.

Datatilsynet har dermed ikke vist at det foreligger avvik fra prinsippet om formålsbegrensning i artikkel 5 (1) (b), og kravet om et "spesifikk" samtykke etter artikkel 4 (11).

I tillegg uttaler Datatilsynet følgende:

> *"In our view, the requirement for a consent to be "specific" entails that the consent request for a specific processing purpose must not only be separate from accepting terms of use, but must also be separate from indications of wishes concerning other data processing purposes.*
>
> *The EDPB has also stated that consent mechanisms must not only be granular to meet the requirement of "free", but also to meet the element of "specific". This means that a controller that seeks consent for various different purposes should provide a separate opt-in for each purpose."*

Som forklart ovenfor og i tilsvaret er ikke EDBP sine tolkninger av personvernforordningen rettslig bindende. Det at en databehandler ikke etterlever enhver bokstav i EDBP Guidelines, utgjør derfor ikke en overtredelse av personvernforordningen.

4.2.3.4 Informert

Artikkel 7 (2) fastslår følgende:

> "*Dersom den registrertes samtykke gis i forbindelse med en skriftlig erklæring som også gjelder andre forhold,* ***skal anmodningen om samtykke framlegges 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.*** *Deler av en slik erklæring som er i strid med denne forordning, skal ikke være bindende*" (våre uthevinger).

I Fortalepunkt 42 fremgår det:

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

> *"Dersom behandlingen er basert på den registrertes samtykke, bør den behandlingsansvarlige kunne påvise at den registrerte har samtykket til behandlingen. Særlig i forbindelse med skriftlige erklæringer om andre forhold bør det foreligge garantier for å sikre at den registrerte er kjent med at samtykke er gitt, og omfanget av det. I samsvar med rådsdirektiv 93/13/EØF10 bør det foreligge en samtykkeerklæring som den behandlingsansvarlige på forhånd har utarbeidet i en forståelig og lett tilgjengelig form og formulert på et klart og enkelt språk, og som ikke bør inneholde urimelige vilkår. For å sikre at samtykket er informert bør den registrerte minst kjenne den behandlingsansvarliges identitet og formålene med behandlingen som personopplysningene skal brukes til. Samtykket skal ikke anses som frivillig dersom den registrerte ikke har en reell valgfrihet, eller ikke er i stand til å nekte å gi eller trekke tilbake et samtykke uten at det er til skade for vedkommende."*

Datatilsynet skriver følgende på side 32 av Vedataket:

> *"The Privacy policy effective before 31 December 2019 contained 3 793 words, and the privacy policy effective from 31 December 2019 contained even more. This information* ***would take a substantial amount of time for the data subject to read****. When requesting "consent" through a long privacy policy, data subjects may end up in a situation where they do not acquaint themselves with the information. In this likely scenario, the data subject would not even acquire information on what data processing they are consenting to, in this case Grindr sharing personal data with advertising partners. As a result, consent would not be an informed decision, and user control would be illusory"* (våre uthevinger).

Videre, på side 33 av Vedtaket skriver Datatilsynet følgende:

> *"The information Grindr provided on the processing in question was not distinguishable from other matters.* ***Our view*** *is that the way Grindr bundled consent with the whole privacy policy does not differ significantly from bundling consent with terms of use in the context of enabling data subjects to make informed decisions and understand what they are agreeing to"* (våre uthevinger).

Datatilsynet mangler rettslig grunnlag for begge disse utsagnene. Det er ikke rettslig påkrevd at informasjon om deling av data med ad-partnere presenteres atskilt fra hverandre. Videre har ikke Datatilsynet sett på hvorvidt personvernerklæringen var nøyaktig, utfyllende, klarspråklig og strukturert med titler og undertitler. Istedenfor har Datatilsynet begrenset sin vurdering til å se hvor mange ord erklæringen inneholdt.

Videre har Datatilsynet ikke tatt hensyn til at Grindr overholdt kriteriene i fortalepunkt 42. Som nevnt over følger det av fortalepunktet at informasjonen om delingen av data må presenteres på *"en forståelig og lett tilgjengelig form og formulert på et klart og enkelt språk, og [...] bør [ikke] inneholde urimelige vilkår"*.[47]

[47] Personvernforordningen fortalepunkt 42

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Datatilsynet har heller ikke tatt hensyn til at de registrerte kunne gjøre seg kjent med *"behandlingsansvarliges identitet og formålene med behandlingen som personopplysningene skal brukes til"*.[48]

Grindrs tidligere samtykkemekanisme ga de registrerte full tilgang til personvern-erklæringen. Videre oppga personvernerklæringen informasjon knyttet til formålene med behandlingen av data, og de registrertes rett til å trekke tilbake samtykket når som helst.

Grindr gikk langt i å sikre at personvernerklæringen var godt organisert, med viktige deler fremhevet og klart atskilt (ofte ved hjelp av undertitler eller andre avgrensninger), at den var lett å finne frem til og uavhengig fra alt annet i personvernerklæringen.

De registrerte kunne, ved å trykke på lenken "*Where we share*" som lenker til "*Third Party Advertising Companies*", ha funnet ytterligere klar og tydelig informasjon om behandling av data. Informasjonen var også konsis og enkelt tilgjengelig, i overensstemmelse med artikkel 12 (1). Personvernerklæringen har også en "privacy by design"-funksjon som hjelper den registrerte med å finne frem til den relevante informasjonen.

Datatilsynet har ikke begrunnet at informasjonen som ble gitt til de registrerte ikke tilfredsstilte de rettslige kravene.

Forespørselen om samtykke var ikke presentert som et tillegg til et annet dokument, men ble gitt på selvstendig vis. Personvernerklæringen ga informasjon om behandlings-formålene, herunder de behandlingsformålene som krevde samtykke fra de registrerte.

I tillegg hadde Grindr tatt de nødvendige stegene for å sikre at informasjon om deling av data med ad-partnere var tilgjengelig to ulike steder før nedlastningen av Applikasjonen og før aksepten av Bruksvilkårene og personvernerklæringen.

For det første var Grindrs personvernerklæring tilgjengelig på internettet for alle som ønsket å vite mer om hvordan Grindr behandler personopplysninger gjennom Applikasjonen.

For det andre var denne informasjonen også tilgjengelig i applikasjonsbeskrivelsen i Google Play og App Store. Denne beskrivelsen inneholdt spesifikk informasjon om annonsering og lenke til personvernerklæringen publisert på Grindrs nettside.

Datatilsynet har ikke vurdert hvorvidt Grindrs personvernerklæring oppfylte kravene i artikkel 13. Datatilsynet har heller ikke vist hvordan Grindrs konkrete fremgangsmåter brøt med de rettslige kravene til et informert samtykke.

Grindr har handlet i tråd med kravet om "informert" samtykke slik det var forstått på tidspunktet for det påståtte overtredelsen.

4.2.3.5 Utvetydig

På side 35 av Vedtaket skriver Datatilsynet feilaktig at *"Grindr cannot demonstrate that data subjects consented to the particular processing under Article 7(1)*" og at "[d]*ata subjects had*

[48] Personvernforordningen fortalepunkt 42

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

to consent to the Privacy Policy in its entirety [...]". Datatilsynet fortsetter å vurdere om samtykket er granulært, fremfor å foreta den korrekte vurderingen.

Personvernforordningen er klar på at *"[s]amtykke bør gis i form av en tydelig bekreftelse der den registrerte på en frivillig, spesifikk, informert og utvetydig måte gir sitt samtykke til behandling av vedkommendes personopplysninger, f.eks. i form av en skriftlig, herunder elektronisk, eller en muntlig erklæring."*[49]

Selv før Applikasjonen lastes ned, blir gir Grindr spesifikk informasjon om annonser (våre uthevinger):

> *Grindr XTRA subscription features include: • **No banner ads** • See 6x the profiles, up to 600 at once • View only people who are online now • View only profiles with a photo • Unlimited blocks and favorites • Access to all premium filters • Chat easily with saved phrases • Send multiple photos at once Grindr has someone for everyone.*
>
> *If you are experiencing any issues, you can get support by contacting us through https://help.grindr.com/hc/*
> ***Terms of Service:** http://www.grindr.com/terms-of-service/*
> ***Privacy Policy:** http://www.grindr.com/privacy-policy/*
> *Grindr and Grindr XTRA are for adults 18 years and older only.*

I tillegg er det linket til personvernerklæringen i informasjonen som gis før Applikasjonen lastes ned, og den vises i sin helhet når man oppretter brukerkonto. I personvernerklæringen er det skrevet spesifikt og med et klart og tydelig språk, at brukere vil få opp annonser uavhengig av om de har samtykket til deling av data for annonseringsformål:

Your Choices
You can make the following choices regarding your Personal Data: • ***If you do not want third parties to collect information about your use of the Grindr Services, or your affiliation to Grindr, or to tailor any of the advertising that you see, you can opt out from same third-party behavioral advertising at the Digital Advertising Alliance in the US, the Digital Advertising Alliance of Canada in Canada, or the European Digital Advertising Alliance in Europe. Please note that opting-out of behavioral advertising does not mean that you will not receive advertising while using the Grindr Services. It will, however, exclude you from interest-based advertising conducted through participating networks, as provided by their policies and choice mechanisms.***

Som nevnt flere ganger ovenfor, innebar altså Grindrs tidligere samtykkemekanisme at brukeren måtte samtykke til personvernerklæringen to ganger.

Mekanismen med dobbelt samtykke, som krevde en klar, bekreftende og aktiv handling, gjorde at Grindr kunne registrere brukeres utvetydige samtykke. Innhentningsmåten var

[49] Personvernforordningen fortalepunkt 32

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

utformet slik at et utilsiktet samtykke, for eksempel der man ved en feiltakelse huker av for å samtykke, ikke skulle kunne registreres:

1. Brukeren måtte huke av to ulike bokser.
2. Boksene er plassert ulike steder på skjermen (for å unngå et utilsiktet, annet klikk).
3. Ingen av boksene var huket av på forhånd.

Dermed var det svært lite sannsynlig at et samtykke ble feilregistrert.

Oppfordring om å samtykke ble ikke "dyttet" på brukeren, og det mest fremtredende alternativet presentert for brukeren var å ikke akseptere personvernerklæringen (eller "Cancel"). Grindr krevde at brukeren foretok en aktiv handling før deling av data startet. Grindr var også tydelig i personvernerklæringen på hvordan samtykket kunne trekkes tilbake.

I tråd med EDPB Guidelines om samtykke har Grindr utviklet en prosess for innhenting av samtykker som krever klart bekreftende handlinger, og som overholder personvernforordningen. Grindrs tidligere samtykkemekanisme var klar overfor brukerne, unngikk tvetydighet og sikret at samtykkehandlingen ble gjort adskilt fra andre handlinger, som er et essensielt element i EDPB Guidelines om samtykke.

Grindr har påvist at brukerne samtykke til den konkrete behandlingen etter artikkel 7 (1).

4.3 Konklusjon om Datatilsynets vurdering av den tidligere CMPen

På tidspunktet for den påståtte overtredelsen kunne ikke Grindr forutse EU-domstolens avgjørelser eller uttalelsene fra EUs generaladvokat om tolkningen av samtykkekravene, som Datatilsynet viser til i Vedtaket.

Den rettslige vurderingen av den tidligere CMPen må gjøres i lys av Guidelines og lovtolkninger som var tilgjengelig på tidspunktet for den påståtte overtredelsen. Når dette legges til grunn, er det klart at Grindrs tidligere samtykkemekanisme var i henhold til samtykkekravene i personvernforordningen på tidspunktet for den påståtte overtredelsen.

5. DATATILSYNETS TOKNING AV ARTIKKEL 9 ER FEIL

5.1 Innledning

Som nevnt i punkt 3.2 har ikke Grindr delt personopplysninger som faller inn under personvernforordningen artikkel 9 (1) med sine ad-partnere.

Datatilsynet har i Vedtaket lagt til grunn en rekke forutsetninger som det ikke er tilstrekkelig faktisk grunnlag for i stedet for å foreta en objektiv rettslig vurdering av kategoriene av data, formålene med behandlingen og risikoene knyttet til behandlingen.

I motsetning til Datatilsynet syn indikerer ikke bruken av Applikasjonen noe om brukerens seksuelle orientering.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Applikasjonen gjenspeiler det moderne LGBTQ+-fellesskapet som omfatter *alle* seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter, inkludert transmenn, transkvinner og heterofile, og ikke bare det Datatilsynet betrakter som *"sexual minority"*. Som illustrert i Ebab-avgjørelsen, indikerer ikke nedlastning eller bruk av Applikasjonen brukernes seksuelle orientering, gitt denne realiteten (uavhengig av eventuell markedsføring eller Datatilsynets svakt begrunnede vurderinger av offentlige oppfatninger osv.). Datatilsynet skulle ha konkludert med at artikkel 9 ikke kunne anvendes, slik som i Ebab-avgjørelsen.

Som nevnt behandler ikke Grindr brukernes data for å trekke noen slutninger om deres seksuelle orientering, og Grindr verken sporer eller klassifiserer brukere ut ifra deres seksuelle orientering. Det må også understrekes at Grindr ikke deler informasjon om seksuell orientering med ad-partnere.

I punkt 5.2 og 5.3 nedenfor forklarer Grindr hvorfor formålet med behandlingen må tas i betraktning i vurderingen av om informasjonen Grindr deler med ad-partnerne omfattes av personvernforordningen artikkel 9 (1). Grindr verken behandler eller deler opplysninger som nevnt i artikkel 9 for reklameformål. I det følgende vil vi belyse den vidtrekkende og vilkårlige virkningen av Datatilsynets uriktige tolkning.

5.2 Tolkning av personvernforordningen artikkel 9 (1)

5.2.1 Innledning

Det følger av personvernforordningen artikkel 9 (1) at: *"Behandling av personopplysninger om rasemessig eller etnisk opprinnelse, politisk oppfatning, religion, filosofisk overbevisning eller fagforeningsmedlemskap, samt behandling av genetiske opplysninger og biometriske opplysninger med det formål å entydig identifisere en fysisk person, helseopplysninger eller* ***opplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering****, er forbudt"* (vår utheving).

Formuleringen *"opplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering"* må tolkes som at den tar sikte på å gi individets mest intime sfære et ekstra vern, uavhengig av seksuell orientering. Denne tolkningen er i samsvar med EMK artikkel 21 som gjelder enhver seksuell orientering, inkludert heteroseksualitet.

Grindr er av den oppfatning at forbudet mot behandling av personopplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering i artikkel 9 (1) er knyttet til forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Alle har rett til denne beskyttelsen, uavhengig av seksuell orientering.

Grindrs oppfatning underbygges også i rettslig teori, hvor det er uttalt at *"Data on sexual orientation are data that provide information on whether a person is heterosexual, bisexual, homosexual, transsexual or asexual. The processing of data relating to sexual life or sexual orientation is generally prohibited.*[50] *Sexual life includes every form of expression of sexuality by the prohibition principle in Paragraph 1 or Article 9 GDPR. This includes not only traditional classifications such as homosexuality or heterosexuality, but also other conceptions of sexual orientation."*[51]

[50] Albers/Veit in BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 38. utgave, 1. november 2021, artikkel 9, punkt 47

[51] Schiff in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. utgave 2018, artikkel 9, punkt 30

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Grindrs bruk av programmert annonseplassering/annonseanrop medfører ifølge Datatilsynet at alle tilknyttede opplysninger omfattes av artikkel 9 (1). Til støtte for denne vidtrekkende tolkningen av anvendelsesområdet til personvernforordningen artikkel 9 viser Datatilsynet til den angivelige vide definisjonen av artikkel 9 som de hevder fremgår av to avsnitt i Lindqvist-avgjørelsen:

> *"In the light of the purpose of the directive, the expression 'data concerning health' used in Article 8(1) thereof must be given a wide interpretation so as to include information concerning all aspects, both physical and mental, of the health of an individual.*
>
> *The answer to the fourth question must therefore be that reference to the fact that an individual has injured her foot and is on half-time on medical grounds constitutes personal data concerning health within the meaning of Article 8(1) of Directive 95/46."*[52]

Overnevnte sak gjaldt helseopplysninger, herunder opplysninger om både fysisk og psykisk helse. Datatilsynet sier imidlertid ingenting om hvordan deres utvidende tolkning av opplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering også omfatter annonse-IDen til en bruker av en applikasjon slik som Grindr. Annonse-IDen behandles i forbindelse med levering av annonser, uavhengig av brukerens seksuelle orientering.[53]

Datatilsynet argumenterer gjennomgående i Varselet og Vedtaket for en vis tolkning av personvernforordningen artikkel 9 (1). En slik tolkning vil imidlertid kun gjelde der de aktuelle opplysningene uttrykkelig identifiserer enkeltpersoner som *"sexual minorities"* i henhold til Datatilsynets forståelse.

5.2.2 Tolkning av artikkel 9 (1)

Det generelle forbudet mot å behandle opplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering gjelder kun når behandlingen tjener eller kan tjene et forbudt formål, som for eksempel å fastslå en persons seksuelle orientering.

Overnevnte syn støttes også i rettslig teori:

> *Systematically, this is assigned to the categories of personal data in Art. 9(1)(2), where it is the content of the statement as such that is important. This in turn is relativized by the fact that data "on" sexual life and "on" sexual orientation are addressed. Against this background, the question of how broadly the scope of the data covered should be extended by including information that only indirectly or with a certain degree of probability provides information on sexual life or sexual orientation is open to interpretation and must be answered in a* ***teleological interpretation with regard to the processing context and the threat to fundamental rights****. In principle, this spectrum ranges from very general information on marital status to*

[52] EU-domstolen, sak C-101/01, *Lindqvist*, avsnitt 50-51

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

> *the purchase of contraceptives to membership on a platform with certain pornographic offers. The fact that someone offers his or her apartment or rents living space there on an Internet portal that predominantly provides private accommodation from "gay or gay-friendly" hosts and hostesses for short periods of a few days to a few weeks only allows the conclusion to be drawn about his or her sexuality with an increased statistical probability (therefore denying the sensitivity of, among other things, the name and address of the landlords, VG Berlin ZD 2017, 349 (351 f.)).*[54] (vår oversettelse)

Grindr forsøker ikke å utlede noen særlige kategorier av personopplysninger gjennom dataene de deler med sine ad-partnere, og deler på ingen måte informasjon om særlige kategorier av personopplysninger med ad-partnere. Tvert imot delte Grindr bare begrenset informasjon for å vise annonser til brukerne av Applikasjonens gratisversjon, for å finansiere tjenesten. I tillegg utgjorde den begrensede informasjonen som ble delt med ad-partnere en liten praktisk forskjell for de tredjepartsannonsene som ble vist til brukere av gratisversjonen. De aller fleste av disse annonsene reklamerte for spill – med andre ord ikke annonser rettet mot en bestemt seksuell orientering.

Som nevnt i Tilsvaret, er lovligheten av denne tilnærmingen til personvernforordningen artikkel 9 (1) blitt bekreftet av, og er i samsvar med, forvaltningsdomstolen i Berlin i Ebab-saken.[55]

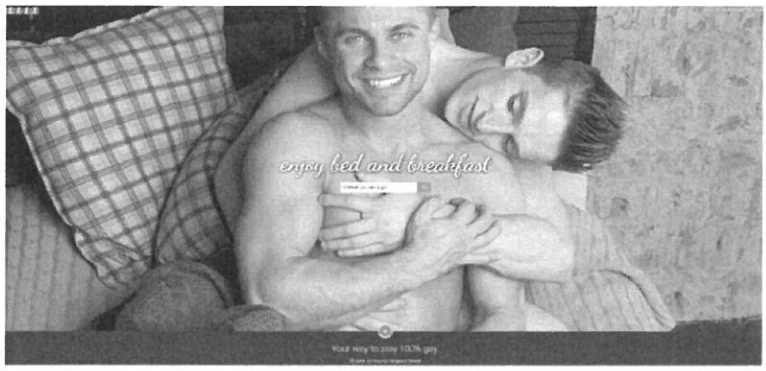
I Ebab-saken bekreftet forvaltningsdomstolen i Berlin at enhver indirekte indikasjon knyttet til særlige kategorier av personopplysninger ikke er tilstrekkelig til å begrunne anvendelsen av personvernforordningen artikkel 9 (1). Det samme gjelder hvor informasjonen om de særlige kategoriene også kan utledes indirekte fra den overordnede sammenhengen.

Utfallet av Ebab-saken viser også at selv om bruk av Ebab-plattformen, som beskriver seg selv som *"#1 travel community for gay and friends"*, økte den statistiske sannsynligheten for at brukeren er homofil, var ikke bruken tilstrekkelig til å si noe om brukernes seksuelle orientering da Ebab-plattform *"generally does not assume [users'] sexuality"*. Tvert imot tilbyr plattformen *"private accommodations by gay or gay-friendly hosts"*, og annonserer med *"the possibility to travel 100% gay! – travel community for gays, Lesbians & Friends"*. Ebab-brukere kan derfor være *"gay-friendly"* eller *"friends"* i tillegg til *"gay"*. Ut fra disse omstendighetene uttalte domstolen at *"as long as there are doubts"* om dataen gjelder seksuell orientering, må *"the application of the special provisions for processing sensitive data (...) be denied* (vår kursivering)".

[54] Albers/Veit in BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 1. november 2021, artikkel 9, punkt 48

[55] "Verwaltungsgericht Berlin (Den føderale høyesterett i Berlin), av 27. mars 2017, VG 6 L 250.17, BeckRS2017, 106722"

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354



I motsetning til det overnevnte uttaler Datatilsynet *at "information about someone merely being a Grindr user must be considered a special category of personal data"* fordi *"[b]eing a Grindr user strongly indicates, and appears in most cases to accurately reflect, that the data subject belongs to a sexual minority"*. Denne slutningen strider direkte mot den tyske domstolens avgjørelse i Ebab-saken, der den tyske domstolen uttalte at *"as long as there are doubts, the application of the special provisions for processing sensitive data must be denied"*. Ettersom Applikasjonen har brukere med ulike seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter, er det klare svakheter ved Datatilsynets resonnement om at *"merely being a Grindr user"* avslører informasjon om en brukers seksuelle orientering.

I lys av Ebab-saken er det irrelevant hvordan Grindr markedsfører seg selv, hvordan avisene beskriver Grindr eller hvordan publikum oppfatter Grindr når det skal vurderes om Grindrs deling av vanlig industristandard informasjon med ad-partnere vil falle inn under personvernforordningen artikkel 9 (1).

Datatilsynet ser i sin vurdering fullstendig bort fra formålet med den aktuelle behandlingen. Datatilsynets tolkning vil ha store ringvirkninger ettersom enhver applikasjon som retter seg mot det heterofile, LGBTQ+-fellesskapet eller begge, vil behandle data om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering uavhengig av formålet med delingen, simpelthen på grunn av at kilden til de delte opplysningene er en tjeneste som retter seg mot individer som har "én" seksuell orientering.

5.2.3 Vurdering av fakta

Datatilsynet baserer seg på en rekke subjektive og unyanserte påstander i sin vurdering av hvorvidt deling av visse kategorier av opplysninger med ad-partnere vil falle inn under personvernforordningen artikkel 9 (1), og tar ikke hensyn til alle relevante fakta. Nedenfor trekkes det frem en rekke eksempler på dette.

5.2.3.1 Grindrs brukere

På side 38 i Vedtaket skriver Datatilsynet følgende:

> *"To the NO DPA's knowledge and understanding, Grindr is not intended to be used, or in practice customarily used, by cis men looking to interact with cis women and vice versa".*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Som angitt ovenfor gjenspeiler ikke dette realiteten i Grindr-fellesskapet. Trans- og ikke-binære brukere kan identifisere seg som heterofile (blant andre seksuelle orienteringer). Applikasjonen har voksne brukere av *alle* seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter og gir brukerne mulighet til å søke enhver form for meningsfulle forbindelser. Kjønnet eller den seksuelle orienteringen til en bruker er ikke relevant informasjon å dele, jamfør beskrivelseni punkt 3.3.1 over. Videre er hvordan publikum oppfatter Grindr heller ikke relevant for hvorvidt Grindrs deling av vanlig informasjon i tråd med den gjeldende industristandard med ad-partnere faller inn under personvernforordningen artikkel 9 (1).

Brukere av enhver applikasjon eller tjeneste *"intended or customarily used by cis men looking to interact with cis women and vice versa"* fortjener samme vern som brukere som tilhører *"sexual minorities"*. Dette inkluderer også retten til ikke å bli diskriminert på grunn av deres seksuelle orientering og forbudet mot ethvert forsøk på å utlede særlige kategorier av personopplysninger gjennom informasjonen som deles med tredjeparter. Behandling av opplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering er derfor forbudt uavhengig av den registrertes seksuelle orientering.

Videre, som nevnt i punkt 2 og 3 er det feil og diskriminerende å anta at en person som har lastet ned Grindr er homofil. Nedlastning og bruk av Applikasjonen avslører ingen informasjon om brukerens konkrete seksuelle orientering. En Grindrbruker kan være homofil, bifil, transseksuell, panseksuell, heteroseksuell, "bi-curious", eller ha en annen seksuell orientering. Applikasjonen er åpen for brukere med alle seksuelle orienteringer, herunder brukere som er usikre på sin seksuelle orientering. Grindrs plattform utvikler seg etter hvert som personers selvuttrykk og identitet utvikles, selv på måter som går utover den alminnelige konstruksjonen og oppfatningen av hvilke seksuelle orienteringer som finnes. Dette innebærer imidlertid ikke på noen måte at Grindr kommuniserer brukernes seksuelle orientering til sine ad-partnere.

Datatilsynets fastslår også at *"[T]he indication of the Grindr user's sexual orientation becomes further evident through news articles about the Grindr app.* ***Our own investigation shows that the app is regularly described a "gay" dating app.*** *We find that by public perception, being a Grindr user indicates that the data subject belongs to a sexual minority – gay, bi, trans or queer".*

Det faktum at Datatilsynet basert på egne undersøkelser og generelle antakelser, konkluderer med at en Grindrbruker automatisk tilhører en *"sexual minority"* er irrelevant for den rettslige vurderingen knyttet til deling av data med ad-partnere. Dette bør ikke ha innvirkning på Grindrs forpliktelser til å dele opplysninger med ad-partnere med det formål å gi annonser som ikke omhandler en persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering. Dataelementene som deles indikerer ikke brukernes seksuelle forhold eller seksuelle orientering. Ikke alle Grindrbrukere tilhører en seksuell minoritet, og alle brukere tilhører i alle fall ikke den samme seksuelle minoriteten. Det er ikke fordi behandlingen eventuelt knytter seg til en homofil person, at levering av tjenester skal falle inn under personvernforordningen artikkel 9 (1).

Som nevnt ovenfor er det irrelevant hvordan Grindr markedsfører seg selv, hvordan offentligheten beskriver Grindr, eller hvordan publikum oppfatter Grindr når det skal

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

vurderes om Grindrs deling av vanlig informasjon i tråd med den gjeldende industristandard med ad-partnere vil falle inn under personvernforordningen artikkel 9(1).

Applikasjonen er designet og videreutvikles for å være en åpen plattform for alle brukere av enhver seksuell orientering og kjønnsuttrykk. Det er ingen forutinntatte krav til en konkret seksuell orientering som en Grindrbruker må oppfylle for å få tilgang til Applikasjonen. Applikasjonen tilbyr ikke engang et profilfelt for å spesifisere seksuell orientering. Datatilsynets unøyaktige og usaklige antakelser om implikasjoner ved brukertilknytning til Grindr kan ikke være grunnlag for en rettslig vurdering av behandlingen som er relevant for denne saken. Om man ser bort fra Datatilsynets egne antagelser, så avslører det å være Grindrbruker ingenting om den registrerte utover det faktum at de muligens har en seksuell orientering.

Datatilsynets antagelser om Grindrbrukeres seksuelle orientering åpner også for at selve tilknytningen til en rekke andre tjenester eller plattformer kan bli definert som særlige kategorier av personopplysninger. All informasjon som deles av mobilapplikasjoner til politisk rettede organisasjoner (som organisasjoner som spesifikt retter seg mot konservative), vil automatisk bli ansett som særlige kategorier av personopplysninger i henhold til artikkel 9 (1) hvis man antar at de politiske synspunktene i organisasjonen gjenspeiles hos brukerne, slik Datatilsynet foreslår. På samme måte vil en applikasjon eller et nettsted rettet mot heterofile brukere være underlagt personvernforordningen artikkel 9 bare fordi man kan utlede seksuelle orientering gjennom brukerens bruk av disse tjenestene. Datatilsynets vidtrekkende og problematiske forutsetninger kan derfor ikke være grunnlag for kvalifiseringen av om delingen av opplysninger er omfattet av artikkel 9 (1). Datatilsynet må vise at Grindrs deling av data med sine ad-partnere, som er i tråd med gjeldende industristandard, avslører den seksuelle orienteringen til Grindrbrukere. Dette må bevises basert på fakta, noe Datatilsynet ikke har gjort.

5.2.3.2 Angående seksuelle minoriteter

På side 40 i Vedtaket skriver Datatilsynet følgende:

> "*Being a Grindr user* ***strongly indicates****, and appears* ***in most cases to accurately reflect****, that the data subject* ***belongs to a sexual minority****. Furthermore, the fact that a data subject belongs to a sexual minority may lead to prejudice and discrimination even without revealing their specific sexual orientation. As established above, the wording of Article 9 does not require a revealing of a particular 'sexual orientation', and the purpose behind Article 9 discourages a narrow interpretation. For these reasons, we find that information that a data subject is a Grindr user is data "concerning" the data subject's 'sexual orientation'*" (våre uthevinger).

Uttalelsen er direkte i strid med det som ble lagt til grunn av den tyske forvaltningsdomstolen i Ebab-saken, hvor det ble uttalt at en persons bruk av "*#1 travel community for gay and friends*" økte den statistiske sannsynligheten for at brukeren er homofil, men ikke var tilstrekkelig til å utlede brukernes seksuelle orientering fordi *"the platform generally does not assume [users'] sexuality"* (vår oversettelse). Med andre ord avviste retten at tilknytning til plattformen definitivt avslørte brukerens seksuelle

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

orientering.[56] Ebab-brukere kunne også være "gay-friendly" eller "friends" i tillegg til "gay". Det samme gjelder brukere av Grindr.

Datatilsynet bør, som i Ebab-saken, avvise at en Grindrbruker nødvendigvis er homofil. Applikasjonen har brukere av alle seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter. En bruker kan være homofil, bifil, transseksuell, panseksuell, heteroseksuell, "bi-curious" eller av andre seksuelle orienteringer. Applikasjonen omfatter med andre ord alle voksne, ikke bare de som Datatilsynet anser som "*sexual minority*". Bruk av Applikasjonen viser derfor ingenting om den spesifikke seksuelle orienteringen til brukeren, og Datatilsynets antakelser og oppfatninger kan ikke likestille deling av industristandard-informasjon for reklameformål, med deling av data etter artikkel 9 (1).

5.2.3.3 Angående diskriminering

På side 39 i Vedtaket skriver Datatilsynet følgende:

> *"Discrimination against sexual minorities is unfortunately a fact in most countries, including Norway. Prejudice and discrimination is a breach of fundamental rights and freedoms, as established by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and The Constitution of the Kingdom of Norway. Furthermore, Grindr users in Norway may have ties to territories where sexual minorities face persecution. For example, the rights and freedoms of a person seeking asylum or temporarily residing in Norway may be at risk if they return to such a territory and the fact that they belong to a sexual minority becomes known. Risks may also apply if the individual belongs to certain conservative religious communities in Norway or abroad".*

Grindr er enig i at LGBTQ+-fellesskapet historisk sett har vært, og fortsatt er, gjenstand for uforholdsmessig og urettferdig diskriminering. Av den grunn har Grindr ulike initiativer, inkludert G4E, som tar sikte på å øke trivsel og trygghet i LGBTQ+-fellesskapet både i og utenfor Applikasjonen, spesielt på områder der det å være LGBTQ+ kan være farlig eller til og med ulovlig.

Datatilsynets uttalelser om "*discrimination*" og "*persecution*" av "*sexual minorities*" gir imidlertid ingen støtte i vurderingen av om informasjonen som deles med ad-partnere i tråd med industristandarden faller inn under personvernforordningen artikkel 9 (1), eller vurderingen av potensielle risikoer for en norsk Grindrbruker knyttet til behandlingen. Disse uttalelsene har altså ingen rettslig relevans i denne saken. Slike uttalelser bidrar etter Grindrs syn til å flytte oppmerksomheten til andre forhold som ikke er relevante for Grindrs behandling av personopplysninger. Av denne grunn ber vi om at det ses bort fra slike uttalelser.

5.2.3.4 Angående deling av opplysninger med ad-partnere

Datatilsynet fastslår videre at *"Grindr disclosed personal data to advertising partners who may process and share personal data further outside of Grindr's control. As mentioned, one of Grindr's advertising parties, Twitter's MoPub, alone lists more than 160 partners. The more*

[56] Verwaltungsgericht Berlin (Den føderale høyesterett i Berlin), av 27. mars 2017, VG 6 L 250.17, BreckRS2017, 106722 avsnitt 51

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

personal data is spread, the larger the risk for data breaches or misuse becomes. To illustrate this risk, ***Grindr itself has faced allegations of security issues and exposed data in the past, though we underline that the NO DPA has not verified these allegations. It is our view*** *that spreading the data in question could put the data subject's fundamental rights and freedoms at risk, such as the right to privacy and non-discrimination. This does not only apply in the digital world, but also in the physical world".*

Datatilsynet viser til artikler (og i noen tilfeller villedende overskrifter fra artikler) i enkelte amerikanske aviser. Henvisningene til disse påstandene er ikke relatert til det denne saken gjelder. Datatilsynet erkjenner dessuten at Grindr avviser disse påstandene.

Opplysningene nevnt over har ingen relevans for de kriterier Datatilsynet skal vurdere og skulle ikke vært tatt med i vedtaket.

Videre har uttalelsene ingen vekt i den rettslige vurderingen av om kategoriene av data som deles med ad-partnere faller inn under personvernforordningen artikkel 9 (1). Uttalelsen er ikke relevant for vedtaket.

5.2.3.5 Angående bruk av irrelevant faktum fra aviser

I Vedtaket skriver Datatilsynet følgende: *"An example of this is the media reports of the summer 2021 concerning a top U.S. Catholic church official resigning after location data reportedly tied to Grindr was used to show that he had frequented gay bars.* ***We do not have evidence that the data in question stemmed from Grindr****, and we have noted that Grindr denies this. However, this case clearly illustrates how data from the digital world can put the data subject's fundamental rights and freedoms at risk in the physical world"* (våre uthevinger).

I likhet med artiklene adressert ovenfor er den påståtte behandlingen adressert i nyhetsartikler sommeren 2021 ikke knyttet til Grindrs tidligere samtykkemekanisme eller norske datadelingspraksis fra perioden for den påståtte overtredelsen (20. juli 2018 – april 2020). Disse artiklene angår heller ikke norske brukere. Datatilsynet erkjenner dessuten at det ikke har dokumentasjon som støtter påstandene i disse artiklene, og at Grindr spesifikt avviser dem. Opplysninger som nevnt over, har ingen relevans i de kriterier Datatilsynet skal vurdere og skulle ikke vært tatt med i vedtaket.

5.2.4 Utilsiktede konsekvenser

Datatilsynets argumentasjon om at selve *bruken* av Grindr er en særlig kategori av personopplysninger medfører at data om seksuell orientering – eller en annen særlig kategori av personopplysninger – alltid vil foreligge i enhver behandlingsaktivitet når denne baseres på antakelser om brukerne eller deres aktivitet på en konkret plattform.

Det faktum at en person er på Grindr sier ingenting om den enkeltes seksuelle orientering eller seksuelle forhold. Applikasjonen har brukere med *alle* seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter, og en bruker kan være homoseksuell, biseksuell, transseksuell, panseksuell, heteroseksuell, "bi-curious" eller en hvilken som helst annen seksuell orientering. Applikasjonen omfavner en rekke voksne, og ikke kun de Datatilsynet anser som en "*sexual minority*".

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Datatilsynets tilnærming vil faktisk skape vidtrekkende og uforholdsmessige forpliktelser for enhver organisasjon som skal ivareta et interessefellesskap. For LGBTQ+-felleskapet vil reisebyråer som spesialiserer seg på LGBTQ+-reiser, "gay friendly" hoteller, arrangører av LGBTQ+ arrangementer eller organisasjoner som markedsfører eller leverer produkter og tjenester til LGBTQ+-felleskapet være underlagt de strenge forpliktelsene etter artikkel 9, selv om de kun deler begrenset informasjon som annonse-ID.

Datatilsynets tilnærming vil for eksempel kunne medføre at informasjon samlet på en hvilken som helst nettside (uavhengig av om denne er rettet mot heteroseksuelle eller homoseksuelle brukere) vil omfattes av artikkel 9. Dette i tillegg til alle opplysninger som samles inn på nettsider som retter seg mot brukere av en viss etnisitet eller nasjonalitet (for eksempel nettsider for personer med irsk, polsk eller afrikansk opprinnelse), politiske oppfatninger (for eksempel nettsider rettet mot personer med konservative eller liberale holdninger) eller filosofisk overbevisning (for eksempel nettsider som appellerer til personer med felles filosofisk overbevisning).

Som nevnt i punkt 5.2 gjelder personvernforordningen artikkel 9 (1) for *enhver* seksuell orientering. Følger man Datatilsynets resonnement, vil ethvert sosialt medium som åpner for interaksjon mellom personer med hvilken som helst seksuell orientering falle inn under forbudet – ikke bare Grindr.

På side 41 i Vedtaket skriver Datatilsynet følgende:

> *"As established above, we hold that the fact that the data subject is a Grindr user is data "concerning" the data subject's "sexual orientation", i.e. belonging to a sexual minority.* ***In our view, the sharing of personal data in this case was not an everyday situation****, or comparable to the examples in the EDPB guidance on video devices. The examples in the guideline* ***refers to situations where the revealing of special categories of personal data coincidentally happens and is difficult for the controller to foresee or control.*** *This is not the case with Grindr. Grindr is a dating app that explicitly targets sexual minorities.* ***The app name or ID was disclosed to advertising partners together with the personal data of a specific user.*** *The purpose was to display behavioural advertisement to the data subject within the specific app and* ***potentially elsewhere****"* (våre uthevinger).

Først og fremst, vil deling av data bare skje når Applikasjonen brukes, og kun hvis brukeren har gjort de nødvendige valgene på sin enhet. For det andre kontrollerer ikke Grindr innholdet i kommunikasjonen mellom brukere, og deler heller ikke slik informasjon for reklameformål. Det faktum at Grindr tilbyr innhold av interesse for et bestemt publikum betyr ikke at alle brukere tilhører LGBTQ+-felleskapet, eller at de alle har samme seksuelle orientering.

Som tidligere nevnt har Grindr brukere med alle slags seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter. Hensikten med behandlingen er ikke å fastslå brukerens seksuelle orientering, og derfor faller behandlingen heller ikke inn under personvernforordningen artikkel 9 (1).[57]

[57] "Verwaltungsgericht Berlin (Den føderale høyesterett i Berlin), av 27. mars 2017, VG 6 L 250.17, BeckRS2017, 106722"

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Videre har Applikasjonen blitt en del av hverdagen og livet til mange Grindrbrukere. Applikasjonen lar brukerne opprette nye forbindelser, finne venner i en ny by og gir mange andre muligheter til å utforske verden. Grindr forsøker også å samhandle med brukerne utenfor Applikasjonen, for å forbedre deres generelle velvære ved blant annet å tilby hjelpsomme ressurser og blogginnlegg på Grindrs nettside, offentlige initiativer gjennom G4E, innlegg på sosiale medier som fremhever en rekke temaer (om brukere som fant alt fra kjærlighet til ny musikk på Applikasjonen), fysiske sammenkomster og til og med en ny TV-serie. Videre samhandler brukere aktivt med Grindr på andre plattformer, enten ved å følge Grindr, like eller kommentere innlegg, eller til og med "tagge" Grindr i egne innlegg. Kort fortalt så tilbyr Grindr langt mer enn en inngang til *"intimate relations"*.

Vi bemerker nok en gang at Datatilsynet legger til grunn flere ubegrunnede antagelser som farger og forvrenger den underliggende rettslige vurderingen. Formålet med deling av opplysninger til ad-partnere er å sende annonser til Grindrbrukeren i Applikasjonen, og ikke "***potentially elsewhere***" slik Datatilsynet gir uttrykk for.

5.3 Behandlingen faller inn under artikkel 9 (2)

Datatilsynets vurdering om hvorvidt behandlingen faller inn under ett av unntakene i artikkel 9 (2) er feil. Dersom informasjonen Grindr deler med sine ad-partnere *er* å anse som innenfor artikkel 9 (1), kommer artikkel 9 (1) uansett ikke til anvendelse, jf. Artikkel 9 (2) (a), da brukerne har samtykket til delingen som forklart i punkt 4.

Grindr beklager at Datatilsynet feilvurderer og misforstår Applikasjonen og den typiske Grindrbrukeren, inkludert den uriktige antakelsen om at den typiske norske Grindrbrukeren angivelig velger å være anonym på plattformen som følge av skam eller redsel for å dele sin seksuelle orientering.

Som nevnt i punkt 3.1 og 3.2 viser ikke gratisversjonen av Applikasjonen *"only a limited number of users at a time"*, slik Datatilsynet hevder. Tvert imot kan brukere av gratisversjonen bli sett av et stadig endret og praktisk talt ubegrenset antall av Grindrs globale brukerdatabase med over [redacted] millioner daglig aktive brukere. Applikasjonen oppdaterer innholdet kontinuerlig med forskjellige profiler, og kan filtreres for å gi brukerne en konkret mulighet til å møte nye forbindelser. Brukere kan også se og bli sett av andre brukere fra hele verden gjennom "Explore"-funksjonen. Brukerne både forstår og setter pris på dette, og ingen har noen forventning om at de kun kan ses av et *"limited number"* av andre brukere, eller kun brukere som er nær deres *"actual location"*.

Datatilsynets antakelser om at en andel brukere angivelig velger ikke å dele bilder av ansiktet sitt, illustrerer igjen at det fokuseres på forhold som ikke angår sakens rettslige spørsmål (dvs. deling av industristandard opplysninger for reklameformål). Brukernes ønsker om å dele bilder av ansikt avslører ingenting om deres seksuelle orientering, eller om de ønsker å dele sin seksuelle orientering eller ikke. Tvert imot viser dette valget kun en bevisst avgjørelse om å laste opp et bilde og gjøre det synlig for resten av Grindrbrukerne. En enkelt bruker kan videre bestemme seg for å ikke ta med et profilbilde, men likevel velge å skrive fullt navn, e-postadresse eller telefonnummer i "About Me" beskrivelsen.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Under enhver omstendighet er Datatilsynets forutsetninger ubegrunnede, og foruten disse forutsetningene kan ikke delingen av industristandardiserte opplysninger bli ansett som behandling av særlige kategorier av personopplysninger. Bruken av Grindr avslører ingenting om den registrerte utover det faktum at de er Grindrbrukere, og at de kan ha "én" seksuell orientering (som kan være homoseksuell, biseksuell, transseksuell, panseksuell, heteroseksuell, "bi-curious" eller en hvilken som helst annen seksuell orientering). Applikasjonen tilbyr ikke en gang muligheten til å spesifisere sin seksuelle orientering på brukerprofilen; Applikasjonen er åpen for alle som ønsker å laste den ned, aksepterer vilkårene og samtykker til databehandlingen. For øvrig kan all den informasjon som brukere frivillig velger å dele ses av hele Grindrs globale brukerdatabase i Applikasjonen.

Grindr delte aldri brukernes seksuelle orientering, eller noen andre særlige kategorier av personopplysninger, med sine ad-partnere. Datatilsynet kan følgelig ikke konkludere med at det har skjedd en overtredelse av personvernforordningen artikkel 9 (1) eller 9 (2).

5.4 Konklusjon

Grindr har aldri delt personopplysninger som faller inn under artikkel 9 (1) for reklameformål, ettersom Grindr aldri har delt "særlige kategorier" av personopplysninger som seksuell orientering med ad-partnere. Grindr har kun delt industristandardiserte opplysninger som annonse-ID fra mobilens operativsystem (fullstendig kontrollert av brukeren), og informasjon om behandlingsmiljøet (versjon av operativsystemet, modell, skjermoppløsning etc.), alder (i hele år), kjønn og stedsinformasjon. Formålet med behandlingen av disse industristandard opplysningene er reklameformål, og *ikke* å utlede informasjon om brukernes seksuelle orientering.

Datatilsynet tar feil når de antyder at deling av visse kategorier av data med reklameformål faller inn under artikkel 9 med begrunnelsen at Grindrbrukere er *"presumably gay"* eller nødvendigvis *"belong to a sexual minority"*. Bruken av Applikasjonen alene indikerer ikke brukerens seksuelle orientering, og personopplysningene Grindr delte med ad-partnerne faller dermed ikke inn under personvernforordningen artikkel 9 (1).

I alle tilfeller er Datatilsynets argumentasjon knyttet til artikkel 9 (1) i strid med prinsippet om forutberegnelighet, juridisk teori og rettspraksis.

Til tross for Datatilsynets syn, behandler ikke Grindr brukeres data for å trekke slutninger om deres seksuelle orientering, og Grindr klassifiserer ikke brukere ut ifra deres seksuelle orientering. Artikkel 9 (1) kommer dermed ikke til anvendelse. Uansett har brukerne samtykket til behandlingen, hvilket medfører at artikkel 9 (2) (a) under enhver omstendighet gir rettslig grunnlag for behandlingen.

6. FASTSETTELSE AV OVERTREDELSESGEBYRET

6.1 Innledning

Det foreligger ikke grunnlag for å hevde at Grindr har brutt artikkel 6 (1) (a) eller artikkel 9, og det foreligger under enhver omstendighet ikke rettslig grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr etter artikkel 83 (1).

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Dersom Datatilsynet finner at Grindr har brutt artikkel 6 (1) (a) og/eller artikkel 9, har ikke Datatilsynet i tilstrekkelig grad tatt i betraktning alle relevante faktorer i artikkel 83 (2). Overtredelsesgebyret Datatilsynet har ilagt Grindr er ikke virkningsfullt og står ikke "*i et rimelig forhold til overtredelsen og virker avskrekkende*" slik det kreves i artikkel 83 (1).

Etter det grunnleggende rettssikkerhetsprinsippet som gjelder i EØS-retten og i norsk forvaltningsrett kreves det et klart rettslig grunnlag. Ileggelse av overtredelsesgebyr må dessuten baseres på "*objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned*" for å ilegge overtredelsesgebyr.[58] Et slikt klart rettslig grunnlag og kjente "*objective, non-discriminatory criteria*" eksisterer ikke i dette tilfellet. Dermed foreligger det ikke rettslig grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr etter artikkel 83.

Videre er størrelsen på overtredelsesgebyret uforholdsmessig. Relativt sett er størrelsen på overtredelsesgebyret en av de høyeste som er ilagt for overtredelse på personvernforordningen innenfor EØS. Det vises her til oversikten over vedtatte overtredelsesgebyr i Vedlegg 2. Overtredelsesgebyret er ikke proporsjonalt med den påståtte overtredelsen, jf. artikkel 83 (1). Videre avviker overtredelsesgebyret fra etablert praksis, iog det er i strid med likhetsprinsippet, jf. WP253 som gis anvisning på en felles tilnærming til dette. Dessuten vises det til prinsippet om likebehandling i norsk forvaltningsrett. Størrelsen på overtredelsesgebyret tar heller ikke hensyn til Grindrs implementering av den nye CMP, som gir brukeren detaljert kontroll over deling av informasjon fra Applikasjonen, herunder enkle valg som "Allow all" eller "Reject all" for reklameformål.

6.2 Alminnelige vilkår for å ilegge straffesanksjoner

6.2.1 Overtredelsesgebyret er en straffesanksjon etter EMK

Det er sikker rett at overtredelsesgebyr anses som en straffereaksjon etter EMK. De rettslige konsekvensene som følger av denne klassifiseringen er like i norsk konstitusjonell rett og forvaltningsrett, EØS-retten og rettspraksis i om EMK; ileggelse av overtredelsesgebyr/bot krever (1) overtredelse av en klar og tydelig lovhjemmel,[59] [60] og (2) uaktsomhet eller forsett med hensyn til overtredelsen av en person som handler på vegne av virksomheten som ilegges overtredelsesgebyret.[61] [62]

6.2.2 Ingen klar og tydelig lovhjemmel for ileggelse av straffesanksjoner

Et sentralt element i legalitetsprinsippet er kravet om en klar og tydelig lovhjemmel og kravet til forutberegnelighet. Bestemmelsen må være utformet slik at dens anvendelse kan avgjøres på forhånd. Legalitetsprinsippet er et grunnleggende, forvaltningsrettslig og

[58] EFTA-domstolen, sak E-9/11 avsnitt 100.

[59] Rt. 1995 s. 530, side 537, EFTA-domstolen, sak E-9/11 avsnitt 99, Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen artikkel 7 no. 1 og Kokkinakis v. Greece.

[60] Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen artikkel 7 no. 1 og Kokkinakis v. Greece.

[62] HR-2021-797-A og PVN-2021-13

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

grunnlovsfestet prinsipp,[63] og et grunnleggende EØS-rettslig og menneskerettslig prinsipp.[64] [65]

EFTA-domstolen har uttalt at *"while the principle of legal certainty does not preclude the conferral of discretionary powers on the competent authorities, a system of prior administrative approval must be based, as a general rule, on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance to the undertakings concerned"*.[66] Personvernforordningen fortalepunkt 41 slår uttrykkelig fast at lovhjemmelen etter nasjonal rett *"bør imidlertid være tydelig og presist, og anvendelsen av det bør være forutsigbar for personer som omfattes av det, i samsvar med rettspraksisen til Den europeiske unions domstol [...] og Den europeiske menneskerettighetsdomstol"*.[67]

For det tilfellet det konkluderes med at Grindr har brutt personvernforordningen, hevder Grindr at de materielle vilkårene etter personvernforordningen artikkel 6 (1) og 9 (1) i perioden 20. juli 2018 til 7. april 2020 ikke var tilstrekkelig klare og tydelige til å gi den rettsikkerheten som kreves i henhold til norsk grunnlovfestede og forvaltningsrettslige prinsipper, EØS-retten og EMK, når den anvendes på Grindrs tidligere samtykkemekanisme.

Kravet til en klasr og tydelig lovbestemmelse er relativt; kvaliteten og karakteren av rettsgrunnlaget avhenger av sanksjonens art og virkning.[68]

Overtredelsesgebyret som er ilagt Grindr er et av de høyeste overtredelsesgebyrene som er ilagt for overtredelse på personvernforordningen innenfor EØS. En bot av denne størrelsen burde vært solid forankret i et veletablert rettslig rammeverk.

6.2.3 Datatilsynet har ikke bevist uaktsomhet eller forsett

Kravet et om at en som har handlet på vegne av foretaket som ilegges et overtredelsesgebyr må ha utvist uaktsomhet eller forsett med hensyn til overtredelsen er godt etablert i norsk og internasjonal rett. Dette kom nylig til uttrykk i Høyesteretts avgjørelse HR-2021-797-A. Det samme gjelder for ileggelse av overtredelsesgebyr etter personvernforordningen artikkel 83, som også er bemerket av Datatilsynet.

I HR-2021-797-A kom Høyesterett til at en styreleder, på vegne av selskapet, hadde opptrådt uaktsomt med hensyn til overtredelsen ved å ikke foreta nærmere undersøkelser for å sikre at den ansatte hadde arbeidstillatelse til tross for arbeidsgivers strenge rettslige forpliktelse til å sørge for at utenlandske arbeidstakere har arbeidstillatelse i Norge.

Som angitt i EDPB Guidelines må konstatering av forsett eller uaktsomhet *"be drawn on the basis of identifying objective elements of conduct gathered from the facts of the case"*.[69]

---

[63] Se følgende saker fra Personvernnemda: PVN-2020-13, PVN-2017-3, PVN-2013-9, PVN-2013-20, PVN-2013-5, PVN-2013-8, PVN-2013-10, PVN-2013-11 og PVN-2013-12.

[64] Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen artikkel 7 no. 1, Kokkinakis v. Greece.

[65] EFTA-domstolen, sak E-9/11 side 29 avsnitt 99 og 100.

[66] EFTA-domstolen, sak E-9/11 side 29 avsnitt 100.

[67] EFTA-domstolen, sak E-9/11 side 29 avsnitt 100.

[68] Rt. 1995 s. 530 side 573

[69] EDPB Guidelines "on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation" 2016/679, side 12

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

I vårt tilfelle har ikke Datatilsynet i tilstrekkelig grad behandlet, vurdert eller på noen måte dokumentert uaktsomhet fra noen spesifikke personer som opptrer på vegne av Grindr.

For å underbygge forsett eller uaktsomhet måtte Datatilsynet ha pekt på en *bestemt* handling eller unnlatelse som årsak til overtredelsen, eller en handling eller unnlatelse som kunne ha forhindret det påståtte overtredelsen. Dette har Datatilsynet ikke gjort.

Tvert imot er det uklart hvilken form for subjektiv skyld Datatilsynet har vurdert og fastslått.

Forsett er en faktisk vurdering mens uaktsomhet er en rettslig vurdering. Det skilles ikke klart mellom disse ulike begrepene i Vedtaket.

En påstand om at "*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*" (våre uthevinger), er ikke tilstrekkelig for å fastslå verken forsett eller uaktsomhet. Resten av Datatilsynets bemerkninger i Vedtakets punkt 6.2 er ikke relevante for vurderingen av skyld.

Datatilsynets konklusjon gir ytterligere usikkerhet om hvilken standard som er lagt til grunn ved vurderingen av subjektiv skyld. Datatilsynet opplyser i sin avsluttende merknad at *"a person acting on behalf of Grindr has at least acted negligent, and in our view, intentional."*

Enda mer forvirrende blir det i Datatilsynets påstand i punkt 6.2 om at "a person" som handler på Grindrs vegne har handlet forsettlig med hensyn til de påståtte overtredelsene av personvernforordningen, uten å forklare hvem og hvorfor, og uten å dokumentere hvordan.

Som tidligere nevnt har det ikke vært noen diskusjon om forsett, og det er ingen bevis i form av dokumenter eller annet som tyder på en slik vurdering. Forsett er et faktum, og Datatilsynet har ikke vist til faktiske omstendigheter til støtte for dette.

Uaktsomhet er et rettslig spørsmål, men Datatilsynet har unnlatt å anvende riktig rettslig standard. Uaktsomhetsvurderingen av om en person kunne eller burde ha opptrådt annerledes i forhold til det faktiske grunnlaget for overtredelsen. Datatilsynet har ikke vurdert dette, og det er heller ikke foretatt noen vurdering av om det foreligger subjektive unnskyldningsgrunner. I denne saken bør det særlig tas hensyn til den betydelige usikkerhet som på det aktuelle tidspunktet knyttet seg til den konkrete forståelsen av personvernforordningens artikkel 6 og 9 skal tolkes.

Forståelsen av nyansene i personvernforordningen har utviklet seg (og fortsetter å utvikle seg) siden den ble annonsert i 2016 og trådte i kraft i 2018. Dette er et moment som har stor betydning i en uaktsomhetsvurdering, og i slike dynamiske tilfeller vil dessuten evne og vilje til konkret tilpasning til regelverket måtte tas i betraktning.

Implementering av personvernforordningen har vært, og er, et pågående prosjekt for både selskaper, myndigheter og tilsynsorganer. Flere år etter Vedtaket er det fortsatt mange nyanser som må avklares i tolkningen av personvernforordningen. Dette illustreres også ved at tilsynsmyndighetene selv gir nye retningslinjer og gjennomgår gamle retningslinjer. Det er skrevet mangfoldige artikler om mangelen på klarhet i mange elementer av

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

personvernforordningen, og noen av de mest diskuterte er detaljene og nyansene rundt definisjonen av samtykke under artikkel 4 og 6.

Eksempelvis ga det belgiske datatilsynet et overtredelsesgebyr på kun 250 000 euro til Interactive Advertising Bureau Europe for ikke å overholdepersonvernforordningen artikkel 5 (1) (a), 5 (1) (f), 6, 12, 14, 24, 25, 30, 32, 25, 37, 38 og 39 etter en undersøkelse av Transparency and Consent Framework.[70] Det er stor usikkerhet rundt hvordan disse artiklene skal tolkes, noe som fremgår av det faktum at det belgiske datatilsynet valgte å ilegge et beskjedent overtredelsesgebyr kombinert med pålegg om å legge frem en handlingsplan (til tross for den omfattende bruken av dette rammeverket globalt).

I vårt tilfelle har Grindr dokumentert sin forpliktelse og sitt engasjement til å etterleve personvernforordningen og til å implementere industristandard. Som diskutert ovenfor begynte Grindr til og med å implementere en ny CMP allerede før Datatilsynet startet sin undersøkelse.

Dette er forhold som er svært relevante ved vurderingen av eventuell uaktsomhet, og unnlatelsen av å ta dette i betraktning er en klar saksbehandlingsfeil.

Enhver objektiv overtredelse av artikkel 6 (1) og 9 (1) er følgelig forårsaket av de uklare og upresise kravene i personvernforordningen artikkel 6 (1) og 9 (1).

Datatilsynet har til slutt anvendt den subjektive testen på en objektiv måte, helt i strid med de pålegg som Høyesterett har gitt i overnevnte sak (HR-2021-797-A).

Dersom man finner at Grindr i den aktuelle perioden har handlet i strid med personvernforordningen artikkel 6 (1) og 9 (1), må man likevel ta stilling til hvem som på vegne av Grindr har utvist uaktsomhet med hensyn til en slik overtredelse i denne perioden. I denne forbindelse understreker vi igjen at Grindr må vurderes i lys av hvordan personvernforordningen artikkel 6 (1) og 9 (1) ble tolket i perioden 20. juli 2018 til 7. april 2020, og ikke hvordan den tolkes i dag. Datatilsynet har ikke gjort dette.

Konklusjonen om at Grindr har handlet i strid med personvernforordningen er følgelig ikke i tråd med norsk lovgivning og personvernforordningen. Det foreligger derfor en vesentlig saksbehandlingsfeil og Vedtaket må anses ugyldig.

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

I henhold til personvernforordningen artikkel 58 har Datatilsynet som overvåkingsorgan følgende myndighet:

> *"a) utstede advarsler til en behandlingsansvarlig eller databehandler om at de planlagte behandlingsaktivitetene sannsynligvis er i strid med bestemmelsene i denne forordning,*
> *b) utstede irettesettelser til en behandlingsansvarlig eller databehandler dersom behandlingsaktivitetene er i strid med bestemmelsene i denne forordning,*

[70] Sak fra Belgia med referanse No. DOS-2019-01377

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

c) pålegge den behandlingsansvarlige eller databehandleren å imøtekomme den registrertes anmodninger om å utøve sine rettigheter i henhold til denne forordning,
d) pålegge den behandlingsansvarlige eller databehandleren å sørge for at behandlingsaktivitetene skjer i samsvar med bestemmelsene i denne forordning og, dersom det er relevant, på en bestemt måte og innen en bestemt frist,
e) pålegge den behandlingsansvarlige å underrette den registrerte om brudd på personopplysningssikkerheten,
f) innføre en midlertidig eller varig begrensning av, herunder et forbud mot, behandling,
g) pålegge retting eller sletting av personopplysninger eller begrensning av behandlingen i henhold til artikkel 16, 17 og 18 og underretning av mottakere som personopplysningene er utlevert til i henhold til artikkel 17 nr. 2 og artikkel 19, om nevnte tiltak,
h) trekke tilbake en sertifisering eller pålegge sertifiseringsorganet å trekke tilbake en sertifisering utstedt i henhold til artikkel 42 og 43, eller pålegge sertifiseringsorganet å ikke utstede sertifisering dersom kravene til sertifisering ikke lenger er oppfylt,
i) ilegge overtredelsesgebyrer i henhold til artikkel 83 i tillegg til, eller i stedet for, tiltak som det vises til i dette nummer, avhengig av omstendighetene i hvert enkelt tilfelle,
j) gi påbud om et midlertidig opphold i datastrømmene til en mottaker i en tredjestat eller til en internasjonal organisasjon".

Datatilsynet har ikke forklart hvorfor ingen av de alternative korrigerende tiltakene vil være egnet som reaksjon på den påståtte overtredelsen. Ettersom Datatilsynets undersøkelse kun fokuserer på Grindrs tidligere samtykkepraksis, og Grindr på egen hånd allerede har implementert OneTrust CMP, er dette noe Datatilsynet skulle ha vurdert.

Som omtalt nedenfor, har en rekke tilsynsmyndigheter funnet ut at andre databehandlere innhentet ugyldige samtykker uten å bli ilagt overtredelsesgebyr. Datatilsynet skulle ha gjort tilsvarende i denne saken. Det ilagte overtredelsesgebyret fra Datatilsynet oppfyller ikke kravene til effektivitet og forholdsmessighet.

6.4 Likhetsprinsippet

Likhetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i norsk forvaltningsrett, jf. Rt. 1911 s. 503. Prinsippet innebærer at Datatilsynet skal ilegge overtredelsesgebyr av en størrelse som samsvarer med ilagte overtredelsesgebyr for tilsvarende overtredelser.

Det fremgår av fortalepunkt 11 i personvernforordningen at *"det i medlemsstatene finnes den samme myndighet til å føre tilsyn med og sikre overholdelse av reglene for vern av personopplysninger og de samme sanksjonene ved overtredelser"*, er krevd for å sikre et effektivt vern av personopplysninger i hele Unionen.

I tillegg står det i "*WP29 Guidelines on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation 2016/679*" at prinsippet om likhet er sentralt for å avgjøre

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

tilsynsmyndighetenes forpliktelser til å sikre konsistens i deres kontrollerende tiltak etter artikkel 58 (2) som sådan, og særlig for anvendelsen av overtredelsesgebyr.[71]

I Vedtaket om overtredelsesgebyr punkt 6.3 (k) har Datatilsynet vist til gebyret ilagt av den franske tilsynsmyndigheten (CNIL) mot Google for overtredelse på artikkel 6 (1). Den franske avgjørelsen gir likevel ikke grunnlag for å ilegge Grindr et overtredelsesgebyr på 65 000 000 kroner i denne saken, ettersom de faktiske forholdene og selskapenes inntekter er ulike. Google er et av de største selskapene i verden, med et stort og omfattende produkt- og inntektsgrunnlag, mens Grindr er et mye mindre selskap som kun leverer ett produkt i en bransje preget av større og ressurssterke konkurrenter.

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).[72] Disse vedtakene understreker at Datatilsynets henvisning til CNILs ileggelse av overtredelsesgebyr for Google ikke er i henhold til artikkel 83.

På bakgrunn av dette er det i strid med det grunnleggende norske og europeiske likhetsprinsippet, samt personvernforordningens fortalepunkt 11, å ilegge Grindr overtredelsesgebyr.

6.5 Overtredelsesgebyr skal være forholdsmessig, virkningsfull og avskrekkende

Artikkel 83 (1) i personvernforordningen lyder slik:

> *"Hver tilsynsmyndighet skal sikre at ilegging av overtredelsesgebyr i henhold til denne artikkel for overtredelser av denne forordning nevnt i nr. 4, 5 og 6 i hvert enkelt tilfelle er virkningsfull, står i et rimelig forhold til overtredelsen og virker avskrekkende."*

Videre fremgår det av EDPB Guidelines "*on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation*":

> *"Like all corrective measures in general, administrative fines should adequately respond to the nature, gravity and consequences of the breach, and supervisory authorities must assess all the facts of the case in a manner that is consistent and objectively justified. The assessment of what is effective, proportional and dissuasive in each case will have to also reflect the objective pursued by the corrective measure chosen, that is either to re-establish compliance with the rules, or to punish unlawful behaviour (or both)."*

[71] WP29 Guidelines "on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation" 2016/679 (WP253), EDPB bekreftet 1/2018.

[72] Se blant annet vedtak om overtredelsesgebyr fra den danske datatilsynet mot Dating.dk av 21. september 2021 for brudd på artikkel 6(1) og 9(1) (nr. 2018-41-0013), Den Blå Avis av 26. januar 2022 for brudd på artikkel 6 nr. 1 (nr. 2020-431-0085) og Alstrøm – Din Isenkræmmer ApS av 20. oktober 2021 for brudd på artikkel 6 nr. 1 (nr. 2021-431-0125), vedtak om overtredelsesgebyr fra det spanske datatilsynet for brudd på artikkel 6, 9, 12, 13, 5.1(c), 25.1 og 35 (Procedimiento nr. PS/00120/2021), Belgian Case nr. DOS-2019-01377 for brudd på Artikkel 5(1)(a), 5(1)(f), 6, 12, 14, 24, 25, 30, 32, 25, 37, 38 og 39 og vedtaket om overtredelsesgebyr fra det finske datatilsynet mot Tietosuojavaltuutetun toimisto (nr. 8040/163/2019)

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

I dette tilfellet har Datatilsynet ilagt et overtredelsesgebyr basert på uriktige antakelser om brukerne av Applikasjonen, deres aktivitet på plattformen og funksjonene og funksjonaliteten i Applikasjonens gratisversjon.

Datatilsynet har ikke i sin vurdering av om det konkrete overtredelsesgebyret vil være virkningsfull og vil stå "*i et rimelig forhold til overtredelsene*" i tilstrekkelig grad hensyntatt at den påståtte overtredelsen skjedde i en begrenset periode og opphørte for nesten to år siden ved implementeringen av ny CMP.

6.6 Skjerpende og formildende omstendigheter

Som nevnt ovenfor i punkt 3, førte Datatilsynets misforståelse av Applikasjonens art og funksjonalitet til en urettmessig sanksjon. I Vedtakets punkt 6.3 vurderer Datatilsynet noen av disse forholdene som skjerpende omstendigheter og fatter Vedtaket om å ilegge et gebyr på 65 000 000 kroner på bakgrunn av dette.

I det følgende vil Grindr gå gjennom de ulike omstendighetene som Datatilsynet anser som skjerpende, og påpeke motsetningene i Datatilsynets begrunnelse for ileggelsen og beregningen av overtredelsesgebyret. Grindr vil også vise til formildende omstendigheter som Datatilsynet ikke i tilstrekkelig grad har hensyntatt.

6.6.1 Artikkel 83 (2) (a): karakteren, alvorlighetsgraden og varigheten av den påståtte overtredelsen

6.6.1.1 Ugyldige samtykker og manglende kontroll over dataflyten

I Vedtakets punkt 6.3.a, vurderer Datatilsynet det følgende som en skjerpende omstendighet:

> "*Grindr's failure to fulfil the requirements for a valid consent under the previous CMP resulted in data subjects having* ***limited or no control over their personal data flow****. These circumstances meant that data subjects' c****ontrol and choice over their personal data became illusory***" (våre uthevinger).

For å ilegge et overtredelsesgebyr av et slikt omfang kreves det etter norsk rett at det foreligger en alvorlig overtredelse av artikkel 6 (1). Dersom det fastslås at Grindr har opptrådt i strid med artikkel 6 (1), kan ikke overtredelsen anses for å være alvorlig, ettersom det foregikk i en begrenset tidsperiode og opphørte for nesten to år siden, som forklart ovenfor i punkt 4.

Datatilsynets påstand om at den tidligere samtykkemekanismen innebar at brukerne hadde en begrenset eller ingen kontroll over sine personopplysninger er således beviselig feil.

Som nevnt ovenfor i punkt 4.1, hadde brukerne til enhver tid kontroll over data og hvorvidt disse ble delt med annonsører.

For det første kunne deling av data med ad-partnere bare skje hvis brukeren aktivt hadde aktivert deling av annonse-ID. Dette var et valg brukeren gjorde på enhetsnivå. Som nevnt

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

i punk 2 har ikke Grindr alene teknisk mulighet til å aktivere deling av en brukers annonse-ID.

For det andre var det kun data om registrerte brukere av i Applikasjonens gratisversjon som kunne bli delt med annonsører. I motsetning til hva Datatilsynet hevder, var brukerne kjent med delingen av data, da informasjon om dette ble presentert i personvernerklæringen før de lastet ned Applikasjonen og jevnlig annonsert i Applikasjonen.

For det tredje kan Grindr-brukere når som helst velge å stoppe deling av data. Instruksjonene for å velge dette var inkludert i personvernerklæringen. I tillegg kan brukere deaktivere deling av annonse-ID på mobilenheten for å stoppe deling av opplysningene med ad-partnere og samtidig bruke Applikasjonen.

Dessuten hadde Grindr implementert tilstrekkelige interne prosedyrer for å imøtekomme forespørsler fra brukerne om kontroll og dataflyten. Grindr respekterer enhver forespørsel fra norske bruker i henhold til gjeldende regelverk.

For å oppsummere hadde enhver bruker av Applikasjonens gratisversjon mulighet til å stoppe deling av data med annonsører i løpet av tidsperioden for den påståtte overtredelsen ved å deaktivere deling av annonse-ID fra sin enhet, velge å stoppe delingen i henhold til prosedyren inkludert i Applikasjonens personvernerklæring, kjøpe et betalingsabonnement eller å ikke bruke Applikasjonen.

På bakgrunn av dette kan ikke Datatilsynets overnevnte påstander tas i betraktning, ettersom brukerne hadde kontroll over dataflyten og selv kunne bestemme hvorvidt dataen skulle deles med annonsører.

6.6.1.2 Bruk av markedsføring basert på brukeres atferd og risiko med profilering

I overtredelsesgebyret punkt 6.3(a) viser Datatilsynet for første gang til profilering og risikoen knyttet til grunnleggende rettigheter knyttet til dette og målrettet markedsføring basert på data. De refererer også til EDPB Guidelines 8/2020 om målrettet bruk av sosiale medier.

> *"The invalid consents resulted in large-scale data sharing for the purpose of providing behavioural advertisement, which involves tracking and profiling. Profiling for targeting advertisement is an intrusive form of processing that can often seem opaque for the data subject. The AdTech ecosystem is complex to understand for data subjects, and as stated by the EDPB, 'a lack of transparency regarding the role of the different actors and the processing operations involved may undermine, complicate or hinder the exercise of data subject rights.' The processing could inter alia lead to potential manipulation of data subjects. This also adds to the gravity of the infringements."*

Grindr foretar ingen profilering av sine brukere.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Datatilsynet viser til hypotetiske scenarier der Grindr behandler personopplysningene på en måte som utgjør en stor risiko. Slike hypotetiske scenarier reflekterer ikke Grindrs faktiske praksis, og kan derfor heller ikke utgjøre grunnlaget for et overtredelsesgebyr.

I tillegg, som illustrert i Vedlegg 1, har Datatilsynet hensyntatt retningslinjer som ble gitt etter utløpet av den aktuelle perioden for den påståtte overtredelsen, herunder EDPB Guidelines 8/2020 om målrettet markedsføring overfor brukere av sosiale medier, versjon 2.0, vedtatt 13. April 2021. Den første versjonen ble sendt på offentlig høring den 2. september 2020. Dette er flere måneder etter den nye CMPen ble implementert. Datatilsynets anvendelse av disse retningslinjene, med tilbakevirkende kraft som begrunnelse for overtredelsesgebyret, er beklagelig.

På bakgrunn av det overnevnte kan ikke Datatilsynets henvisninger til profilering og risiko for grunnleggende rettigheter i Vedtakets punkt 6.3(a) tas i betraktning.

6.6.1.3 Henvisninger til undersøkelser gjennomført av Datatilsynet og Forbrukerrådet om målrettet markedsføring

I overtredelsesgebyret punkt 6.3.a viser Datatilsynet også til negative tilbakemeldinger knyttet til målrettet annonsering i en undersøkelse gjennomført av Datatilsynet og Forbrukerrådet.

> *"The data subjects did not initiate the particular processing operations in question. As discussed in Section 5.4, they presumably wanted to access the services provided in the app, and they did not necessarily intend to share their personal data to Grindr's advertising partners for targeted and marketing purpose. To illustrate, in the NO DPA's privacy survey of 2019-2020, 43 % of respondents were very negative to personal data being used to target them with advertisement, and further 30 % of the respondents were somewhat negative. In a survey by YouGov commissioned by the NCC, 30 % of the respondents were very negative towards receiving ads based on their personal data, and further 22 % of the respondents were somewhat negative. The data subjects were subject to Grindr's and its advertising partners' commercial interests, with the potential of their personal data being disseminated or further processed without a valid consent and without clear information about this further processing. This adds to the gravity of the infringements."*

Negative meninger blant alminnelige internettbrukere om målrettet annonsering på enhver digital plattform utgjør ikke et relevant grunnlag for å vurdere alvorlighetsgraden av Grindrs påståtte overtredelse regelverket i denne saken. Videre er resultatene utslag av meningene til deltakerne i undersøkelsene utført av Datatilsynet og Forbrukerrådet. Brukerne er ikke omfattet av slik behandling av personopplysninger som er relevant i denne saken.

Som redegjort ovenfor i punkt 3, er Grindrs inntekter fra Applikasjonens gratisversjon knyttet til annonseinntekter. Dette er en legitim forretningsaktivitet. Som forklart i avsnitt 4, informerte Grindr brukerne om deling av data med ad-partnere på ulike steder i Applikasjonen. I tillegg hadde Grindr implementert tilstrekkelige mekanismer for å svare på spørsmål fra brukerne om deling av data med annonsører.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Grindr ber om at de overnevnte argumentene fra Datatilsynet ikke tas til følge, ettersom de ikke er knyttet til Grindrs behandling av data.

6.6.1.4 Antall berørte registrerte

I Vedtaket om overtredelsesgebyret punkt 6.3.a sier Datatilsynet at *"It would appear that a large proportion of the LGBTQ+ community would have been affected."*

Datatilsynet overvurderer omfanget og antall berørte personer av den påståtte overtredelsen. Dersom det forelå en overtredelse fra Grindrs side, ville det kun ha påvirket brukerne av Applikasjonens gratisversjon i den aktuelle perioden, og ikke slik Datatilsynet hevder, en større andel av LGBTQ+-miljøet i Norge. Grindr bemerker at Datatilsynets antakelse om at brukere av Applikasjonens gratisversjon utgjør en *"large proportioin of the LHBTQ+ community"* ikke er basert på objektive fakta, som for eksempel brukertall. Datatilsynets antakelser er feil.

Som Grindr klargjorde i oktober 2021, hadde Grindr i Norge gjennomsnittlig [redacted] aktive månedlige brukere (inkludert spamkontoer) i henholdsvis 2018, 2019 og 2020. Av disse brukte omtrent [redacted]% av brukerne gratisversjonen av Applikasjonen og mottok annonser fra tredjeparter, mens de resterende [redacted]% betalte for et betalingsabonnement uten annonser.

Datatilsynet har ikke sammenlignet Grindrs faktiske brukerbase i Norge med Norges totale befolkning (omtrent 5,3 millioner) og den estimerte størrelsen på det norske LGBTQ+-miljøet. En norsk kilde har grovt anslått at mellom 100 000 og 500 000 norske borgere identifiserer seg som lesbiske, homofile eller bifile.[73] Selv om man legger disse tallene til grunn (som ikke dekker hele LGBTQ+-fellesskapet), utgjør ikke Grindrs brukerbase en "large proportion" av LGBTQ+-miljøet. Videre er det mange i LGBTQ+-miljøet som ikke bruker Grindr, blant annet fordi de velger andre sosiale nettverksplattformer, de ikke har teknisk tilgang til mobilapplikasjoner, allerede har etablerte sosiale nettverk eller ikke har et behov for å søke en digital kobling til fellesskapet. Datatilsynets antakelser er uansett ikke riktig.

På denne bakgrunn kan ikke de overnevnte sitatene fra Vedtaket legges til grunn som en skjerpende omstendighet for overtredelsesgebyret eller for øvrig i denne saken, ettersom de ikke er underbygget av bevis eller fakta og dermed strider mot retningslinjene for å utstede overtredelsesgebyr:

> *"supervisory authorities must assess all the facts of the case in a manner that is consistent and objectively justified for the issuance of an administration fee."*[74]

[73] https://www.bufdir.no/globalassets/global/nbbf/kjonn_identitet/statistics_on_lgbtiq_inclusion_in_norway.pdf

[74] WP29 Guidelines "on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation" 2016/679, vedtatt 3. oktober 2017, side 6 Guidelines "on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation" 2016/679, vedtatt 3. oktober 2017, side 6

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

6.6.1.5 Type personopplysninger

Som nevnt i punkt 5, faller ikke deling av visse data med annonsører inn under personvernforordningen artikkel 9 (1).

I Vedtaket skriver Datatilsynet at *"the disclosure of the data without the data subjects' valid consent has breached the data subjects' trust and violated their fundamental rights"* og satt deres *"freedoms at risk"*.

Grindrs tidligere praksis krenket ikke brukernes rettigheter. Grindr informerte til enhver tid brukerne om deling av data med annonsører, også før brukerne hadde lastet ned og tatt Applikasjonens gratisversjon i bruk.

Datatilsynets henvisninger til krenkelse av brukernes grunnleggende rettigheter og friheter er alvorlig. Videre er det ingen utdypende vurdering av hvilke grunnleggende rettigheter eller friheter som eventuelt har blitt krenket eller hvordan. Datatilsynet har ikke adressert det faktum at informasjonen som ble delt med annonsører på det meste avslørte grunnleggende og overordnet demografisk informasjon om Grindr-brukerne. Informasjonen var ikke egnet til å identifisere brukerne direkte.

For å oppsummere har ikke Datatilsynet dokumentert at Grindr har krenket grunnleggende rettigheter eller satt friheter i fare ved å dele visse data med sine ad-partnere i tråd med gjeldende industristandard. Grindr hadde informert og innhentet samtykke fra brukerne knyttet til delingen, samt gitt brukerne mulighet til å stoppe delingen.

6.6.1.6 I hvilken grad er datasubjektene skadelidte

Datatilsynet har hevdet at de aktuelle brukerne er skadelidende på en slik måte at det utgjør en skjerpende omstendighet. Likevel har Datatilsynet ikke identifisert en reell skade hos noen av de norske brukerne. Datatilsynet har heller ikke tatt hensyn til den begrensede verdien den standardiserte informasjonen utgjør. Som tidligere forklart har Grindr innhentet gyldige samtykker fra gratisbrukerne for å dele data med annonsører. Selv dersom Grindr ikke har innhentet gyldige samtykker i henhold til Datatilsynets etterfølgende tolkning av kravene til samtykke, overvurderer Datatilsynet skadevirkningene knyttet til disse begrensede elementene ved å hevde at brukerne *"lost control of their data"*.

Det vises til personvernforordningens fortalepunkt 75:

> *"Behandling av personopplysninger kan føre til at det oppstår risikoer av varierende sannsynlighet og alvorlighetsgrad for fysiske personers rettigheter og friheter som kan medføre* ***fysisk, materiell eller ikke-materiell skade****, særlig når behandlingen kan føre til forskjellsbehandling, identitetstyveri eller -bedrageri, økonomisk tap, skade på omdømme, tap av konfidensialitet for taushetsbelagte personopplysninger, uautorisert oppheving av pseudonymisering eller andre betydelige økonomiske eller sosiale ulemper, når de registrerte kan bli fratatt sine rettigheter og friheter eller bli hindret i å utøve kontroll over egne personopplysninger, når behandlingen gjelder personopplysninger om rasemessig eller etnisk opprinnelse, politisk oppfatning, religion eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmedlemskap, og behandling av genetiske opplysninger, helseopplysninger, seksuelle forhold eller straffedommer og*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

> *lovovertredelser eller tilknyttede sikkerhetstiltak, når personlige aspekter vurderes, særlig for å analysere eller forutsi aspekter som gjelder arbeidsprestasjoner, økonomisk situasjon, helse, personlige preferanser eller interesser, pålitelighet eller atferd, plassering eller bevegelser, for å opprette eller bruke personlige profiler, når sårbare fysiske personers, særlig barns, personopplysninger behandles*" (våre uthevinger).

Som forklart ovenfor inneholdt de delte dataelementene bare enkel og overordnet demografisk informasjon om Grindr-brukerne, ikke direkte identifiserbar informasjon eller informasjon som ga noen indikasjon på brukernes seksuelle orientering eller kjønnsidentitet. Disse dataelementene kunne *ikke* ha ført til *"intrusive profiling and tracking"* slik Datatilsynet antyder. Videre ga dataelementene mindre informasjon om brukerne enn mange andre industrigiganter fortsatt deler om sine brukere. Dataelementene ville uansett ikke ha utgjort en praktisk forskjell når det gjelder tredjepartsannonser som ble levert til gratisbrukere.

Som forklart i Grindrs svar til Datatilsynet i november 2021 har Grindr kun ett pågående forhold til én av de fem ad-partnerne som Forbrukerrådet nevner. Ad-partneren oppbevarer kun data i kortere perioder, hvis de i det hele tatt oppbevarer dataene. Grindr ber aktivt om at ad-partneren sletter eventuelle Grindrbrukerdata når Grindr avslutter en avtale med en ad-partner. Videre ber Grindr aktivt om at tidligere ad-partnere bekrefter at de har slettet eventuell Grindrbrukerdata. Grindr har også gjort dette med de tidligere ad-partnerne nevnt av Forbrukerrådet.

Grindr har implementert OneTrust CMP, som gir brukerne detaljert informasjon og kontroll i Applikasjonen med hensyn til alternativene for informasjonsdeling. Dette inkluderer alternativene "Allow All" eller "Reject All" for deling av personopplysninger for reklameformål. Implementeringen av OneTrust CMP medførte at Grindr innhentet nye samtykker fra alle brukere i verden, inkludert de norske. Her ba man brukerne om å akseptere eller avvise adferdsbasert reklame, og valget om å *ikke* dele var satt som standardvalg.

Grindr mener at det klart må vektlegges at den påståtte overtredelse opphørte for nesten to år siden, og at eventuelle påståtte skader er utbedret.

Endelig vil Grindr igjen understreke at Datatilsynet hevder at de påståtte overtredelsene *"concerns thousands of data subjects"*, selv om kun én bruker har sendt inn klage til Forbrukerrådet og Datatilsynet ikke har identifisert ytterligere brukere i løpet av denne saken.

Datatilsynet har ikke tatt tilstrekkelig hensyn til disse formildende omstendighetene ved fastsettelsen av *"[the] level of damage suffered"*.

6.6.2 Artikkel 83 (2) (b): hvorvidt den påståtte overtredelsen ble begått forsettlig eller uaktsomt

Som det fremgår av punkt 6.2, har ikke Datatilsynet påvist at noen av de påståtte overtredelsene ble gjort med forsett, og skyldkravet for uaktsomhet er heller ikke oppfylt.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Da de påståtte overtredelsene uansett ikke er gjort fortsettlig eller uaktsomt er dette ingen skjerpende faktor.

6.6.3 Artikkel 83 (2) (c): eventuelle tiltak truffet av den behandlingsansvarlige eller databehandleren for å begrense den påståtte skaden som de registrerte har lidd

Datatilsynet legger til grunn i Vedtaketet om overtredelsesgebyret under punkt 6.3 c *"We have not assessed Grindr's new CMP, but even if it would have been found to be GDPR compliant, we do not agree that the introduction of a new CMP ex post would be able* ***to mitigate the damage suffered by the data subjects who already had their personal data shared illegally throughout the period of the infringements and thus has lost control of their data****"* (våre uthevinger). Datatilsynet skriver videre *"The new CMP would only prevent further infringements from Grindr. Grindr still holds that the collection of consents under its previous CMP was lawful and* ***has not informed the NO DPA that it has taken any action to inform recipients of the illegally disclosed data to ensure that the data is erased, and further use of the data is halted.*** *We do not see any mitigating factors relevant to Article 83(2)(c)."*

Som forklart ovenfor har Datatilsynet overvurdert *"[the] level of damage suffered"*. I tillegg har Datatilsynet ikke hensyntatt at de påståtte overtredelsene opphørte for snart to år siden og at eventuelle påståtte skader er utbedret. Av de fem ad-partnerne som Forbrukerrådet nevnte har Grindr i dag kun en pågående forretningsforbindelse med én av dem. Ad-partnerne lagrer informasjon kun i en begrenset periode, og Grindr har aktivt bedt om og søkt bekreftelse fra tidligere ad-partnerne på at eventuell Grindr-brukerdata er slettet.

Implementeringen av OneTrust CMP medførte at alle brukere ble bedt om å samtykke på nytt, dette gjaldt også norske brukere. De kunne velge eller velge bort adferdsbasert reklame (hvor defaultmekanismen var å velge bort adferdsbasert reklamen). Selv dersom datadelingen ikke var i samsvar med personvernforordningen, medførte disse tiltakene at overtredelsen opphørte, og avhjalp den påstått skade.

Grindrs ad-partnere beholder uansett kun opplysninger i en begrenset tidsperiode, hvis de beholder opplysninger i det hele tatt. Grindr har på eget initiativ aktivt bedt om og søkt bekreftelse fra tidligere ad-partnere på at de har slettet eventuell Grindr-brukerdata. Datatilsynet har ikke tilstrekkelig hensyntatt overnevnte tiltak.

6.6.4 Artikkel 83 (2) (d): den behandlingsansvarliges eller databehandlerens grad av ansvar, idet det tas hensyn til de tekniske og organisatoriske tiltak de har gjennomført i henhold til artikkel 25 og 32

På side 56 i Vedtaket skriver Datatilsynet følgende:

> *"In our view, Grindr did not* ***integrate appropriate measures through its in-app settings.*** *More granularity and granular information in the consent mechanism would in particular contribute towards adherence to the GDPR requirements.* ***Furthermore, Grindr shared personal data from a large number of users, including data concerning sexual orientation, and the risks involved for the rights and freedoms of the data subjects was substantial.*** *The nature of the*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

processing and the number of users shows the importance of integrating necessary measures to ensure that data were not shared with advertising partners unlawfully."

Som forklart i punkt 4.1 og 4.2 innhentet Grindr samtykker fra brukerne for datadeling med ad-partnere. Grindr informerte brukerne om slik deling, innhentet samtykke, og ga muligheten til ikke å dele slik brukerdata. Som forklart under punkt 4 delte ikke Grindr noen *"data concerning sexual orientation"* og Datatilsynet har ikke påvist at Grindr brøt grunnleggende rettigheter eller satte friheter i fare ved å dele informasjon i tråd med gjeldende industristandard.

I tillegg pålegger ikke personvernforordningen implementering av "in-app settings" for innhenting av den registrertes samtykke. En slik implementering vil bare tillate brukeren å gå tilbake til og administrere samtykkevalgene sine i Applikasjonen, til forskjell fra å gjøre dette i enhetsinnstillingene som Grindr redegjorde for i sin dagjeldende personvernerklæring. Datatilsynet unnlater å forklare hvordan og hvorfor Datatilsynet mener en mer granulær samtykkemekanisme bidrar til sikkerhet for data som deles med tredjeparter, og hvorfor dette vil medføre en lavere risiko for krenkelse av individets rettigheter og friheter (eller i det hele tatt hvordan Grindr setter rettigheter og friheter på spill ved å dele dataelementer i tråd med gjeldende industristandard).

Basert på den manglende presisjonen, og det faktum at innhentingen av samtykket på annen måte ikke ville ha påvirket måten personvernopplysningen deles med tredjeparter på, må Datatilsynets argumenter ses bort fra ved utmålingen av overtredelsesgebyret.

Datatilsynet bekrefter at *"even in the cases where data subjects would "opt-out" of data sharing on their device, Grindr would in some cases "only" transmit a signal conveying the data subject's "opt-out" preference together with the personal data. Again, Grindr would have to rely on the action of others, either the user, the operating system, Grindr's partners, or a combination of the aforementioned, to halt its sharing of data where so required. In consequence, Grindr failed to control and take responsibility for their own data sharing, and the "opt-out" mechanism was not necessarily effective."*

Grindrs avtaler med tredjeparter/ad-partnere krever at etterlevelse av personvernforordningen gjennomføres gjennom bruk av en "opt-out"-funksjonen. Ad-partnernes retningslinjer angir at de anerkjenner og respekterer "opt-out" og krever at underleverandører gjør det samme. Grindr arbeidet for å sikre at datadelingspraksisen skjedde som forventet, inkludert ved å sikre at all datadeling skjedde med egnet kryptering.

Datatilsynet skrev i Varselet at *"Datatilsynet has stated that it is "not aware of any data protection measures taken by Grindr to secure the information shared with advertising partners. On the contrary, it seems that Grindr lacked control of the data flow and recipients, as it shared personal data on its users through an SDK where Grindr has limited or no control over further processing."*

I Tilsvaret skrev Grindr følgende som svar:

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

"Grindr had adopted a series of technical and organizational measures to ensure the security of the sharing of the data with the advertising partners as required by article 32. Such measures included:

[redacted]

I Vedtaktet skrev Datatilsynet at *"Grindr argues it had adopted a series of technical and organizational measures to ensure the security of the sharing of the data with the advertising partners as required by article 32, and lists examples of these on page 53 in the response to our advance notification.* ***While we do find these measures somewhat mitigating, it seems that Grindr lacked control of the data flow and recipients, as it disclosed personal data with limited or no control over subsequent processing****"* (vår utheving).

Grindr bekreftet på dette tidspunktet, og fastholder, at de overnevnte tekniske tiltakene og sikkerhetstiltakene var på plass i perioden de påståtte overtredelsene fant sted. Tiltakene medførte kontroll over dataflyt, mottakere og påfølgende databehandling.

Datatilsynet har ikke forklart hvilke av de tekniske tiltakene som ikke oppfyller kriteriene i personvernforordningen artikkel 32, og hvorfor eller hvilke tilleggstiltak Grindr burde ha iverksatt, som Grindr ikke iverksatte. Datatilsynet forklarer heller ikke hvorfor *"it seems that Grindr lacked control of the data flow and recipients"* eller om og eventuelt hvordan Grindrs praksis avvek fra gjeldende industristandard.

Datatilsynet har ikke foretatt en grundig vurdering av relevant industripraksis i forholf til Grindrs tekniske tiltak, og har derfor ikke lagt til grunn rettferdige og rimelige kriterier for å fastslå hvorfor Grindrs tiltak (i forhold til andre aktører som opererer innenfor den programmatiske annonseringsindustrien) bare er "*somewhat mitigating*".

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Grindr mener Datatilsynet ikke har hensyntatt alle relevant fakta. Overtredelsesgebyret er følgelig urettmessig og Vedtaket mangler rettslig begrunnelse.

6.6.5 Artikkel 83 (2) (e): eventuelle relevante tidligere overtredelser begått av den behandlingsansvarlige eller databehandleren

Datatilsynet skriver i Vedtakets punkt 6.3 e at "*before the GDPR entered into force in Norway, the NO DPA* ***did likely not have the competence*** *to enforce the national data protection regulation against US-based companies like Grindr because of the territorial scope of the previous Personal Data Act*" (våre uthevinger). Datatilsynet har feilaktig unnlatt å vurdere Artikkel 83 (2) e som en formidlende omstendighet.

Som Datatilsynet kjenner til har Grindr vært under granskning av ulike europeiske tilsynsmyndigheter. Ingen av disse sakene konkluderte med at Grindr brøt noen gjeldende personvernlovgivning.

Det faktum at Grindr ikke tidligere har brutt personvernforordningen og at andre europeiske tilsynsmyndigheter har avsluttet granskning uten å finne overtredelse mener vi er en formidlende faktor.

6.6.6 Artikkel 83 (2) (f): graden av samarbeid

Datatilsynet skriver i Vedtakets punkt 6.3 f at "*Grindr has cooperated with the NO DPA by providing information and answering our questions in its response to our order of providing us information. Therefore, we consider that this factor is neither an aggravating nor a mitigating circumstance in the present case*".

I henhold til artikkel 83 (2) (f), skal tilsynsmyndighetene ta hensyn til "*graden av samarbeid med tilsynsmyndigheten*" når det avgjøres om det skal ilegges et overtredelsesgebyr og ved avgjørelsen av gebyret størrelse.

Til tross for dette har ikke Datatilsynet vektlagt Grindrs samarbeid som en formildende omstendighet. I Varselet hevdet Datatilsynet at det ikke ville være "*appropriate to give regard to cooperation that is already required by law*". Datatilsynet må imidlertid hensynta at Grindr har gitt detaljerte og transparente svar på alle informasjonsforespørslene fra Datatilsynet og gitt omfattende svar på over 60 sider. Grindr har dokumentert sin forpliktelse til å etterleve personvernforordningen og begynte å finjustere sin samtykkemekanisme før klagen fra Forbrukerrådet, som har gitt opphav til nærværende prosess.

Grindr har alltid samarbeidet med ulike europeiske tilsynsmyndigheter, herunder med britiske, spanske og slovenske tilsynsmyndigheter i forbindelse med ulike prosesser. Noen av disse sakene gjaldt deling av data med tredjeparter og behandling av stedsinformasjon. Som beskrevet ovenfor har ingen av disse henvendelsene funnet overtredelse på gjeldende regelverk.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

6.6.7 Artikkel 83 (2) (g): kategoriene av personopplysninger

I motsetning til hva Datatilsynet har anført i Vedtaket om overtredelsesgebyr under punkt 6.3 og 5.5, har Grindr ikke utlevert noen særlige kategorier av personopplysninger til ad-partnere av grunner som redegjort for i punkt 5.

Grindr delte kun følgende kategorier (innenfor gjeldende industristandard) av data med ad-partnerne: (i) annonse-ID levert av mobiloperativsystem (og under full brukerkontroll) (ii) IP-adresse, (iii) informasjon om datamiljøet (operativsystemversjon, modell, skjermoppløsning osv.) (samlet inn av SDK) (iv) selvrapportert alder (i hele år), (v) kjønn og (vi) plassering (samlet inn av SDK bare hvis brukeren har tillatt posisjonstjenester på enheten sin og har gitt uttrykkelig samtykke til at Applikasjonen får tilgang til posisjonen til brukeren).

Datatilsynet bekrefter at *"sexual orientation merit special protection under the GDPR, as disclosure of such data could put the data subject's rights and freedoms at risk, such as the right to privacy and non-discrimination. Combined with exact location data, Grindr puts the data subject at even greater risk. This adds to the gravity of the infringement. Exact GPS position is in itself a category of data that should be processed with due consideration. As mentioned above, GPS location is particularly revealing of the life habits of data subjects, and can be used to infer large amounts of information. For example, location data can reveal place of work and residence. It can also be used to reveal potentially sensitive data like religion through place of worship or sexual orientation through places visited. The processing of a data subject's location information can be a highly intrusive act, depending on the circumstances. Combined with special categories or not, GPS location could put certain individuals at risk for different reasons, e.g. if they participate in an address confidentiality program."*

Som forklart i Tilsvaret samler ikke Grindr inn data om brukernes seksuelle orientering eller deler slik data med ad-partnere. I 2019 sørget Grindr for at presisjonen av den innsamlede av posisjonsdataen ble redusert til grid-baserte opplysninger og i april 2020 sluttet Grindr helt å dele posisjonsdata.

Grinders personvernerklæring som fremkommer i fulltekst når brukeren opprette konto, inkluderer full åpenhet om Grindrs informasjonsinnsamling og delingspraksis, inkludert til reklameformål. Datatilsynet har i sitt vedtak beskrevet et tenkt tilfelle der deling av data plasserer "*certain individuals at risk for different reasons, e.g. if they participate in an address confidentiality program being at particular risk*". En slik bruker vil ha samtykket til personvernerklæringen som spesifikt beskriver deling av posisjonsinformasjon med ad-partnere. Brukeren må også bekrefte at Grindr får tilgang til posisjonen deres ved å velge å aktivisere posisjonstjenester. Grindr-brukere er informert om at Applikasjonen tilbyr posisjonsbaserte tjenester, som spesifikt kobler sammen brukere basert på deres geografi. Grindr er opptatt av å følge den pågående utviklingen i praksis vedrørende databeskyttelse som blant annet påvist ved at Grindr selv besluttet å slutte å dele posisjonsdata med annonsører i 2020. Med bakgrunn i dette finner Grindr at den påsåtte risikoen knyttet til "confidentiality program" som urealistisk og lite aktuell hvor brukere selv har besluttet å bruke posisjonsbaserte apper som Grindr.

Datatilsynet anførte også *"While the data shared was normally indirectly identifiable, it contained several online identifiers, and the personal data Grindr shared could potentially be*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

combined with other data collected from other services, and from other devices through cross-device tracking."

Datatilsynet har ikke vurdert innsatsen eller de tekniske midlene som vil kreves for å re-identifisere den opplysningen gjelder i et slik senario, eller hvordan Grindr tok en industriledende posisjon for å redusere omfanget av den delte informasjon. Disse forholdene bør anses som formildende omstendigheter da det vil være svært komplisert å re-identifisere brukeren.

Målrettet annonsering er avhengig av muligheten til å krysse ulike identifikatorer på tvers av ulike tjenester for å vise annonsering som er tilpasset brukeren. Denne prosessen utgjør ikke en overtredelse av personvernforordningen og utgjør ikke høyrisikobehandling i betydning av artikkel 22 i personvernforordningen.

Brukerne ble informert om datapunktene som ble delt med ad-partnerne og ville ikke rimeligvis ha forårsaket reell skade på den enkelte bruker.

Tatt i betraktning de sikkerhetstiltakene som er på plass, vil ingen av datakategoriene som ble utlevert til ad-partnerne kunne behandles på en måte som kunne føre til fordommer eller diskriminering av den registrerte, verken i den digitale eller den fysiske verden, dersom dataen skulle nås av en uautorisert tredjepart.

Kategorien av personopplysningene som er berørt av de påståtte overtredelsene bør av overnevnte grunner heller ses på som en formidlende omstendighet og ikke en skjerpende omstendighet.

6.6.8 Artikkel 83 (2) (h): på hvilken måte tilsynsmyndigheten fikk kjennskap til den påståtte overtredelsen

Grindr anser ikke dette underpunktet som aktuelt for saken.

6.6.9 Artikkel 83 (2) (i): tiltak truffet tidligere

Datatilsynet anfører i punkt 6.3 i: "***we are not aware*** *of any previously corrective measures against Grindr with regard to the same subject matter*". (vår uthevinge).

Det forventes at Datatilsynet har vært i kontakt med andre tilsynsmyndigheter og er i posisjon til å bekrefte om Grindr har vært gjenstand for tidligere korrigerende tiltak med hensyn til samme sak i henhold til artikkel 83 (2) som forklart nedenfor. Grindr ser det som beklagelig dersom Datatilsynet har gitt et overtredelsesgebyr på 65 000 000 kroner uten å ha bekreftet dette. På dette stadiet av prosessen (når det gjelder saker frem til april 2020), i lys av EDPB Guidelines, må tilsynsmyndighetene ilegge et overtredelsesgebyr som vurderer *"all the facts of the case in a manner that is consistent and objectively justified relying on objective criteria".*[75]

Dersom Grindr tidligere har blitt funnet skyldig i overtredelse av personvernforordningen ville Datatilsynet vært klar over det.

[75] WP29 Guidelines "on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation" 2016/679, vedtatt 3. oktober 2017, side 6

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Artikkel 83 (2) (i) i personvernforordningen lyder:

> *"Når det treffes avgjørelse om hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr samt om overtredelsesgebyrets størrelse, skal det i hvert enkelt tilfelle tas behørig hensyn til følgende (..) (i) dersom tiltak nevnt i artikkel 58 nr. 2 tidligere er blitt truffet overfor den berørte behandlingsansvarlige eller databehandler med hensyn til samme saksgjenstand, at nevnte tiltak overholdes.".*

Grindr har samarbeidet om alle forespørsler om informasjon fra Datatilsynet. Grindr delte opplysninger om at Grindrs behandling av personopplysninger tidligere har blitt vurdert av ulike tilsynsmyndigheter i forbindelse med disse forholdene. Datatilsynet er også kjent med at ingen tilsynsmyndigheter har konkludert med overtredelse av personvernforordningen, og dermed kunne ingen korrigerende tiltak ha blitt iverksatt overfor Grindr med hensyn til samme saksgjenstand.

Fraværet av korrigerende tiltak overfor Grindr må tas i betraktning som en formidlende omstendighet. Grindr mener også at Datatilsynets uttalelse under punkt 6.3 (i) ved ileggelse og utmåling av overtredelsesgebyr må ses bort fra.

6.6.10 Artikkel 83 (2) (j): overholdelse av godkjente atferdsnormer

Punktet er ikke aktuelt for saken.

6.6.11 Artikkel 83 (2) (k): enhver annen skjerpende eller formildende faktor ved saken

I henhold til Artikkel 83 (2) (k) skal det tas hensyn til *"enhver annen skjerpende eller formildende faktor ved saken"*. I Vedtaket om overtredelsesgebyr under punkt 6.3 (k) fremlegger Datatilsynet en rekke unøyaktige påstander som utgjør kjerneargumentasjonen mot Grindr. Disse kan ikke anses som øvrige skjerpende faktorer i saken, jf. Artikkel 83 (2) (k). Som redegjort for i punkt 4 er ingen av disse påstandene relevante for utmåling av overtredelsesgebyr da Datatilsynet baserer seg på en tolkning av lovkravene for innhenting av samtykke innført etter granskningen.

Datatilsynet skriver i punkt 6.3 (k) at *"Tech companies such as Grindr process personal data of data subjects on a large scale. The Grindr app collected personal data from thousands of data subjects in Norway, and* ***it disclosed data concerning their sexual orientation.*** *This enhances Grindr's responsibility to exercise processing with conscience and due knowledge of the requirements for the application of the legal basis on which it relies upon.* ***This is an aggravating factor.***".

Som nevnt ovenfor i punkt 5 har ikke Grindr muligheten til å vite (og forsøker heller ikke å vite) den seksuelle orienteringen til brukerne og har ikke avslørt data relatert til seksuell orientering til sine ad-partnere. Datatilsynet har uansett også tatt hensyn til denne påståtte faktoren i sin vurdering etter artikkel 83 (2) (g).
Datatilsynet uttaler i punkt 6.3 (k) at *"We find it aggravating that Grindr have gained financial benefits from the infringements. Grindr users had their personal data shared and re-shared with a potentially vast amount of advertising companies and advertisers without a legal basis, while Grindr and its advertising partners profited."*

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Som nevnt ovenfor tilbyr Grindr en rekke tjenester som lar brukeren opprette forbindelser med andre lokale og globale brukere. I likhet med mange mobiltjenesteapper, finansierer Grindr Applikasjonen ved å tilby betalingsabonnement som gir brukerne tilgang til premiumfunksjoner. Men dersom brukerne ikke ønsker å kjøpe betalingsabonnement kan de bruke en gratisversjon som viser annonser fra tredjeparter. *Mange* populære mobilapplikasjoner og internettsider tilbyr gratisversjoner finansiert gjennom annonser, som et alternativ til en betalt versjon. Dette anses som gjeldende industristandard, og er en lovlig praksis.[76] Uten annonser ville Grindr ikke kunne gjøre gratisversjonen av Applikasjonen tilgjengelig i noe marked, herunder det norske markedet. Til tross for den negative virkningen på Grindrs annonseinntekter, sluttet selskapet av eget initiativ å dele selvrapportert informasjon om alder, kjønn og grid-basert stedsinformasjon med ad-partnere for nesten to år siden.

Som det fremgår av Tilsvaret under punkt 4, innhentet Grindr gyldige samtykker for deling av begrensede datapunkter i tråd med gjeldende industristandard med ad-partnere. Det faktum at Grindr ikke delte opp samtykket i flere (ukjente) underkategorier av samtykker kan ikke være en skjerpende omstendighet. Det faktum at deling involverte det Datatilsynet har betegnet som *"vast amount of advertising companies and advertisers"* kan heller ikke utgjøre en skjerpende omstendighet fordi Grindr uttrykkelig har forsøkt å være banebrytende innenfor personvern, blant annet ved å inkludere personvernerklæringen til MoPub, Grindr sin annonseringsformidlingspartner på nevnte tidspunkt, i Grindrs egne retningslinjer for personvern. Grindr informerte om forventet datadeling, innhentet nødvendig samtykke og ga muligheten til å trekke tilbake slikt samtykke uten noen negativ effekt.

De forhold som Datatilsynet legger til grunn som skjerpende omstendigheter, er ikke korrekt og kan ikke tas i betraktning ved ileggelsen eller beregningen av overtredelsesgebyret.

Vedtaket bygger på uriktige oppfatninger og forutsetninger om hvordan Applikasjonen fungerer, uriktig tolkning av samtykkebegrepet, og feilkategorisering av informasjonen som er delt med ad-partnere. Som følge av dette, og som redegjort for i punkt 6.2 ovenfor, er det foreslåtte overtredelsesgebyret urettmessig og uproporsjonalt.

Utover dette har Datatilsynet ikke foretatt en vurdering av effektiviteten og den avskrekkende effekten et overtredelsesgebyr har for en påstått overtredelse som opphørte i april 2020, for snart 2 år siden, og som ikke har påført noen norsk bruker skader.

Datatilsynet har lagt uriktige fakta og forutsetninger til grunn for overtredelsesgebyret.

6.7 Fastsettelsen

Størrelsen på overtredelsesgebyret står ikke i et *"rimelig forhold til overtredelsen"*, jf. artikkel 83 (1).

[76] Som bekreftet i Directive 2011/83/EU recital 24, og *EDPS Opinion 8/2018 on the legislative package 'A New Deal for Consumers'*, 5. oktober 2018, side 3 og 17.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Hensynene i artikkel 83 (2), som ble drøftet i punkt 6.6, tilsier at et overtredelsesgebyr burde være nominelt og ikke i nærheten av det maksimale gebyret som fremgår av artikkel 83 (5).

Personvernnemnda har uttalt at *"maksimale gebyrsatser er (...) i en størrelsesorden som avviker fra norsk straffe- og forvaltningspraksis"*.[77] Derfor tolker Personvernnemnda det slik at deres kompetanse til å ilegge gebyrer for 4 % av et selskaps årlige, globale omsetning eller mer, er begrenset til vesentlige overtredelser av personvernforordningen. Datatilsynet har imidlertid ikke dokumentert at det påståtte overtredelsen er vesentlig. Overtredelsesgebyret er basert på en rekke uriktige oppfatninger om Grindr.

Overtredelsesgebyret som er ilagt Grindr tilsvarer [redacted]% av Grindrs årlige, globale omsetningen fra 2019. Gebyret utgjør [redacted]% av den maksimale gebyrsatsen etter artikkel 83 (5). Dersom gebyret på 65 000 000 kroner sammenlignes med antall brukere, innebærer det at Grindr straffes med [redacted] for hver gratisbruker. Sammenlignes det med inntektene, tilsvarer det [redacted] kroner for hver USD 1 med inntekter fra markedsføring med ad-partnere.

Datatilsynet har ikke under noen omstendighet dokumentert at Grindrs påståtte overtredelse på personvernforordningen er betydelige nok til å rettferdiggjøre et gebyr som tilsvarer [redacted]% av Grindrs årlige, globale inntekter. Gebyret er særlig høyt sett opp mot antall brukere og hvilken inntjening Grindr har på annonser.

Datatilsynet har anført at retningslinjer gitt av det danske datatilsynet om utmåling av overtredelsesgebyr ikke er bindende for andre tilsynsmyndigheter. De mener at disse ikke gir uttrykk for en harmonisering av reglene i EØS-området. Grindr er ikke uenig i dette, men vil fremheve at personvernforordningen fortsatt er i en fase hvor felles retningslinjer og praksis for fastsettelse av gebyrer i liten grad er etablert. Dermed vil praksis fra andre land fortsatt være relevant, særlig generelle retningslinjer som rimeligvis kan antas å være basert på grundige vurderinger.

At Datatilsynet viser til gebyrer fastsatt av det svenske datatilsynet, som overtredelsesgebyret rettet mot MedHelp AB, tilsier at de danske retningslinjene er relevante for vår sak. Retningslinjene som det danske datatilsynet anvender, er generelle og kan antas å reflektere mer grundige vurderinger enn én enkeltavgjørelse fra det svenske datatilsynet. Hvis de danske retningslinjene hadde vært fulgt, ville et eventuelt gebyr for overtredelse på artikkel 6 utgjort maksimalt 2 000 000 euro (omtrent 20 000 000 kroner), *før* de formildende omstendighetene i punkt 6.6 legges til grunn. Overtredelse av artikkel 9, alene eller i kombinasjon med artikkel 6, ville ført til et gebyr på maksimalt 4 000 000 euro eller rundt 40 000 000 kroner – før de formildende omstendighetene er tatt i betraktning, se punkt 6.6.

I tillegg må overtredelsesgebyret som MedHelp AB ble ilagt ses i sammenheng med at MedHelp AB hadde eksponert helseopplysninger i form av i opptak av telefonsamtaler om helsehjelp på internett, uten tilstrekkelig beskyttelsestiltak. Dersom Grindr har overtrådt personvernforordningen kan Grindrs overtredelse uansett ikke karakteriseres som like grov som MedHelps ABs overtredelse.

[77] PVN-2021-13 side 12

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Videre anfører Datatilsynet at saken mot Bergen kommune (20/02181-3) ikke er sammenlignbar med vår sak, siden saken handlet om andre deler av personvernforordningen, og de anførte overtredelsene er i et langt større omfang. Datatilsynet mener også at Bergen kommunes status som offentlig organ, fremfor et kommersielt selskap, gjør avgjørelsen mindre relevant for vår sak. Selv om disse forskjellene har betydning, er gebyret ilagt Grindr nesten 22 ganger større enn gebyret ilagt Bergen kommune.

På tidspunktet for Varselet var størrelsen på varslede overtredelsesgebyret det høyeste Datatilsynet noen gang hadde foreslått og ilagt. Siden den gang har Datatilsynet ilagt et gebyr på 5 000 000 kroner mot Ferde AS. Gebyret mot Grindr er likevel 13 ganger større enn gebyret ilagt Ferde AS. Datatilsynet har ikke demonstrert at Grindrs påståtte overtredelse av personvernforordningen er stor nok til å rettferdiggjøre de store ulikhetene i de overnevnte gebyrsatsene. Videre er det uttrykt i PVN-2021-13 at der en *"behandlingsansvarlig foretar en annerledes, og dermed uriktig, skjønnsmessig vurdering enn personvernmyndighetene, medfører ikke nødvendigvis en alvorlig overtredelse"*, særlig når det handler om et så dynamisk konsept som samtykke.

Videre vises det til Vedlegg 2, som illustrer at overtredelsesgebyret er uproporsjonalt høyt.

Argumentene som er presentert over og i punkt 6.6 viser at flere formildende omstendigheter tilsier at overtredelsesgebyret bør reduseres betydelig.[78]

Dessuten har ikke Datatilsynet tatt tilstrekkelig hensyn til Grindrs implementering av den industriledende CMP OneTrust. Grindr initierte plattformen i 2019, før Forbrukerrådets klager og prosessen med Datatilsynet begynte. Denne CMP har gitt de registrerte granularitet og bedre kontroll i Applikasjonen med hensyn til preferanser for datadeling (standardpreferansen er "opt-out".)

Til slutt er Datatilsynet forpliktet til å vurdere deres egen saksbehandlingstid og redusere overtredelsesgebyret når saksbehandlingstiden har vært uakseptabelt lang grunnet forhold på Datatilsynets side.[79]

Datatilsynet mottok de tre klagene mot Grindr fra Forbrukerrådet 14. januar 2020, og Grindr ble anmodet om å gi relevant informasjon 24. februar 2020. Grindr svarte Datatilsynet 22. mai 2020. Datatilsynet varslet Grindr om at overtredelsesgebyr ville bli ilagt 24. januar 2021. Praksis fra personvernsnemnda, deriblant PVN-2021-3, PVN-2021-9 og PVN-2021-13, indikerer at tidsintervallet fra Datatilsynet fikk klagen, til Grindr ble varslet om overtredelsesgebyr, var for langt.

6.8 Konklusjon

Grindr forstår at størrelsen på overtredelsesgebyret på generell basis ligger innenfor Datatilsynets skjønnsmessige kompetanse. Datatilsynet kan imidlertid ikke tolke kravene til samtykke i personvernforordningen med tilbakevirkende kraft og anvende den tilbakevirkende tolkningen for å rettferdiggjøre et overtredelsesgebyr.

[78] Praksis fra Personvernnemda som PVN-2021-03, PVN-2021-09 og PVN-2021-13.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

Overvåkningsorganet skal sikre at *"illegging av overtredelsesgebyr (...) er virkningsfull, står i et rimelig forhold til overtredelsen"*, jf. artikkel 83 (1). Når overvåkningsorganet skal anvende disse vilkårene, må hensynene opplistet i artikkel 83 (2) (a)–(k) vurderes individuelt, på objektivt grunnlag og hensynta de relevante behandlingsaktivitetene. Som beskrevet over er overtredelsesgebyret i vår sak *ikke* virkningsfullt eller proporsjonalt, og Datatilsynet gjorde ikke en korrekt vurdering av hensynene som artikkel 83 (2) angir.

For øvrig har ikke overtredelsesgebyret som er ilagt Grindr noen forankring i en klar eller presist formulert ulovlig handling, og Datatilsynet har ikke i tilstrekkelig grad adressert, vurdert eller på noen annen måte dokumentert uaktsomhet eller forsett hos noen som handler på vegne av Grindr. Datatilsynets overtredelsesgebyr ignorerer også Grindrs mangeårige satsing på å overholde personvernlovgivningen, åpenhet overfor brukerne og implementering av bransjeledende, personvernfremmende stilling. Følgelig bryter Datatilsynets overtredelsesgebyr med grunnleggende forvaltningsrettslige, grunnlovfestede og EØS-rettslige rettigheter, samt rettspraksis relevant for EMK.[80]

Videre har ikke Datatilsynet tilstrekkelig grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr i denne saken. Selv om et overtredelsesgebyr hadde hatt tilstrekkelig rettslig grunnlag, er ikke overtredelsesgebyrets størrelse i henhold til artikkel 83 (2) eller norsk rett. Datatilsynet har heller ikke begrunnet hvorfor ingen av de alternative tiltakene i personvernforordningen ville vært tilstrekkelig. Ettersom den påståtte overtredelsen opphørte for nesten to år siden er enhver påstått skade allerede begrenset. I tillegg har flere tilsynsmyndigheter konkludert med at behandlingsansvarlige har innhentet ugyldige samtykker i andre saker uten at dette har medført overtredelsesgebyr. Ileggelse av ethvert overtredelsesgebyr, særlig av størrelsesordenen i vår sak, bryter med det grunnleggende prinsippet i norsk og europeisk rett om likhet for loven, samt fortalepunkt 11 i personvernforordningen.

7. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Legalitetsprinsippet i forvaltningsretten og EØS-retten krever at ethvert overtredelsesgebyr har et klart rettslig grunnlag, og baseres på objektive, ikke-diskriminerende kriterier som de involverte parter er kjent med på forhånd.[81]

Overtredelsesgebyret er basert på Datatilsynets nye fortolkninger av personvernforordningen. Datatilsynet anvender disse tolkningene med tilbakevirkende kraft og bygger på uriktige forutsetninger om Grindrs tidligere samtykkemekanisme. Datatilsynet kan ikke basere et historisk høyt overtredelsesgebyr på en tilbakevirkende tolkning av kravene til samtykke og anvende dette på Grindrs tidligere samtykkemekanisme, ei heller kan Datatilsynets nye tolkning av artikkel 9 omfatte deling av visse typer industristandardiserte kategorier av data. Videre vil Datatilsynets generaliserende vurderinger ikke bare ha store konsekvenser for selskaper som tjener et LGBTQ+-fellesskap, men vil også bidra til å opprettholde diskrimineringen av en gruppe som historisk sett – og fortsatt er – undertrykt.

[80] Som forklart i punkt 6.2 ovenfor

[81] Sak E-9/11 avsnitt 100.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

I det tilfelle overtredelsesgebyret endres eller bortfaller, forbeholder Grindr seg rett til å kreve de nødvendige sakskostnadene dekket i forbindelse med klagen, jf. forvaltningsloven § 36.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS

DocuSigned by:
Eva Jarbekk
2B89198819B3423...
Eva Jarbekk
Partner

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

VEDLEGG 1

Tabellen viser kilder som Datatilsynet har basert seg på i tolkningen og anvendelsen av personvernforordningens artikkel 6 og 9, som ikke eksisterte på tidspunktet for den påståtte overtredelsen.

Datatilsynet har gitt rettskildene i tabellen tilbakevirkende kraft, i strid med forbudet mot tilbakevirkende kraft i, blant annet, Grunnloven § 97.

Dato	Kilde	Side(r) i Vedtaket
Mai 2020	EDPB Guidelines 05/2020 "*On consnet under Regulation 2016/679*"	16-19, 21, 25-26, 28, 30-32, 34-35, 40-41, 60
Juli 2020	Artikler om kjøpet av Grindr i juni 2020	64
August 2020	EDPB Guidelines 08/2020 "*On the Targeting of Social Media Users*"	45-47, 52
	Datatilsynets personvernundersøkelse fra 2019/2020	53
November 2020	Sak C-61/19, Orange Romania, CJEU	17, 23-24, 31, 35
April 2021	HR-2021-797-A	49
Juni 2021	18 sak C-645/19, Facebook Ireland and others v. Gegevensbeschermingsautoriteit	16
	Spørreundersøkelse bestilt av Forbrukerrådet	53
Juli 2021	NRK undersøkelse	47
	Artikler om "The Pillar"	40
August 2021	Artikler fra NYTimes om "The Pillar"	38

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

VEDLEGG 2 – OVERSIKT OVER VEDTATTE OVERTREDELSESGEBYR

Oversikten inneholder overtredelsesgebyrene vist til i Tilsvaret, samt overtredelsesgebyrene Datatilsynet har vist til på side 66 i Vedtaket som også illustrerer at overtredelsesgebyret er uproporsjonalt høyt.

Oversikten er basert på offentlig tilgjengelig informasjon, ikke på vedtakstekst, og kan derfor være upresis.

Behandlingsansvarlig /databehandler	Bot (EUR)	Art.	% av omsetning
1. Google Inc (21. januar 2019, Frankrike)	50 000 000	Art. 5, 6, 12, 13 og 14.	Omsetning på $ 109 700 000 000 i 2017 (ca. 96 000 000 000 euro). Overtredelsesgebyret utgjør 0,05 % av dette.
2. TIM – Telecom Provider (1. februar 2020, Italia)	27 800 000	Art. 5, 6, 17, 21 og 32.	Omsetning på 14 ca. 000 000 000 euro i 2018. Overtredelsesgebyret utgjør 0,2 % av dette.
3. British Airways (16. oktober 2020, UK)	22 046 000 (før siste reduksjon pga. covid-19)	Art 5 og 32.	Overtredelsesgebyret utgjorde mindre enn 0,2 % av global omsetning før siste reduksjon pga. covid-19.
4. Marriot International, Inc (30. oktober 2020, UK)	20 450 000	Art. 32.	Overtredelsesgebyret utgjør 0,6 % av global omsetning for gruppen. Overtredelsesgebyret var ilagt for brudd som kan føre til overtredelsesgebyr på 10 000 000 euro eller 2 % av samlet global årsomsetning, jf. artikkel 83(4).
5. Wind Tre S.p.A (telephone operators) (13. juli 2020, Italia)	16 700 000	Art. 5, 6, 12, 24 og 25.	Overtredelsesgebyret utgjør 0,32 % av årsomsetning.
6. Caixbank S.A (Bank) (12. januar 2021, Spania)	6 000 000	Art. 6, 13 og 14.	I henhold til "Central Mercantile Registry" var "Subscribed Capital" 5 981 438 031 euro. Overtredelsesgebyret utgjør 0,1% av dette.
7. Carrefour Frankrike og Carrefour Banque (Frankrike)	2 250 000 800 000	Art. 5, 12, 13, 14, 15, 17, 21, 32 og 33.	<u>Carrefour Frankrike</u> Årsomsetning på ca. 14 000 000 euro. Samlet omsetning fra resten av Carrefour-gruppen (ca. 80 000 000 000 euro i omsetning i 2019) ble også hensyntatt. Overtredelsesgebyret utgjør 0,0028% av samlet global årsomsetning. <u>Carrefour Banque:</u> Netto årsomsetning på 308 000 000 euro. Overtredelsesgebyret utgjør 2,6 % av dette.

DocuSign Envelope ID: 8963EEB3-02F5-429E-9C20-BEA8CF945354

8.	Twitter International Company (Irland)	450 000	Art. 33 og 33.	Omsetning på $ 3 460 000 000 (ca. 3 082 514 000 euro) i 2019. Overtredelsesgebyret utgjør 0,014 % av dette. Overtredelsesgebyret var ilagt for brudd som kan føre til overtredelsesgebyr på 10 000 000 euro eller 2 % av samlet global årsomsetning, jf. artikkel 83(4).
9.	H&M Hennes & Mauritz Online Shop A.B. & Co. KG	35 258 708	Art. 5 og 6.	Global omsetning ca. 22 000 000 000 euro. Overtredelsesgebyret utgjør ca. 0,16% av dette.
10.	Ferde AS (27. september 2021, Norge)	Ca. 500 000	Art. 5, 28, 32 og 44	Driftsinntekter på 3 553 242 352 kr. Antatt tilsvarende inntekter i 2020. Overtredelsesgebyret utgjør ca. 0,14 % av dette.
11.	MedHelp AB (7. juni 2021, Sverige)	Ca. 1 200 000	Art. 5, 6, 9, 13 og 32	Årsomsetning for konsernet på 223 013 000 svenske kroner i 2019. Overtredelsesgebyret utgjør ca. 5,38 % av dette. Vi understreker at MedHelp AB hadde eksponert helseopplysninger i form av i opptak av telefonsamtaler om helsehjelp på internett, uten tilstrekkelig beskyttelsestiltak. Dersom Grindr har overtrådt personvernforordningen kan Grindrs overtredelse uansett ikke karakteriseres som like grov som MedHelps ABs overtredelse.
12.	Radio Grenland AS (Norge)	Ikke offentlig	Art. 6, 13, 17 og 21	Overtredelsesgebyret tilsvarer ca. 2-3 % av årsomsetning. (Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr er ikke offentlig.)
13.	Cyberbook AS (Norge)	Ikke offentlig	Art. 6, 13, 17 og 21	Overtredelsesgebyret tilsvarer ca. 2-3 % av årsomsetning. (Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr er ikke offentlig.)