

Personvernemnda
Postboks 6805 St Olavs plass
0130 OSLO

Unntatt offentlighet:
Offl. § 13 jf. fvl. § 13 (1) nr. 2

Deres referanse

Vår referanse
20/02136-43

Dato
06.12.2022

Oversendelse av klage på vedtak om overtredelsesgebyr

1	Innledning.....	3
2	Sakens gang.....	4
3	Anførsler fra Grindr i klagen.....	5
4	Merknader til klagen fra Forbrukerrådet.....	6
5	Datatilsynets vurdering	7
5.1	Grindr's anførsler vedrørende Datatilsynets rettskildebruk ved tolking av personvernforordningen	7
5.1.1	Innledende merknader om tolking av EU-retten og personvernforordningen ...	7
5.1.2	Vedrørende rettskilder publisert etter overtredelsesperioden.....	8
5.1.3	Vedrørende rettskildeverdien til retningslinjer fra EDPB og Artikkel 29-gruppen 11	
5.2	Hvorvidt Grindr delte personopplysninger med tredjeparter for markedsføringsformål og behandlingsansvar.....	12
5.3	Hvorvidt Grindr's tidligere samtykkemekanisme var i tråd med artikkel 6 nr. 1 bokstav a jf. artikkel 4 nr. 11 og 7 i personvernforordningen	16
5.3.1	Utformingen av Grindr's tidligere samtykkemekanisme	16
5.3.2	Utfyllende om vilkåret «frivillig»	17
5.3.3	Utfyllende om vilkåret «spesifikk»	25
5.3.4	Utfyllende om vilkåret «informert»	26
5.3.5	Utfyllende om vilkåret «utvetydig»	28
5.3.6	Vilkåret om at det skal være «like enkelt å trekke tilbake samtykke som å gi samtykke».....	29
5.3.7	Oppsummert om Grindr's tidligere samtykkemekanisme.....	29

5.4	Behandling av særlige kategorier av personopplysninger i henhold til artikkel 9	30
5.4.1	Hvorvidt Grindr's behandlet personopplysninger som omfattes av artikkel 9 nr. 1 30	
5.4.2	Hvorvidt Grindr's behandling av personopplysninger faller innenfor et av unntaksvilkårene i artikkel 9 nr. 2.....	38
6	Ileggelse av overtredelsesgebyr	42
6.1	Generelle prinsipper ved ileggelse overtredelsesgebyr og Grindr's anførsler om legalitetsprinsippet	42
6.2	Skyldkrav ved ileggelse av overtredelsesgebyr overfor foretak.....	43
6.2.1	Om skyldkravet	43
6.2.2	Prinsipalt: Overtredelsene er begått med anonymt forsett	44
6.2.3	Subsidiært: Overtredelsene er i alle tilfeller begått uaktsomt gjennom anonyme og kumulative feil.....	47
6.3	Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr	49
6.3.1	Innledning.....	49
6.3.2	Bokstav a) karakteren, alvorlighetsgraden og varigheten av overtredelsen, idet det tas hensyn til den berørte behandlingens art, omfang eller formål samt antall registrerte som er berørt, og omfanget av den skade de har lidd	50
6.3.3	Bokstav b) hvorvidt overtredelsen ble begått forsettlig eller uaktsomt	56
6.3.4	Bokstav c) eventuelle tiltak truffet av den behandlingsansvarlige eller databehandleren for å begrense skaden som de registrerte har lidd.....	56
6.3.5	Bokstav 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,	58
6.3.6	Bokstav e) eventuelle relevante tidligere overtredelser begått av den behandlingsansvarlige eller databehandleren	59
6.3.7	Bokstav f) graden av samarbeid med tilsynsmyndigheten for å bøte på overtredelsen og redusere de mulige negative virkningene av den.....	60
6.3.8	Bokstav g) kategoriene av personopplysninger som er berørt av overtredelsen	61
6.3.9	Bokstav h) på hvilken måte tilsynsmyndigheten fikk kjennskap til overtredelsen, særlig om og eventuelt i hvilken grad den behandlingsansvarlige eller databehandleren har underrettet om overtredelsen,.....	62
6.3.10	Bokstav 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	63
6.3.11	Bokstav j) overholdelse av godkjente atferdsnormer i henhold til artikkel 40 eller godkjente sertifiseringsmekanismer i henhold til artikkel 42 [...].....	63

6.3.12	Bokstav k) enhver annen skjerpene eller formildende faktor ved saken, f.eks. økonomiske fordeler som er oppnådd, eller tap som er unngått, direkte eller indirekte, som følge av overtredelsen.....	63
6.4	Utmåling av overtredelsesgebyret	68
7	Konklusjon	77

1 Innledning

Datatilsynet viser til vedlagte klage datert 14. februar 2022 (heretter «klagen») fra Advokatfirmaet Schjødt på vegne av Grindr LLC (heretter «Grindr») i sak 20/02136 (tidligere 20/00100). Klagen gjelder vårt vedtak om overtredelsesgebyr på NOK 65 000 000 mot Grindr av 12. desember 2021 (heretter «vedtaket»).

Klagefristen ble på forespørsel fra Grindr utsatt til 14. februar 2022. Klagen er dermed fremsatt rettidig.

- Vedlegg 1:** Klage på vedtak om overtredelsesgebyr, datert 14. februar 2022. (20/02136-34, side 1-77 i vedleggene)
- Vedlegg 2:** Vedtak om overtredelsesgebyr, datert 12. desember 2021, original og offisiell versjon på engelsk. (20/02136-18, side 78-145 i vedleggene)
- Vedlegg 3:** Vedtak om overtredelsesgebyr, datert 12. desember 2021, uoffisiell norsk oversettelse som etterspurt av Personvernemnda. (20/02136-52, side 146-215 i vedleggene)

I tråd med forvaltningsloven § 33 tredje ledd oversendte Datatilsynet en kopi av klagen til Forbrukerrådet som opptrer på vegne av klager. Datatilsynet mottok merknader til klagen fra Advokatfirmaet Hjort på vegne av Forbrukerrådet 24. mars 2022 (heretter «Forbrukerrådets merknader»). Merknadene er utformet i samarbeid med NOYB – European Center for Digital Rights.

- Vedlegg 4:** Forbrukerrådets merknader til klagen, datert 24. mars 2022. (20/02136-42, side 216-246 i vedleggene)

I tråd med forvaltningsloven § 33 andre ledd har Datatilsynet vurdert klagen til Grindr, og konkludert med at vi opprettholder vedtaket vårt av 12. desember 2022 om overtredelsesgebyr på NOK 65 000 000 fullt ut. Vi oversender derfor med dette klagen til Personvernemnda for avgjørelse, jf. forvaltningsloven § 33 fjerde ledd og personopplysningsloven § 22.

Vi gjør Personvernemnda oppmerksom på at Grindr 18. november 2022 annonserte at selskapet hadde fullført en fusjon med Tiga Acquisition Corp i forbindelse med børsnotering, og endret navn fra Grindr LLC til Grindr Inc.¹

2 Sakens gang

Vi viser til gjennomgangen av sakens bakgrunn i vedtakets punkt 3, og særlig punkt 3.3 om Datatilsynets saksbehandling. Vi viser også til mottatt klage på vedtaket fra Grindr og kommentarer fra Forbrukerrådet som beskrevet i punkt 1 ovenfor.

I forbindelse med saksforberedelsen av saken plikter Datatilsynet å foreta de undersøkelser klagen gir grunn til, jf. forvaltningsloven § 33 andre ledd første punktum. I henhold til i denne plikten sendte Datatilsynet et nytt krav om redegjørelse til Grindr 5. juli 2022, hvor vi ba selskapet legge frem dokumentasjon på korrespondanse selskapet har hatt med annonsepartnere om sletting av personopplysninger utlevert fra Grindr. Grindr la frem den etterspurte dokumentasjonen 3. august 2022.

Datatilsynet sendte også et brev til Forbrukerrådet 5. juli 2022, hvor vi viste til at Grindr i klagen anfører at det fra september 2019 til 7. april 2020 bare ble innsamlet og utlevert gridbasert lokasjonsdata med 100 meters nøyaktighet fra enhetens faktiske plassering. Ettersom Forbrukerrådets tester ble foretatt fra juli til desember 2020, ga vi Forbrukerrådet anledning til å komme med eventuelle kommentarer til denne nye anførselen fra Grindr om gridbasert lokasjonsdata. Forbrukerrådet kom med nye kommentarer og dokumentasjon i tilknytning til denne anførselen fra Grindr i brev 10. august 2022.

De relevante dokumentene for sakens materielle spørsmål følger som vedlegg til dette oversendelsesbrevet. Dersom Personvernemnda ønsker oversendelse av alle dokumentene i saken, inkludert e-postkorrespondanser om fristutsettelse og andre prosessuelle eller praktiske forhold, kan dette ettersendes.

- Vedlegg 5:** Klager fra Forbrukerrådet mot Grindr, Twitter MoPub, OpenX AppNexus, AdColony og Smaato med vedlegg, datert 14. januar 2020. (20/00100-1, side 247-1355 i vedleggene)
- Vedlegg 6:** Krav om redegjørelse fra Datatilsynet til Grindr, datert 24. februar 2020. (20/00100-3, side 1356-1363 i vedleggene)
- Vedlegg 7:** Svar på krav om redegjørelse fra Grindr til Datatilsynet, datert 22. mai 2020. (20/02136-1, side 1364-1462 i vedleggene)
- Vedlegg 8:** Varsel om vedtak om overtredelsesgebyr fra Datatilsynet til Grindr, datert 24. januar 2021. (20/02136-5, side 1463-1490 i vedleggene)

¹ <https://investors.grindr.com/news/news-details/2022/Grindr-Completes-Business-Combination-to-Begin-Trading-November-18th-2021-as-NYSE-GRND/default.aspx>, sist besøkt 5. desember 2022.

- Vedlegg 9:** Merknader til varselet om vedtak om overtredelsesgebyr fra Grindr til Datatilsynet, datert 8. mars 2021. (20/02136-14, side 1491-1555 i vedleggene)
- Vedlegg 10:** Merknader til varselet om vedtak om overtredelsesgebyr fra Forbrukerrådet til Datatilsynet, datert 15. mars 2021. (20/02136-16, side 1556-1682 i vedleggene)
- Vedlegg 11:** Krav om redegjørelse fra Datatilsynet til Grindr, datert 29. april 2021. (20/02254-8, side 1683-1686 i vedleggene)
- Vedlegg 12:** Svar på krav om redegjørelse fra Grindr til Datatilsynet, datert 2. juni 2021 (20/02254-9, side 1687-1689 i vedleggene).
- Vedlegg 13:** Kommentarer fra Forbrukerrådet til redegjørelsen fra Grindr, datert 6. oktober 2021 (20/02136-20, side 1690-1722 i vedleggene).
- Vedlegg 14:** Brev fra Datatilsynet til Grindr, datert 11. oktober 2021. (20/02136-21, side 1723-1724 i vedleggene)
- Vedlegg 15:** Brev med ytterligere kommentarer fra Grindr, datert 19. november 2021. (20/02136-23, side 1725-1727 i vedleggene)
- Vedlegg 16:** Krav om redegjørelse fra Datatilsynet til Grindr, datert 5. juli 2022. (20/02136-45, side 1728-1729 i vedleggene)
- Vedlegg 17:** Brev fra Datatilsynet til Forbrukerrådet om anledning til å komme med ytterligere kommentarer knyttet til lokasjonsdata, datert 5. juli 2022. (20/02136-47, side 1730-1731 i vedleggene)
- Vedlegg 18:** Svar på krav om redegjørelse fra Grindr til Datatilsynet, datert 3. august 2022. (20/02136-50, side 1732-1756 i vedleggene)
- Vedlegg 19:** Ytterligere kommentarer fra Forbrukerrådet knyttet til lokasjonsdata, datert 10. august 2022. (20/02136-51, side 1757-1770 i vedleggene)

3 Anførsler fra Grindr i klagen

I klagen datert 14. februar 2022 anfører Grindr at det verken er rettslig eller faktisk grunnlag for å ilegge et overtredelsesgebyr på NOK 65 000 000. Grindr oppsummerer i innledningen til klagen at de anfører at vedtaket er ugyldig med begrunnelsen om at Datatilsynet har:

- *[t]olket reglene uriktig, og gitt disse tilbakevirkende kraft i strid med forbudet mot tilbakevirkende kraft i Grunnloven § 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 Grindr tidligere samtykkepraksis*
- *vurdert personvernforordningen artikkel 9 på en uriktig måte for Grindr tidligere samtykkepraksis;*
- *vurdert skyldkravet etter personvernforordningen artikkel 83 på en uriktig måte;*
- *gjort feilaktige faktiske og rettslige vurderinger i strid med norsk lov;*
- *har vurdert faktorene ved fastsettelsen av størrelse på overtredelsesgebyret etter personvernforordningen artikkel 83 på en uriktig måte.²*

Mange av anførslene til Grindr i klagen var allerede fremsatt i Grindr merknader til varselet (vedlegg 9) eller i annen tidligere korrespondanse i saken, og Datatilsynet har allerede behandlet disse i vedtaket. Nye anførsler i klagen fra Grindr vil utdypes nærmere og kommenteres i punkt 5 og 6 nedenfor.

4 Merknader til klagen fra Forbrukerrådet

Forbrukerrådet har i innledningen til sine merknader oppsummert dem slik:

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

Grindr hovedanførsel synes å være at de har delt personopplysninger med annonsepartnere «i tråd med gjeldende industristandard». Det er imidlertid ikke teknologibransjen som setter standarden for behandling av personopplysninger i Norge. Det er det personopplysningsloven, som blant annet gjennomfører personvernforordningen i norsk rett, som gjør. Grindr refererer videre til at «industrigiganter» har hatt samme praksis eller en for personvernet enda mer inngripende praksis enn dem selv. Det er ikke nytt at personvernforordningen og personopplysningsloven ikke fullt ut overholdes av alle store teknologiselskaper. Andre aktørers mangelfulle etterlevelse av regelverket, er imidlertid ingen unnskyldning for at Grindr behandlet personopplysninger til markedsføringsformål uten gyldig samtykke.

Grindr andre hovedargument er at Datatilsynet har referert til veiledere og andre kilder som ikke eksisterte på overtredelsestidspunktet. Reglene som Datatilsynet

² Klagen, s. 5

bygger vedtaket sitt på, følger av personvernforordningens ordlyd, veiledere og andre rettskilder som var tilgjengelige i perioden 20. juli 2018 til 7. april 2020 (heretter «overtredelsestidspunktet»). Sentrale elementer i regelverket fulgte også av den tidligere personopplysningsloven av 14. april 2000 som gjaldt før gjeldene regelverk trådte i kraft. Dette er nærmere redegjort for i punkt 4 under. Under enhver omstendighet er det Grindr som har ansvaret og risikoen for egen rettsoppfatning.³

Anførslene i merknadene fra Forbrukerrådet vil utdypes nærmere og kommenteres der relevant i punkt 5 og 6 nedenfor.

5 Datatilsynets vurdering

5.1 Grindr's anførsler vedrørende Datatilsynets rettskildebruk ved tolking av personvernforordningen

5.1.1 Innledende merknader om tolkning av EU-retten og personvernforordningen

En rekke av anførslene til Grindr i klagen omhandler Datatilsynets tolkning av personvernforordningen. I den forbindelse vil Datatilsynet innledningsvis komme med noen generelle merknader om tolkning av EU-retten og personvernforordningen.

Ved tolkningen av bestemmelser i EU-retten har EU-domstolen blant annet i avgjørelsen av 18. januar 2017 i sak C-427/15 *NEW WAVE CZ* avsnitt 19 lagt til grunn at:

In accordance with settled case-law of the Court, for the purpose of interpreting a provision of EU law, it is necessary to consider not only its wording but also the context in which it occurs and the objectives pursued by the rules of which it is part (judgment of 17 March 2016, Liffers, C-99/15, EU:C:2016:173, paragraph 14 and the case-law cited).

Det er fast praksis ved tolkningen av EU-retten at det ikke bare skal legges vekt på ordlyden i bestemmelsen, men også konteksten som bestemmelsen fremgår i og formålene til bestemmelsen og regelverket for øvrig. EU-domstolen har også lagt til grunn dette tolkningsprinsippet i saker vedrørende tolkningen av personvernforordningen, og legger betydelig vekt på fortalen i denne forbindelse.⁴ Om betydningen av fortalen i EU-rettsakter uttaler Sejersted m.fl. på side 53:⁵

Alle rettsakter skal etter TEUF art. 296 begrunnes. For forordninger og direktiver skjer dette, som for traktatene, ved hjelp av fortaler (preambler). Fortalen fyller gjerne en side eller to, men kan være lengre, og angir blant annet hjemmelen for

³ Forbrukerrådets merknader til klagen, s. 3

⁴ Se blant annet avgjørelsen i sak C-245/20 *Autoriteit Persoonsgegevens* avsnitt 28-32, sak C-61/19 *Orange Romania* avsnitt 37-41, sak C-131/12 *Google Spain*, avsnitt 48, 54, 58, 66-67 og sak C-101/01 *Lindqvist* avsnitt 95.

⁵ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, 2011. Se for øvrig også en nyere fremstilling i Arnesen m.fl., *Oversikt over EØS-retten*, 2022, s. 53-54, hvor det samme i det vesentlige fremgår.

rettsakten og formålet med den. Den kan ha stor betydning som bakgrunn for tolking, og fyller noe av den samme funksjonen som forarbeidene gjør i norsk rettskildelære.

Videre følger det på side 230⁶:

Fra EU-domstolens praksis vet vi at fortalene undertiden tas til inntekt for hva som er formålet med en gitt regulering. Fortalens betydning ved tolkningen av rettsakter omfattet av EØS-avtalen er søkt regulert i protokoll 1, pkt. 1 til avtalen. Her heter det at rettsaktenes fortaler er «relevante i den utstrekning de er nødvendige» for en riktig tolkning og anvendelse av rettsaktenes bestemmelser innenfor EØS-avtalens ramme.

Formålet til personvernforordningen slik det fremgår av fortalepunkt 10 og lagt til grunn i fast praksis i EU-domstolen, er blant annet er å sikre et høyt nivå for vern av fysiske personer.⁷

Vedrørende tolkningen av bestemmelser i EU-retten har EU-domstolen videre, blant annet i avgjørelsen av 7. mars 2018 i sak C-31/17 Cristal Union avsnitt 41, lagt til grunn at:

It should be recalled in this respect that, according to settled case-law, where a provision of EU law is open to several interpretations, preference must be given to that interpretation which ensures that the provision retains its effectiveness (see, inter alia, judgments of 18 December 2008, Afton Chemical, C-517/07, EU:C:2008:751, paragraph 43, and of 10 September 2014, Holger Forstmann Transporte (C-152/13, EU:C:2014:2184, paragraph 26).

Dersom en artikkel i personvernforordningen er åpen for flere tolkninger, skal den tolkningen som sikrer at bestemmelsen beholder sin effektivitet foretrekkes.⁸

5.1.2 Vedrørende rettskilder publisert etter overtredelsesperioden

Vi viser til vedtakets punkt 5.4, 5.5 og 6.1, klagens punkt 2.3 og 4.2.2, samt Forbrukerrådets merknader til klagen punkt 2 og 4.2.1.

Grindr har anført at personvernpraksis, regulatoriske retningslinjer og rettslige krav utvikler seg over tid, og at Datatilsynet har benyttet rettskilder som ble publisert etter perioden for overtredelsen i sine tolkninger i saken. Perioden for overtredelsene i denne saken er, som redegjort for i vedtakets punkt 5.1, fra 20. juli 2018 til 7. april 2020 (heretter «overtredelsesperioden»). Grindr opplytter disse rettskildene i klagens vedlegg 1, og anfører at dette blant annet gjelder avgjørelser fra EU-domstolen, uttalelser fra EU-domstolens generaladvokater og retningslinjer fra EDPB. Grindr anfører at selskapet ikke kunne ta disse kildene i betraktning på overtredelsestidspunktet, og at Datatilsynet har basert vedtaket på

⁶ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyen og Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, 2011.

⁷ Se blant annet avgjørelse av 6. oktober 2020, *La Quadrature du Net and Others* (C-511/18, C-512/18 og C-520/18, avsnitt 207), og avgjørelse av 24. februar 2022, *Valsts ienēmumu dienests* (C-175/20, avsnitt 49).

⁸ Generaladvokat Pitruzzella la til grunn samme prinsipp ved tolkning av personvernforordningen i sin forhåndsuttalelse i sak 9. juni 2022 i sak C-154/21 avsnitt 19.

tilbakevirkende tolkninger som utgjør en overtredelse av prinsippene om lovlighet og proporsjonalitet ved straff og straffesanksjoner.

Grindr viser i den forbindelse særlig til artikkel 49 i EUs pakt om grunnleggende rettigheter (Charter og Fundamental Rights of the European Union), personvernforordningens artikkel 58 og fortalepunkt 148. Grindr viser videre til EU-domstolens avgjørelse i sak C-3/06 *Groupe Danone v Commission* avsnitt 87-89.

Som Grindr også anerkjenner⁹, er ikke EUs pakt om grunnleggende rettigheter gjort til en del av EØS-avtalen. Den vil imidlertid i ulike sammenhenger kunne påvirke tolkninger av rettsakter som er innlemmet EØS-avtalen, slik som for personvernforordningen.¹⁰ I alle tilfeller er det imidlertid klart at det uansett gjelder et legalitetsprinsipp i norsk forvaltningsrett, og legalitetsprinsippet og forbudet mot at lover gis tilbakevirkende kraft kommer også til uttrykk i Grunnloven § 113 og § 97. Videre gjennomfører menneskerettighetsloven menneskerettighetskonvensjonen (EMK) som norsk lov, og EMK artikkel 7 nr. 1 inneholder et legalitetsprinsipp og et forbud mot tilbakevirkning i strafferetten. Straffebegrepet i EMK er autonomt, og i samsvar med Høyesteretts praksis legger Datatilsynet til grunn at overtredelsesgebyr er å anse som straff etter den europeiske EMK artikkel 6 og 7.¹¹ Dette fremgår også i vedtakets punkt 6.1.

Datatilsynet understreker i denne forbindelse, som det også fremgår uttrykkelig i vedtakets punkt 5.4.1 og gjennom vurderingene i vedtaket for øvrig, at det rettslige grunnlaget for vedtaket utelukkende er personopplysningsloven og personvernforordningen. Dette gjelder konklusjonene om at Grindr har brutt personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 nr. 1, samt grunnlaget for ileggelse og utmåling av overtredelsesgebyr. Den relevante teksten i personvernforordningen har ikke blitt endret siden personopplysningsloven trådte i kraft i Norge 20. juli 2018, og personvernforordningen ble kunngjort allerede 4. mai 2016.

Der hvor rettspraksis fra EU-domstolen og retningslinjer fra Personvernrådet (EDPB) eller Artikkel 29-gruppen er brukt i Datatilsynets vurderinger i vedtaket, har disse utelukkende blitt anvendt i forbindelse med tolkningen av de relevante artiklene i personvernforordningen. Videre har de aktuelle rettskildene Grindr viser til i klagens vedlegg 1, som er publisert etter overtredelsesperioden, kun blitt tatt i betraktning for å understøtte og bekrefte tolkninger som allerede er utledet av ordlyden i de relevante artiklene tolket i lys av fortalen og formålet.

Vedrørende anførselene om tilbakevirkende tolkninger viser Grindr særlig til EU-domstolens avgjørelser i sakene C-61/19, *Orange Romania* av 11. november 2020 og C-645/19, *Facebook Ireland and Others* av 15. juni 2021.

⁹ Klagen, s. 24.

¹⁰ Halvard H. Fredriksen, *Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten*, Jussens Venner side 371-399, 25. november 2013.

¹¹ Rt. 2012 side 1556.

Orange Romania-avgjørelsen er en tolkningsuttalelse etter TEUV art. 267.¹² Domstolen har i en rekke saker¹³, blant annet storkammeravgjørelsen av 22. juni 2021 i sak C-439/19 avsnitt 132, presisert at

[i]n that regard, it should be recalled that the interpretation which, in the exercise of the jurisdiction conferred on it by Article 267 TFEU, the Court gives to rules of EU law clarifies and defines the meaning and scope of those rules as they must be or ought to have been understood and applied from the time of their entry into force.

Selv om EU-retten over tid har en dynamisk karakter, er EU-domstolens oppgave å klargjøre tolkningen av gjeldende regelverk. EU-domstolen har verken i Orange Romania-saken eller den forutgående avgjørelsen i C-673/17 *Planet49* av 1. oktober 2019, anvendt rettskilder som ikke var tilgjengelig i overtredelsesperioden i tolkningen av kravene til et gyldig samtykke etter personvernforordningen. EU-domstolen har i sin tolkning basert seg på ordlyden i de relevante artiklene i personvernforordningen og direktiv 95/46/EF i lys av fortalen og formålet.

Grindr er selv ansvarlig for å ha tolket kravene i personvernforordningen lempeligere enn EU-domstolen, og Datatilsynet er uenig i at de aktuelle avgjørelser fra EU-domstolen publisert under eller etter perioden for overtredelsen ikke har relevans for saken. Disse avgjørelsene gir uttrykk for tolkninger av samtykkekravene som har vært gjeldende siden personvernforordningen trådte i kraft, og som langt på vei var gjeldende tolkninger også under direktiv 95/46/EF. Datatilsynet har ikke brutt legalitetsprinsippet ved å vise til de aktuelle avgjørelsene fra EU-domstolen eller forhåndsuttalelser fra generaladvokaten for å understøtte våre tolkninger av personvernforordningen, slik Grindr anfører.

Når det gjelder avgjørelsen i Facebook Ireland and Others, er denne avgjørelsen trukket frem i vedtaket for å underbygge at retningslinjer fra EDPB kan ha rettskildeværdi, og at slike retningslinjer kan anvendes av EU-domstolen ved tolkningen av EU-retten. Den juridiske metoden og rettskildebruken til EU-domstolen har ikke endret seg etter overtredelsesperioden, og henvisningen til denne dommen utgjør heller ikke et brudd på legalitetsprinsippet.

Grindr har for øvrig vist til EDPB *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679* publisert 4. mai 2020. Som det fremgår uttrykkelig av vedtakets punkt 5.4.1, er disse EDPB retningslinjene bare en revisjon av WP29 *Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP259)*, som ble publisert første gang 28. november 2017, og senere revidert og publisert 10. april 2018. EDPB sluttet seg til disse retningslinjene fra Artikkel 29-gruppen 25. mai 2018.¹⁴ EDPB-retningslinjene fra 2020 inneholder ikke noen endringer som er relevante for vår sak sammenlignet med Artikkel 29-gruppens retningslinjer fra april 2018, som var tilgjengelige i hele overtredelsesperioden. I vedtaket har Datatilsynet for ordens skyld referert til den tilsvarende referansen i Artikkel 29-gruppens retningslinjer fra 2018 ved alle referanser til EDPB sine retningslinjer fra 2020. De aktuelle uttalelsene i retningslinjene var dermed tilgjengelige for Grindr i hele overtredelsesperioden.

¹² Traktaten om Den europeiske unions virkemåte.

¹³ Se også Joined Cases C-581/10 and C-629/10, avsnitt 88, og C-724/17 avsnitt 55.

¹⁴ EDPB, Endorsement 1/2018

Grindr viser til slutt til EDPB *Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users*, som først ble publisert for offentlig høring 2. september 2020, og senere vedtatt i endelig versjon etter høringen 13. april 2021. Som det fremgår av vedtakets punkt 5.5.2, er disse retningslinjene kun trukket frem for å vise at Datatilsynets tolkninger av personvernforordningen artikkel 9 nr. 2 bokstav e er i tråd med forvaltningspraksisen til andre datatilsynsmyndigheter i EØS og datatilsynsmyndighetenes felles forståelse av personvernforordningen. Datatilsynets vurdering av artikkel 9 nr. 2 bokstav e var basert på en tolkning av ordlyden i artikkelen og var uavhengig av disse retningslinjene. Videre må Datatilsynet i alle tilfeller forholde seg til EDPB-retningslinjer som er endelig vedtatt etter overtredelsesperioden for å vurdere hvorvidt disse kan tale i Grindrers favør.

5.1.3 Vedrørende rettskildeverdien til retningslinjer fra EDPB og Artikkel 29-gruppen

Vi viser til vedtakets punkt 5.4.1 og punkt 5.4 for øvrig, samt klagens punkt 4.2.3.2.

Grindr anfører at selskapets samtykkemekanisme i overtredelsesperioden var i tråd med kravene i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, og at Datatilsynet har basert sine konklusjoner på retningslinjene til EDPB. Grindr viser til at retningslinjene fra EDPB ikke er rettslig bindende, og at Grindr ikke var forpliktet å følge disse på tidspunktet for den påståtte overtredelsen.

Datatilsynet er enig med Grindr i at retningslinjer fra EDPB ikke er rettslig bindende, og dette fremgår uttrykkelig i vedtakets punkt 5.4.1. Datatilsynet understreker for ordens skyld på nytt at det rettslige grunnlaget for vedtaket utelukkende er personopplysningsloven og personvernforordningen.

Dette betyr imidlertid ikke at retningslinjer fra EDPB ikke kan ha rettskildemessig vekt i forbindelse med tolkningen av personvernforordningen. EU-domstolen har gjort det klart at også EU-organers ikke-bindende rettslige instrumenter kan gi rettsvirkninger,¹⁵ og at det skal tas hensyn til dem ved tolkningen av EU-regelverket.¹⁶ Det er mange eksempler i europeisk rettspraksis på at denne typen retningslinjer er tillagt vekt i tolkningen av EU-retten, og vi viser til vedtakets punkt 5.4.1 hvor det redegjøres nærmere for dette.

Datatilsynet trekker i denne forbindelse blant annet frem EU-domstolens avgjørelser i sakene C-645/19, *Facebook Ireland and Others*, og C-210/16, *Wirtschaftsakademie*. I førstnevnte avgjørelse trekker domstolen frem EDPB *Opinion on the Interplay Between the ePrivacy Directive and the GDPR* av 12. mars 2019 i avsnitt 74, før domstolen i avsnitt 75 subsumerer «[i]n light of all the foregoing» hvordan personvernforordningen skal tolkes i forbindelse med det forelagte spørsmålet. I sistnevnte avgjørelse som ble publisert 5. juni 2018, viser domstolen i avsnitt 43 til avsnitt 75 og 76 i generaladvokatens uttalelse, før domstolen subsumerer i avsnitt 44. I avsnitt 75 i generaladvokatens uttalelse gjengis utdrag fra Artikkel

¹⁵ EU-organenes instrumenter er beskrevet i TFEU art. 288.

¹⁶ EU-domstolen, Sak C-322/88, *Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles*, avgjørelse av 13. desember 1989, avsnitt. 16-18; Sak C-188/91, *Deutsche Shell*, avgjørelse av 21. januar 1993, avsnitt 18; Sak C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF) v. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*, avsnitt 71.

29-gruppens *Opinion 1/2010 on the concepts of "controller" and "processor"* av 16. februar 2010.

Som Grindr viser til, la Personvernemnda i PVN-2019-02 til grunn at Artikkel 29-gruppens retningslinjer for sletting av søketreff bygger på et nokså begrenset erfaringsmateriale, og at dette tilsier at det må utvises varsomhet med å legge altfor stor vekt på retningslinjene. I motsetning til Artikkel 29-gruppens retningslinjer for sletting av søketreff, bygger ikke Artikkel 29-gruppen retningslinjer om samtykke på et begrenset erfaringsmateriale. Artikkel-29-gruppen har kommet med veiledning om tolkningen av kravene for et gyldig samtykke tilbake til *Opinion 15/2011 on the definition of consent* under direktiv 95/46/EF, som ble publisert 13. juli 2011. Samtykke har videre vært et begrep i personvernretten i EU siden 1995.

Som vi har redegjort for i vedtakets punkt 5.4.1, er EDPB et uavhengig EU-organ som er opprettet i tråd med personvernforordningen artikkel 68. Det følger videre av personvernforordningens fortalepunkt 139 at «[f]or å fremme en ensartet anvendelse av denne forordning bør Personvernrådet opprettes som et uavhengig EU-organ.» I henhold til artikkel 70 nr. 1 bokstav e blir retningslinjer fra EDPB utstedt for formålet om å bidra til en ensartet anvendelse av forordningen.¹⁷ Vedtakelse og anvendelse av retningslinjer fra EDPB er særlig viktig for at tilsynsmyndighetene i EØS skal kunne etterleve sin forpliktelse i personvernforordningen artikkel 51 nr. 2 til å «bidra til en ensartet anvendelse av [personvernforordningen] i hele [EØS]» .

Rettskildeværdien til retningslinjer fra EDPB er videre forutsatt i forarbeidene til personopplysningsloven:

*Uttalelser og retningslinjer fra Personvernrådet er ikke bindende, men det er grunn til å anta at uttalelsene i praksis vil bli tillagt stor vekt.*¹⁸

5.2 Hvorvidt Grindr delte personopplysninger med tredjeparter for markedsføringsformål og behandlingsansvar

Vi viser til vedtakets punkt 5.3 og klagens punkt 3.4.

Datatilsynet har i vedtaket konkludert med at opplysningene Grindr delte med annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring¹⁹, utgjorde personopplysninger, jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 1.

¹⁷ Se også personvernforordningens fortalepunkt 10.

¹⁸ Prop 56 LS (2017-2018), s. 168.

¹⁹ Artikkel 29-gruppen har beskrevet adferdsbasert markedsføring på følgende måte i *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising* fra 22. juni 2010: *Behavioural advertising is advertising that is based on the observation of the behaviour of individuals over time. Behavioural advertising seeks to study the characteristics of this behaviour through their actions (repeated site visits, interactions, keywords, online content production, etc.) in order to develop a specific profile and thus provide data subjects with advertisements tailored to match their inferred interests.* Se også studien *Regulating targeted and behavioural advertising in digital services* fra 2021 utført for EU-parlamentet, s. 23-24:
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694680/IPOL_STU\(2021\)694680_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694680/IPOL_STU(2021)694680_EN.pdf)

I klagen skriver Grindr at opplysningene Grindr delte utgjorde «en liten, hvis noen, risiko for re-identifisering.»²⁰ Det er ikke klart for Datatilsynet hvorvidt Grindr her anfører at opplysningene de delte med annonsepartnere ikke utgjorde personopplysninger, men etter Datatilsynets syn kan en slik anførsel uansett ikke føre frem.

Personvernforordningen artikkel 4 nr. 1 definerer personopplysninger som «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar person». Det følger videre av artikkel 4 nr. 1 at

en identifiserbar fysisk person er en person som direkte eller indirekte kan identifiseres, særlig ved hjelp av en identifikator, f.eks. et navn, et identifikasjonsnummer, lokaliseringsopplysninger, en nettidentifikator eller ett eller flere elementer som er spesifikke for nevnte fysiske persons fysiske, fysiologiske, genetiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sosiale identitet[.]

Knyttet til vurderingen av hvorvidt en fysisk person er identifiserbar, følger det av fortalepunkt 26:

[...] Når det skal fastslås om en fysisk person er identifiserbar, bør det tas hensyn til alle midler som det med rimelighet kan tenkes at den behandlingsansvarlige eller en annen person kan ta i bruk for å identifisere vedkommende direkte eller indirekte, f.eks. utpeking. For å fastslå om midler med rimelighet kan tenkes å bli tatt bruk for å identifisere den fysiske personen bør det tas hensyn til alle objektive faktorer, f.eks. kostnadene for og tiden som er nødvendig for å foreta identifikasjonen, idet det tas hensyn til teknologien som er tilgjengelig på behandlingstidspunktet, samt den teknologiske utvikling.

Det følger videre av fortalepunkt 30 at:

Fysiske personer kan knyttes til nettidentifikatorer via utstyr, programmer, verktøy og protokoller, f.eks. IP-adresser, informasjonskapsler eller andre identifikatorer, f.eks. radiofrekvensidentifikasjonsmerker. Dette kan etterlate spor som særlig i kombinasjon med entydige identifikatorer og andre opplysninger som serverne mottar, kan brukes til å opprette profiler for fysiske personer og identifisere dem.

Under direktiv 95/46/EF har EU-domstolen lagt til grunn at begrepet personopplysninger må tolkes vidt.²¹ I henhold til EU-domstolens praksis er det heller ikke et krav om at all informasjonen som muliggjør identifisering av den registrerte må ligge hos én aktør.²² Definisjonen av personopplysninger i personvernforordningen bygger på definisjonen i direktiv 95/46/EF, og disse dommene er dermed også relevante for tolkningen av personvernforordningens personopplysningsbegrep. Det avgjørende er om opplysningene, på

²⁰ Klagen, side 13.

²¹ Avgjørelse av 20. desember 2017 i sak C-434/16 *Nowak*, avsnitt 34.

²² Avgjørelse av 20. desember 2017 i sak C-434/16 *Nowak*, avsnitt 31, avgjørelse av 19. oktober 2016 i sak C-582/14 *Breyer* avsnitt 43.

grunn av sitt innhold og sammenhengen de fremgår i, kan knyttes til en identifiserbar person gjennom midler som med rimelighet kan tenkes å bli tatt bruk.

Opplysningene Grindr utleverte til annonsepartnere i overtredelsesperioden var:²³

- Annonse-ID fra enhetens operativsystem
- IP-adresse
- Informasjon om datamiljøet (versjon av operativsystem, modell, skjermopløsning o.l.)
- Selvrapportert alder (i hele år)
- Kjønn
- Presis lokasjon
- Det faktum at de aktuelle opplysningene stammer fra Grindr, gjennom opplysninger som navn på applikasjonen eller app-ID.

Grindr utleverte IP-adresse. IP-adresse er eksplisitt nevnt i fortalepunkt 30 som et eksempel på en nettidetifikator som kan knyttes til fysiske personer. Dette er også lagt til grunn av EU-domstolen for dynamiske IP-adresser under gitte forutsetninger.²⁴ I denne saken har IP-adresser dessuten blitt delt sammen med andre opplysninger som også alene eller i kombinasjon kan brukes som identifikatorer, slik som annonse-ID fra enhetens operativsystem og metadata om datamiljøet. Annonse-ID kan identifisere en registrert på tvers av apper og øvrige tjenester, også tjenester der den registrerte potensielt er innlogget med fullt navn eller oppgir andre identifiserende opplysninger.

Grindr utleverte videre de aktuelle opplysningene til annonsepartnere for formålet adferdsbasert markedsføring, og opplysningene ble deretter utlevert videre til annonsører og andre aktører i adtech-økosystemet som ledd i systemet for sanntidskjøp og salg av annonser («Real Time Bidding», «RTB»). IP-adresse og annonse-ID er som nevnt ovenfor begge nettidetifikatorer som gjør det mulig å koble og kombinere de utleverte opplysningene med andre opplysninger eller profiler med korresponderende nettidetifikatorer som er samlet inn gjennom andre tjenester og av andre aktører i adtech-økosystemet. Gjennom å kombinere slike opplysninger kan personen opplysningene gjelder identifiseres. Grindr anerkjenner selv i klagens punkt 6.6.7:

Målrettet annonsering er avhengig av muligheten til å krysse ulike identifikatorer på tvers av ulike tjenester for å vise annonsering som er tilpasset brukeren. [...]

Kombinering av opplysninger på tvers av tjenester er midler som med rimelighet kan tenkes å bli brukt, ettersom formålet med adferdsbasert markedsføring nettopp er å tilpasse annonser til individer.

²³ Som beskrevet i Grindr's merknader til Datatilsynets varsel om vedtak datert 8. mars 2021, s. 15-16 (vedlegg 9, personvernerklaringene til Grindr i overtredelsesperioden (vedlegg 20, fremgår også i vedlegg 5), og tekniske rapporten utarbeidet av Mnemonic på vegne av Forbrukerrådet, s. 27 og 29 (vedlegg 5).

²⁴ Avgjørelse av 19. oktober 2016 i sak C-582/14 *Breyer* avsnitt 31-49.

Vi påpeker for øvrig at Grindr selv erkjenner at selskapet utleverte personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring i selskapets personvernerklæringen i hele overtredelsesperioden (vedlegg 20), samt i Grindr's merknader til Datatilsynets varsel om vedtak datert 8. mars 2021, side 15-16 (vedlegg 9).

I tillegg til identifikatorene IP-adresse og unik annonse-ID fra enhetens operativsystem, utleverte også Grindr opplysninger om presis lokasjon. Lokasjonsdata kan blant annet avsløre hvor en fysisk person bor eller jobber. Den tekniske rapporten utarbeidet av selskapet Mnemonic på oppdrag fra Forbrukerrådet (heretter «Mnemonics tekniske rapport», side 520 flg. i vedleggene) viste at applikasjonen sendte hyppige annonsevarsler (ofte kalt «ad calls»), gjerne flere ganger i minuttet.²⁵ Utleveringen av lokasjonsdata skjer dermed hyppig og over tid, og forskning viser at det kreves svært få datapunkter på lokasjon for å kunne re-identifisere en person.²⁶ (Et eksempel til illustrasjon er NRKs sak «Avslør av mobilen»: <https://www.nrk.no/norge/xl/avslort-av-mobilen-1.14911685>).

I klagen anfører Grindr nå at det fra og med september 2019 bare ble innsamlet og utlevert gridbasert lokasjonsdata med 100 meters nøyaktighet fra enhetens faktiske plassering, og som ble oppdatert når den registrerte flyttet på seg («registrert» og «bruker» anvendes begge i vedtaket og dette oversendelsesbrevet for å omtale Grindr-appens brukere på norsk territorium i overtredelsesperioden, og som utgjør de registrerte som er berørt av overtredelsene i denne saken). Dette til tross for at det av selskapets personvernerklæringer under hele overtredelsesperioden fremgikk at Grindr samlet inn «precise location (e.g. your latitude and longitude)», se vedlegg 20. Forbrukerrådets testperiode av Grindr-applikasjonen var mellom juli og desember 2019, og presis lokasjon var en av kategoriene av personopplysninger det ble testet for, se Mnemonics tekniske rapport side 21 i vedlegg 5. Datatilsynet ga derfor Forbrukerrådet ved brev 5. juli 2022 særskilt anledning til å kommentere denne anførselen fra Grindr.

I svaret sitt av 10. august 2022 har Forbrukerrådet redegjort for og lagt frem dokumentasjon for at Grindr i perioden fra september 2019 utleverte lokasjonsdata til en rekke annonsepartnere med en nøyaktighet på noen få meter – og ikke 100 meter slik Grindr nå anfører i klagen. Med en slik nøyaktighet vil man for eksempel kunne avsløre gateadressen den registrerte befinner seg på. Datatilsynet har gjennomgått dokumentasjonen fra Forbrukerrådet, og finner at det er klar sannsynlighetsovervekt for at lokasjonsdataene som Grindr utleverte fra september 2019 hadde en nøyaktighet på noen få meter – og ikke 100 meter slik Grindr nå anfører.

Datatilsynet påpeker for ordens skyld at lokasjonsdata kan være egnet til å re-identifisere en person selv om dataene ikke er presise.²⁷ Dette er imidlertid ikke avgjørende for spørsmålet

²⁵ Mnemonics tekniske rapport, s. 23 og 30.

²⁶ de Montjoye m. fl., “Unique in the Crowd: The privacy bounds of human mobility”, 2013; Pyrgelis m.fl., “Knock Knock, Who’s There? Membership Inference on Aggregate Location Data” 2017; EDPB Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak, vedtatt 21. april 2020, avsnitt 20.

²⁷ EDPB Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak, vedtatt 21. april 2020, avsnitt 21.

om hvorvidt opplysningene Grindr utleverte til annonsepartnere utgjorde personopplysninger, ettersom Grindr i alle tilfeller utleverte IP-adresse og annonse-ID.

Datatilsynet fastholder konklusjonen om at opplysningene Grindr utleverte til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring var egnet til å identifisere fysiske personer, og dermed utgjør personopplysninger, jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 1.

Som det følger av vedtakets punkt 5.3, var Grindr behandlingsansvarlig for utleveringen av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 7. Dette er ikke bestridt av Grindr.

Som det følger av punkt 5.4.1, krever utlevering av personopplysninger til annonsepartnere som ikke er Grindr databehandlere, et rettslig grunnlag etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 for å være lovlig. Vi påpeker for ordens skyld at kravet om rettslig grunnlag for utleveringen gjelder uavhengig av hvorvidt Grindr og den aktuelle annonsepartneren har et separat eller felles behandlingsansvar, jf. personvernforordningen artikkel 26. For det tilfelle at en annonsepartner skulle være Grindr databehandler, slik Grindr og OpenX anser deres relasjon²⁸, vil Grindr være behandlingsansvarlig for videre utlevering av personopplysninger fra databehandleren til andre annonsepartnere, og måtte påvise et rettslig grunnlag for dette.

5.3 Hvorvidt Grindr tidligere samtykkemekanisme var i tråd med artikkel 6 nr. 1 bokstav a jf. artikkel 4 nr. 11 og 7 i personvernforordningen

5.3.1 Utformingen av Grindr tidligere samtykkemekanisme

Vi viser til vedtakets punkt 5.1, klagens punkt 4.1 og Forbrukerrådets merknader punkt 4.1.

Datatilsynet forstår klagen til Grindr slik at det ikke er uenighet om hvordan samtykkemekanismen til Grindr faktisk var utformet i overtredelsesperioden (heretter den «tidligere samtykkemekanismen»). Uenigheten består i hvorvidt den tidligere samtykkemekanismen var i tråd med kravene til et gyldig samtykke i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7.

Som det er redegjort for i vedtaket, var den tidligere samtykkemekanismen til Grindr utformet slik at de komplette avtalevilkårene til Grindr først ble vist, og brukerne kunne trykke på knappen «proceed» i bunnen av skjermen. Dersom brukeren trykket på «proceed», kom det en pop-up med frasen «I accept the Terms of Service», hvor brukerne kunne trykke «accept» eller «cancel». Dersom brukeren trykket på «accept», kom vedkommende videre i prosessen. Deretter ble den fullstendige personvernerklæringen til Grindr vist på skjermen, og brukeren kunne på nytt trykke på knappen «proceed» i bunnen av skjermen. Personvernerklæringen som gjaldt før 31. desember inneholdt over 3 700 ord, og personvernerklæringen som gjaldt fra og med 31. desember 2019 var enda lenger. De aktuelle personvernerklæringene er tatt inn i et eget vedlegg (vedlegg 20), og er også vedlagt klagen fra Forbrukerrådet i vedlegg 5. Dersom brukeren trykket på «proceed», kom det en pop-up med frasen «I accept the Privacy Policy», hvor brukerne kunne trykke «accept» eller «cancel». Bare dersom brukeren trykket

²⁸ Se vedtakets s. 6

«accept», kunne brukeren fortsette registreringen for å ta i bruk tjenestene til Grindr. Dersom brukeren trykket på «cancel», var ikke videre registrering mulig, og brukeren kunne ikke benytte seg av applikasjonen.

Vedlegg 20: Grindr tidligere samtykkemekanisme og personvernerklæringene som gjaldt før og etter 31. desember 2019 (20/2136-55, side 1771-1796 i vedleggene).

Kravene til et gyldig samtykke i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7 behandles i det følgende i samme rekkefølge som i vedtaket og klagen.

5.3.2 Utfyllende om vilkåret «frivillig»

5.3.2.1 Innledning

Vi viser til vedtakets punkt 5.4.2, klagens punkt 4.2.3.2 og Forbrukerrådets merknader punkt 4.2.2.2.

Datatilsynet har i vedtaket konkludert med at samtykkene Grindr innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke var gitt «frivillig», jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11.

Grindr anfører at Datatilsynets begrunnelser er uriktige, og at samtykkene selskapet innhentet var «frivillig» avgitte. Når det gjelder Grindr argumenter knyttet til Orange Romania-avgjørelsen og rettskildeværdien til retningslinjer fra EDPB og Artikkel 29-gruppen, viser vi til punkt 5.1.2 og 5.1.3 ovenfor. Øvrige nye anførsler fra Grindr vil behandles nedenfor i samme rekkefølge som vedtaket og klagen.

5.3.2.2 Ikke mulig å gi separat samtykke for forskjellige behandlingsaktiviteter

I klagen argumenterer Grindr for at separate samtykker til ulike behandlingsaktiviteter kun er en anbefaling i de ikke-bindende retningslinjene til EDPB og Artikkel 29-gruppen, og ikke et krav etter personvernforordningen.

Dette er ikke en ny anførsel i saken, og den ble også påberopt av Grindr i merknadene til Datatilsynets varsel.²⁹ Som det fremgår av vedtaket, bygger Datatilsynets vurdering i vedtaket på en tolkning av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a jf. artikkel 4 nr. 11, også i lys av de relevante fortalepunktene.

Ordlyden «frivillig» tilsier at det må være reell valgfrihet for den registrerte, noe som også underbygges av personvernforordningens fortalepunkt 42 siste setning.

Dersom den behandlingsansvarlige har flere ulike formål for behandling av personopplysninger, og ikke tillater den registrerte å identifisere og velge hvilke

²⁹ Se vedlegg 9.

behandlingsformål som vedkommende ønsker å gi samtykke til, og avslå samtykke for andre behandlingsformål som vedkommende ikke ønsker, foreligger det ikke reell valgfrihet.

Dette underbygges av fortalepunkt 43, hvor det følger at uttrykkelig at

Samtykket antas å ikke være gitt frivillig dersom det ikke er mulig å gi separat samtykke for forskjellige behandlingsaktiviteter, selv om det er hensiktsmessig i det enkelte tilfellet [...].

Av fortalepunkt 32 følger det videre at:

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

Betydningen av hvorvidt det er mulig å gi separate samtykker for forskjellige behandlingsaktiviteter, for vurderingen av om et samtykke er gitt «frivillig», følger etter dette av en tolkning av ordlyden i personvernforordningen i lys av fortalen. Dette har vært gjeldende tolkning siden forordningen trådte i kraft. Den omstendighet at tolkningen vår samsvarer med tolkninger i veiledningsmateriale fra Artikkel 29-gruppen, støttet av EDPB og tilgjengelig i hele overtredelsesperioden, underbygger bare Datatilsynets tolkning.³⁰

Vi viser for øvrig til Datatilsynets begrunnelse slik den fremgår av vedtakets side 17 flg. vedrørende dette (norsk versjon: side 18 flg.). Vedtaket behandler også Grindr's anførsler i klagen knyttet til avgjørelse nr. 434684 av den franske forvaltningsdomstolen ("Conseil d'État") og den franske datatilsynsmyndighetens (CNIL) retningslinjer for informasjonskapsler (cookies).

Grindr anfører videre i klagen at Datatilsynet ikke har tatt med hele uttalelsen til generaladvokat Szpunar av 21 mars 2019 i sak C-673/17 *Planet49* avsnitt 75, og at den fulle uttalelsen i tilknytning til personvernforordningens fortalepunkt 43 er «[t]he need for separate consent is therefore now stressed explicitly in this recital». Grindr argumenterer for at formuleringen «therefore now» tilsier at behovet for separate samtykker ikke gjaldt før personvernforordningen trådte i kraft.

Ettersom denne saken vurderes ut ifra kravene til et gyldig samtykke i personvernforordningen, og ikke direktiv 95/46/EF, får ikke dette betydning for vurderingen i denne saken. Vi påpeker imidlertid for ordens skyld at generaladvokaten uttaler følgende vedrørende rettstilstanden under det tidligere direktivet:

As a consequence, it appears to me doubtful that a bundle of expressions of intention, which would include the giving of consent, would be in conformity with the notion of consent under Directive 95/46.³¹

³⁰ Article 29 Working Party, Guidelines on consent under Regulation 2016/679, vedtatt 10. april 2018, side 10.

³¹ Opinion of Advocate General Szpunar, Case C-673/17, *Planet 49*, avsnitt 66.

Vi viser for øvrig til begrunnelsen og konklusjonen i vedtakets punkt 5.4.2. Datatilsynet fastholder at Grindr tidligere samtykkemekanisme ikke tillot at separate samtykker kunne gis til ulike behandlingsaktiviteter, selv om dette ville vært enkelt og hensiktsmessig. Dette indikerer at samtykkene innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke ble gitt «frivillig».

5.3.2.3 Yting av tjenesten var gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke var nødvendig for å oppfylle nevnte avtale

Det følger av personvernforordningen artikkel 7 nr. 4 at

[v]ed vurdering av om et samtykke er gitt frivillig skal det tas størst mulig hensyn til blant annet om oppfyllelse av en avtale, herunder om yting av en tjeneste, er gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke er nødvendig for å oppfylle nevnte avtale.

Som det følger av vurderingene i vedtaket på side 21-22 (norsk versjon: side 22-23), var ikke utlevering av brukernes personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring nødvendig for levering av applikasjonen til Grindr. Vi forstår Grindr slik at dette ikke er bestridt fra selskapets side, og Grindr anerkjenner selv at tjenesten beholdt samme funksjonalitet og viste kontekstuell annonsering dersom den registrerte brukte «opt-out»-funksjonen i innstillingene på enhetens operativsystem.³²

Dersom ikke brukeren trykket på «accept» tilknyttet frasen «I accept the Privacy Policy» under registreringen, fikk ikke brukeren tilgang til tjenesten. Den registrerte hadde dermed ikke noe annet valg enn å akseptere hele personvernerklæringen, som også beskrev utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, dersom vedkommende ønsker tilgang til tjenesten. Tilgang til tjenesten var dermed gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke var nødvendig for å oppfylle avtalen med den registrerte.

I klagen anfører Grindr at personvernerklæringen tydelig informerte brukerne om deres rett til å «opt-out» fra utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring gjennom innstillingene på enhetens operativsystem.

Som det fremgår av vedtaket, oppfyller ikke en «opt-out»-løsning kravene til et gyldig samtykke, ettersom den omstendigheten at den registrerte ikke aktivt gikk inn og valgte «opt-out» gjennom innstillingene på enhetens operativsystem, ikke utgjorde en «utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke», jf. artikkel 4 nr. 11. Samtykke krever en aktiv handling, og inaktivitet kan ikke utgjøre et samtykke. Vi viser for øvrig også til begrunnelsen i vedtakets punkt 5.4.5 vedrørende kravet om at et samtykke må være utvetydig.

³² Se blant annet klagen s. 33.

Videre har Datatilsynet i vedtaket på side 23-24 (norsk versjon: side 24-25) redegjort for at det var mer komplisert å avslå samtykke enn å gi samtykke i Grindr tidligere samtykkemekanisme. Til tross for at avgjørelsen må tillegges begrenset vekt i denne saken, påpeker Datatilsynet for ordens skyld at det i avgjørelse nr. 434684 av Conseil d'État, som Grindr har trukket frem i sin argumentasjon, fremgår følgende i tilknytning til gyldigheten av CNIL sine retningslinjer for samtykke til informasjonskapsler:

[...] the CNIL, which, in stating that it should be “as easy to refuse or withdraw consent as to give it”, limited itself to characterising the conditions of the user’s refusal, without defining specific technical methods for expressing such a refusal, did not vitiate its deliberation with any disregard of the rules applicable in this matter

[...]

As the CNIL points out, the contested guidelines do not impose any technical procedure for collecting this refusal. They merely demand, in general and rightly, that it is no more complicated to refuse than to accept.³³

CNIL har for øvrig ilagt overtredelsesgebyr mot Google og Facebook for brudd på det franske cookie-regelverket ved bruk av samtykkemekanismer hvor det var mer komplisert å avslå samtykke enn å gi samtykke.³⁴

Grindr har videre anført i klagen at den fullstendige personvernerklæringen som ble presentert til den registrerte forklarte klart og tydelig hvordan brukere kunne kontrollere behandlingen av data og «opt-out» fra adferdsbasert reklame, samt at kontekstuell reklame i så fall ville bli vist. Grindr anfører videre at den fullstendige personvernerklæringen opplyste om retten til å trekke tilbake samtykke.

Disse anførselene er allerede behandlet i vedtaket på side 24 (norsk versjon: side 25-26), og vi viser til dette. Vi påpeker i denne forbindelse at personvernerklæringen som hadde virkning frem til desember 2019 inneholdt følgende formulering:

If you revoke your consent for the processing of Personal Data, in accordance with this Privacy Policy and applicable Terms and Conditions of Service, then you must discontinue all use of the Grindr Services and delete any accounts that you created, as we will no longer be able to provide the Grindr Services.

Informasjonen vedrørende retten til å trekke tilbake samtykke var dermed ikke klar og tydelig, slik Grindr anfører. Når det gjelder vurderingen av «opt-out»-løsningen gjennom

³³ Avgjørelsens punkt 15 og 17 (CNILs oversettelse i Deliberation of the restricted committee No. SAN-2021-023 of 31 December 2021 concerning GOOGLE LLC and GOOGLE IRELAND LIMITED, punkt 131-132).

³⁴ <https://www.cnil.fr/en/cookies-cnil-fines-google-total-150-million-euros-and-facebook-60-million-euros-non-compliance>, sist besøkt 5. desember 2022.

innstillingene i operativsystemet til den registrertes enhet for øvrig, viser vi til vedtakets vurderinger i punkt 5.4.2 på side 22 flg. (norsk versjon: side 23 flg.).

I klagen argumenterer Grindr videre med at selskapet, som mange andre mobilapplikasjoner, tilbyr en reklamefinansiert gratisversjon og en betalt versjon med «premium»-funksjoner. Selskapet argumenterer for at de ikke er forpliktet til å tilby sine tjenester gratis, og at en betalt premiumtjeneste er i henhold til industristandard og en lovlig praksis.

Datatilsynets vedtak gjelder gratisversjonen av applikasjonen, og det er ikke et spørsmål i saken hvorvidt Grindr lovlig kunne tilby en betalt premiumtjeneste eller ikke. Den aktuelle vurderingen er hvorvidt de aktuelle samtykkene innsamlet gjennom Grindr tidligere samtykkemekanisme ble gitt «frivillig». Den relevante problemstillingen tilknyttet den betalte versjonen av applikasjonen i denne sammenhengen er hvorvidt eksistensen av muligheten for brukerne til å oppgradere til en betalt versjon uten utlevering av personopplysninger til annonsepartnere, innebar at ytelse av Grindr sine tjenester likevel ikke var gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke var nødvendig for å oppfylle avtalen med den registrerte.

I klagen har Grindr presisert at applikasjonen tilbød muligheten til å oppgradere til den betalte premiumversjonen rett etter endt registrering, og før brukeren bestemte seg for hvilke selvutfylte datafelt de ønsket å benytte. Grindr anfører dermed at denne muligheten ble gitt før personopplysninger ble utlevert for adferdsbasert markedsføring.

Som det også følger av vedtaket, ble likevel muligheten å oppgradere til den betalte versjonen først gitt etter at forbrukeren ble bedt om å akseptere hele personvernerklæringen. Dersom forbrukeren ikke trykket «accept» tilknyttet frasen «I accept the Privacy Policy» under registreringen, kunne ikke brukeren fullføre registreringen, og dermed heller ikke oppgradere til den betalte versjonen av applikasjonen. Den betalte versjonen må derfor i alle tilfeller anses som en «opt-out» løsning, ettersom den omstendighet at den registrerte ikke aktivt oppgraderte til premiumversjonen, ikke utgjorde en «utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke», jf. artikkel 4 nr. 11.

Grindr anfører videre i klagen at det ble gitt tydelig informasjon til de registrerte om at den betalte versjonen av applikasjonen ikke inneholder annonser fra tredjepart gjennom markedsføringen av den.

Som det fremgår av vedtaket på side 25 (norsk versjon: side 26), var «no third party ads» kun en av flere premium-funksjoner som fremgikk i markedsføringen av den betalte versjonen. Vi viser i den forbindelse også til skjermbildene på side 11-14 i Forbrukerrådets merknader til Datatilsynets varsel om vedtak av 15. mars 2021 (vedlegg 10). Fokuset i påstander som «no third party ads» er videre at det ikke vises annonser i applikasjonen, og det fremgår ikke uttrykkelig at det ikke lenger vil utleveres personopplysninger til annonsepartnere. Datatilsynet fastholder, som redegjort for i vedtaket, at det ikke var klart for de registrerte at de kunne «opt-out» fra utlevering av personopplysningene deres til annonsepartnere ved å oppgradere til den betalte versjonen.

Datatilsynet har for øvrig behandlet problemstillingene knyttet til muligheten til å oppgradere til den betalte versjonen i vedtaket på side 24 flg. (norsk versjon: side 26 flg.), og vi viser til dette.

Vi registrerer også at Grindr på side 19-20 og 38 av klagen har tatt med et avsnitt fra selskapets personvernerklæring om en mulighet til å «opt-out» fra noe tredjeparts adferdsbasert markedsføring gjennom å kontakte European Digital Advertising Alliance. Det fremgikk imidlertid av Grindr's personvernerklæringer i hele overtredelsesperioden at denne muligheten gjaldt sporing av besøkende av Grindr's nettsider gjennom cookies, og adferdsbasert markedsføring på Grindr's og andres nettsider. Denne opt-out muligheten er dermed ikke relevant for den forliggende saken, som gjelder gratisversjonen av Grindr-appen. For ordens skyld påpeker vi at på samme måte som «opt-out»-muligheten gjennom innstillingene i operativsystemet til den registrertes enhet, oppfylte heller ikke denne «opt-out»-muligheten kravene for et gyldig samtykke.

Datatilsynet fastholder at Grindr's tidligere samtykkemekanisme medførte at levering av tjenesten var gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke var nødvendig for å oppfylle avtalen med den registrerte. Dette indikerer at samtykkene innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke ble gitt «frivillig».

5.3.2.4 Registrerte var ikke er i stand til å nekte å gi eller trekke tilbake et samtykke uten at det var til skade for vedkommende

I klagen anfører Grindr at brukere av gratisversjonen kunne «opt-out» fra utlevering av personopplysninger til annonsepartnere gjennom innstillingene i enhetens operativsystem, uten at det gikk ut over funksjonaliteten til tjenesten.

Som Datatilsynet har redegjort for i vedtakets punkt 5.4.2 og ovenfor, oppfyller ikke en «opt-out»-løsning kravene til et gyldig samtykke. Den omstendigheten at den registrerte ikke aktivt velger «opt-out» fra adferdsbasert markedsføring gjennom innstillingene i enhetens operativsystem, utgjør ikke en «utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke», jf. artikkel 4 nr. 11. Videre har Datatilsynet begrunnet hvordan det var sannsynlig at de registrerte ikke hadde lest informasjonen om Grindr's foreslåtte «opt-out»-metode, og at de registrerte lett kunne få inntrykket av at det var obligatorisk å akseptere personvernerklæringen samt alle behandlingene av personopplysninger og øvrig informasjon som den beskrev. «Opt-out»-metoden var videre mer komplisert enn fremgangsmåten for å gi samtykke, og bruk av denne ville påvirket annonsene og behandlingen av personopplysninger i alle applikasjonene på enheten til den registrerte – og ikke bare Grindr. Dette er ikke nødvendigvis noe den registrerte ønsket, og det kan potensielt ha påvirket funksjonaliteten i andre tjenester negativt.

Dersom den registrerte ikke trykket trykket på «accept» tilknyttet frasen «I accept the Privacy Policy» under registreringen, fikk ikke brukeren tilgang til tjenesten til Grindr og ble dermed utestengt fra det som ifølge Grindr selv er verdens største sosiale nettverk for homofile, bifile,

transpersoner og skeive. Den registrerte var dermed ikke i stand til å nekte å gi samtykke uten at det hadde klare negative konsekvenser eller var til skade for vedkommende.³⁵

Grindr anfører videre at brukere som ikke ønsket å ha betalingsabonnement kunne benytte gratisversjonen med tredjepartsannonser, og har påpekt at mange applikasjoner kun tilbyr betalingsabonnement.

Datatilsynet påpeker i denne forbindelse at tjenester med betalingsabonnementer også må innhente gyldige samtykker i tråd med kravene i personvernforordningen for eventuell utlevering av personopplysninger for adferdsbasert markedsføring. Som nevnt ovenfor i punkt 5.3.4.3, gjelder imidlertid denne saken gratisversjonen av applikasjonen og hvorvidt de aktuelle samtykkene innsamlet gjennom Grindr tidligere samtykkemekanisme ble gitt «frivillig». Den aktuelle problemstillingen tilknyttet den betalte versjonen er i denne sammenhengen hvorvidt eksistensen av muligheten for den registrerte til å oppgradere til den betalte versjonen uten utlevering av personopplysninger til annonsepartnere, etter at den registrerte hadde akseptert den fullstendige personvernerklæringen, innebar at den registrerte var i stand til å nekte å gi samtykke uten at det hadde klare negative konsekvenser eller var til skade for vedkommende.

Som Datatilsynet har redegjort i vedtakets punkt 5.4.2 og ovenfor, oppfyller ikke en «opt-out»-løsning kravene til et gyldig samtykke. Den omstendigheten at den registrerte ikke aktivt valgte å oppgradere til den betalte versjonen av applikasjonen uten utlevering av personopplysninger til annonsepartnere, utgjorde ikke «utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke», jf. artikkel 4 nr. 11. Datatilsynet har videre redegjort for at også denne «opt-out»-metoden var mer komplisert enn fremgangsmåten for å gi samtykke, og at det heller ikke var tydelig informert om eller intuitivt at man kunne «opt-out» fra utlevering av personopplysninger gjennom denne metoden. I vedtaket har Datatilsynet videre begrunnet at kostnaden ved å oppgradere til den betalte versjonen av applikasjonen i alle tilfeller innebar at den registrerte ikke var i stand til å nekte å gi eller trekke tilbake et samtykke til utlevering av personopplysninger for adferdsbasert markedsføring uten at det hadde klare negative konsekvenser eller var til skade for vedkommende.

Datatilsynet fastholder at de registrerte ikke var i stand til å nekte å gi eller trekke tilbake et samtykke til utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring uten at det hadde klare negative konsekvenser eller var til skade for vedkommende. Dette indikerer at samtykkene innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke ble gitt «frivillig».

5.3.2.5 Oppsummering og konklusjon om vilkåret «frivillig»

³⁵ Den engelske versjonen av personvernforordningen bruker «detriment» der den norske versjonen bruker «skade» i fortalepunkt 42. Uttalelsen i fortalepunkt 42 må etter vårt syn forstås slik at skade omfatter klare ulemper eller negative konsekvenser.

Hvorvidt samtykke ble gitt «frivillig» må avgjøres ut ifra en samlet vurdering av hvordan samtykkene til utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring ble innhentet gjennom Grindr tidligere samtykkemekanisme.

Datatilsynet har ovenfor og i vedtakets punkt 5.4.2 redegjort for at:

- Grindr ikke gjorde det mulig for de registrerte å gi separat samtykke for forskjellige behandlingsaktiviteter, selv om dette var hensiktsmessig.
- Tilgang til tjenesten ble gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke var nødvendig for avtalen med de registrerte.
- De registrerte ikke var i stand til å nekte å gi eller trekke tilbake et samtykke uten at det var til skade for vedkommende.

Disse forholdene indikerer og gir hver for seg en presumsjon for at samtykke ikke var «frivillig» avgitt, i henhold til personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7 nr. 4, i lys av fortalepunkt 42 og 43.

Som redegjort for innledningsvis i vedtakets punkt 5.4.2, tilsier ordlyden «frivillig» at de registrerte må ha reell valgfrihet når de skal velge om de vil samtykke eller ikke, og dette bekreftes av fortalepunkt 42. Dette understøttes videre av EU-domstolen, som har uttalt at for at samtykke skal være «frivillig gitt», må de registrerte ha «genuine freedom of choice». ³⁶Artikkel 29-gruppens retningslinjer uttaler videre at «[t]he element “free” implies real choice and control for data subjects.» ³⁷

Oppsummert har Datatilsynet i vedtakets punkt 5.4.2 og ovenfor redegjort for at Grindr gjennom den tidligere samtykkemekanismen ba om samtykke til utlevering av brukernes personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring gjennom en samlet aksept til selskapets fullstendige personvernerklæring. Denne personvernerklæringen inneholdt informasjon om alle behandlingsformålene og behandlingsaktivitetene til Grindr, i tillegg til øvrig informasjonen Grindr pliktet å gi. Det var ikke mulig å velge ut hvilke konkrete formål den registrerte ønsket eller ikke ønsket å samtykke til, og informasjonen om hva den registrerte samtykket til fremgikk bare i den fullstendige personvernerklæringen på over 3 700 ord. Det var heller ikke mulig å få tilgang til applikasjonen uten å akseptere hele personvernerklæringen, til tross for utlevering av brukernes personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring ikke var nødvendig for levering av tjenesten til Grindr.

Den registrerte ville kun få informasjon om muligheten til å «opt-out» fra utleveringen av personopplysninger til annonsepartnere dersom vedkommende leste gjennom den fullstendige personvernerklæringen, som også inneholdt uklar og tvetydig informasjon om retten til og konsekvensene av å trekke tilbake samtykke. Fremgangsmåten for «opt-out» innebar å endre innstillingene i operativsystemet til enheten til den registrerte, og den var dermed betydelig mer komplisert enn fremgangsmåten for å gi samtykke – som krevde to klikk. «Opt-out»

³⁶ Sak C-61/19, Orange Romania, avgjørelse av 11. november 2020, avsnitt 41

³⁷ Article 29 Working Party, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, vedtatt 10. april 2018, side 5.

gjennom operativsystemets innstillinger krevde videre at de registrerte valgte bort adferdsbasert markedsføring på enheten generelt, og ikke bare for Grindr. Selv om den registrerte brukte innstillingene i operativsystemet til å «opt-out», ble i praksis ofte personopplysningene likevel sendt til annonsepartnere sammen med et «opt-out»-signal.

Etter å ha registrert seg og akseptert hele personvernerklæringen, hadde den registrerte også mulighet til å oppgradere til den betalte versjonen av applikasjonen for omtrent NOK 9 per dag (ca. NOK 270 i måneden eller NOK 3 240 i året). Også denne fremgangsmåten for «opt-out» var mer komplisert enn fremgangsmåten for å gi samtykke, og det var heller ikke tydelig informert om eller intuitivt at man kunne «opt-out» fra utlevering av personopplysninger gjennom denne metoden. Det fremgikk bare i markedsføringen at denne versjonen ikke inneholdt annonser fra tredjeparter, som en av mange «premium»-funksjoner.

Som redegjort for i vedtakets punkt 5.4.2 og resten av punkt 5.3.2 ovenfor, medførte de ovennevnte forholdene samlet at Grindr tidligere samtykkemekanisme var egnet til å påvirke de registrerte til å samtykke til utlevering av brukernes personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, og utformingen av den tidligere samtykkemekanismen ga ikke registrerte reell valgfrihet og kontroll.

Datatilsynet opprettholder konklusjonen vår i vedtaket om at samtykkene Grindr innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke var gitt «frivillig», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11 jf. 6 nr. 1 bokstav a.

5.3.3 Utfyllende om vilkåret «spesifikk»

Vi viser til vedtakets punkt 5.4.3, klagens punkt 4.2.3.3 og Forbrukerrådets merknader punkt 4.2.2.3.

Datatilsynet har i vedtaket konkludert med at samtykkene Grindr innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke var «spesifikk[e]», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11, jf. 6 nr. 1 bokstav a.

I klagen viser Grindr til at kravet om at samtykke må være spesifikt henger sammen med prinsippet om formålsbegrensning i artikkel 5 nr. 1 bokstav b, og at det i personvernerklæringen fremgikk under tittelen «Where We Share» og undertittelen «Third Party Advertising Companies» at:

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 to MoPub's privacy notice and partner page.

Grindr anfører at ordlyden «deliver personalized advertising» er klart formulert med et begrenset formål, og at Grindr dermed anga spesifikke formål for sine behandlingsaktiviteter.

At personopplysninger skal behandles for «spesifikke, uttrykkelig angitte [...] formål» følger allerede av personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav b. Det følger av artikkel 4 nr. 11 at et samtykke er en «spesifikk [...] viljesytring fra den registrerte». Ordlyden tilsier ikke bare at formålet må spesifiseres, men også at samtykket må være en viljesytring som relaterer seg spesifikt til det aktuelle behandlingsformålet, og at samtykke dermed ikke kan utledes fra en generell viljesytring som også gjelder en rekke øvrige forhold. Dette kan også sees i sammenheng med personvernforordningen artikkel 7 nr. 2.

Som det følger av vedtaket, fulgte den samme tolkningen av retningslinjene fra Artikkel 29-gruppen, tilsluttet av EDPB, under hele overtredelsesperioden.³⁸ Kravet om at samtykket må være en viljesytring som relaterer seg spesifikt til det aktuelle behandlingsformålet er imidlertid utledet fra personvernforordningen, og ikke fra disse retningslinjene slik Grindr anfører. EU-domstolen kom også til en slik tolkning i både Planet49-avgjørelsen av 1. oktober 2019 og Orange Romania-avgjørelsen av 11. november 2020, noe som underbygger at Datatilsynets tolkning er korrekt.³⁹ Vi viser for ordens skyld til at EU-domstolen i begge sakene kom til at denne tolkningen også gjaldt under direktiv 95/46/EF.

Grindr ba brukerne akseptere hele personvernerklæringen, som skulle inneholde all informasjon som Grindr plikter å gi etter personvernforordningen artikkel 12-14. Det anførte samtykket var dermed ikke en viljesytring som relaterer seg spesifikt til utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, men ble derimot utledet fra en generell viljesytring om alle behandlingsaktivitetene, behandlingsformålene og øvrig informasjon som fremgikk av personvernerklæringen. Vi viser for øvrig til begrunnelsen i vedtakets punkt 5.4.3.

Datatilsynet opprettholder konklusjonen vår i vedtaket om at samtykkene Grindr innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke var «spesifikk[e]», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11 jf. 6 nr. 1 bokstav a.

5.3.4 Utfyllende om vilkåret «informert»

Vi viser til vedtakets punkt 5.4.4, klagens punkt 4.2.3.4 og Forbrukerrådets merknader punkt 4.2.2.3.

Datatilsynet har i vedtaket konkludert med at samtykkene Grindr innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til

³⁸ Article 29 Working Party, Guidelines on consent under Regulation 2016/679, adopted on 10 April 2018, page 12, se også EDPBs Endorsement 1/2018 av 25. mai 2018, hvor EDPB gir sin uforbeholdne tilslutning til disse retningslinjene, https://edpb.europa.eu/news/news/2018/endorsement-gdpr-wp29-guidelines-edpb_en.

³⁹ CJEU, C-673/17, Planet49, judgement of 1 October 2019, paras. 58 and 60, Case C-61/19, Orange Romania, judgement of 11 November 2020, para. 38.

annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke var gitt «informert», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11 jf. 6 nr. 1 bokstav a.

Grindr anfører i klagen at personvernerklæringen deres i henhold til fortalepunkt 42 var nøyaktig, utfyllende, klarspråklig og strukturert med titler og undertitler, og at de registrerte gjennom personvernerklæringen kunne gjøre seg kjent med den behandlingsansvarliges identitet og formålene med behandlingen av personopplysningene. Det anføres videre at personvernerklæringen også lå tilgjengelig på internett og gjennom lenke i Google Play og App Store.

Som det følger av vedtaket, må ordlyden «informert» forstås som at de registrerte må få forutgående informasjon som gjør dem i stand til å forstå behandlingene av personopplysninger de blir bedt om å samtykke til og konsekvensene av dem. Dersom dette ikke er tilfellet, kan det ikke gjøres et informert valg.

I selve boksen hvor den registrerte fikk spørsmålet om å trykke «accept» eller «cancel» til påstanden «I accept the Privacy Policy», fremgikk det ingen informasjon om behandlingene av personopplysninger de registrerte ble bedt om å samtykke til. Etter Datatilsynets vurdering var det ikke en gang klart for den registrerte at vedkommende ble bedt om å gi et samtykke i personvernforordningens forstand, ettersom frasen «I accept the Privacy Policy» også kan forstås slik at den registrerte bare vedkjenner at informasjon er gitt.

Videre fremgikk bare informasjonen om utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring i personvernerklæringen som ble presentert i sin helhet. Som det fremgår av vedtaket, var denne personvernerklæringen lang og skulle inneholde all informasjon som Grindr plikter å gi etter personvernforordningen artikkel 12-14. Ved å bare presentere de registrerte med en omfattende personvernerklæring i forbindelse med samtykke, er det etter vår vurdering klart sannsynlig at en stor andel av de registrerte ikke var kjent med informasjonen om hva som de blir spurt om å samtykke til. Datatilsynet har i vedtaket redegjort for vårt syn om at informasjonen Grindr ga de registrerte i forbindelse med samtykke ikke var fremlagt i en lett tilgjengelig form eller på en måte som gjorde at den tydelig kunne skilles fra erklæringer som også gjelder andre forhold, jf. artikkel 7 nr. 2 i lys av fortalepunkt 42. At den fullstendige personvernerklæringen også lå tilgjengelig på internett og gjennom lenke i Google Play og App Store, endrer for øvrig ikke Datatilsynets vurdering. Viser for øvrig til vurderingene i vedtakets punkt 5.4.4.

Grindr anfører videre at Datatilsynet ikke har vurdert hvorvidt Grindr's personvernerklæring oppfylte kravene i artikkel 13.

Kravet om et «informert» samtykke og informasjonskravene i artikkel 12-14 er selvstendige krav i personvernforordningen som tjener forskjellige formål, selv om de alle omhandler åpenhet. Som nevnt ovenfor skal en personvernerklæring inneholde all informasjonen som den behandlingsansvarlige plikter å gi etter personvernforordningen artikkel 12-14. Kravet om et «informert» samtykke skal sette de registrerte i stand til å forstå de konkrete behandlingene av personopplysninger de blir bedt om å samtykke til og konsekvensene av dem, slik at de kan gjøre et informert valg. Det er ikke nødvendig for Datatilsynet å ta stilling til hvorvidt

Grindr personvernerklæring oppfylte informasjonskravene i artikkel 13 for å konkludere om hvorvidt samtykke ble gitt «informert».

Datatilsynet opprettholder konklusjonen vår i vedtaket om at samtykkene Grindr innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke var gitt «informert», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11 jf. 6 nr. 1 bokstav a.

5.3.5 Utfyllende om vilkåret «utvetydig»

Grindr anfører i klagen at Datatilsynet har vurdert vilkåret «utvetydig» feil. Selskapet viser til at personvernerklæringen ble vist i sin helhet under registreringsprosessen, og det anføres at denne er skrevet spesifikt og med et klart og tydelig språk hvor de registrerte fikk klar og tydelig informasjon om utlevering av personopplysninger for adferdsbasert markedsføring. Grindr anfører videre at brukerne måtte huke av på to bokser som ikke var huket av på forhånd, og at det derfor var svært lite sannsynlig at samtykke ble feilregistrert.

Datatilsynet presiserer innledningsvis i denne forbindelse at Grindr tidligere samtykkemekanisme ikke hadde bokser som måtte hukes av, men krevde at den registrerte trykket på to knapper. Dersom brukeren trykket på knappen «proceed» i bunnen av skjermen mens den fullstendige personvernerklæringen ble vist, kom det en pop-up med frasen «I accept the Privacy Policy», hvor brukerne kunne trykke «accept» eller «cancel». Bare dersom brukeren trykket knappen «accept», kunne brukeren benytte seg av tjenesten til Grindr.

Det er ikke omtvistet i saken at den tidligere samtykkeprosessen innebar en form for aktiv handling gjennom å trykke på knappen «accept», og Datatilsynet er enig med Grindr i at det ikke var sannsynlig at registrerte ville trykke på denne knappen ved en glipp. Vi påpeker for ordens skyld i denne forbindelse at mulighetene til å «opt-out» gjennom innstillingene i enhetens operativsystem eller gjennom oppgradering til den betalte versjonen ikke innebar en aktiv handling, og viser til vedtakets punkt 5.4.2 og 5.4.5, samt punkt 5.3.2 ovenfor vedrørende dette.

Av personvernforordningen artikkel 4 nr. 11 følger det imidlertid at samtykke må gis gjennom en «utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger som gjelder vedkommende».

Ordlyden tilsier at det må være åpenbart at den registrerte har samtykket til den bestemte behandlingen av personopplysninger.

Av fortalepunkt 42 følger det videre at:

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.

Det er dermed ikke alene tilstrekkelig at samtykke gis gjennom en aktiv handling. Denne aktive handlingen må i tillegg gjøre det åpenbart at den registrerte har samtykket til den aktuelle behandlingen av personopplysninger. Ellers foreligger det ikke en utvetydig viljeserklæring der den registrerte ved en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til den aktuelle behandlingen.

Grindr tidligere samtykkemekanisme viste hele personvernerklæringen, og ga deretter den registrerte valget om å trykke på knappen «accept» i tilknytning til frasen «I accept the Privacy Policy». Datatilsynet har i vedtaket redegjort for at det etter vår vurdering ikke engang er klart for den registrerte at vedkommende ble bedt om å gi et samtykke i personvernforordningens forstand gjennom denne samtykkemekanismen, ettersom frasen «I accept the Privacy Policy» også kan forstås slik at den registrerte bare vedkjenner at informasjon er gitt. Det var ikke klart av formuleringene eller konteksten at den registrerte ble bedt om å samtykke til en behandling av personopplysninger, og særlig ikke at samtykke gjaldt utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring. Ved å presentere hele personvernerklæringen til de registrerte, vet man ikke om informasjonen om den aktuelle behandlingen av personopplysninger som man ber om samtykke til blir lest og oppfattet, og det kan ikke kreves at de registrerte må lese alle personvernerklæringer for å sikre seg mot at det er samtykkeforespørsler skjult i dem.

Etter Datatilsynets vurdering var det dermed ikke åpenbart at den registrerte samtykket til utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring gjennom å trykke på knappen «accept» i tilknytning til frasen «I accept the Privacy Policy», etter at den fullstendige personvernerklæringen hadde blitt vist.

Vi viser for øvrig til vurderingene i vedtakets punkt 5.4.5.

Datatilsynet opprettholder konklusjonen vår i vedtaket om at samtykkene Grindr innhentet gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke ble gitt gjennom en «utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger som gjelder vedkommende», jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 11, jf. 6 nr. 1 bokstav a.

5.3.6 Vilkåret om at det skal være «like enkelt å trekke tilbake samtykke som å gi samtykke»

Datatilsynet kan ikke se at Grindr har kommet med nye anførsler knyttet til kravet i artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 7 nr. 3, om at «[d]et skal være like enkelt å trekke tilbake som å gi samtykke». Datatilsynet viser derfor til vurderingene og konklusjonen i vedtakets punkt 5.4.6 vedrørende dette.

5.3.7 Oppsummert om Grindr tidligere samtykkemekanisme

Vi viser til vedtakets punkt 5.4.7, klagens punkt 4.3 og Forbrukerrådets merknader punkt 4.3.

Datatilsynet har ovenfor og i vedtakets punkt 5.4 redegjort for og konkludert med at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at de anførte samtykkene til utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring som Grindr samlet inn gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme i overtredelsesperioden, ikke oppfylte kravene om å være gitt «frivillig», «spesifik[t]», «informert» eller gjennom en «utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger som gjelder vedkommende», jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11. De anførte samtykkene var heller ikke «like enk[le] å trekke tilbake som å gi», jf. artikkel 6 nr. 1 bokstav a jf. artikkel 7 nr. 3. Alle disse fem vilkårene er kumulative krav for at et samtykke skal være gyldig. Med andre ord er det tilstrekkelig at ett av dem ikke er oppfylt for at samtykkene må regnes som ugyldige.

Grindr anfører at selskapet ikke kunne forutse EU-domstolens avgjørelser eller uttalelser fra generaladvokaten om tolkningen av samtykkekravene under overtredelsesperioden, og at den rettslige vurderingen av Grindr's samtykkemekanisme må gjøres ut ifra retningslinjer og lovtolkninger som var tilgjengelig i overtredelsesperioden.

Som vi har redegjort for ovenfor i punkt 5.1 og i vedtaket, er Datatilsynets vurdering av artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7, gjort ut ifra en tolkning ordlyden i forordningen i lys av fortalen og formålet, og i tråd med hvordan personvernforordningen skulle vært forstått fra den trådte i kraft. Disse tolkningene er understøttet av retningslinjer fra Artikkel 29-gruppen som var tilgjengelig i hele overtredelsesperioden, og bekreftes ytterligere gjennom uttalelser fra EU-domstolen og EU-domstolens generaladvokater som ble avsagt under og etter overtredelsesperioden.

Datatilsynet fastholder konklusjonen i vedtaket om at de anførte samtykkene til utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring som Grindr samlet inn gjennom selskapets tidligere samtykkemekanisme i overtredelsesperioden, ikke var gyldige. Grindr hadde dermed ikke rettslig grunnlag for å utlevere personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, jf. artikkel 6 nr. 1.

5.4 Behandling av særlige kategorier av personopplysninger i henhold til artikkel 9

5.4.1 Hvorvidt Grindr's behandlet personopplysninger som omfattes av artikkel 9 nr. 1

Vi viser til vedtakets punkt 5.5.1, klagens punkt 2.2, 3.2, 3.3, 3.4, 5.1 og 5.2, og Forbrukerrådets merknader punkt 2, 3.2, 3.3, 3.4, 5.1 og 5.2.

Datatilsynet har i vedtaket konkludert med at Grindr delte personopplysninger «om en fysisk persons [...] seksuelle orientering» da selskapet delte personopplysninger til annonsepartnere sammen med informasjonen om at de registrerte var Grindr-brukere, jf. personvernforordningen artikkel 9 nr. 1.

Grindr anfører i klagen at Datatilsynet har tolket artikkel 9 nr. 1 for vidt og at denne bestemmelsen bare får anvendelse dersom formålet med behandlingen er knyttet til den særlige kategorien av personopplysninger – for eksempel den registrertes seksuelle

orientering. Grindr anfører videre at selskapet ikke knyttet den spesifikke seksuelle orienteringen til de enkelte registrerte i personopplysningene som ble utlevert til annonsepartnere.

Som det følger av vedtaket, er Datatilsynet enig med Grindr i at selskapet ikke knyttet den spesifikke seksuelle orienteringen til de enkelte registrerte til personopplysningene som ble utlevert til annonsepartnere. Som redegjort for i vedtakets punkt 5.5.1, utleverte imidlertid Grindr opplysningen om at den registrerte var en Grindr-bruker til annonsepartnere.

Av personvernforordningen artikkel 9 nr. 1 følger det 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.

Bestemmelsen fastsetter hvilke kategorier av personopplysninger som det er forbudt å behandle. Hvilke formål disse kategoriene av personopplysningene behandles for, har ingenting å si for spørsmålet om hvorvidt forbudet i artikkel 9 kommer til anvendelse eller ikke. Det er ikke dekning i ordlyden i forordningen for Grindr's tolkning om at det er formålet med behandlingen som er avgjørende for hvilke behandlinger som omfattes av artikkel 9 nr. 1.

Som det følger av vedtaket, fremgår det av ordlyden i bestemmelsen at den gjelder personopplysninger «om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering». Ordlyden, og en alminnelig forståelse av ordet «om», tilsier at bestemmelsen må gjelde alle opplysninger som omhandler eller relaterer seg til seksuelle forhold eller seksuelle orientering og at det ikke er nødvendig at det avsløres en spesifikk seksuell orientering for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

Artikkel 9 nr. 1 må videre leses i lys av fortalen og personvernforordningens formål. Som vi har redegjort for i punkt 5.2.1 ovenfor, er formålet med personvernforordningen som beskrevet i fortalepunkt 10 og lagt til grunn i fast praksis i EU-domstolen, blant annet er å sikre et høyt nivå for vern av fysiske personer. Av fortalepunkt 51 følger det videre at:

Personopplysninger som av natur er særlig sensitive med hensyn til grunnleggende rettigheter og friheter, fortjener et særskilt vern, ettersom sammenhengen de behandles i, kan skape betydelige risikoer for de grunnleggende rettigheter og friheter.

Fortalen og formålet taler etter Datatilsynets vurdering mot en slik snever forståelse av artikkel 9 nr. 1 som Grindr anfører, og en slik tolkning ville også svekket effektiviteten til bestemmelsen. Datatilsynet har videre i vedtaket vist til avsnitt 50 i avgjørelsen av 6. november 2003 i sak C-101/01 *Lindqvist*, hvor EU-domstolen tok hensyn til formålet da de la

til grunn en vid forståelse av helseopplysninger under direktiv 95/46/EF – en annen særlig kategori av personopplysninger:

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.

Etter Datatilsynets vurdering kreves det verken at det avsløres en spesifikk seksuell orientering eller at formålet med behandlingen må være tilknyttet den særlige kategorien av personopplysninger for å omfattes av artikkel 9 nr. 1. Det er tilstrekkelig at opplysningen som behandles omhandler eller relaterer seg til en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering.

Grindr anfører i klagen at det er feil at Grindr sin applikasjon ikke er ment for eller i praksis vanligvis blir brukt av cis-menn som ønsker å komme i kontakt med cis-kvinner,⁴⁰ og som i merknadene til varselet om vedtak av 8. mars 2021, anfører selskapet at applikasjonen er åpen for brukere av alle seksuelle orienteringer og kjønnsidentiteter. Grindr anfører at det er feil og diskriminerende å anta at en person som har lastet ned Grindr er homofil eller for øvrig tilhører en seksuell minoritet. Ifølge Grindr kan brukeren være homofil, bifil, transseksuell, panseksuell, heteroseksuell, «bi-curious», eller ha en annen seksuell orientering. Grindr mener videre at det er irrelevant hvordan selskapet markedsfører applikasjonen, hvordan offentligheten beskriver Grindr, eller hvordan publikum oppfatter Grindr når det skal avgjøres om artikkel 9 nr. 1 kommer til anvendelse.

Datatilsynet bestrider ikke at hvem som helst med en smarttelefon i teorien kan laste ned applikasjonen, og at enkelte av Grindr brukere kan identifisere seg som heterofile. Datatilsynet finner det imidlertid klart at Grindr har utviklet og markedsført en applikasjon rettet mot homofile, bifile, transpersoner og skeive. Grindr markedsfører seg som «The World's largest social networking app for gay, bi, trans, and queer people».⁴¹ Applikasjonen til Grindr kalles «Grindr – Gay Dating and Chat» på Apple App Store, og «Grindr - Gay chat» på Google Play, og dette var også tilfellet i overtredelseperioden.⁴² ⁴³ På tidspunktet da klagen fra Forbrukerrådet ble sendt inn i januar 2020, fremgikk det i beskrivelsen til Grindr – Gay chat på Google Play:

«Grindr – exclusively for gay, bi and curious men. Chat, share pics, and meet up»⁴⁴

Vi viser for øvrig til Forbrukerrådets merknader side 5, hvor det følger:

⁴⁰ «Cis» er det motsatte av «trans». En cis-kvinne er en person som er født kvinne og som identifiserer seg som kvinne, altså har en normkonform kjønnsidentitet.

⁴¹ www.grindr.com

⁴² <https://apps.apple.com/US/app/id319881193?mt=8>, sist besøkt 5. desember 2022.

⁴³ https://play.google.com/store/apps/details?id=com.grindrapp.android&referrer=af_tranid%3DPiBkHOOVAGHqJq0Q8zUdDw%26pid%3Dgrindr_download_android_button%26af_web_id%3D129ca587-797c-4274-a14d-69c827da8496-c&pcampaignid=pcampaignidMKT-Other-global-all-co-prtnr-py-PartBadge-Mar2515-1, sist besøkt 5. desember 2022.

⁴⁴ Klage fra Forbrukerrådet på Grindr, Twitter Mopub, AppNexus og OpenX datert 14. januar, s. 9 (vedlegg 5)

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

Det er ikke diskriminerende av Datatilsynet å legge til grunn at Grindr brukere som klar hovedregel enten vil identifisere seg med en av de seksuelle orienteringene som Grindr har designet og markedsført applikasjonen mot, eller vil leve ut slike orienteringer i praksis uavhengig av hvilken merkelapp de identifiserer seg med.⁴⁵ Dette bygger på offentlig tilgjengelig informasjon og empiri. Det er heller ikke diskriminerende av Datatilsynet å legge til grunn at de seksuelle orienteringene som Grindr har designet og markedsført applikasjonen mot, utgjør seksuelle minoriteter.⁴⁶

Grindr anfører i klagen at enhver opplysning om seksuell orientering fortjener vern, uavhengig av hvorvidt brukeren tilhører en seksuell minoritet. Grindr anfører videre i klagen at risikoene for de registrerte knyttet til behandlingen, herunder at diskriminering mot seksuelle minoriteter, ikke er relevant i vurderingen av om deling av informasjon med annonsepartnere i tråd med industristandard faller inn under personvernforordningen artikkel 9 nr. 1.

Datatilsynet er enig med Grindr i at det ikke kreves at en fysisk person tilhører en seksuell minoritet for at opplysninger om vedkommendes seksuelle forhold eller seksuell orientering faller inn under artikkel 9 nr. 1, og at opplysninger om alle seksuelle orienteringer har krav på vern. Som Datatilsynet har redegjort for i vedtaket på side 39-40 (norsk versjon: side 40-42), innebærer opplysninger om at en fysisk person tilhører en seksuell orientering som utgjør en seksuell minoritet, en særlig risiko med hensyn til vedkommendes grunnleggende rettigheter og friheter. Formålet og fortalepunkt 50 taler dermed etter vårt syn ytterligere mot en innskrenkende tolkning av artikkel 9 nr. 1 slik Grindr har anført, altså at det kreves at en spesifikk seksuell orientering må knyttes til den enkelte registrerte for å omfattes av bestemmelsen.

Grindr har i klagen vist til en avgjørelse fra en administrativ domstol (Verwaltungsgericht Berlin) i Tyskland fra 23. mars 2017, før personvernforordningen fikk virkning, som selskapet omtaler som «Ebab-saken». I motsetning til hva Grindr skriver i klagens fornote 55, er ikke dette en avgjørelse fra en føderal høyesterett, men en underrettsavgjørelse. Saken fra Verwaltungsgericht Berlin kan ankes videre til Oberverwaltungsgericht Berlin-

⁴⁵ Et eksempel på sistnevnte er menn som identifiserer seg som heterofile, men som søker treff med andre menn.

⁴⁶ Bufdir sin definisjon av "seksuelle minoriteter": *Seksuelle minoriteter er en samlebetegnelse for ulike grupper i befolkningen som har en seksuell identitet, orientering eller praksis som skiller seg helt eller delvis fra majoriteten i samfunnet. Eksempler på seksuelle minoriteter er lesbiske, homofile, bifile, transpersoner, bdsm-ere og fetisjister.* <https://ny.bufdir.no/likestilling/lhbtiq-ordlista/>

Brandenburg.⁴⁷ Denne tyske underrettsavgjørelsen knyttet til den tyske gjennomføringen av direktiv 95/46/EF har etter Datatilsynets vurdering svært liten relevans og vekt for den foreliggende saken.

Datatilsynet påpeker likevel, slik det også fremgår av merknadene til Forbrukerrådet, at saken gjaldt utlevering personopplysninger om utleiery på en plattform som tilbyr leie av bolig og beskriver seg som «#1 travel community for gays & friends». Forbrukerrådet skriver på side 19 i merknadene:

Forvaltningsdomstolen la til grunn at selv om plattformen rettet seg mot potensielle homofile leietakere, var det ikke grunnlag for en slutning om at utleierne av den grunn var homofile selv om de betegnet seg selv som for eksempel homofilvennlige eller venner («schwulenfreundlich» bzw. «Freunde»). Tvert om la domstolen til grunn at plattformens anførsler om at utlevering av informasjon om hvem som hadde tilbud leilighetene for utleie, ville avsløre informasjon om utleiernes seksuelle orientering var ren spekulasjon («ist hinsichtlich der sexuellen Orientierung der Vermieter reine Spekulation»).

Personopplysningene denne saken omhandlet var av en helt annen karakter enn opplysningene Grindr utleverte til sine annonsepartnere. Ebab-saken gjaldt utlevering av personopplysninger om utleiery som leide ut boliger til homofile og venner, og utleierne trengte bare å være homofilvennlige.⁴⁸ Dette utgjør en langt svakere tilknytning til seksuell orientering enn for brukerne av Grindr, som er en dating- og sosialt-nettverksapplikasjon som i henhold til markedsføringen er rettet mot «gay, bi, trans, and queer people» og «exclusively for gay, bi and curious men».

Ved å utlevere opplysningen om at den registrerte var Grindr-bruker til annonsepartnere sammen med øvrige personopplysninger om vedkommende, kunne mottakere enkelt dedusere at den registrerte med høy sannsynlighet tilhørte en av de seksuelle orienteringer som Grindr har designet og markedsført applikasjonen sin til. Grindr utleverte dermed personopplysninger «om en fysisk persons [...] seksuelle orientering» da selskapet delte personopplysninger til annonsepartnere sammen med informasjonen om at de registrerte var Grindr-brukere, jf. personvernforordningen artikkel 9 nr. 1.

At Datatilsynets tolkning i vedtaket er korrekt er videre underbygget av retningslinjer og praksis som er publisert etter overtredelsesperioden. Vi anerkjenner at Grindr ikke kunne konsultere disse rettskildene i overtredelsesperioden, men disse rettskildene understøtter likevel at Datatilsynets tolkning av artikkel 9 nr. 1, basert på ordlyden i lys av fortalen og formålet, er riktig.

I sin avgjørelse av 1. august 2022 i sak C-184/20, uttaler EU-domstolen seg vedrørende forståelsen av personvernforordningen artikkel 9 nr. 1 og artikkel 8 nr. 1 i direktiv 95/46/EF, særskilt knyttet til seksuelle forhold og seksuell orientering. Saken omhandlet at

⁴⁷ <https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/das-verwaltungsgericht/aufgaben-des-verwaltungsgerichts/>, sist besøkt 5. desember 2022.

⁴⁸ <https://www.ebab.com/about-us>, sist besøkt 5. desember 2022.

myndighetene i Litauen publiserte erklæringer som inneholdt informasjon om ektefelle, samboer eller partner til de som avga erklæringene. Vi viser til domstolens drøftelser i avsnitt 117 til 128, og siterer her avsnitt 125-128:

125. Furthermore, a wide interpretation of the terms ‘special categories of personal data’ and ‘sensitive data’ is confirmed by the objective of Directive 95/46 and the GDPR, noted in paragraph 61 of the present judgment, which is to ensure a high level of protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons, in particular of their private life, with respect to the processing of personal data concerning them (see, to that effect, judgment of 6 November 2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, paragraph 50).

126 The contrary interpretation would, moreover, run counter to the purpose of Article 8(1) of Directive 95/46 and Article 9(1) of the GDPR, namely to ensure enhanced protection as regards processing which, because of the particular sensitivity of the data processed, is liable to constitute, as follows from recital 33 of Directive 95/46 and recital 51 of the GDPR, a particularly serious interference with the fundamental rights to respect for private life and to the protection of personal data, guaranteed by Articles 7 and 8 of the Charter (see, to that effect, judgment of 24 September 2019, GC and Others (De-referencing of sensitive data), C-136/17, EU:C:2019:773, paragraph 44).

127 Consequently, those provisions cannot be interpreted as meaning that the processing of personal data that are liable indirectly to reveal sensitive information concerning a natural person is excluded from the strengthened protection regime prescribed by those provisions, if the effectiveness of that regime and the protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons that it is intended to ensure are not to be compromised.

128 In the light of all the foregoing considerations, the answer to the second question is that Article 8(1) of Directive 95/46 and Article 9(1) of the GDPR must be interpreted as meaning that the publication, on the website of the public authority responsible for collecting and checking the content of declarations of private interests, of personal data that are liable to disclose indirectly the sexual orientation of a natural person constitutes processing of special categories of personal data, for the purpose of those provisions.

Domstolen kom altså til at personvernforordningen artikkel 9 nr. 1 må tolkes slik at publisering av erklæringer som inneholder informasjon om ektefelle, samboer eller partner, og som dermed var egnet til å indirekte avsløre seksuell orientering, må anses som særlige kategorier av personopplysninger. Domstolen legger til grunn at en tolkning som innebærer at artikkel 9 nr. 1 ikke favner behandlinger der sensitive personopplysninger bare indirekte fremgår, vil svekke personvernforordningens effektivitet og den beskyttelsen av fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter som rettsakten har til formål å sikre. I denne saken var det heller ikke avgjørende at formålet med den aktuelle behandlingen ikke var knyttet til opplysninger som nevnt i artikkel 9 nr. 1. De samme standpunktene er det

vesentlige videre lagt til grunn av generaladvokat Rantos i hans uttalelse i sak C-252/21 av 20. september 2022.⁴⁹

Det fremgår videre av EDPBs *Guidelines 06/2020 on the interplay of the Second Payment Services Directive and the GDPR*, vedtatt 15. desember 2020, punkt 52:

It should be emphasised that in some Member States, electronic payments are already ubiquitous, and are favoured by many people over cash in their day to day transactions. At the same time, financial transactions can reveal sensitive information about an individual data subject, including those related to special categories of personal data. For example, depending on the transaction details, political opinions and religious beliefs may be revealed by donations made to political parties or organisations, churches or parishes. Trade union membership may be revealed by the deduction of an annual membership fee from a person's bank account. Personal data concerning health may be gathered from analysing medical bills paid by a data subject to a medical professional (for instance a psychiatrist). Finally, information on certain purchases may reveal information concerning a person's sex life or sexual orientation.

Disse retningslinjene understøtter også at formålet med behandlingen ikke er avgjørende for om behandlingen faller innenfor artikkel 9 nr. 1, og at opplysninger som indirekte kan avsløre særlige kategorier av personopplysninger også omfattes av bestemmelsen.

Selv om Datatilsynet ovenfor og i vedtaket begrunner vårt standpunkt om at formålet med behandlingen ikke er avgjørende for hvorvidt behandlingen faller inn under artikkel 9 nr. 1, understreker vi likevel for ordens skyld at formålet med utleveringen av personopplysningene i denne saken var å vise, tilpasse og målrette reklame til brukere av en applikasjon rettet mot «gay, bi, trans, and queer people». En bloggpost på Grindr sine nettsider 3. september tilsier også at bruken av Grindr huskes av markedsføringstredjeparter for å vise brukerne lhbtq+⁵⁰-annonser også utenfor Grindr-appen – uten at dette er avgjørende for vurderingen etter artikkel 9 nr. 1 i denne saken:

Next up: Ad Targeting Opt-Out, which allows people to opt out of having their use of Grindr remembered by our Ad Partners—meaning they won't receive LGBTQ+ ads outside their use of the Grindr app based on the fact that they have used the Grindr app. Grindr and our partners already honor the device-wide opt-out features in iOS and Android, but this new setting is for those users who want to receive targeted ads for most of their activities but not targeted ads based on their use of the Grindr app.⁵¹

Opinion of Advocate General Rantos, sak C-252/21, Meta Platforms Inc, avsnitt 39-41.

⁵⁰ Forkortelsen lhbtq+ brukes som samlebetegnelse for lesbiske, homofile, bifile, transepersoner, interkjønnpersoner og skeive. Forkortelsen «q» står for her for queer, som er den engelske varianten av skeiv. «+» er inkludert for å også inkludere andre identitetskategorier som bryter med normer for kjønn og seksualitet. Kilder: <https://ny.buudir.no/likestilling/lhbtq-ordlista/>, <https://www.foreningenfri.no/informasjon/begreper/>, sist besøkt 5. desember 2022. På engelsk brukes blant annet forkortelsen LGBTQ+.

⁵¹ <https://blog.grindr.com/blog/new-privacy-features-for-grindr-users>, sist besøkt 5. desember 2022.

På sine nettsider fremhever Grindr videre at annonsører kan «[a]dvertise on Grindr and connect with the world's largest and most active, engaged and influential queer audience». Den tekniske rapporten fra Mnemonic viste videre at OpenX, som både Grindr og OpenX anser som Grindr's databehandler⁵², overførte nøkkelordene «Gay», «Bi» og «Bi-curious» tilknyttet Grindr-appen i annonsevarsler («ad calls») som et ledd i sanntidskjøp-prosessen.

Datatilsynet er dermed uansett ikke enig med Grindr i at formålet med utleveringen av opplysningene til annonsepartnere om at de registrerte var Grindr-brukere, ikke var knyttet til personopplysninger «om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering». Vi viser for øvrig til vedtakets vurderinger på side 42-44 (norsk versjon: side 43-46) vedrørende dette.

Grindr anfører også i klagen at Datatilsynets tolkning vil skape vidtrekkende og uforholdsmessige forpliktelser for enhver organisasjon som skal ivareta et interessefelleskap, f.eks. lhbtqi+-felleskapet. Det anføres videre at tolkningen vil få vidtrekkende konsekvenser for den digitale økonomien.

Datatilsynet understreker i denne forbindelse at vår tolkning av artikkel 9 nr. 1 i punkt 5.5.1 av vedtaket ikke utgjør en ny tolkning, men det som har vært gjeldende forståelse siden personvernforordningen trådte i kraft. Det har også langt på vei vært gjeldende tolkning under direktiv 95/46/EF.

Videre vil ikke artikkel 9 nr. 1 komme til anvendelse på utlevering av personopplysninger om bruk av enhver tjeneste som skal ivareta et interessefelleskap, slik Grindr anfører. Som redegjort for i vedtaket, har mange av eksemplene Grindr trekker frem en langt svakere og en mer spekulativ tilknytning til særlige kategorier av personopplysninger sammenlignet med en datingapp designet for og markedsført mot «gay, bi, trans, and queer people».

Datatilsynet anser det likevel klart at artikkel 9 nr. 1 kommer til anvendelse også for andre tjenester og applikasjoner i den digitale økonomien hvor det utleveres personopplysninger om bruken av tjenesten, og man gjennom denne bruken enkelt kan dedusere opplysninger om personopplysninger som nevnt i artikkel 9 nr. 1. Slike personopplysninger er underlagt et særlig vern fordi behandlingen av dem kan skape betydelige risikoer for de registrertes grunnleggende rettigheter og friheter, se personvernforordningen fortalepunkt 51.

Datatilsynet er uenig i at det utgjør uforholdsmessige forpliktelser at behandlingsansvarlige som utleverer slike personopplysninger for markedsføring og egne kommersielle interesser må oppfylle et av unntaksvilkårene i artikkel 9 nr. 2 – for eksempel be om et forutgående uttrykkelig samtykke fra den registrerte, jf. artikkel 9 nr. 2 bokstav a. Som redegjort for i vedtaket, er samtykke allerede som klart utgangspunkt det aktuelle rettslige grunnlaget for utlevering av personopplysninger for adferdsbasert markedsføring i kontekst av sanntidskjøp og salg av annonser, og det er dette rettslige grunnlaget Grindr baserte sin utlevering av personopplysninger til annonsepartnere på. Den eneste ytterligere forpliktelsen artikkel 9 nr. 1 bokstav a pålegger behandlingsansvarlige utover kravene til samtykke som allerede følger av

⁵² Se vedlegg 12.

artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7, er at samtykket må være «uttrykkelig».

Datatilsynet fastholder konklusjonen i vedtaket om at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at Grindr delte personopplysninger «om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering» da selskapet utleverte personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring sammen med informasjonen om at de registrerte var Grindr-brukere, jf. personvernforordningen artikkel 9 nr. 1.

5.4.2 Hvorvidt Grindr's behandling av personopplysninger faller innenfor et av unntaksvilkårene i artikkel 9 nr. 2.

Vi viser til vedtakets punkt 5.2, klagens punkt 3.2, 3.3 og 5.3.

Personvernforordningen artikkel 9 nr. 1 forbyr behandling av opplysninger «om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering», men dette forbudet får ikke anvendelse dersom et av unntakene i artikkel 9 nr. 2 får anvendelse for behandlingen.

Datatilsynet har i vedtaket konkludert med at Grindr ikke oppfylte noen av unntaksvilkårene i artikkel 9 nr. 2 da selskapet utleverte opplysninger som nevnt i artikkel 9 nr. 1 til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring.

Som redegjort for i vedtakets punkt 5.4 og ovenfor i punkt 5.3, oppfylte ikke Grindr tidligere samtykkemekanisme en rekke av de kumulative vilkårene for et gyldig samtykke, jf. artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7. Ettersom artikkel 9 nr. 2 bokstav a også krever at samtykket må oppfylle de kumulative vilkårene i artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7, hadde ikke Grindr gyldige samtykker etter artikkel 9 nr. 2 bokstav a for utleveringen av personopplysninger som nevnt i artikkel 9 nr. 1 til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring.

Vurderingen blir dermed om Grindr's utlevering av personopplysninger om at de registrerte er Grindr-brukere til annonsepartnere, og som omfattes av artikkel 9 nr. 1, gjelder «personopplysninger som det er åpenbart at den registrerte har offentliggjort», jf. artikkel 9 nr. 2 bokstav e.

Datatilsynet har redegjort for vår vurdering av dette unntaksvilkåret i vedtaket, og vi kan ikke se at Grindr direkte anfører at artikkel 9 nr. 2 bokstav e var oppfylt i klagen. Dette ble imidlertid anført av Grindr i tidligere korrespondanse i saken, og flere av anførselene i klagen gjelder at Grindr mener Datatilsynet har feilvurdert og misforstått flere forhold ved applikasjonen og den typiske Grindr-brukeren. Disse anførselene fremstår som å omhandle Datatilsynets vurdering av artikkel 9 nr. 2 bokstav e. Vi vil derfor komme inn på disse anførselene nedenfor.

Som vi har redegjort for i vedtaket, tilsier ordlyden i unntaksbestemmelsen, jf. «åpenbart», at unntaket bare kommer til anvendelse dersom det ikke kan være noen tvil om at den registrerte har ment å offentliggjøre de aktuelle personopplysningene. Dermed er terskelen høy for at

dette unntaket kommer til anvendelse. Vi viser for øvrig til våre vurderinger i vedtaket på side 46 flg (norsk versjon: side 48 flg.).

At Datatilsynets tolkning av ordlyden i artikkel 9 nr. 2 bokstav e i vedtaket er korrekt, har etter vedtaket ble fattet blitt understøttet av at generaladvokat Rantos i hans uttalelse i EU-domstolens sak C-252/21 av 20. september 2022, har lagt til grunn en tilsvarende streng tolkning:

Second, as regards Question 2(b), it should be recalled that, pursuant to Article 9(2)(e) of the GDPR, the prohibition on processing sensitive personal data does not apply if the processing relates to personal data which are manifestly made public by the data subject. Moreover, the inclusion in the wording of that provision of the adverb ‘manifestly’ and the fact that the provision constitutes an exemption to the prohibition on processing sensitive personal data require a particularly stringent application of that exemption, on account of the significant risks to the fundamental rights and freedoms of data subjects. In order for that exemption to apply, the user must, in my opinion, be fully aware that, by an explicit act, he or she is making personal data public.

Grindr anfører i klagen at Datatilsynet uriktig antar at applikasjonen blir brukt for «creating intimate relations», og mener at Datatilsynet her impliserer seksuelle relasjoner.

Det fullstendige sitatet fra Datatilsynets vedtak er imidlertid at Grindr brukes for «creating intimate relations or connecting with other users in the LGBTQ+ community».⁵³ Som nevnt ovenfor er Grindr ifølge seg selv « [t]he Worlds’s largest social networking app for gay, bi, trans, and queer people», og applikasjonen til Grindr kalles “Grindr – Gay Dating and Chat”. Det er verken uriktig eller diskriminerende av Datatilsynet å legge til grunn at en slik dating- og sosial nettverksapplikasjon brukes for å skape romantiske eller seksuelle relasjoner eller for øvrig for å komme i kontakt med andre brukere i lhbtq+-miljøet. At applikasjonen er designet for og brukes for slike romantiske eller seksuelle relasjoner, underbygges ytterligere av at applikasjonen har et felt der brukeren kan velge mellom fem ulike preferanser for seksuelle posisjoner («Top/Vers Top/Versatile/Vers Bottom/Bottom»).

Grindr anfører videre i klagen at profiler i gratisversjonen av applikasjonen ikke bare ble vist til et begrenset antall brukere og fortrinnsvis nær den registrertes lokasjon, men i praksis til et stadig endrende og praktisk talt ubegrenset antall av Grindr’s ■■■ millioner daglig aktive brukere. Grindr peker i denne forbindelse på at selskapet i februar 2018 introduserte Explore-funksjonen for alle gratisbrukere, som ga dem mulighet til å utforske hvilket som helst område de ønsker på Grindr. Grindr anfører videre at gratisbrukere kunne endre profilene de fikk opp ved å stille på standardfiltrene «age», «looking for» og «tribes», og de hevder dermed at applikasjonen hadde søkefunksjonalitet.

Datatilsynet peker i denne forbindelse på at Grindr er en vesentlig forskjellig tjeneste fra sosiale medier som for eksempel Facebook, Instagram og Twitter hva gjelder tilgjengelighet

⁵³ Vedtakets s. 46.

av profilene. På disse plattformene kan man gjøre søk etter profiler basert på navn, som gjør det mulig og lett tilgjengelig å finne enkeltpersoner man ser etter på plattformen. Grindr hadde ingen slik søkefunksjon for å finne profiler til enkeltpersoner i applikasjonen. Som beskrevet i Datatilsynets vedtak, utgjorde verken Explore-funksjonen eller standardfiltrene noen form for søkefunksjon for å finne bestemte brukere, for eksempel hvis man ønsket å søke etter Peder Ås.

Gratisbrukere av Grindr kunne for den vesentligste delen perioden av overtredelsesperioden bare se 100 profiler i sitt område til enhver tid.⁵⁴ Standardfiltrene ville bare filtrere hvilke type profiler man ble vist, og dette ble også avgjort av de andre brukernes innstillinger i applikasjonen, hvorvidt de var pålogget eller nylig pålogget og lokasjonen deres der og da.

Når det gjelder Explore-funksjonen, hvor man kunne velge hvilken lokasjon man ville se profiler i nærheten av, var heller ikke dette noen form for søkefunksjon for å finne bestemte enkeltprofiler. Det var ikke mulig gjennom denne funksjonen å få oversikt over eller undersøke om en bestemt person var på Grindr. Som Grindr selv påpeker, kunne også brukere «opt-out» fra at profilen deres ble vist i Explore-funksjonen gjennom innstillingene i applikasjonen.⁵⁵

Videre var Grindr-profiler kun er tilgjengelige for andre som lastet ned Grindr-appen og opprettet en bruker, mens profiler i på sosiale medier som for eksempel Facebook, Instagram og Twitter er tilgjengelige gjennom nettlesere, og ofte uten å trenge å opprette en konto på plattformen. Videre indekseres ikke profiler på Grindr i søkemotorer, slik som er vanlig for profiler på de ovennevnte sosiale mediene.

I praksis ville en profil i gratisversjonen bli vist til en svært liten andel av Grindr-brukere, som alle hadde lastet ned applikasjonen og opprettet en konto. Det var ikke mulig å søke etter enkeltbrukere i applikasjonen, og en profil ville i praksis fortrinnsvis vises til andre brukere nær den registrertes lokasjon. Som vi har redegjort for i vedtaket, er det etter vårt syn også vesentlig forskjell på å gjøre opplysninger utelukkende tilgjengelig for andre i lhbtq+-fellesskapet, og det å gjøre informasjon tilgjengelig for allmennheten. Alle de ovennevnte forholdene taler mot at det var «åpenbart at den registrerte har offentliggjort» at de var Grindr-brukere, jf. artikkel 9 nr. 2 bokstav e.

Grindr anfører videre at Datatilsynet uriktig har antatt at den typiske norske Grindr-brukeren velger å være anonym på plattformen som følge av skam eller redsel for å dele sin seksuelle orientering. Videre anføres det at andelen brukere som deler bilder av ansikt på profilen ikke er relevant for sakens rettslige vurderinger eller brukernes ønske om å dele sin seksuelle orientering. Grindr skriver at dette valget kun er en bevisst avgjørelse om å laste opp et bilde og gjøre det tilgjengelig for resten av Grindr-brukerne.

Datatilsynet har ikke på noe tidspunkt uttalt at den typiske norske Grindr-brukeren velger å være anonym på plattformen som følge av skam eller redsel for å dele sin seksuelle

⁵⁴ Grindr endret dette til 300 profiler i mars 2020.

⁵⁵ Klagens s. 11, fotnote 9

orientering. Datatilsynet har imidlertid påpekt i vedtaket at mange Grindr-brukere i praksis ikke velger å dele bilde av ansiktet sitt, som illustrert av NRK-undersøkelsen.⁵⁶ Datatilsynet understreker at NRK-undersøkelsen det vises til i vedtaket er et øyeblikksbilde og ikke gir et nøyaktig eller komplett bilde av andelen brukerne i Norge som dette gjaldt under overtredelsesperioden. Dette er imidlertid ikke avgjørende, og undersøkelsen underbygger det faktum at mange brukere velger å ikke ha bilde av ansiktet sitt. Tilsvarende velger mange brukere å ikke oppgi fullt navn eller andre opplysninger som kan være identifiserende overfor andre brukere.

Grindr skriver selv på klagens side 9 at:

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».

Datatilsynet er for så vidt enig med Grindr i at hvorvidt en bruker av Grindr har et bilde av ansiktet sitt eller fullt navn på profilen, ikke er avgjørende. Selv om den registrerte har fullt navn og bilde på profilen sin, så vil likevel ikke behandlingen av den grunn gjelde «personopplysninger som det er åpenbart at den registrerte har offentliggjort». For de brukerne som ikke har identifiserende opplysninger på profilen vil imidlertid dette utgjøre et ytterligere argument for at de ikke har åpenbart offentliggjort at de er Grindr-brukere.

Grindr anerkjenner for øvrig selv at brukerne av Grindr kan ha et ønske om å være diskrete om sin bruk av Grindr overfor utenforstående gjennom «Discreet App Icon»-funksjonen, som lar dem endre utseende til Grindr-ikonet på smarttelefonen slik at det ikke skal gjenkjennes.⁵⁷

Som Datatilsynet har redegjort for i vedtaket, vil i alle tilfeller ikke det å opprette en profil i en applikasjon for dating og chatting rettet mot «gay, bi, trans, and queer people» anses som at brukeren åpenbart har ment å offentliggjøre bruken av denne applikasjonen, og dermed sagt fra seg vernet som personvernforordningen artikkel 9 nr. 1 gir. Opplysningene som brukeren legger ut på sin profil, som avhengig av omstendighetene kan være identifiserende eller ikke for andre brukere, kan kun anses å være ment å gjøres tilgjengelig for andre brukere av Grindr som også er en del av lhbtq+-miljøet.

Datatilsynet fastholder konklusjonen i vedtaket om at opplysningen om at de registrerte var Grindr-brukere, ikke var «personopplysninger som det er åpenbart at den registrerte har offentliggjort», jf. artikkel 9 nr. 2 bokstav e.

⁵⁶ <https://nrkbeta.no/2021/08/07/menn-uten-ansikt/>, sist besøkt 5. desember 2022.

⁵⁷ <https://help.grindr.com/hc/en-us/articles/1500011544001-Understanding-your-settings>, sist besøkt 5. desember 2022.

6 Ileggelse av overtredelsesgebyr

6.1 Generelle prinsipper ved ileggelse overtredelsesgebyr og Grindr anførsler om legalitetsprinsippet

Vi viser til vedtakets punkt 6.1 og 6.3, klagens punkt 6.2 og Forbrukerrådets merknader punkt 6.1 og 6.2.

Datatilsynet viser innledningsvis til vedtakets punkt 6.1, hvor vi overordnet har redegjort for de generelle prinsippene for ileggelse av administrative sanksjoner som overtredelsesgebyr. Her fremgår det at i samsvar med Høyesteretts praksis, legger Datatilsynet til grunn at overtredelsesgebyr er å anse som straff etter EMK artikkel 6 og 7.⁵⁸

Vi påpeker i denne forbindelse at EMD i storkammerdommen 23. november 2006 i saken *Jussila mot Finland* har lagt til grunn at rettssikkerhetsgarantier som EMK sikrer i straffesaker, ikke kan håndheves like strengt for sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferett, men som likevel blir betraktet som straff etter EMK – for eksempel administrative sanksjoner.⁵⁹ Dette prinsippet er også lagt til grunn av Høyesterett, blant annet i Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 64-65.

Det presiseres videre i punkt 6.1 av vedtaket at legalitetsprinsippet må være ivaretatt for å kunne ilegge administrative sanksjoner som overtredelsesgebyr. Legalitetsprinsippet er et forvaltningsrettslig, grunnlovsfestet prinsipp i norsk rett, og det følger også et legalitetsprinsipp av EØS-retten og EMK.

Grindr anfører at for det tilfelle det konkluderes med at Grindr har brutt personvernforordningen, var de materielle vilkårene etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9 nr. ikke tilstrekkelig klare og tydelige i overtredelsesperioden til å gi den rettssikkerhet som kreves i henhold til norske grunnlovsfestede og forvaltningsrettslige prinsipper, EØS-retten og EMK, når disse kravene i personvernforordningen anvendes på Grindr tidligere samtykkemekanisme.

Overtredelsesgebyr etter personvernforordningen krever etter Grunnloven § 113 grunnlag i lov. Overtredelsesgebyr er imidlertid ikke straff etter Grunnloven § 96, og det strengere lovkravet for å kunne straffe i denne bestemmelsen kommer dermed ikke til anvendelse. Vedrørende lovkravet i EMK artikkel 7, har Høyesterett blant uttalt følgende om dette i HR-2016-1982-A avsnitt 38:

Det stilles derfor ikke krav om at rettsstilstanden på handlingstiden utelukkende må bygge på en skrevet lovtekst, og det aksepteres at en regels innhold kan utvikle seg over tid gjennom rettslig fortolkning. Det sentrale er at rettsstilstanden kvalitativt sett bygger på tilgjengelige rettsregler og er tilstrekkelig forutsigbar.

⁵⁸ Rt. 2012 side 1556.

⁵⁹ Avgjørelse av EMD 23. november 2006 i saken *Jussila mot Finland*, avsnitt 43.

Datatilsynet har i vedtaket og ovenfor redegjort for at Grindr har brutt objektive, tilgjengelige, ikke-diskriminerende, klare og tydelige krav i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9, som var kjent på forhånd og burde vært forutsigbare for Grindr. Som redegjort for i punkt 5.1.2 ovenfor, er tolkningene til Datatilsynet basert på ordlyden i personvernforordningen i lys av formålet og fortalen. Tolkningene har videre støtte i retningslinjer fra Artikkel 29-gruppen som var tilgjengelig i overtredelsesperioden. Rettskilder som er publisert etter overtredelsesperioden er kun brukt for å understøtte at tolkningene i vedtaket er korrekte. Datatilsynets tolkning av kravene i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7 og artikkel 9 var uansett gjeldende tolkninger av personvernforordningen under hele overtredelsesperioden. Vedtaket til Datatilsynet er således verken i strid med EMK artikkel 7, legalitetsprinsippet i norsk forvaltningsrett eller det EØS-rettslige legalitetsprinsippet.

6.2 Skyldkrav ved ileggelse av overtredelsesgebyr overfor foretak

6.2.1 Om skyldkravet

Vi viser til punkt 6.2 i vedtaket, punkt 6.2.3 i klagen og Forbrukerrådets merknader punkt 6.2.3.

I klagen anfører Grindr at Datatilsynet ikke har dokumentert skyld fra noen spesifikke personer som opptrådte på vegne av Grindr, og har vist til Høyesteretts avgjørelse i HR-2021-797-A. Det anføres at det må tas stilling til hvem som på vegne av Grindr har utvist skyld med hensyn til overtredelsene av artikkel 6 og 9.

I vedtaket har Datatilsynet uttrykkelig vist til Høyesteretts avgjørelse i HR-2021-797-A, hvor Høyesterett legger til grunn at objektivt ansvar ved ileggelse av foretaksstraff ikke er forenlig med straffebegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen, slik det er tolket av Den europeiske menneskerettsdomstolen. Høyesterett slo fast at ileggelse av foretaksstraff krever at en person som handlet på vegne av foretaket, har opptrådt minst uaktsomt. Høyesteretts avgjørelse gjaldt ikke direkte administrative foretakssanksjoner, men i vedtaket la Datatilsynet til grunn at det samme prinsippet gjelder for ileggelse av overtredelsesgebyr mot et foretak etter personvernforordningen artikkel 83.

Høyesteretts avgjørelse i HR-2021-797-A stiller krav om at «gjerningspersonen har utvist subjektiv skyld», og at straff altså ikke kan idømmes på et rent objektivt grunnlag. HR-2021-797-A gjaldt en kjent gjerningsperson, og spørsmålet om gjerningspersonen må identifiseres kom dermed ikke på spissen i denne dommen. Høyesterett har senere i HR-2022-1271-A avsnitt 36-50 bekreftet at det ikke kreves at det identifiseres en bestemt person som har utvist skyld og handlet på vegne av selskapet, og at anonyme og kumulative feil begått av personer som handlet på vegne av selskapet kan rammes så lenge en anonym gjerningsperson alene eller gjerningspersonene kumulativt oppfyller minstekravet om uaktsomhet.

En lovendring til forvaltningsloven § 46 første trådte videre i kraft 1. juli 2022, etter at vedtaket ble truffet. Av forvaltningsloven § 46 første ledd følger det nå at

[n]år det er fastsatt i lov at det kan ilegges administrativ sanksjon overfor et foretak, er skyldkravet uaktsomhet med mindre noe annet er bestemt.

Som nevnt ovenfor har Datatilsynet i vedtaket allerede lagt til grunn at skyldkravet er uaktsomhet for illeggelse av overtredelsesgebyr i denne saken, og Datatilsynets vedtak er dermed også i tråd med denne bestemmelsen. Forarbeidene til lovendringen bekrefter videre at⁶⁰

[u]aktsomhetskravet kan oppfylles av en (eller flere) enkeltperson(er) som opptrer på vegne av foretaket, herunder anonyme gjerningspersoner. Ansvarer kan også oppfylles gjennom summen av flere enkeltpersoners adferd (kumulative feil).

Datatilsynet trengte dermed verken før eller etter lovendringen å identifisere spesifikke personer som har utvist skyld på vegne av Grindr, slik Grindr har anført. Det er tilstrekkelig for illeggelse av overtredelsesgebyr at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at en anonym gjerningsperson alene eller gjerningspersonene kumulativt oppfyller minstekravet om uaktsomhet.

6.2.2 Prinsipalt: Overtredelsene er begått med anonymt forsett

Datatilsynet har i vedtakets punkt 6.2 konkludert med at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at Grindr's overtredelse av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 ble begått forsettlig. Det er følgelig ikke uklart hvilken form for skyld Datatilsynet har vurdert og fastslått, slik Grindr anfører i klagen.

Skyldkravet for overtredelsesgebyr er bare alminnelig uaktsomhet, og det er dermed ikke nødvendig å bevise at overtredelsene er begått forsettlig. Dersom det foreligger forsett, er imidlertid dette et skjerpene moment i vurderingen av hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr og utmålingen av dette, jf. personvernforordningen artikkel 83 nr. 2 bokstav b.

Grindr argumenterer for at Datatilsynet ikke har vist til noen faktiske omstendigheter til støtte for forsett.

Den alminnelige forsettsvurderingen i norsk rett er kodifisert i straffeloven § 22. Her følger det:

Forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebed

- a. med hensikt,*
- b. med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen, eller*
- c. holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.*

⁶⁰ Prop.81 L (2021-2022) s. 45.

Forsett foreligger selv om lovbrøtteren ikke er kjent med at handlingen er ulovlig, jf. § 26.

I forarbeidene til straffeloven 1902 § 48 a om foretaksstraff, som ble erstattet av § 27 i straffeloven, uttaler Straffelovkommisjonen vedrørende anonym skyld at det ut ifra omstendighetene kan trekkes slutninger om både uaktsomhet og forsett fra de objektive forholdene ved handlingen:

At anonym skyld omfattes, betyr at det ikke er nødvendig å påvise hvem som har begått den straffbare handling. Det må bare være klart at det er noen som har handlet på vegne av foretaket. Det kan i slike tilfeller være vanskelig å bevise at vedkommende har utvist skyld, men stort sett vil ikke det være noe problem. Ved å se på de objektive forhold ved handlingen, kan man som oftest trekke slutninger om noen har handlet uaktsomt (se Rieber-Mohn i Lov og Rett 1988 s 351). Det kan f.eks. ved en feil (uaktsomhet) være sluppet ut giftig avfall fra en bedrift i en elv uten at man kan påvise hvem i bedriften som gjorde det. I visse tilfeller vil det også kunne foreligge anonymt forsett. Det vil f.eks. ut fra de faktiske forhold være klart at lovbruddet ikke kunne ha skjedd uten at noen i bedriften har handlet forsettlig.⁶¹

Som Grindr viser til, følger det i også av *Guidelines on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation 2016/679* fra WP29, som er tilsluttet av EDPB⁶², at vurderingen av skyld må gjøres ut ifra sakens objektive forhold:

The relevant conclusions about wilfulness or negligence will be drawn on the basis of identifying objective elements of conduct gathered from the facts of the case.⁶³

Ved anonym skyld vil dermed forsettsvurderingen være objektivisert.

Ansvar for etterlevelse av personvernforordningen ligger hos virksomhetens ledelse, og utleveringen av personopplysninger til annonsepartnere og utformingen av Grindr tidligere samtykkemekanisme knyttet til dette, var tilsiktede og bevisste handlinger. Som Datatilsynet har redegjort for i vedtaket, er det ut ifra sakens omstendigheter klart at den personen i Grindr som var ansvarlig for utleveringen av personopplysninger til annonsepartnere og den tidligere samtykkemekanismen knyttet til dette, var klar over og mente å implementere disse praksisene i den form de forelå i overtredelsesperioden. Dette var dermed villede handlinger. Det er videre klart at denne personen handlet på vegne av Grindr i denne forbindelse.

Datatilsynet har i vedtakets punkt 5.4 og i punkt 5.3 ovenfor konkludert med at samtykkene innsamlet gjennom den tidligere samtykkemekanismen for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke var i tråd med kravene til et gyldig

⁶¹ NOU 1989:11 Straffansvar for foretak, Straffelovkommisjonens delutredning III, s. 15-16.

⁶² Article 29 Working Party, Guidelines on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation 2016/679 (WP253), EDPB Endorsement 1/2018.

⁶³ Article 29 Working Party, Guidelines on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation 2016/679 (WP253), side 12.

samtykke etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7. Personopplysningene ble dermed utlevert til annonsepartnere uten rettslig grunnlag, jf. artikkel 6 nr. 1. Datatilsynet har videre i vedtakets punkt 5.5 og i punkt 5.4 ovenfor konkludert med at Grindr behandlet særlige kategorier av personopplysninger i strid med artikkel 9 nr. 1 da selskapet utlevte personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring sammen med informasjonen om at de registrerte var Grindr-brukere. Forsett foreligger selv om gjerningspersonen ikke er kjent med at handlingen er ulovlig.⁶⁴ Ut ifra de faktiske forholdene i saken er det dermed klart at overtredelsene av personvernforordningen i denne saken ikke kunne skjedd uten at noen i Grindr handlet forsettlig.

Grindr har argumentert for at Datatilsynet ikke har vurdert om det foreligger subjektive unnskyldningsgrunner i saken, og anfører at det særlig bør tas hensyn til at det forelå betydelig usikkerhet knyttet til tolkningen av personvernforordningen artikkel 6 og 9 i den aktuelle perioden.

I forbindelse med forsett forstår Datatilsynet dette som anførsler knyttet til rettsuvitenhet, som allerede er behandlet i vedtaket. Forsett foreligger selv om lovbrøyeren på handlingspunktet ikke er kjent med at handlingen er ulovlig dersom uvitenheten er uaktsom. Dette prinsippet kommer til uttrykk i straffeloven § 26 og 22 andre ledd, og er for øvrig lagt til grunn av Personvernemnda i flere saker.⁶⁵

Som også Forbrukerrådet peker på i sine merknader, følger det av Rt. 2012 s. 1316 avsnitt 12 at det ut ifra hensynet til likebehandling og effektivitet stilles meget strenge krav til aktsomhet for å anse en rettsvillfarelse som unnskyldelig. I juridisk teori er det lagt til grunn at det skal særlig mye til for at den som utøver et yrke eller en virksomhet, blir frifunnet på grunn av mangelfull kjennskap til de regler som gjelder for livsområdet.⁶⁶

Datatilsynet har i vedtaket redegjort for at normen for aktsom og forsvarlig opptreden på området krever at den som er ansvarlig for å implementere en samtykkemekanisme for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for tusenvis av brukere, setter seg tilstrekkelig inn i det relevante regelverket for å sikre at implementeringen er i tråd med regelverket.

Grindr har i denne forbindelse vist til overtredelsesgebyret den belgiske datatilsynsmyndigheten ga til IAB Europe 2. februar 2022, og anfører at det faktum at den belgiske datatilsynsmyndigheten ila et «beskjedent» gebyr på 250 000 euro for brudd på personvernforordningen artikkel 5, 6, 12, 14, 24, 25, 30, 32, 25, 37 og 39, underbygger usikkerheten rundt hvordan disse bestemmelsene skal tolkes.⁶⁷

⁶⁴ Dette prinsippet kommer til uttrykk i straffeloven § 22 andre ledd.

⁶⁵ PVN-2021-09, PVN-2019-15, PVN-2022-03.

⁶⁶ Andenæs m.fl., *Alminnelig strafferett*, 6. utgave, 2016, s. 258.

⁶⁷ Hele avgjørelsen ligger tilgjengelig på: <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-21-2022-english.pdf>, sist besøkt 5. desember 2022.

Datatilsynet påpeker i denne forbindelse at den belgiske datatilsynsmyndigheten ikke har lagt til grunn at det var tvil om tolkningen av disse bestemmelsene i sin avgjørelse. Videre la den belgiske datatilsynsmyndigheten til grunn at IAB Europe hadde en samlet årlig global omsetning på 2 471 467 euro, og overtredelsesgebyret på 250 000 euro utgjorde dermed over 10 % av selskapets globale årlige omsetning. Overtredelsesgebyret i denne saken var dermed heller ikke beskjedent, slik Grindr anfører.

Som redegjort for i vedtaket og ovenfor, forelå det ikke etter vår vurdering noen betydelig usikkerhet knyttet til tolkningen av personvernforordningen artikkel 6 og 9 i den aktuelle perioden, slik Grindr anfører. Det faktum at andre aktører i samme bransje eventuelt hadde samme oppfatning av regelverket som Grindr, medfører heller ikke at eventuell rettsuvitenskap var aktsom, sml. Rt. 1953 s. 475 og Rt. 1972 s. 862.

Som Datatilsynet videre har redegjort for i vedtaket, vil dermed ikke en eventuell rettsuvitenskap hos personen som var ansvarlig for den tidligere samtykkemekanismen på vegne av Grindr, være aktsom, ettersom vedkommende i så tilfelle ikke har satt seg tilstrekkelig inn i det relevante regelverket. Vedkommende har dermed handlet i strid med forsvarlig opptreden på området. Forsett vil dermed foreligge, ettersom eventuell rettsuvitenskap er uaktsom.

Datatilsynet kan ikke se at det er noen holdepunkter for øvrige individuelle forhold som påvirker vurderingen av rettsuvitenskap, eller at det foreligger noen straffrihetsgrunner for øvrig.

Datatilsynet fastholder konklusjonen i vedtaket om at personen som på vegne av Grindr har vært ansvarlig for utleveringen av personopplysninger til annonsepartnere og den tidligere samtykkemekanismen knyttet til dette, har utvist forsett ved overtredelsene av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9.

6.2.3 Subsidiært: Overtredelsene er i alle tilfeller begått uaktsomt gjennom anonyme og kumulative feil

Skyldkravet for overtredelsesgebyr er som nevnt bare alminnelig uaktsomhet, og det er dermed ikke nødvendig å bevise at overtredelsene er begått forsettlig for ileggelse av overtredelsesgebyr.

Subsidiært, dersom det ikke foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at Grindr's overtredelser av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 nr. 1 er begått forsettlig av en person som handlet som på vegne av Grindr, må det vurderes om overtredelsene av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9 er begått uaktsomt.

Høyesterett har som nevnt i HR-2022-1271-A lagt til grunn at det ikke er i strid med EMK å ilegge foretaksstraff ved anonyme og kumulative feil.⁶⁸

⁶⁸ HR-2022-1271-A, avsnitt 50.

Datatilsynet vurderer dermed hvorvidt den eller de personene i Grindr som hadde ansvar for eller utarbeidet den tidligere samtykkemekanismen, har opptrådt uaktsomt – hver for seg eller samlet.

Den alminnelige uaktsomhetsvurderingen er kodifisert i straffeloven § 23. Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.

Normen for aktsom og forsvarlig opptreden på området krever at den eller de personene som er ansvarlig for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for tusenvis av brukere og en tilknyttet samtykkemekanisme for dette, setter seg tilstrekkelig inn i det relevante regelverket og iverksetter tiltak for å sikre at utleveringen har rettslig grunnlag i artikkel 6 nr. 1 og ikke strider mot forbudet i artikkel 9 nr. 1. Dersom samtykke er det aktuelle rettslige grunnlaget, må det sikres at samtykkemekanismen og den tilknyttede behandlingen av personopplysninger er i tråd med gjeldende regelverk – blant annet artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7, samt artikkel 9 nr. 2 bokstav a.

Vi viser til gjengivelsen av Straffelovkommisjonen uttalelse om at det ut ifra omstendighetene kan trekkes slutninger om både uaktsomhet og forsett fra de objektive forholdene ved handlingen i punkt 6.2.2. At vurderingen av aktsomhet har et objektivt preg følger også av Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1988 s. 1356, hvor det fremgår:

Når det ikke er kjent hvilken person innenfor bedriften som har ansvaret for en handling eller unnlatelse, må aktsomhetsbedømmelsen nødvendigvis få et objektivt preg. Det lar seg således ikke gjøre å bringe på det rene hvilken viten vedkommende faktisk hadde; man må nøye seg med å spørre hva vedkommende burde vite eller bringe på det rene. Nå blir nok forskjellen fra andre saker likevel ikke så stor, idet enhver aktsomhetsvurdering har en objektiv kjerne.⁶⁹

At uaktsomhetsvurderingen blir objektivisert ved anonyme og kumulative feil er også lagt til grunn av Høyesterett i HR-2022-1271-A avsnitt 40.

Datatilsynet har i vedtakets punkt 5.4 og i punkt 5.3 ovenfor konkludert med at samtykkene innsamlet gjennom den tidligere samtykkemekanismen for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring, ikke var i tråd med kravene til et gyldig samtykke etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7. Personopplysningene ble dermed utlevert til annonsepartnere uten rettslig grunnlag, jf. artikkel 6 nr. 1. Datatilsynet har videre i vedtakets punkt 5.5 og i punkt 5.4 ovenfor konkludert med at Grindr behandlet særlige kategorier av personopplysninger i strid med artikkel 9 nr. 1 da selskapet utleverte personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring sammen med informasjonen om at de registrerte var Grindr-brukere.

⁶⁹ Rt. 1988 s. 1356, s. 1360.

Ut ifra de objektive elementene i saken kan det dermed slutes at den eller de personene som var ansvarlig for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring og den tilknyttede samtykkemekanismen, ikke hadde satt seg tilstrekkelig inn i det relevante regelverket og iverksatt de nødvendige tiltakene for å sikre at samtykkemekanismen og den tilknyttede behandlingen av personopplysninger var i tråd med gjeldende regelverk. Den eller de personene som var ansvarlig for utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring og den tilknyttede samtykkemekanismen, opptrådte dermed ikke i tråd med aktsom og forsvarlig opptreden på området.

Grindr har anført at det foreligger subjektive unnskyldningsgrunner, og viser i denne forbindelse til at det forelå betydelig usikkerhet knyttet til tolkningen av personvernforordningen artikkel 6 og 9 i den aktuelle perioden. Grindr viser videre til overtredelsesgebyret den belgiske datatilsynsmyndigheten ga til IAB Europe 2. februar 2022.

Som Datatilsynet har redegjort for ovenfor i punkt 6.2.2, er ikke anførselen til Grindr knyttet til overtredelsesgebyret den belgiske datatilsynsmyndigheten ga til IAB Europe treffende, og den kan etter vårt syn ikke vektlegges. Som redegjort for i vedtaket og ovenfor, forelå det heller ikke noen betydelig usikkerhet knyttet til tolkningen av personvernforordningen artikkel 6 og 9 i den aktuelle perioden, slik Grindr anfører.

Videre uttaler Høyesterett i HR-2022-1271-A avsnitt 40:

I saken her foreligger det anonyme og kumulative feil. Bruddene på sikkerhetsreglene og uaktsomhetsansvaret etter straffeloven kan knyttes til Bane NOR, det vil si dets organisasjon som helhet, men ikke til identifiserte enkeltindivider. Dette innebærer at uaktsomhetsvurderingen blir objektivisert – eventuelle individuelle unnskyldningsgrunner kommer ikke i betraktning.

Datatilsynet kan ikke se grunnlag for at det forelå noen individuelle unnskyldningsgrunner for Grindr og de ikke-identifiserte individene som på vegne av selskapet hadde ansvar for eller utarbeidet den tidligere samtykkemekanismen og den tilknyttede utleveringen av personopplysninger til annonsepartnere.

Datatilsynet konkluderer med at subsidiært, dersom det ikke foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at Grindr's overtredelser av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 nr. 1 er begått forsettlig, foreligger det klar sannsynlighetsovervekt for at overtredelsene av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 nr. 1 i alle tilfeller er begått uaktsomt av den eller de personene som på vegne av Grindr hadde ansvar for utleveringen av personopplysninger til annonsepartnere og den tilknyttede samtykkemekanismen.

6.3 Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

6.3.1 Innledning

Vi viser til vedtakets punkt 6.3, klagens punkt 6.3-6.6, og Forbrukerrådets merknader punkt 6.3-6.6.

Datatilsynet har i vedtakets punkt 5 og i punkt 5 ovenfor konkludert med at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at Grindr har brutt personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9 nr. 1.

Datatilsynet har i vedtakets punkt 6.3 konkludert med at det er nødvendig å reagere med overtredelsesgebyr i denne saken, og at illeggelse av et overtredelsesgebyr er virkningsfull, står i et rimelig forhold til overtredelsen og virker avskrekkende, jf. artikkel 83 nr. 1 og 2.

Vi viser til innledningen til vedtakets punkt 6.3 side 50-51 (norsk versjon: side 52-53), hvor det redegjøres for hvilke momenter som datatilsynsmyndigheter skal ta hensyn til i helhetsvurderingen av hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr i henhold til personvernforordningen artikkel 83, jf. artikkel 58 nr. 2 bokstav i, jf. personopplysningsloven § 1.

I det følgende vil vi behandle nye anførsler fra Grindr i klagen knyttet til hvert av momentene som listes opp i artikkel 83 nr. 2 bokstav a-k.

6.3.2 Bokstav a) karakteren, alvorlighetsgraden og varigheten av overtredelsen, idet det tas hensyn til den berørte behandlingens art, omfang eller formål samt antall registrerte som er berørt, og omfanget av den skade de har lidd

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav a i vedtaket på side 51-55 (norsk versjon: side 53-57) og klagens punkt 6.6.1.

Grindr anfører at en eventuell overtredelse av artikkel 6 nr. 1 ikke kan anses som alvorlig, ettersom den foregikk i en begrenset tidsperiode og opphørte for nesten to år siden.

Som redegjort for i vedtaket, pågikk overtredelsene til Grindr i mer enn 21 måneder fra personvernforordningen trådte i kraft i Norge 20. juli 2018. Grindr begynte heller ikke å utforske alternativer til sin tidligere samtykkemekanisme før juli 2019, et år etter personvernforordningen trådte i kraft. Datatilsynet fastholder at varigheten av overtredelsen er et skjerpene moment. Det faktum at overtredelsen opphørte for over to år siden – etter at Datatilsynet startet sin saksbehandling – medfører heller ikke at overtredelsen kan anses som mindre alvorlig for den perioden den pågikk.

Grindr anfører også at utlevering bare kunne skje dersom brukeren aktivt hadde aktivert deling av annonse-ID.

Datatilsynet påpeker i denne forbindelse at denne anførselen om at utlevering bare kunne skje dersom brukeren aktivt hadde aktivert deling av annonse-ID, ikke medfører riktighet. Deling av annonse-ID var standardinnstillingen i både Android og iOS i overtredelsesperioden, og som redegjort for i vedtakets punkt 5.4 og ovenfor i punkt 5.3, krevde «opt-out» fra målrettet

markedsføring på enheten til brukeren at vedkommende aktivt gikk inn og endret innstillingene i enheten.

Grindr anfører også i klagen at Datatilsynet har vist til risikoene ved profilering, selv om Grindr ikke foretok noen profilering av sine brukere. Det anføres at hypotetiske scenarier om profilering ikke reflekterer Grindr's faktiske praksiser. Selskapet argumenterer med at de generelle personopplysningene som Grindr utleverte ikke kunne gjøre det mulig med påtrengende profilering og sporing, og at disse opplysningene «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 er kun tilgjengelig i USA». Grindr anfører videre at Datatilsynet ikke har identifisert en reell skade hos de registrerte, og at Datatilsynet overvurderer skadevirkningene ved å hevde at de registrerte «lost control of their data». Grindr påpeker at selskapet bare delte enkelt og overordnet informasjon om brukerne, og at denne informasjonen ikke var direkte identifiserbar.

Det fremgår av personvernforordningens fortalepunkt 75 at:

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, [...], 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 [...] seksuelle forhold [...], når personlige aspekter vurderes, særlig for å analysere eller forutsi [...] personlige preferanser eller interesser, [...] plassering eller bevegelser, for å opprette eller bruke personlige profiler, [...] eller når behandlingen omfatter en stor mengde personopplysninger og berører et stort antall registrerte.

Datatilsynet er uenig i at Grindr bare utleverte generell eller overordnet informasjon. Som vi har redegjort for i vedtaket og i punkt 5.4.1 ovenfor, utleverte Grindr blant annet personopplysninger som nettidentifikatorer som annonse-ID og IP-adresse, sammen med presis lokasjon og opplysningen om at de registrerte var Grindr-brukere. Som vi har redegjort for i vedtakets punkt 5.5 og gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav a i vedtaket på side 54 (norsk versjon: side 56), utleverte Grindr også opplysninger om seksuell orientering til annonsepartnere. Særlige kategorier av personopplysninger har et særskilt vern etter personvernforordningen, og spredning av slike opplysninger utgjør en risiko for de registrertes fundamentale rettigheter til personvern og ikke-diskriminering. Videre delte Grindr brukernes presise GPS-lokasjon, noe som øker alvorligheten av overtredelsen ytterligere. GPS-lokasjon kan være særlig egnet til å avsløre registrertes vaner og livsstil, og kan også bli brukt til å utlede særlige kategorier av personopplysninger.

Datatilsynet er ikke uenig i at Grindr ikke på egenhånd profilerte de registrerte, eller at personopplysningene som Grindr utleverte bare var indirekte identifiserbare. Den lovstridige utleveringen av personopplysninger til annonsepartnere var imidlertid for formålet

adferdsbasert markedsføring, og som et ledd i sanntidskjøp- og salg av annonser (RTB).⁷⁰ Grindr utleverte både annonse-ID og IP-adresse, og som Grindr selv anerkjenner i klagens punkt 6.6.7, er målrettet annonsering avhengig av muligheten til å krysse ulike identifikatorer på tvers av ulike tjenester for å vise annonsering som er tilpasset brukeren. Som et ledd i prosessen for sanntidskjøp av annonser ville dermed de registrertes personopplysninger bli koblet og kombinert med personopplysninger som er samlet inn gjennom andre tjenester og applikasjoner, for å profileres slik at annonser kan tilpasses vedkommende. Vi viser for øvrig til vedtakets side 51 (norsk versjon: side 54-55) vedørende risikoene ved profilering.

Som ledd i samme prosess ville også personopplysningene bli utlevert videre til et ukjent antall mottakere i adtech-økosystemet. Denne kompleksiteten av behandling av personopplysninger i forbindelse med nettreklame anerkjennes i personvernforordningens foretaksdel 58 om åpenhetsprinsippet, hvor det er uttalt:

Dette er særlig relevant i situasjoner der det økende antallet aktører samt de komplekse teknologiene som brukes, gjør det vanskelig for den registrerte å vite og forstå om, av hvem og for hvilket formål vedkommendes personopplysninger samles inn, f.eks. i forbindelse med nettreklame.

For å illustrere dette fulgte det i personvernerklæringen til Grindr i overtredelsesperioden at Grindr utleverte personopplysninger til annonsepartnere. Videre fulgte det at MoPub (nå AppLovin) var et eksempel en av disse annonsepartnerne:

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 to MoPub's privacy notice and partner page.

Grindr henviste dermed videre til MoPubs personvernerklæring vedrørende deres behandling av personopplysninger. I MoPubs personvernerklæring (vedlegg 5, side 300 flg. i vedleggene) fulgte det at:

We share personal data with Advertising Demand Partners so that they can decide whether to bid on ad inventory or serve an advertisement and choose the best ad for you on our mobile advertising exchange and across the broader advertising ecosystem.

Personvernerklæringen til MoPub lenket deretter videre til en partnersiden hvor MoPub listet mer enn 160 partnere (vedlegg 5, side 628 flg. i vedleggene), og hvor det fulgte:

Unless otherwise noted with an () below, MoPub Partners are each independent controllers of your data. By consenting to MoPub's personalized advertising*

⁷⁰ For mer informasjon om systemet for sanntidskjøp- og salg av annonser (RTB) viser vi til Datatilsynet, *Det store datakappløpet*, 2015, Forbrukerrådet, *Out of control*, 2020 (vedlegg til klagen i denne saken, vedleggene side 334 flg.), og Information Commissioner's Office (ICO), *Update report into adtech and real time bidding*, 2019.

experience, you consent to MoPub and our partners processing your personal data in order to show advertising that we believe is most relevant to you. MoPub Partners may also have separate legal bases for collecting, using, retaining, and sharing your personal data. We encourage you to read MoPub Partners' policies to understand their privacy practices, the legal bases for their processing of your personal data, and any options that they provide for exercising control over such processing.

Som Datatilsynet har redegjort for i vedtaket side 39-40 (norsk versjon: side 41-42), vil risikoen for at personopplysninger kommer på avveie eller misbrukes øke desto mer personopplysningene spres. Dette er utgjør en særlig risiko for de registrerte der det er tale om personopplysninger om seksuell orientering hvor de registrerte tilhører seksuelle minoriteter. Som beskrevet i vedtaket på side 39 (norsk versjon: side 40-41), foregår det dessverre diskriminering av seksuelle minoriteter i de fleste land. Dette gjelder også for Norge, til tross for forbudene mot diskriminering i EMK artikkel 14 og Grunnloven § 98. Ifølge Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) mottok politiet 97 anmeldelser av hatkriminalitet knyttet til seksuell orientering i 2020, 43 % av ikke-heterofile oppgir å ha opplevd diskriminering det siste året, og Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) har behandlet 473 lhbtqi-relaterte henvendelser mellom 2006 og 2020.

Videre vil Grindr-brukere i Norge kunne ha tilknytning til land eller områder hvor seksuelle minoriteter forfølges. Dette kan for eksempel være personer som søker asyl eller midlertidig bor i Norge, og som utsettes for risiko dersom de drar tilbake og det er kjent at de tilhører en seksuell minoritet. Den omstendighet at noen tilhører en seksuell minoritet kan også få store konsekvenser for individer som tilhører enkelte konservative religiøse organisasjoner dersom dette blir kjent, både i Norge og i andre land.

Datatilsynet har i vedtaket på side 40 (norsk versjon: side 41-42) trukket frem eksempelet med den katolske presten som måtte si opp etter at lokasjonsdata ble brukt for å vise at han besøkte homofile barer.⁷¹ Grindr anerkjenner selv i deres uttalelse om saken at det er en teoretisk mulighet for at de aktuelle dataene originalt stammet fra Grindr, selv om selskapet mener det er usannsynlig:

«It is possible that one of our former or current partners, or one of their downstream ad partners, knowingly or unknowingly is the source of the data involved»⁷²

Hvorvidt de aktuelle opplysningene faktisk stammet fra Grindr eller ikke er i denne sammenhengen ikke avgjørende, ettersom situasjonen uansett illustrerer hvordan de

⁷¹ <https://www-inquirer-com.cdn.ampproject.org/c/s/www.inquirer.com/news/nation-world/monsignor-jeffrey-burrill-resigns-grindr-20210720.html?outputType=amp>, <https://www-vice-com.cdn.ampproject.org/c/s/www.vice.com/amp/en/article/pkbp8/grindr-location-data-priest-weaponization-app>, eller <https://www.washingtonpost.com/religion/2021/07/20/bishop-misconduct-resign-burrill/>, sist besøkt 5. desember 2022.

⁷² <https://blog.grindr.com/blog/in-response-to-a-small-blogs-witch-hunt-to-out-a-gay-priest>, sist besøkt 5. desember 2022.

registrertes rettigheter og friheter kan bli påvirket dersom opplysninger om seksuell orientering eller lokasjonsdata kommer på avveie.

Risikoene for at data kan komme på avveie illustreres videre av at The Wall Street Journal 2. mai 2022 rapporterte at lokasjonsdata fra Grindr ble solgt gjennom annonsenettverk siden 2017.⁷³ Ifølge artikkelen ble lokasjonsdata solgt fra et selskap som het UberMedia, som fikk dataene fra selskapet MoPub – en av Grindr's annonsepartnere. En talsperson fra UberMedia uttaler i saken:

«Every single entity in the advertising ecosystem has access to the information shared by Grindr and every other app that uses the real-time bidding system. That means thousands of entities have such access»

Grindr kommenterer i artikkelen at disse aktivitetene ikke lenger er mulig etter at Grindr endret hvilke data de deler med annonsepartnere tidlig i 2020. Denne endringen skjedde imidlertid etter overtredelsesperioden i den foreliggende saken.

Det finnes også eksempler på at lhbtqi+-relaterte opplysninger målrettes for misbruk. I november 2021 ble det rapportert i media at en hackergruppa hadde publisert data fra en israelsk lhbtqi+ datingapplikasjon kalt Atraf.⁷⁴

Grindr's ulovlige utlevering av personopplysninger for adferdsbasert markedsføring gjennom RTB innebar risikoer knyttet til profilering, omfattende utlevering, kombinerende av personopplysninger på tvers av tjenester, sporing av lokasjon og ugjennomsiktig behandling for de registrerte.⁷⁵ I tillegg innebar den risiko for at opplysningene kom på avveie og ble misbrukt, noe som kunne utgjøre ytterligere risikoer for de registrertes grunnleggende rettigheter til personvern og ikke-diskriminering. Dette er skjerpene omstendigheter i saken.

Grindr anfører videre at det faktisk er mange i henhold til spørreundersøkelser utført av Datatilsynet og Forbrukerrådet er negative til behandling av personopplysninger for målrettet markedsføring, ikke er relevant for vurderingen av alvorlighetsgraden av Grindr's overtredelser.

Datatilsynet vurderer i denne forbindelse at undersøkelsene illustrerer at den ulovlige utleveringen av personopplysninger fra Grindr skjedde for et formål som mange er negative til. Dette illustrerer videre at dersom Grindr hadde bedt de registrerte om samtykke til de aktuelle behandlingene av personopplysninger på en måte som var i tråd med kravene til et gyldig samtykke i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, artikkel 4 nr. 11, artikkel

⁷³ <https://www.wsj.com/articles/grindr-user-data-has-been-for-sale-for-years-11651492800>, sist besøkt 5. desember 2022.

⁷⁴ <https://www.haaretz.com/israel-news/tech-news/2021-11-02/ty-article/.premium/iranian-linked-hackers-release-data-from-israeli-lgbtq-dating-app/0000017f-dc3f-db5a-a57f-dc7f2ee50000>, sist besøkt 5. desember 2022.

⁷⁵ Alle disse risikoene fremheves av ICO som risikoer har sin opprinnelse i naturen til RTB og behandlingene av personopplysninger som skjer i dette økosystemet, se Information Commissioner's Office (ICO), *Update report into adtech and real time bidding*, 2019, s. 9.

7 og artikkel 9 nr. 2 bokstav a, og dermed gitt de registrerte et reelt valg, ville mange latt være å gi samtykke.

Grindr anfører videre at Grindr sine inntekter fra gratisversjonen var knyttet til annonser, og at dette er legitim forretningsaktivitet.

Problemstillingen i saken er imidlertid ikke om hvorvidt annonseinntekter fra en gratisversjon av en applikasjon er legitime. Denne saken handler om at utleveringen av personopplysningene til annonsepartnere var i strid med personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9, og at denne ulovlige behandlingen av personopplysninger skjedde for Grindr sine kommersielle interesser.

Grindr anfører også i klagen at Datatilsynet overvurderer omfanget og antallet berørte av Grindr sine overtredelser, og at dette ikke gjaldt en større andel av lhbtqi+-miljøet i Norge. Grindr peker på at Grindr i Norge hadde gjennomsnittlig [redacted] aktive månedlige brukere i henholdsvis 2018, 2019 og 2020, at [redacted] % av disse hadde gratisapplikasjonen, og at dette bare utgjorde en liten andel av den estimerte størrelsen på lhbtqi+-miljøet i Norge.

Det er ikke klare tall på hvor mange som tilhører lhbtqi+-miljøet i Norge. Bufdir anslår at det er mellom 100 000 og 500 000.⁷⁶ I livskvalitetsundersøkelsen til SSB av 2021 oppga 4,4 prosent at de var ikke-heterofile etter en definisjon om at de regner seg som homofil, lesbisk, bifil eller annet.⁷⁷ Datatilsynet fastholder etter dette at antallet berørte av Grindr sine overtredelser var en stor og betydelig andel av lhbtqi+-miljøet i Norge, og under enhver omstendighet var antallet berørte høyt. Dette er skjerpene omstendigheter i saken.

Grindr anfører at selskapet ikke har krenket de registrertes grunnleggende rettigheter ved å utlevere deres personopplysninger uten gyldig samtykke, og at Datatilsynet ikke har gjort en utdypende vurdering av hvilke grunnleggende rettigheter som er krenket.

Datatilsynet presiserer i denne forbindelse at Datatilsynets vurdering i vedtaket er at Grindr krenket de registrertes grunnleggende rett til vern av personopplysninger ved å utlevere slike opplysninger uten rettslig grunnlag i artikkel 6 nr. 1 og i strid med forbudet i personvernforordningen artikkel 9 nr. 1. Vi viser i denne forbindelse til personvernforordningens fortalepunkt 1, hvor det følger at «[v]ern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger er en grunnleggende rettighet», og viser til EMK artikkel 8, Grunnloven § 102 og Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (pakten) artikkel 8. Av paktens artikkel 8 følger det eksplisitt at «[e]nhver har rett til vern av personopplysninger som gjelder ham eller henne», og at «[p]ersonopplysninger skal behandles på tilbørlig måte for angitte formål og på grunnlag av den berørte persons samtykke eller annet berettiget grunnlag fastsatt ved lov».

⁷⁶ https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/lhbtqi/Hvor_mange/#heading32044, sist besøkt 5. desember 2022.

⁷⁷ <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/levekar/artikler/darligere-levekar-blant-ikke-heterofile#:~:text=i%20Livskvalitetsunders%C3%B8kelsen%20som%20ble%20gjennomf%C3%B8rt,heterofil%20orientering%20utgj%C3%B8r%201%20prosent>, sist besøkt 5. desember 2022.

Grindr har videre påpekt endringene selskapet har gjort i sine praksiser og samtykkemekanisme siden overtredelsesperioden.

Datatilsynet har hensyntatt endringene Grindr har gjort i sin samtykkemekanisme som en formildende omstendighet i gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav k i vedtaket, og vil behandle dette nedenfor knyttet til vurderingen av samme moment.

Grindr peker også på at kun én bruker har sendt inn klage til Forbrukerrådet og Datatilsynet, selv om Datatilsynet hevder at overtredelsene berører tusenvis av registrerte. Datatilsynet har allerede behandlet denne anførselen i vedtaket på side 54 (norsk versjon: side 56-57), og vi viser til dette.

Samlet taler karakteren, alvorlighetsgraden og varigheten av overtredelsen klart for at det er nødvendig å ilegge overtredelsesgebyr i denne saken.

6.3.3 Bokstav b) hvorvidt overtredelsen ble begått forsettlig eller uaktsomt

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav b i vedtaket på side 55 (norsk versjon: side 57) og klagens punkt 6.6.2.

Som det følger av vedtakets punkt 6.2 og av punkt 6.2 ovenfor, har Datatilsynet konkludert med at overtredelsen av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 nr. 1 er begått forsettlig. Som det fremgår av vedtaket, er dette et skjerpene moment i saken.

Subsidiært, dersom det ikke foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at Grindr's overtredelser av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 nr. 1 er begått forsettlig, har Datatilsynet konkludert med at overtredelsene av personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og 9 nr. 1 uansett er begått uaktsomt. Etter Datatilsynets vurdering vil ikke den omstendighet at overtredelsen er begått med uaktsomhet være en formildende omstendighet, men kun innebære at momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav b ikke lenger anses som skjerpene. Sammenlignet med momentene i artikkel 83 nr. 2 bokstav a og g, har imidlertid Datatilsynet tillagt momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav b langt mindre vekt i vurderingen av hvorvidt overtredelsesgebyr skal ilegges og i vurderingen av overtredelsesgebyrets størrelse. Dersom Personvernemnda skulle komme til at overtredelsene i saken er begått uaktsomt, mener Datatilsynet at dette ikke kan tillegges stor vekt i vurderingen av hvorvidt det skal ilegges et overtredelsesgebyr, og heller ikke i vurderingen av størrelsen på gebyret.

6.3.4 Bokstav c) eventuelle tiltak truffet av den behandlingsansvarlige eller databehandleren for å begrense skaden som de registrerte har lidd

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav c i vedtaket på side 55-56 (norsk versjon: side 57-58) og klagens punkt 6.6.3.

Grindr anfører i klagen at overtredelsene opphørte for snart to år siden, at Grindr siden har avsluttet forholdet med fire av de fem innklagede annonsepartnerne, og at selskapet gjort en rekke endringer i samtykkemekanismen etter overtredelsesperioden.

Som Datatilsynet har redegjort for i vedtaket, anser vi ikke det faktum at Grindr har endret samtykkemekanismen sin etter overtredelsesperioden som et tiltak for å begrense skaden som de registrerte har lidd. Det å stoppe en ulovlig praksis er ikke i seg selv et tiltak for å begrense skade registrerte har lidd som følge av praksisen mens den pågikk. Endringene av samtykkemekanismen vil bare kunne forhindre nye brudd på personvernforordningen fra Grindr, forutsatt at endringene sikrer etterlevelse av kravene i personvernforordningen.

På samme måte som for endringene i samtykkemekanismen, vurderer dermed heller ikke Datatilsynet det at Grindr etter overtredelsesperioden har avsluttet avtaleforholdet til fire av de fem annonsepartnerne Forbrukerrådet nevner i klagen, som relevant i vurderingen av eventuelle tiltak truffet av Grindr for å begrense skaden som de registrerte har lidd. Denne saken omhandler at Grindr utleverte personopplysninger til annonsepartnere i strid med personvernforordningen, og hvorvidt Grindr etter overtredelsesperioden har avsluttet samarbeidet med enkelte annonsepartnere, endrer ikke denne omstendigheten og begrenser heller ikke den skaden de registrerte allerede har lidd.

Vedtaket gjelder videre overtredelser i perioden fra 20. juli 2018 til 7. april 2020, og vi anser dermed ikke den omstendighet at overtredelsene opphørte for over to og et halvt år siden – etter at Datatilsynet startet saksbehandlingen – som relevant for vurderingen av eventuelle tiltak truffet av Grindr for å begrense skaden som de registrerte har lidd som følge av overtredelsen.

Datatilsynet har imidlertid hensyntatt endringene Grindr har gjort i sin samtykkemekanisme som en formildende omstendighet i gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav k i vedtaket. Vi vil behandle dette nedenfor i punktet knyttet til artikkel 83 nr. 2 bokstav k.

Grindr anfører også at selskapet på eget initiativ aktivt har bedt om og søkt bekreftelse fra tidligere annonsepartnere på at de har slettet eventuell Grindr-brukerdata. I punkt 3.4.1 av klagen fremgår det at selskapet har fått bekreftet at dette er gjort.

I henhold til dokumentasjonen Grindr fremla 3. august 2022, ble disse forespørslene sendt 28. juli 2020 til AdColony, 16. november 2021 til Xandr, 17. november 2021 til Smaato og OpenX, og 27. april 2022 til MoPub. Fire av fem av disse forespørslene ble dermed sendt over ni måneder etter at Datatilsynet hadde varslet vedtak i saken.

Vi påpeker videre at selv om disse fem annonsepartnerne har slettet personopplysningene, har de aktuelle personopplysningene gjennom overtredelsesperioden blitt utlevert videre til et stort og ukjent antall øvrige selskap i adtech-økosystemet, og effekten av dette tiltaket fra Grindr for å begrense skaden som de registrerte har lidd er dermed begrenset.

Datatilsynet anser at forespørsler om sletting av personopplysninger til de fem innklagede annonsepartnerne som en formildende omstendighet, men anser ikke at dette kan tillegges stor vekt i saken.

6.3.5 Bokstav 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,

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav d i vedtaket på side 56-57 (norsk versjon: side 58-59) og klagens punkt 6.6.4.

Grindr anfører i klagen at Datatilsynet ikke har redegjort for hvordan mer granularitet i samtykkemekanismen ville bidratt til etterlevelse av personvernforordningen for Grindr's utlevering av personopplysninger til annonsepartnere.

Som redegjort for i vedtaket, anser Datatilsynet at bedre implementering av lovlighets-, åpenhets- og rettferdighetsprinsippet i personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav a i den tidligere samtykkemekanismen, gjennom granulære samtykkeforespørsler med tilhørende og fremhevet informasjon om de aktuelle behandlingene, hadde vært et tiltak som særlig kunne vært med å bidra til at Grindr etterlevde kravene i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 4 nr. 11. Dette underbygger at Grindr tok for liten grad av ansvar i det det tas hensyn til behandlingens art, omfang og risiko, i lys av forpliktelsene artikkel 5 nr. 2, artikkel 24 nr. 1 og artikkel 25 nr. 1

Grindr anfører videre at selskapet hadde avtaler med tredjeparter som krevde etterlevelse av personvernforordningen, og at deres partnere anerkjente og respekterte «opt-out»-funksjonen.

Som Datatilsynet har redegjort for i vedtakets punkt 5.4.2, har Grindr uttalt at dersom den registrerte valgte «opt-out» på en Android-enhet, ville Grindr enten sende personopplysningene sammen med et «opt-out» signal, fjerne eller gjøre annonse-ID uforståelig, eller begge disse alternativene.⁷⁸

Dette innebærer at Grindr overførte og gjorde tilgjengelig personopplysninger for annonsepartnere selv om de registrerte hadde brukt «opt-out»-funksjonen for adferdsbasert markedsføring i innstillingene i operativsystemet på enheten. Selv for det tilfelle at annonse-ID ikke ble overført, ville fortsatt presis lokasjon og IP-adresse overføres, og som redegjort for i vedtakets punkt 5.3 og i punkt 5.2 ovenfor ville dermed fortsatt personopplysninger kunne bli overført. Som redegjort for i vedtaket, var Grindr dermed avhengig av andres handlinger for å stoppe sin utlevering av personopplysninger. Datatilsynet vurderer at implementering av prinsippet om dataminimering i personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav c i forbindelse med utleveringen av personopplysninger til annonsepartnere, gjennom at det sikres at bare personopplysninger som er nødvendige for formålet overføres og gjøres tilgjengelig for annonsepartnere, særlig kunne vært med å bidra til etterlevelse av personvernforordningen på dette punktet. Dette underbygger videre at Grindr tok for liten grad av ansvar i det det tas hensyn til behandlingens art, omfang og risiko, i lys av forpliktelsene artikkel 5 nr. 2, artikkel 24 nr. 1 og artikkel 25 nr. 1 og 2.

⁷⁸ Grindr's svar på Datatilsynets krav om redegjørelse datert 22 mai 2020, side 21.

Grindr anfører også at selskapet hadde iverksatt en rekke tiltak etter personvernforordningen artikkel 32 for å sørge for sikkerhet ved deres overføringen av personopplysninger til annonsepartnere, og at Datatilsynet ikke har tillagt dette tilstrekkelig vekt.

Som det følger av vedtaket, har Datatilsynet vurdert tiltakene Grindr har iverksatt etter artikkel 32 som noe formildende. Vedtaket omhandler imidlertid ulovlig utlevering av personopplysninger til annonsepartnere, og den omstendighet at Grindrs ulovlige overføringer hadde tiltak og rutiner etter artikkel 32 for å beskytte dem, kan etter Datatilsynets vurdering bare tillegges begrenset vekt.

Samlet anser Datatilsynet at momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav d utgjør en skjerpene omstendighet, men Datatilsynet har lagt begrenset vekt på dette i vurderingen av hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr og utmålingen av dette.

Datatilsynet påpeker for ordens skyld at EDPB uttaler følgende om artikkel artikkel 83 nr. 2 bokstav d i *Guidelines 04/2022 on the calculation of administrative fines under the GDPR* på side 26:

Given the increased level of accountability under the GDPR in comparison with Directive 95/46/EC, it is likely that the degree of responsibility of the controller or processor will be considered an aggravating or a neutral factor. Only in exceptional circumstances, where the controller or processor has gone above and beyond the obligations imposed upon them, will this be considered a mitigating factor.

Vi understreker at disse retningslinjene er publisert etter både overtredelsesperioden og vedtaket, og utgjør ikke en kilde Datatilsynet har vektlagt i vurderingen av artikkel 83 nr. 2 bokstav d. Uttalelsene underbygger likevel at Datatilsynets tolkning i vedtaket er i tråd med tolkning og praksisen til andre datatilsynsmyndigheter.

6.3.6 Bokstav e) eventuelle relevante tidligere overtredelser begått av den behandlingsansvarlige eller databehandleren

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav e i vedtaket på side 57 (norsk versjon: side 59-60) og klagens punkt 6.6.5.

Grindr anfører at det faktum at selskapet ikke tidligere har brutt personvernforordningen er en formildende faktor.

Som redegjort for i vedtaket har Datatilsynet lagt til grunn at Grindr ikke tidligere har blitt funnet å ha begått relevante overtredelser av personvernforordningen for den foreliggende saken. Personvernforordningen trådte imidlertid i kraft i Norge 20. juli 2018, og overtredelsen i denne saken var pågående fra ikrafttredelsen. Datatilsynet fastholder at dette ikke kan anses som en betydningsfull formildende omstendighet i saken, og viser for øvrig til begrunnelsen i vedtaket.

Datatilsynet påpeker for ordens skyld at EDPB uttaler følgende om artikkel artikkel 83 nr. 2 bokstav d i *Guidelines 04/2022 on the calculation of administrative fines under the GDPR* på side 27:.

The absence of any previous infringements, however, cannot be considered a mitigating factor, as compliance with the GDPR is the norm. If there are no previous infringements, this factor can be regarded as neutral.

Vi understreker igjen at disse retningslinjene er publisert etter både overtredelsesperioden og vedtaket, og utgjør ikke en kilde Datatilsynet har vektlagt i vurderingen av artikkel 83 nr. 2 bokstav d. Uttalelsene underbygger likevel at Datatilsynets tolkning i vedtaket er i tråd med tolkningen og praksisen til andre datatilsynsmyndigheter.

6.3.7 Bokstav f) graden av samarbeid med tilsynsmyndigheten for å bøte på overtredelsen og redusere de mulige negative virkningene av den

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav f i vedtaket på side 57 (norsk versjon: side 60) og klagens punkt 6.6.6.

Grindr anfører at selskapet har gitt detaljerte og transparente svar på alle informasjonsforespørlene fra Datatilsynet, og peker i den forbindelse på at selskapet har gitt omfattende svar på over 60 sider. Grindr anfører videre at selskapet alltid har samarbeidet med andre europeiske tilsynsmyndigheter.

Datatilsynet viser til begrunnelsen i vedtaket, og fastholder at det faktum at Grindr har svart på pålegg om informasjon fra Datatilsynet, ikke kan anses som verken skjerpene eller formildende omstendighet i saken. Vi viser i denne forbindelse til at Personvernemnda har lagt til grunn tilsvarende standpunkt vedrørende svar på pålegg om informasjon fra Datatilsynet i PVN-2022-03. Den omstendighet at Grindr merknader til Datatilsynets varsel om vedtak om overtredelsesgebyr var på over 60 sider, endrer etter Datatilsynets vurdering heller ikke dette standpunktet. Hovedformålet med regelen forhåndsvarsel i forvaltningsloven § 16 er å ivareta partenes rett til kontradiksjon, og Grindr utøvelse denne rettigheten gjennom et omfattende dokument er ikke en formildende omstendighet i saken.

Ordlyden i artikkel 83 nr. 2 bokstav f knytter seg videre til den konkrete tilsynsmyndigheten i tilknytning til den konkrete overtredelsen. Grindr eventuelle samarbeid med andre tilsynsmyndigheter i andre saker er dermed ikke relevant i vurderingen av artikkel 83 nr. 2 bokstav f

Datatilsynet har som nevnt ovenfor hensyntatt endringene Grindr har gjort i sin samtykkemekanisme som en formildende omstendighet i gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav k i vedtaket.

6.3.8 Bokstav g) kategoriene av personopplysninger som er berørt av overtredelsen

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav g i vedtaket på side 58 (norsk versjon: side 60-61) og klagens punkt 6.6.7.

Grindr anfører at selskapet kun utleverte følgende personopplysninger i overtredelsesperioden:

- Annonse-ID fra enhetens operativsystem
- IP-adresse
- Informasjon om datamiljøet (versjon av operativsystem, modell, skjermopløsning o.l.)
- Selvrapportert alder (i hele år)
- Kjønn
- Presis lokasjon, men selskapet anfører at dette var gridbasert fra september 2019.
- Det faktum at de aktuelle opplysningene stammer fra Grindr, gjennom opplysninger som navn på applikasjonen eller app-ID, som selskapet anfører ikke omfattes av artikkel 9 nr. 1.

Selskapet har anført at disse personopplysningene bare var indirekte identifiserbare, og at Datatilsynet ikke har vurdert innsatsen eller de tekniske midlene som ville kreves for å re-identifisere opplysningene.

Datatilsynet har ovenfor i punkt 5.2 redegjort for hvordan lokasjonsdataene Grindr utleverte til annonsepartnere fra september 2019 fortsatt var svært nøyaktige. Datatilsynet har videre redegjort for hvordan lokasjonsdata, samt identifikatorer som annonse-ID og IP-adresse, kan brukes for å identifisere registrerte. Som Grindr også anerkjenner i klagens punkt 6.6.7, er adferdsbasert annonsering avhengig av muligheten til å krysse ulike identifikatorer på tvers av ulike tjenester for å vise annonsering som er tilpasset brukeren. Datatilsynet er uenig med Grindr i at identifisering av de brukerne som Grindr utleverte personopplysninger om er «svært komplisert».

Som redegjort for i vedtakets punkt 5.5 og i punkt 5.4 ovenfor, har Datatilsynet konkludert med at Grindr utleverte særlige kategorier av personopplysninger da selskapet utleverte personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring sammen med informasjonen om at de registrerte var Grindr-brukere, jf. personvernforordningen artikkel 9 nr. 1. Vi viser til gjennomgangen av artikkel 83 nr. 2 bokstav a ovenfor når det gjelder risikoene knyttet til slike personopplysninger. At behandling av særlige kategorier av personopplysninger kan innebære et særlig stort inngrep i registrertes grunnleggende rett til personvern er også bekreftet av EU-domstolen i avsnitt 67 i avgjørelsen av 24. september 2019 i sak C-136/17:

Furthermore, where the processing relates to the special categories of data mentioned in Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 or Article 9(1) and Article 10 of Regulation 2016/679, the interference with the data subject's fundamental rights to privacy and

protection of personal data is, as observed in paragraph 44 above, liable to be particularly serious because of the sensitivity of those data.

Grindr utleverte også presise lokasjonsdata, og vi viser til Datatilsynets redegjørelse for risikoene knyttet til slike personopplysninger i vedtaket på side 58 (norsk versjon: side 60).

Grindr har videre anført i klagen at individer som har beskyttelsestiltak som sperret adresse eller av andre grunner er utsatt for særlig risiko, ikke ville samtykket til en personvernerklæring som beskrev utlevering av lokasjonsdata til annonsepartnere. Grindr hevder derfor at denne typen risikoer som Datatilsynet har påpekt i vedtaket tilknyttet dette, er urealistiske og lite aktuelle.

Til dette viser Datatilsynet til punkt 5.3.5 ovenfor, og at Grindr tidligere samtykkemekanisme viste hele personvernerklæringen, og deretter ga de registrerte valget om å trykke på knappen «accept» i tilknytning til frasen «I accept the Privacy Policy». Etter vår vurdering var det ikke engang klart for den registrerte at vedkommende ble bedt om å gi et samtykke i personvernforordningens forstand gjennom denne samtykkemekanismen, ettersom frasen «I accept the Privacy Policy» også kan forstås slik at den registrerte bare vedkjenner at informasjon er gitt. Det var ikke klart av formuleringene eller konteksten at den registrerte ble bedt om å samtykke til en behandling av personopplysninger, og særlig ikke at samtykke gjaldt utlevering av personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring. Ved å presentere hele personvernerklæringen til de registrerte, vet man videre ikke om informasjonen om den aktuelle behandlingen av personopplysninger som man ber om samtykke til blir lest og oppfattet.

Selv om personopplysningene Grindr utleverte var indirekte identifiserbare, har Datatilsynet i vedtaket konkludert med at kategoriene av personopplysninger som ble utlevert samlet utgjør en skjerpene omstendighet i saken. Datatilsynet fastholder denne konklusjonen.

Datatilsynet påpeker også at subsidiært, dersom Personvernemnda ikke vurderer at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at Grindr delte personopplysninger «om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering» i strid med forbudet i artikkel 9 nr. 1 da selskapet utleverte personopplysninger til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring sammen med informasjonen om at de registrerte var Grindr-brukere, vil risikoene knyttet til den ulovlige utleveringen fortsatt være de samme. Ved å utlevere opplysningen om at den registrerte var Grindr-bruker til annonsepartnere sammen med øvrige personopplysninger om vedkommende, kunne mottakere uansett enkelt dedusere at den registrerte med høy sannsynlighet tilhørte en av de seksuelle orienteringen som Grindr har designet og markedsført applikasjonen sin til og som utgjør seksuelle minoriteter.

6.3.9 Bokstav h) på hvilken måte tilsynsmyndigheten fikk kjennskap til overtredelsen, særlig om og eventuelt i hvilken grad den behandlingsansvarlige eller databehandleren har underrettet om overtredelsen,

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav h i vedtaket på side (norsk versjon: side 61) og klagens punkt 6.6.8.

Verken Datatilsynet eller Grindr anser dette momentet som relevant i den foreliggende saken.

6.3.10 Bokstav 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

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav i i vedtaket på side 58 og klagens punkt 6.6.9.

Grindr anfører at selskapet ikke tidligere har blitt ilagt korrigerende tiltak for brudd på personvernforordningen, og at dette må anses som en formildende omstendighet.

Datatilsynet har i vedtaket lagt til grunn at det ikke tidligere er truffet tiltak som nevnt i artikkel 58 nr. 2 overfor Grindr med hensyn til samme saksgjenstand. Vi er imidlertid uenig med Grindr i at dette må anses som en formildende omstendighet. Det må leses av ordlyden at dette momentet først er aktuelt å vurdere dersom det tidligere er truffet tiltak som nevnt i artikkel 58 nr. 2 av tilsynsmyndigheten med hensyn til samme saksgjenstand, og at man i så fall skal vurdere hvorvidt disse tiltakene er overholdt. Dersom slike tidligere tiltak ikke er overholdt, vil det utgjøre en skjerpende omstendighet. Dersom det ikke tidligere er blitt truffet slike tiltak overfor den berørte behandlingsansvarlige med hensyn til samme saksgjenstand, vil imidlertid ikke dette momentet være relevant for vurderingen av om det skal ilegges overtredelsesgebyr.

6.3.11 Bokstav j) overholdelse av godkjente atferdsnormer i henhold til artikkel 40 eller godkjente sertifiseringsmekanismer i henhold til artikkel 42 [...]

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav j i vedtaket på side 58 (norsk versjon: side 61) og klagens punkt 6.6.10.

Verken Datatilsynet eller Grindr anser dette momentet som relevant i den foreliggende saken.

6.3.12 Bokstav k) enhver annen skjerpende eller formildende faktor ved saken, f.eks. økonomiske fordeler som er oppnådd, eller tap som er unngått, direkte eller indirekte, som følge av overtredelsen.

Vi viser til Datatilsynets gjennomgang av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav k i vedtaket på side 59-62 (norsk versjon: side 61-64), klagens punkt 6.4 og 6.6.11 og Forbrukerrådets merknader punkt 6.3, 6.4 og 6.5.

Av nye anførsler i klagen viser Grindr til at Datatilsynet i vedtaket har vektlagt at Grindr tjente penger på den ulovlige utleveringen av personopplysninger. Grindr anfører i denne forbindelse at Grindr i likhet med mange mobilapplikasjoner finansierer en gratisversjon av applikasjonen med annonser, og at dette er vanlig industristandard.

Problemstillingen i denne saken er imidlertid ikke om hvorvidt annonseinntekter fra en gratisversjon av en applikasjon er en legitim forretningsmodell. Denne saken omhandler at utleveringen av personopplysningene til annonsepartnere skjedde uten rettslig grunnlag i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 og i strid med forbudet i artikkel 9 nr. 1. Det faktum at denne ulovlige behandlingen av personopplysninger skjedde for Grindr's kommersielle interesser og at Grindr dermed tjente penger på overtredelsene, må anses som en skjerpene omstendighet i saken.

Som vi har redegjort for i vedtaket, anser imidlertid Datatilsynet at endringene Grindr har gjort i samtykkemekanismen og kategoriene av personopplysninger selskaper deler med annonsepartnere i etterkant av overtredelsesperioden, må anses som en formildende omstendighet.

Grindr har også bemerket at Forbrukerrådet i 2018 klaget inn Grindr til Datatilsynet, og at Datatilsynet unnlot å ta opp de potensielle problemstillingene som Datatilsynet nå har konkludert med lovbrudd for i vedtaket.

Datatilsynet mottok 3. april 2018 en henvendelse fra Forbrukerrådet vedrørende Grindr's behandling av personopplysninger om seksuell orientering, seksuelle preferanser og HIV-status. Forbrukerrådet skrev at de hadde undersøkt personvernerklæringen og samtykkemekanismen til Grindr, og vedla også undersøkelser som SINTEF hadde utført på vegne av svensk TV2. Forbrukerrådet anmodet Datatilsynet å undersøke dokumentasjonen og vurdere om det var forhold som utgjorde brudd på personvernregelverket. Sakens dokumenter følger vedlagt oversendelsesbrevet.

Vedlegg 21: Inn- og utgående dokumenter i Datatilsynets sak 18/00585 (side 1797-1814 i vedleggene)

I henvendelsen til Datatilsynet pekte Forbrukerrådet på at det i personvernerklæringen fremgikk at Grindr delte «profile information» med tredjeparter, og at denne kategorien i henhold til personvernerklæringen inkluderte sensitive personopplysninger som seksuelle preferanser og HIV-status. Forbrukerrådet viste videre til SINTEF-rapporten, og at HIV-status og seksuelle preferanser ble delt med to aktører. Forbrukerrådet pekte videre på at sensitive opplysninger ifølge rapporten ble delt ukryptert, og at personopplysningene til brukerne ble overført til USA uten at Forbrukerrådet kunne se at Grindr var registrert under den dagjeldende Privacy Shield. Til slutt pekte Forbrukerrådet på samtykkemekanismen i appen, og at brukere ble bedt om å samtykke til personvernerklæringen i sin helhet, uten at det ble gitt separate samtykker eller separat informasjon knyttet til at sensitive personopplysninger ble delt med tredjeparter.

Henvendelsen ble mottatt av Datatilsynet før personvernforordningen trådte i kraft i Norge. Datatilsynet vurderte at henvendelsen fra Forbrukerrådet ikke var fra en «registrert» jf. personvernforordningen artikkel 77, og at Datatilsynet dermed ikke var forpliktet til å behandle saken. I vurderingen av om Datatilsynet likevel skulle prioritere å behandle saken, skrev tilsynet:

Saken er av prinsipiell karakter da det handler om utlevering av sensitive personopplysninger og den angår en minoritetsgruppe. Saken berører også adtech, som er et satsningsområde for Datatilsynet. Fra et juridisk ståsted er problemstillingene saken reiser ikke særskilt kompliserte, og dermed ikke spesielt tidkrevende. Dette er argumenter som taler for å forfølge saken videre.

På den annen side vil det kreve en hel del utredning for å få slått fast faktum, og dette arbeidet vil være avhengig av at Grindr svarer. Grindr er ikke etablert i EU/EØS og samarbeidsmekanismen i personvernforordningen art 60 gjelder følgelig ikke.

Grindr har utnevnt en representant i Storbritannia (London), men det er uklart i hvilken grad dette er en representant i personvernforordningens forstand.

En eventuell håndhevelse av et vedtak er dermed ikke mulig med mindre Grindr velger å samarbeide. Det norske datatilsynet vil ikke ha myndighet til å håndheve pålegg ovenfor et britisk rettssubjekt. Dette er argumenter som taler mot å forfølge saken videre.

Samlet sett mener vi at saken er viktig og prinsipiell, men det faktum at vi ikke vil kunne håndheve et eventuelt vedtak veier så tungt at vi derfor velger å ikke prioritere videre forfølging av denne saken.

Henvendelsen fra 2018 gjaldt i hovedsak andre problemstillinger enn den foreliggende saken, men Datatilsynet er enig at det er et visst overlapp ved at Forbrukerrådet pekte på problemstillinger knyttet til samtykke for behandling av særlige kategorier av personopplysninger. Henvendelsen fra 2018 gjaldt imidlertid utlevering av personopplysninger om HIV-status, preferanser for seksuelle posisjoner, «tribe» og hva brukeren var på utkikk etter. Allerede dagen før Datatilsynet mottok henvendelsen fra Forbrukerrådet i 2018, ble det rapportert i media at Grindr stoppet delingen av brukernes HIV-status.⁷⁹ Det faktum at Datatilsynet ikke behandlet den aktuelle henvendelsen fra Forbrukerrådet i 2018, utgjorde ingen indikasjon på at Grindr praksis var lovlig, og kan ikke anses som en formildende omstendighet i denne saken. Tvert imot fikk Grindr innsyn i, og var klar over henvendelsen fra Forbrukerrådet. Selv om saken ikke ble behandlet av Datatilsynet, burde de aktuelle bekymringene fra en forbrukervernorganisasjon gitt Grindr en særlig oppfordring til å gjennomgå og sørge for at deres samtykkepraksiser var i tråd med kravene i personvernforordningen.

⁷⁹ <https://www.axios.com/2018/04/02/exclusive-grindr-security-chief-on-hiv-disclosure>, sist besøkt 5. desember 2022.

Grindr har i punkt 6.4 av klagen anført at likhetsprinsippet i norsk forvaltningsrett innebærer at Datatilsynet skal reagere på en overtredelse på en måte som samsvarer med reaksjoner for tilsvarende overtredelser, og at det er i strid med likhetsprinsippet å ilegge Grindr et overtredelsesgebyr i denne saken.

Datatilsynet er enig i at det er et prinsipp i norsk forvaltningsrett om at det ikke skal skje usaklig forskjellsbehandling, og at ved forvaltningens skjønnsutøvelse skal like saker behandles likt. Det klare utgangspunktet må imidlertid være at dette prinsippet i norsk forvaltningsrett gjelder for norske tilsynsmyndigheter, og Datatilsynet er ikke bundet av skjønnsutøvelsen i enkeltsaker til datatilsynsmyndigheter i andre land som er underlagt andre forvaltningsrettslige eller prosessuelle regelverk. I sine eksempler trekker blant annet Grindr frem tre avgjørelser fra det danske datatilsynet om irrettesettelser, men i dansk rett er det ikke tillat for forvaltningsmyndigheter å ilegge overtredelsesgebyr. I Danmark anvendes derfor bestemmelsene om overtredelsesgebyr ved at gebyr ilegges av nasjonale domstoler som en strafferettslig sanksjon – se for øvrig forordningens fortalepunkt 151, som omtaler situasjonen i Danmark særskilt.

Som omtalt i personvernforordningens fortalepunkt 10, bør det imidlertid sikres at reglene for vern av fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter i forbindelse med behandling av personopplysninger anvendes på en ensartet og enhetlig måte. Av fortalepunkt 11 følger det videre at kreves 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».

Personvernforordningen artikkel 83 nr. 2 fastsetter imidlertid at det i avgjørelsen om hvorvidt overtredelsesgebyr skal ilegges må gjøres ut ifra «omstendighetene i hvert enkelt tilfelle», og ovenfor og i vedtakets punkt 6.3 har Datatilsynet redegjort for at overtredelsen for en rekke skjerpene momenter som medfører at overtredelsene til Grindr må anses som alvorlige. Datatilsynet vurderer at ingen av de utvalgte enkeltsakene som Grindr trekker frem i forbindelse med anførselene om likhetsprinsippet er sammenlignbare med den foreliggende saken. Som Datatilsynet har redegjort for i vedtaket på side 61 (norsk versjon: side 63), hadde europeiske datatilsyn ilagt 785 bøter i perioden fra mai 2018 til november 2019, og artikkel 6, 7 og 9 var blant artiklene det var ilagt flest bøter for brudd på. Ileggelse av overtredelsesgebyr i denne saken er ikke i strid med likhetsprinsippet eller personvernforordningens fortalepunkter om at forordningen skal anvendes på en ensartet og enhetlig måte, slik Grindr anfører.

Grindr har også en rekke steder i klagen anført at Grindr er en relativt liten aktør i en bransje full av giganter, og at vedtaket holder Grindr ansvarlig for bransjeomfattende praksiser. Grindr anfører at selskapet bare har delt personopplysninger i tråd med industristandard, og at selskapet er bransjeledende innen personvern.

Datatilsynet understreker i denne forbindelse at Datatilsynet mottok klage på Grindr i henhold til personvernforordningen artikkel 77 nr. 1 som vi har behandlet, og hvor vi har konkludert med alvorlige overtredelser av artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9. At Grindr er holdt ansvarlig for andre aktørers praksiser medfører ikke riktighet. Den omstendighet at andre aktører i samme

bransje eventuelt ikke overholder kravene i personvernforordningen, fritar heller ikke Grindr for ansvar for egne overtredelser av personvernforordningen. Det er personopplysningsloven og personvernforordningen som regulerer hvilke krav til behandling av personopplysninger som må etterfølges, ikke teknologi- og annonsebransjen. En bransje kan ikke selv tillates å definere nivået for etterlevelse av personregelverket, og anføre at det er formildende omstendigheter dersom andre i bransjen bryter loven.

Ileggelse av overtredelsesgebyr skal være virkningsfullt, stå i et rimelig forhold til overtredelsen og virke avskrekkende, jf. artikkel 83 nr. 1 og 2. Dersom det skulle anses som formildende at flere aktører i samme bransje ikke overholder regelverket, ville dette svekket overtredelsesgebyrets virkning og avskrekkende effekt. For kategorier av overtredelser som mange aktører i bransjen begår, taler tvert imot det faktum at overtredelsesgebyret skal være virkningsfullt og avskrekkende for en strengere reaksjon fra tilsynsmyndigheten. I slike situasjoner er det særlig viktig at reaksjonen fra tilsynsmyndigheten har en allmennpreventiv effekt og er virkningsfull i å sørge for etterlevelse av personvernregelverket.

Av personvernforordningens fortalepunkt 148 følger det at:

For å styrke håndhevingen av bestemmelsene i denne forordning bør det ved overtredelse av denne forordning ilegges sanksjoner, herunder overtredelsesgebyr, i tillegg til eller i stedet for egnede tiltak som tilsynsmyndigheten pålegger i henhold til denne forordning. Ved mindre overtredelser eller dersom overtredelsesgebyret som kan bli ilagt, vil utgjøre en uforholdsmessig stor byrde for en fysisk person, kan det gis en irrettesettelse i stedet for et overtredelsesgebyr.

Den foreliggende saken gjelder ikke mindre overtredelser fra fysiske personer, men alvorlige overtredelser et stort selskap med en årlig global omsetning i 2020 på USD [REDACTED]. Selv om Grindr etter overtredelsesperioden har gjort endringer i samtykkemekanismen og personopplysningene selskapet utleverer til annonsepartnere, vurderer Datatilsynet at det klart ikke er tilstrekkelig å ilegge en irrettesettelse i saken, da en slik reaksjon ikke ville vært virkningsfull eller virke avskrekkende ved så alvorlige overtredelser som i denne saken. Det er heller ikke aktuelt å ilegge pålegg eller forbud, ettersom saken gjelder overtredelser i perioden fra 20. juli 2018 til 7. april 2020. Vi undertrekk imidlertid at vi anser at et vedtak om pålegg eller forbud uansett ikke alene ville vært virkningsfullt og avskrekkende i en sak med en slik grad av alvorlighet. Ingen av de øvrige tiltakene som nevnt i artikkel 58 nr. 2 er aktuelle. Ileggelse av overtredelsesgebyr er videre proporsjonalt av hensyn til overtredelses alvorlighetsgrad og selskapets størrelse i denne saken.

I lys av alle vurderingene i punkt 6.3 ovenfor og vedtakets punkt 6.3, fastholder Datatilsynet konklusjonen i vedtaket om at det er nødvendig å reagere med overtredelsesgebyr i denne saken, og at ileggelse av et overtredelsesgebyr er virkningsfull, står i et rimelig forhold til overtredelsen og virker avskrekkende.

⁸⁰ Basert på den daglige valutakursen for USD til NOK for 1. desember 2022 tilsvarende 9,8, notert av Norges Bank https://www.norges-bank.no/en/topics/Statistics/exchange_rates/, sist besøkt 1. desember 2022.

6.4 Utmåling av overtredelsesgebyret

Vi viser til vedtakets punkt 6.4, klagens punkt 6.7 og 6.8, og Forbrukerrådets merknader punkt 6.6.

Som redegjort for i vedtaket, skal ileggelse av overtredelsesgebyr i hvert enkelt tilfelle være virkningsfullt, stå i rimelig forhold til overtredelsen og virke avskrekkende, jf. personvernforordningen artikkel 83 nr. 1.

Datatilsynet har i vedtaket konkludert med at et overtredelsesgebyr på kr 65 000 000 er virkningsfullt, står i et rimelig forhold til overtredelsen og virker avskrekkende i den foreliggende saken.

Det følger videre av vedtaket at Datatilsynet ved vurderingen av overtredelsesgebyrets størrelse i hvert enkelt tilfelle skal ta behørig hensyn til momentene i personvernforordningen artikkel 83 nr. 2 bokstav a-k. Disse momentene er gjennomgått i vedtakets punkt 6.3 og i punkt 6.3 ovenfor, og vi viser disse vurderingene. Datatilsynets har identifisert og dokumentert en rekke skjerpene omstendigheter under gjennomgangen av disse momentene.

I utmålingen av overtredelsesgebyret har Datatilsynet særlig vektlagt momentene i artikkel 83 nr. 2 bokstav a og g. Datatilsynet har konkludert med at Grindr utleverte personopplysninger om tusenvis av brukerne til annonsepartnere for adferdsbasert markedsføring i strid med artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9 nr. 1. De ulovlige utleveringene pågikk i over 21 måneder, og både arten, omfanget, antallet berørte og varigheten av overtredelsene utgjør skjerpene omstendigheter.

Videre var formålet med de ulovlige behandlingene av personopplysninger å levere adferdsbasert markedsføring til brukerne for Grindr og annonsepartnerens kommersielle interesser. Dette formålet er en del av kjernen av Grindr's forretningsmodell, og formålet med de ulovlige behandlingene utgjør også en skjerpene omstendighet.

De utleverte opplysningene til annonsepartnere inkluderte presise lokasjonsdata og personopplysninger om seksuell orientering sammen med nettidentifikatorer som annonse-ID og IP-adresse, og disse opplysningene ble deretter utlevert videre til et svært høyt og ukjent antall tredje- og fjerdeparter i adtech-økosystemet. Kategoriene av personopplysninger som ble berørt, samt risikoene for skade for de berørte ved at de mistet kontroll over disse personopplysningene, er videre skjerpene omstendigheter.

Samlet taler momentene i artikkel 83 nr. 2 bokstav a om overtredelsens karakter, alvorlighetsgrad og varighet, samt bokstav g om kategoriene av personopplysninger som er berørt av overtredelsen, for at overtredelsesgebyret må settes høyt i denne saken.

Datatilsynet har videre vektlagt at overtredelsene er begått forsettlig som en skjerpene omstendighet, men har tillagt dette momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav b langt mindre betydning i vurderingen av størrelsen på overtredelsesgebyret enn momentene i artikkel 83 nr. 2 bokstav a og g.

Som vi har redegjort for ovenfor i gjennomgangen av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav c, anser Datatilsynet at Grindr's forespørsler om sletting av de utleverte personopplysningene til de fem innklagede annonsepartnerne som en formildende omstendighet, men at dette momentet ikke kan tillegges særlig vekt ved vurderingen av størrelsen på overtredelsesgebyret i denne saken.

Datatilsynet har også vurdert at Grindr tok for liten grad av ansvar idet det tas hensyn til behandlingens art, omfang og risiko, i lys av forpliktelsene artikkel 5 nr. 2, artikkel 24 nr. 1 og artikkel 25 nr. 1 i gjennomgangen av momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav d, og at dette utgjør en skjerpene omstendighet i saken. Som vi har redegjort for ovenfor, har imidlertid Datatilsynet ansett dette som et mindre sentralt moment i denne saken, og har lagt svært begrenset vekt på dette momentet i vurderingen av størrelsen på overtredelsesgebyret.

Datatilsynet anser ikke momentene i artikkel 83 nr. 2 bokstav e, f, h, i og j som relevante i vurderingen av størrelsen på overtredelsesgebyret i denne saken, ettersom vi ikke har identifisert noen formildende eller skjerpene omstendigheter i tilknytning til disse momentene.

Som Datatilsynet har redegjort for i vedtaket og ovenfor, har vi vurdert at endringene Grindr har gjort i samtykkemekanismen og kategoriene av personopplysninger selskaper deler med annonsepartnere i etterkant av overtredelsesperioden, må anses som en formildende omstendighet under artikkel 83 nr. 2 bokstav k. Som det følger av vedtakets punkt 6.4, var dette en del av begrunnelsen for at Datatilsynet reduserte størrelsen på gebyret fra varselet til vedtaket. Vi er dermed uenig i Grindr's anførsler om at Datatilsynet ikke har tillagt dette momentet stor nok vekt.

Knyttet til momentet i artikkel 83 nr. 2 bokstav k har Datatilsynet også vurdert det som en skjerpene omstendighet at Grindr har tjent penger på overtredelsene.

Grindr anfører i denne forbindelse at størrelsen på overtredelsesgebyret ikke står i rimelig forhold til overtredelsen, jf. personvernforordningen artikkel 83 nr. 1. Selskapet mener at eventuelt et overtredelsesgebyr burde være nominelt, og ikke i nærheten av det maksimale gebyret som fremgår av artikkel 83 nr. 5.

Datatilsynet er enig i at inntjeningen Grindr hadde på de aktuelle overtredelsene er beskjeden sammenlignet med overtredelsesgebyret Datatilsynet har ilagt selskapet. Som Datatilsynet har redegjort for i vedtaket og ovenfor i punkt 6.3, er imidlertid den omstendighet at den behandlingsansvarlige har hatt økonomisk fordel av overtredelsen bare et av en rekke momenter som vektlegges i vurderingen av størrelsen på overtredelsesgebyret. Overtredelsesgebyr kan også ilegges uavhengig av hvorvidt den behandlingsansvarlige har tjent økonomisk på overtredelsene. Den økonomiske fordel som overtredelsen har gitt den behandlingsansvarlige er dermed ikke avgjørende for å vurdere hvorvidt overtredelsesgebyret står i et rimelig forhold til overtredelsen. Etter Datatilsynets syn har ikke anførselene fra Grindr knyttet til hvor mye overtredelsesgebyret utgjør for hver USD som Grindr har tjent på

overtredelsen, særlig betydning i vurderingen av størrelsen på overtredelsesgebyret i denne saken.

Grindr har også vist til Personvernemndas uttalelse i PVN-2021-13 om at den omstendighet at en «*behandlingsansvarlig foretar en annerledes, og dermed uriktig, skjønnsmessig vurdering enn personvernmyndighetene, medfører ikke nødvendigvis en alvorlig overtredelse.*». Grindr anfører at dette også må gjelde for et dynamisk konsept som samtykke.

Uttalelsen Grindr viser til knyttet seg imidlertid til interesseavveiningen etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav f i en sak der Personvernemnda var i tvil om utfallet av interesseavveiningen. I motsetning til interesseavveiningen i artikkel 6 nr. 1 bokstav f, er ikke samtykke en skjønnsmessig vurdering. Tvert imot har personvernforordningen klare kumulative krav for hva som utgjør et gyldig samtykke i artikkel 6 nr. 1 jf. artikkel 4 nr. 11 og artikkel 7, og Grindr har brutt en rekke av disse kravene. Denne uttalelsen fra Personvernemnda er dermed ikke relevant for den foreliggende saken.

Grindr har videre vist til at gebyret i vedtaket er langt større enn gebyrene Datatilsynet ila mot Bergen kommune og Ferde.

Datatilsynet har på vedtakets side 65 (norsk versjon: side 68) redegjort for hvorfor det aktuelle overtredelsesgebyret overfor Bergen kommune ikke er sammenlignbart med den foreliggende saken, og vi viser til dette. Datatilsynet vurderer videre at saken overfor Ferde AS heller ikke er sammenlignbar med den foreliggende saken. Overtredelsesgebyret overfor Ferde gjaldt brudd på artikkel 28 nr. 3, artikkel 32 nr. 2, jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav f og artikkel 5 nr. 2, og artikkel 44, og dermed brudd på andre bestemmelser i personvernforordningen. Saken overfor Ferde AS gjaldt videre bilskilt og passeringstidspunkt, mens den foreliggende saken gjelder blant annet presis lokasjonsdata og særlige kategorier av personopplysninger. Videre er Ferde et regionalt bomselskap eid av Vestland, Agder og Rogaland Fylkeskommuner, og får sine inntekter hovedsakelig fra bomplasseringer og delvis fra statlig tilskudd.

Som vi har redegjort for i vedtaket, er den maksimale bøtesatsen i denne saken 20 000 000 euro, ettersom dette beløpet er høyere enn 4 % av Grindr's samlede globale omsetning for 2020 på USD [redacted] jf. artikkel 83 nr. 5. Grindr's årlige omsetning tilsier at et betydelig overtredelsesgebyr er nødvendig for å være virkningsfullt og virke avskrekkende i denne saken. Dette understøttes videre av at Grindr ble verdsatt til 2,1 milliarder dollar i forbindelse med børsnotering.⁸²

Grindr viser til Personvernemndas avgjørelse i PVN-2021-13, hvor nemnda uttaler at personvernforordningens «maksimale gebyrsatser er (...) i en størrelsesorden som avviker fra norsk straffe- og forvaltningspraksis». Grindr tolker Personvernemnda slik at deres

⁸¹ Basert på den daglige valutakursen for USD til NOK for 1. desember 2022 tilsvarende 9,8, notert av Norges Bank https://www.norges-bank.no/en/topics/Statistics/exchange_rates/, sist besøkt 1. desember 2022.

⁸² <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-05-09/grindr-to-go-public-through-tiga-spac-at-2-1-billion-valuation>, <https://www.theguardian.com/business/2022/may/10/gay-dating-app-grindr-float-spac-deal>, sist besøkt 5. desember 2022.

kompetanse til å ilegge gebyrer for 4 % av et selskaps årlige, globale omsetning eller mer, er begrenset til vesentlige overtredelser av personvernforordningen.

Det fulle sitatet fra Personvernemnda som Grindr viser til er følgende:

For brudd på artikkel 13 kan tilsynsmyndigheten ilegge gebyr på opptil 20 000 000 euro, eller dersom det er et foretak, opptil 4 % av årsomsetningen forutgående regnskapsår, jf. artikkel 83 nr. 5. For brudd på artikkel 24 kan det ilegges gebyr på opptil 10 000 000 euro, eller dersom det er et foretak, opptil 2 % av årsomsetningen forutgående regnskapsår, jf. personopplysningsloven § 26, jf. artikkel 83 nr. 4. Det følger av begge bestemmelsene at det er det høyeste tallet av de to alternativene som skal anvendes som grense. Det følger videre av artikkel 83 nr. 3 at dersom den behandlingsansvarlige overtrer flere av bestemmelsene skal overtredelsesgebyrets samlede beløp ikke være høyere enn beløpet angitt for den alvorligste overtredelsen. Nemnda understreker at bruk av betydelige overtredelsesgebyr er et viktig virkemiddel i et system som tillegger den behandlingsansvarlige et stort selvstendig ansvar. Personvernforordningens angivelse av maksimale gebyrsatser er samtidig i en størrelsesorden som avviker fra norsk straffe- og forvaltningspraksis. Angivelsen av det maksimale gebyret som en viss prosent av den totale omsetningen gir derfor bedre veiledning, men heller ikke dette kan være mer enn et utgangspunkt. Uansett må man ta i betraktning at denne grensen skal romme mange typer overtredelser, fra de minst alvorlige til de grove og alvorlige bruddene som rammer mange mennesker.

I den aktuelle saken understreker Personvernemnda at bruk av betydelige overtredelsesgebyr er et viktig virkemiddel i et system som tillegger den behandlingsansvarlige et stort selvstendig ansvar, og uttaler følgende i den videre drøftelsen:

Basaren Drift hadde en omsetning på 12,2 millioner kroner i 2019 og en omsetning på 10,7 millioner kroner i 2020. Dersom man benytter omsetningstallene for forutgående regnskapsår (2020), vil 4 % utgjøre 428 000 kroner. Nemnda legger til grunn at et gebyr i denne størrelsesorden er forbeholdt de grove overtredelsene.

I PVN-2021-20 uttaler Personvernemnda videre:

Årsomsetningen til selskapet i 2019 var på 4 410 000 kroner, mens den i 2020 var på 2 596 000 kroner. Datatilsynet har hensyntatt nedgangen i årsomsetningen og har satt gebyret til 100 000 kroner, som utgjør 3,85% av årsomsetningen i 2020. I PVN-2021-13 la nemnda til grunn at gebyret burde ligge rundt 100 000 kroner for en overtredelse som ikke ble vurdert som alvorlig, hvor selskapet hadde en høyere årsomsetning. Overtredelsens alvor i foreliggende sak tilsier at gebyret i utgangspunktet bør settes høyere selv om årsomsetningen her er klart lavere. Forvaltningsloven § 34 begrenser nemndas mulighet til å endre vedtaket til skade for klageren. Gebyret settes etter dette til 100 000 kroner i tråd med Datatilsynets vedtak, jf. personvernforordningen artikkel 83.

Slik Datatilsynet tolker disse uttalelsene fra Personvernemnda, vurderer nemnda at det kan være adgang til å ilegge av overtredelsesgebyr på 4 % av årsomsetning eller mer for grove overtredelser, så lenge overtredelsesgebyret ikke overskrider den maksimale bøtesatsen fastsatt i artikkel 83 nr. 5. I vedtakets punkt 6.3 og 6.4, samt punkt 6.3 ovenfor, har Datatilsynet redegjort for at overtredelsene i denne saken må anses som grove og alvorlige.

Overtredelsesgebyret som Datatilsynet har vedtatt i denne saken utgjør [redacted] prosent av Grindr samlede årlige omsetning [redacted] og 31,7 prosent av det maksimale beløpet på 20 000 000 euro fastsatt i artikkel 83 nr. 5.⁸⁴

Datatilsynet påpeker i denne forbindelse at andre tilsynsmyndigheter har ilagt høyere bøter sammenlignet med selskapets omsetning. Blant annet har den belgiske datatilsynsmyndigheten i IAB-saken, som Grindr har henvist til flere steder i klagen, ilagt et overtredelsesgebyr over 10 % av selskapets globale årlige omsetning for brudd på artikkel 5 nr. 1 bokstav a og f, 6, 12, 13 14, 24, 25, 30, 32, 35 og 37.

Selv om Datatilsynet ikke anser at disse sakene er sammenlignbare med den foreliggende saken, påpeker vi også for ordens skyld at den italienske, greske og franske datatilsynsmyndigheten alle har ilagt bøter som tilsvarer den maksimale satsen på 20 000 000 euro mot Clearveiw AI for brudd på en rekke bestemmelser – inkludert artikkel 6 nr. 1 og artikkel 9.⁸⁵ I disse sakene har det ikke foreligget informasjon om selskapets årlige globale omsetning.

Grindr har videre argumentert for at det danske datatilsynets retningslinjer for bøter er relevante for saken, og peker på at dersom disse hadde blitt fulgt ville en overtredelse av artikkel 6 utgjort maksimalt 2 000 000 euro (ca. kr 20 000 000), og overtredelse av artikkel 9 maksimalt 4 000 000 euro (ca. kr 40 000 000) – også i kombinasjon med brudd på artikkel 6.⁸⁶

Datatilsynet har allerede kommentert Grindr anførsler om de danske retningslinjene på vedtakets side 65 (norsk versjon: side 67), og vi viser til dette. Vi påpeker imidlertid for ordens skyld at bøtesatsene Grindr referer til i de danske retningslinjene ikke er makssatser slik Grindr anfører, men grunnsatser som kan justeres opp eller ned basert på skjerpene og formildende omstendigheter i saken. Datatilsynet har i vedtakets punkt 6.3 og i punkt 6.3 ovenfor identifisert en rekke skjerpene omstendigheter.

⁸³ Basert på den daglige valutakursen for USD til NOK for 1. desember 2022 tilsvarende 9,8, notert av Norges Bank https://www.norges-bank.no/en/topics/Statistics/exchange_rates/, sist besøkt 1. desember 2022.

⁸⁴ Basert på den daglige valutakursen for EUR til NOK for 1. desember 2022 tilsvarende 10,25, notert av Norges Bank https://www.norges-bank.no/en/topics/Statistics/exchange_rates/, sist besøkt 1. desember 2022.

⁸⁵ https://edpb.europa.eu/news/national-news/2022/facial-recognition-italian-sa-fines-clearview-ai-eur-20-million_en, https://edpb.europa.eu/news/national-news/2022/hellenic-dpa-fines-clearview-ai-20-million-euros_en, https://edpb.europa.eu/news/national-news/2022/french-sa-fines-clearview-ai-eur-20-million_en, sist besøkt 5. desember 2022.

⁸⁶ Datatilsynet, Bødevejledning, Udmåling af bøder til virksomheder, januar 2021: <https://www.datatilsynet.dk/Media/1/9/B%C3%B8devejledning.pdf>, sist besøkt 5. desember 2022.

Som nevnt i punkt 5.1.2, må Datatilsynet i alle tilfeller forholde seg til EDPB-retningslinjer vedtatt etter overtredelsesperioden for å vurdere hvorvidt disse kan tale i Grindr's favør. Dersom dette er tilfellet, må Datatilsynet ta hensyn til retningslinjene i våre vurderinger selv om de ble publisert etter overtredelsesperioden.

EDPB vedtok 12. mai 2022 *Guidelines 04/2022 on the calculation of administrative fines under the GDPR*, som er lagt ut for offentlig høring. Veiledningen skal bidra til å sikre en ensartet anvendelse av personvernforordningen, og er gitt i medhold av personvernforordningen artikkel 70 nr. 1 bokstav k. Metoden for å kalkulere overtredelsesgebyr som beskrives i retningslinjene er fleksible, og det uttales på generelt grunnlag:

Notwithstanding cooperation and consistency duties, the calculation of the amount of the fine is at the discretion of the supervisory authority. The GDPR requires that the amount of the fine shall in each individual case be effective, proportionate and dissuasive (Article 83(1) GDPR). Moreover, when setting the amount of the fine, supervisory authorities shall give due regard to a list of circumstances that refer to features of the infringement (its seriousness) or of the character of the perpetrator (Article 83(2) GDPR). The quantification of the amount of the fine is therefore based on a specific evaluation carried out in each case, taking account of the parameters included in the GDPR.⁸⁷

EDPB uttaler også avslutningsvis vedrørende metoden for kalkulering beskrevet i retningslinjene:

The above Chapters outline a general method for the calculation of fines and shall facilitate further harmonization and transparency on the fining practice of supervisory authorities. However, this general method should not be misunderstood as a form of automatic or arithmetical calculation. The individual setting of a fine must always be based on a human assessment of all relevant circumstances of the case and must be effective, proportionate and deterrent with regard to that specific case.

På bakgrunn av Datatilsynets vurderinger i vedtakets punkt 6, samt ovenfor i punkt 6 i dette brevet, må Grindr's overtredelser i denne saken anses å ha en høy grad av alvorlighet. Retningslinjenes kapittel 7 forutsetter også at overtredelsesgebyret i alle tilfeller må justeres for å være virkningsfullt, at det står i et rimelig forhold til overtredelsen og virker avskrekkende i hvert enkelt tilfelle, jf. artikkel 83 nr. 1.

Det fremgår som nevnt av fortalepunkt 148 at «[f]or å styrke håndhevingen av bestemmelsene i denne forordning bør det ved overtredelse av denne forordning ilegges sanksjoner, herunder overtredelsesgebyr [...]». Datatilsynet anser at det vedtatte overtredelsesgebyret er nødvendig og tilstrekkelig for å straffe Grindr's alvorlige overtredelser av personvernforordningen og sikre at dette regelverket blir etterlevd. Vi anser dermed at det vedtatte overtredelsesgebyret er effektivt.

⁸⁷ EDPB, *Guidelines 04/2022 on the calculation of administrative fines under the GDPR*, s. 7

Videre må overtredelsesgebyret avskrekke både den behandlingsansvarlige og andre fra å begå tilsvarende overtredelser i fremtiden.⁸⁸ Overtredelsene i denne saken knyttet seg til utlevering av personopplysninger for adferdsbasert markedsføring, som er en del av kjernen til forretningsmodellen til Grindr. Dette er også en svært vanlig forretningsmodell i den digitale økonomien. Det er derfor viktig at overtredelsesgebyret ikke settes for lavt, slik at de behandlingsansvarlige i markedet har økonomiske insentiver til å unngå overtredelser av regelverket. I denne vurderingen er ikke bare størrelsen på overtredelsesgebyret viktig, men også sannsynligheten for at det blir ilagt. I lys av dette vurderer vi at det vedtatte overtredelsesgebyret er nødvendig for og tilstrekkelig til å virke avskrekkende.

Datatilsynet vurderer også at det vedtatte overtredelsesgebyret er proporsjonalt og står i rimelig forhold til både Grindr's alvorlige overtredelser av personvernregelverket og selskapets størrelse og økonomi. Det vedtatte overtredelsesgebyret er heller ikke satt høyere enn nødvendig for å oppnå formålene til personvernforordningen, og et lavere gebyr i denne saken ville etter Datatilsynets vurdering ikke ivarettat kravene i artikkel 83 nr. 1 om at overtredelsesgebyret ikke bare skal være proporsjonalt, men også være virkningsfullt og virke avskrekkende.

Grindr anfører avslutningsvis i klagen at tidsintervallet fra Datatilsynet mottok klagen 24. februar 2020, til Grindr mottok varsel om vedtak overtredelsesgebyr 24. januar 2021, var for langt. Grindr anfører dermed saksbehandlingstiden har vært uakseptabelt lang på grunn av forhold på Datatilsynets side.

Enhver annen skjerpene eller formildende faktor ved saken kan tas hensyn til ved vurderingen av overtredelsesgebyrets størrelse, jf. personvernforordningen artikkel 83. nr. 2 bokstav k. Lang saksbehandlingstid vil kunne trekke i formildende retning ved vurderingen av overtredelsesgebyrets størrelse. Datatilsynet har en plikt til å gjøre rede for sin vurdering av saksbehandlingstidens betydning for sanksjonsspørsmålet, jf. Sivilombudets (tidligere Sivilombudsmannens) avgjørelse 17. august 2012 i sak 2011/2718 og NOU 2003:15 «Fra bot til bedring» pkt. 5.7.11. Vi viser i den forbindelse til Datatilsynets vurdering av saksbehandlingens betydning for sanksjonsspørsmålet i vedtaket på side 62 (norsk versjon: side 64).

I henhold til forvaltningsloven § 11 a første ledd plikter Datatilsynet å forberede og avgjøre saken «uten ugrunnet opphold», og i henhold til forvaltningsloven § 33 skal underinstansen foreta de undersøkelser som klagen gir grunn til, og oversende sakens dokumenter til klageinstansen «så snart saken er tilrettelagt».

Prinsippet om at saker skal avgjøres innen rimelig tid kommer til uttrykk i EMK artikkel 6 nr. 1. Som det følger av vedtaket og i punkt 6.1 ovenfor, legger Datatilsynet til grunn at overtredelsesgebyr er å anse som straff etter EMK artikkel 6 og 7, og EMK artikkel 6 nr. 1 kommer dermed til anvendelse for denne saken. Som Datatilsynet har redegjort for ovenfor i punkt 6.1, tilsier imidlertid praksis fra EMD og Høyesterett at rettssikkerhetsgarantier som

⁸⁸ Se blant annet avgjørelse av EU-domstolen 29. juni 2006 i C-289/04, avsnitt 26-39.

EMK sikrer i straffesaker ikke kan håndheves like strengt for sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferett, men som likevel blir betraktet som straff etter EMK – for eksempel administrative sanksjoner.

Om forholdet mellom forvaltningsloven § 11 a og EMK artikkel 6, uttaler utvalget i NOU 2003: 15 «Fra bot til bedring» i punkt 12.7.5:

Utvalget mener kravet i § 11a om behandling av saker «uten ugrunnet opphold» oppfyller kravet etter EMK artikkel 6 på en hensiktsmessig måte. Fristen etter EMK artikkel 6 om avgjørelse innen rimelig tid, starter å løpe på det tidspunktet det foreligger en straffesiktelse i konvensjonens forstand. Det vises til fremstillingen i punkt 5.7.6. Utvalget legger til grunn at også kravet til behandling «uten ugrunnet opphold» etter forvaltningsloven § 11a senest må stilles fra dette tidspunktet, og at bestemmelsen stiller minst like strenge krav til fremdrift i saken som EMK artikkel 6.

Utgangspunktet for vurderingen av saksbehandlingstiden i forvaltningsloven § 11 a og EMK artikkel 6 nr. 1 er når det foreligger en straffesiktelse i konvensjonens forstand, jf. Neumeister v. Austria, avsnitt 18.

Datatilsynet forstår dette som at utgangspunktet for vurderingen av saksbehandlingstiden er når innklagede mottok en offisiell kunngjøring fra Datatilsynet om anklagen. I mange saker vil dette være sammenfallende med tidspunktet som tilsynet har sendt et krav om redegjørelse til innklagede.

Hva som anses å være innen rimelig tid etter EMK artikkel 6 nr. 1 vil variere fra sak til sak, og i praksis fra EMD har grensen for hva som har vært ansett innenfor som total saksbehandlingstid lagt på rundt 5 år.⁸⁹

Det må imidlertid skilles mellom lang saksbehandlingstid og total inaktivitet. Ved total inaktivitet er grensen for brudd lavere. I norsk rettspraksis har Høyesterett i straffesaker lagt til grunn at grensa for brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 ligger ved rundt ett års liggetid, jf. HR-2016-225-S avsnitt 31-32. Begrepet liggetid forstås i denne sammenheng som perioder med total inaktivitet, jf. HR-2016-225-S avsnitt 33. Dårlig fremdrift vil imidlertid inngå i vurderingen av om den totale saksbehandlingstiden har blitt for lang, jf. HR-2016-225-S avsnitt 33.

Vi har ikke praksis fra Høyesterett for administrative sanksjoner, men underrettspraksis har kommet til at 16 måneder med total inaktivitet innebar et brudd i det nedre sjiktet, jf. TOSLO-2019-136118. Gulating lagmannsrett har vurdert en sak hvor ren inaktivitet på minst ett år ikke var et brudd på EMK, og at det da heller ikke grunnlag for nedsettelse av tilleggsskatt på dette grunnlaget, jf. LG-2020-130954. I saker hvor man har kommet til brudd på EMK kom domstolene til at bruddene medførte fratrekk på 10 og 20 prosent i saker med henholdsvis 16 måneder (TOSLO-2019-136118) og 20 måneder (LB-2015-109536) med inaktivitet.

⁸⁹ Se EMD sin sammenstilling av relevant rettspraksis i sin veileder om artikkel 6 på strafferettens område s. 63 flg., https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf, sist besøkt 5. desember 2022.

Personvernemnda har i sin praksis også uttalt seg om saksbehandlingstidens betydning for ileggelse av overtredelsesgebyr, og har i denne forbindelse lagt vekt på sakens omfang, faktiske eller rettslige kompleksitet og hvorvidt saken reiser vanskelige eller prinsipielle spørsmål.⁹⁰

Datatilsynet har redegjort for gangen i saksbehandlingen frem til vedtak ble fattet i vedtakets punkt 3.3, og for saksgangen etter at vedtak ble fattet i punkt 1 og 2 i dette oversendelsesbrevet.

I saken ble Grindr offisielt underrettet av Datatilsynet om at det forelå en anklage om et potensielt lovbrudd ved vårt krav om redegjørelse datert 24. februar 2020. Datatilsynet legger til grunn at det forelå en siktelse etter EMK på dette tidspunktet, og ved vurdering av saksbehandlingstidens utgangspunkt overfor innklagde legger vi dette tidspunktet til grunn. Når vi vurderer saksbehandlingstiden i det følgende viser vi dermed til dette tidspunktet, og ikke da klagen ble mottatt. Vi påpeker imidlertid for ordens skyld at de aktuelle klagen ble mottatt av Datatilsynet 14. januar, under seks uker før krav om redegjørelse ble sendt til Grindr.

Den totale saksbehandlingstiden i saken frem til klagesaken ble oversendt fra Datatilsynet til Personvernemnda er dermed omtrent to år og ni måneder. Denne saken har hatt et betydelig omfang, og til sammen har det blitt sendt flere hundre sider med juridiske dokumenter fra både Datatilsynet, Grindr og Forbrukerrådet. Det foreligger også flere hundre sider med bakgrunnsrapporter og dokumentasjon. Saken har komplekst faktum bestående av tekniske rapporter og dokumentasjon, samt at saken har reist delvis komplekse og prinsipielle rettslige spørsmål.

Som det fremgår av vedtakets punkt 3.3 og i punkt 1 og 2 i dette brevet, har også Grindr bedt om utsatt svarfrist ved de aller fleste henvendelsene fra Datatilsynet i saken. Av den totale saksbehandlingstiden på omtrent to år og ni måneder, utgjør 297 dager av denne perioden dager hvor Grindr har hatt frist eller utsatt frist til å komme med merknader eller svare på en henvendelse fra Datatilsynet.

I lys av sakens kompleksitet, finner Datatilsynet at den totale saksbehandlingstiden ikke er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 eller forvaltningsloven § 11 a, og at saksbehandlingstiden for øvrig ikke kan anses som en formildende omstendighet.

Saksbehandlingstiden fra vi mottok første redegjørelse fra Grindr 22. mai 2020 til Datatilsynet varslet vedtak i saken 24. januar 2021, var cirka åtte måneder. Saksbehandlingstiden fra Datatilsynet mottok Grindr's merknader til varselet 8. mars 2021 frem til vedtaket ble fattet 14. desember 2021 var cirka ni måneder. I dette tidsrommet ble det også sendt et krav om redegjørelse til Grindr, samt et brev hvor vi ga anledning til å komme med ytterligere kommentarer på bakgrunn av en misforståelse fra selskapet. Saksbehandlingstiden fra vi mottok klage på vedtaket 14. februar 2022 frem til saken ble

⁹⁰ Se PVN-2021-20, PVN 2021-16, PVN-2021-13, PVN 2021-09 og PVN-2021-03.

sendt til Personvernemnda 5. desember 2022 er i underkant av ti måneder, og i dette tidsrommet er det også sendt et krav om redegjørelse til Grindr som ledd i Datatilsynets plikt til å foreta de undersøkelser klagen gir grunn til, jf. forvaltningsloven § 33 andre ledd første punktum.

I alle disse leddene har det kommet omfattende mengder anførsler fra Grindr som må behandles, og i lys av sakens kompleksitet vurderer Datatilsynet at saksbehandlingen heller ikke har vært for lang i noen av disse leddene, og at fremdriften ikke har vært dårlig. Saksbehandlingstiden har ikke vært i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, forvaltningsloven § 11 a eller forvaltningsloven § 33 fjerde ledd første punktum.

Når det gjelder spørsmålet om lengden total inaktivitet, har det ikke vært slike vesentlige perioder i saken. Det har vært jevn fremdrift i saken, og periodene mellom Datatilsynet har mottatt fra partene og nye utsendelser fra Datatilsynet har blitt brukt til vurdere dokumentene, fatte interne beslutning og utforme dokumentene i saken. For oversendelsen til Personvernemnda har vi også oversatt vedtaket fra engelsk til norsk slik nemnda har etterspurt. Liggetiden i denne saken utgjør maksimalt tre måneder for hele saksbehandlingstiden, og er ikke av en slik lengde at det vil kunne være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 eller forvaltningsloven § 11 a, eller for øvrig ha betydning for sanksjonsspørsmålet.

Saksbehandlingstiden får dermed ikke betydning for sanksjonsspørsmålet i denne saken.

På bakgrunn av alle vurderingene ovenfor, finner vi ikke grunnlag for å endre vår avgjørelse om å ilegge Grindr et vedtak om overtredelsesgebyr på NOK 65 000 000 av 12. desember 2021.

7 Konklusjon

Vi har kommet til at klagen ikke skal tas til følge, og opprettholder vedtaket vårt av 12. desember 2021 fullt ut. Vi oversender derfor med dette klagen til Personvernemnda for avgjørelse, jf. personopplysningsloven § 22.

Partene er informert om oversendelsen gjennom kopi av dette brevet.

Med vennlig hilsen

Line Coll
direktør

Anders Sæve Obrestad
juridisk seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen håndskrevne signaturer

Vedlegg 22: Skjermbilder og kopier av relevante nettsider og nyhetsartikler som Datatilsynet har henvist til i vedtaket og oversendelsesbrevet. (20/02136-55, side 1815-2115 i vedleggene)

Vedlegg 23: Oversikt over dokumenter i saken (sak 20/02136 og 20/00100, side 2116-2118 i vedleggene)

Kopi til: FORBRUKERRÅDET
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS
ADVOKATFIRMAET HJORT DA