

KOMMUNAL- OG DISTRIKTSDEPARTEMENTET
v/ Kommunal- og distriktsminister Bjørn Arild Gram
Postboks 8112 Dep
0032 Oslo

Deres referanse

Vår referanse
22/00165-1

Dato
08.02.2022

Vedrørende forslag til ny ekomlov § 3-7 - Bruk av informasjonskapsler mv.

Vi viser til Kommunal- og distriktsdepartementets høring vedrørende forslag til ny ekomlov, ny ekomforskrift og endringer i nummerforskriften, hvor høringsfristen var 15. oktober 2021.

I høringen ba departementet særskilt om høringsinstansenes syn på kravet til samtykke til bruk av informasjonskapsler (cookies) og lignende sporingsteknologier i forslaget ekomlov § 3-7, og hva som er den beste måten å gjennomføre samtykkekravet på i praksis. Vi viser også i den forbindelse til felles høringssvar fra Datatilsynet og Forbrukertilsynet datert 12. oktober, som for ordens skyld følger vedlagt.

I etterkant av denne høringen er du utnevnt til ny kommunal- og distriktsminister, og vi skriver dette brevet for å understreke viktigheten av arbeidet med ny regulering av informasjonskapsler i Norge. Store deler av personopplysningene som samles inn om norske internettbrukere samles inn gjennom informasjonskapsler og andre sporingsteknologier som reguleres av ekomloven. I dag har internettbrukere i Norge dårligere vern mot sporing på nett enn internettbrukere i EU, og det er viktig at den nye reguleringen bidrar til å gi internettbrukere i Norge tilbake kontroll over sine personopplysninger, og sikrer dem en tryggere digital hverdag.

Gjennom dette brevet ønsker vi også å orientere om to vedtak som det franske datatilsynet (CNIL) fattet 31. desember 2021. CNIL har ilagt overtredelsesgebyr mot Google og Facebook på henholdsvis 150 millioner euro og 60 millioner euro for brudd på den franske reguleringen av informasjonskapsler. Etter vårt syn illustrerer disse sakene hvor uholdbar dagens regulering av informasjonskapsler i Norge er for personvernet til internettbrukerne. Engelske versjoner av vedtakene fra CNIL følger vedlagt.

Overtreddelsesgebyrene fra CNIL mot Google og Facebook

I Frankrike kreves det, i likhet med resten av EU, at samtykke til bruk av informasjonskapsler må være i tråd med kravene i personvernforordningen. Etter personvernforordningen må et samtykke være frivillig, spesifikt, informert og utvetydig for å være gyldig.¹

Bakgrunnen for bøtene fra CNIL var at Google og Facebook tillot brukere å samtykke til bruk av informasjonskapsler gjennom et enkelt klikk, mens fremgangsmåten for å avslå samtykke var mer tidkrevende. I Google sitt tilfelle måtte brukeren først trykke på en knapp for å få flere innstillinger, deretter deaktivere sporing på tre ulike kategorier, og til slutt bekrefte valgene sine – altså fem klikk. Denne praksisen medførte at det ikke var like lett å avslå samtykke til informasjonskapsler som det var å gi samtykke, og samtykkene ble derfor ikke ansett som frivillige.

Disse sakene adresserer et av hovedproblemene man ser med samtykkebokser på internett i dag – de er designet for å påvirke brukerne til å samtykke gjennom å gjøre det mer komplekst og tidkrevende å la være å samtykke. Internettbrukere besøker svært mange nettsider i løpet av en dag, og velger i praksis ofte det raskeste og enkleste alternativet får å få tilgang til innholdet de ønsker.

Til sammenligning ville imidlertid praksisen som Google og Facebook nå er ilagt bøter på henholdsvis 150 millioner euro og 60 millioner euro for i Frankrike, neppe blitt vurdert som problematisk etter dagens regelverk for informasjonskapsler i Norge.

Som kjent følger det av forarbeidene til ekomloven fra 2013 at «forhåndsinnstilling i nettleser om at brukeren aksepterer informasjonskapsler/cookies anses å utgjøre et samtykke».² Nivået på norske brukeres personvern blir dermed i praksis avgjort av forhåndsinnstillinger som utformes av utenlandske teknologiselskaper slik som Google eller Apple. Ettersom de mest brukte nettleserne i praksis opererer med forhåndsinnstillinger som tillater informasjonskapsler, er den praktiske situasjonen at storparten av internettbrukere i Norge automatisk «samtykker» til bruk av informasjonskapsler dersom de ikke selv aktivt går inn og endrer nettleserinnstillingene sine. I stedet for å ta et aktivt valg om de ønsker å bli sporet eller ikke, blir de sporet fra første stund.

Nettleserinnstillingene for informasjonskapsler varierer fra nettleser til nettleser, og for mange vil disse innstillingene være utilgjengelige og vanskelige å sette seg inn i og forstå. Videre har nettleserinnstillingene ofte bare noen få, generelle valgalternativer for hva slags informasjonskapsler som skal tillates, og disse gir ikke reell valgmulighet. Erfaringsmessig er det i praksis også mange nettsider som ikke fungerer dersom man endrer nettleserinnstillingene til å tillate færre informasjonskapsler.

Normalsituasjonen for internettbrukere i Norge som ønsker å avslå samtykke til informasjonskapsler for å unngå sporing, er dermed etter vårt syn enda mer komplisert og

¹ Personvernforordningen artikkel 4 nr. 11.

² Prop 69 L (2012-2013) s. 43

tidkrevende enn ved den praksisen som Google og Facebook nå er ilagt store bøter for i Frankrike.

Vi har registrert at MBL i deres høringsuttalelse har bedt departementet avvende med å gjennomføre endringer i ekomlovens regulering av informasjonskapsler til kommunikasjonsvernforordningen skal implementeres i norsk lov. Dette vil vi advare sterkt mot, og viser til sammenligningen mellom sakene i Frankrike og den nåværende reguleringen i Norge ovenfor.

Arbeidet i EU med kommunikasjonsvernforordningen har tatt svært lang tid, og fortsatt vet ingen når denne vil være klar. Den nåværende personvernfiendtlige særnorske reguleringen av informasjonskapsler har allerede eksistert i nesten ti år og har bidratt til en utstrakt innsamling av personopplysninger om nordmenn, under påskudd av et illusorisk samtykkekrav som ikke er innenfor rammen av det europeiske personvernregelverket. Med dagens regulering er det ingen insentiver for aktører til å utvikle og satse på mer personvernvennlige alternativer til dagens overvåkningsøkonomi – for eksempel kontekstuell markedsføring. Det er på overtid at reguleringen av informasjonskapsler i Norge legges på linje med EU.

Departementets forslag til ny ekomlov § 3-7

Departementets forslag til ny ekomlov § 3-7 i høringen er et klart steg fremover, og vi er positive til at departementet ønsker å bringe samtykkekravet for informasjonskapsler i samsvar med hvordan samtykke skal forstås i kommunikasjonsverndirektivet og personvernforordningen. Som det fremgår av høringssvaret vårt, er Datatilsynet imidlertid svært bekymret for uttalelsene departementet kommer med i høringsnotatet på side 37:

«Kravet til samtykke vil etter departementets syn fremdeles være oppfylt ved at sluttbruker benytter en teknisk innstilling i nettleser eller tilsvarende i de tilfeller der dette er teknisk mulig. Uavhengig av hvordan samtykket innhentes, kreves det imidlertid at dette gis gjennom et aktivt valg av brukeren. Dersom samtykke skal gis gjennom nettleseren må sluttbrukeren selv gi et aktivt samtykke. Samtykke skal ikke kunne gis ved at tilbyderen av nettleseren eller nettsiden har et forhåndssamtykke (opt-out-løsning) som standardinnstilling, eller har fylt ut en rute for avkrysning som brukeren må fjerne dersom brukeren ikke ønsker å tillate informasjonskapsler.»

Vi har i høringssvaret vårt redegjort for hvorfor nettleserinnstillingene til dagens nettlesere ikke vil oppfylle kravene i personvernforordningen til et gyldig samtykke, og at denne uttalelsen dermed er egnet til å skape forvirring og villedende næringsdrivende. Nettleserinnstillingene er heller ikke uformet med tanke på å oppfylle personvernforordningens samtykkekrav, og er derfor ikke egnet for et slikt formål. De enkelte selskapene som bruker informasjonskapsler på grunnlag av nettleserinnstillinger har heller ikke hatt noen kontroll på utformingen av disse, noe som harmonerer dårlig med personvernregelverket som legger ansvaret for å påvise etterlevelse av regelverket hos den behandlingsansvarlige.

Vi slutter oss videre til punkt 5 i Advokatforeningens høringsuttalelse hvor det pekes på at merknaden til hva som utgjør et gyldig samtykke har flere uheldige sider, og hvor det blant annet fremgår:

«I det hele tatt mener Advokatforeningen at departementet bør vokte seg for merknader i lovproposisjonen om hvordan samtykkekravet kan eller ikke kan oppfylles i praksis, enten det er gjennom nettleserinnstillinger eller på annen måte. Merknader av denne type kan lede til utilsiktede tolkingsforskjeller mellom norsk rett og EU-retten, eller til usikkerhet om dette.»

Samtykkebokser skal etter personvernforordningen utformes på måter hvor man ivaretar personvernet og gir brukerne et reelt valg. Det finnes blant annet god veiledning fra Personvernrådet om hvordan samtykkekravene skal forstås.³ Sakene fra Frankrike illustrerer et av de vanligste problemene man ser med samtykkebokser i praksis, og hvor viktig det er med effektivt tilsyn av regelverket. Samtykkebokser er ingen perfekt løsning, men inntil det kommer ny felleseuropeisk regulering på dette området, er det ingen gode alternativer.

Ved å stille krav til et gyldig samtykke etter personvernforordningen for bruk av informasjonskapsler, legger Norge seg på linje med EU hva gjelder personvern og kommunikasjonsvern. Det er dermed ikke snakk om noen ny særnorsk regulering som gir norske virksomheter en ulempe i møte virksomheter i andre europeiske land, slik enkelte høringsinstanser gir uttrykk for. Derimot er den nåværende særnorske reguleringen en pådriver for økt datainnsamling av private selskaper på en måte som ikke er lovlig i EU.

Vi presiseres også for ordens skyld at dagens særnorske og personvernfiendtlige regulering av informasjonskapsler gjelder på samme måte for Google, Facebook og alle andre virksomheter som bruker informasjonskapsler for å spore internettbrukere i Norge.

Tilsynskompetanse med ny regulering av informasjonskapsler

I høringsnotatet er det ikke drøftet hvorvidt Datatilsynet fremover bør få en rolle ved tilsyn med bruk av informasjonskapsler. Vi viser i den forbindelse til høringsuttalelsene til Datatilsynet, Forbrukertilsynet, Forbrukerrådet og Advokatforeningen vedrørende Datatilsynets rolle.

Etter vårt syn vil det være mer effektivt og hensiktsmessig om Datatilsynet får kompetanse føre tilsyn med alle aspekter av behandlingen av personopplysninger i saker, inkludert innsamling av personopplysninger gjennom informasjonskapsler. Å unnta store deler av innsamlingen av personopplysninger på internett fra Datatilsynets tilsynsmyndighet, gjør det svært vanskelig for Datatilsynets å løse sitt samfunnsoppdrag på dette området.

³ European Data Protection Board (Personvernrådet), Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, version 1.1, adopted on 4 May 2020.

Det vil være uproblematisk dersom Datatilsynet og Nasjonal Kommunikasjonsmyndighet (Nkom) får overlappende tilsynsmyndighet på dette området. Vi har lang erfaring med å samarbeide med Nkom på områder hvor tilsynskompetansene våre overlapper, for eksempel personopplysningssikkerhet hos ekomtilbydere. Det sentrale er å unngå dagens byråkratiske oppdeling av tilsynskompetansen, og sikre at en og samme tilsynsmyndighet har kompetanse til å føre effektivt tilsyn med hele behandlingsløpet for personopplysningene som samles inn om internettbrukere i Norge.

Vi orienterer for øvrig om at datatilsynsmyndighetene i blant annet Frankrike, Tyskland, Spania, Italia, Portugal, Irland, Slovenia, Litauen, Luxemburg, Latvia, Kypros og Malta er tillagt kompetanse til å føre tilsyn med deres nasjonale reguleringer av informasjonskapsler.

En utfordring med personvernforordningen er at mange av de store teknologiselskapene holder til i Irland, og at klager mot disse selskapene må oversendes for behandling til det irske datatilsynet som ledende tilsynsmyndighet. Erfaring viser at saksbehandlingstiden til den irske tilsynsmyndigheten har vært lang.

Som overtredelsesgebyrene fra CNIL illustrerer, er ikke reguleringen av informasjonskapsler underlagt samarbeidsmekanismene i personvernforordningen. Dette medfører at nasjonale datatilsynsmyndigheter selv kan føre tilsyn med bruken av informasjonskapsler til selskaper som har sin hovedetablering i andre europeiske land. Dersom Datatilsynet får kompetanse til å føre tilsyn med bruken av informasjonskapsler i Norge vil vi dermed, med den nødvendige tilpasningen av virkeområdet for bestemmelsen, kunne føre tilsyn med alle selskaper som bruker informasjonskapsler til å spore internettbrukere i Norge – herunder teknologigigantene som Google og Facebook.

Avsluttende merknad

Datatilsynet er tilgjengelig og stiller gjerne opp på et møte for å diskutere dette nærmere dersom det er ønskelig.

Med vennlig hilsen

Janne Stang Dahl
konstituert direktør

Anders Sæve Obrestad
juridisk seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen håndskrevne signaturer

Kopi til: NASJONAL KOMMUNIKASJONSMYNDIGHET

Vedlegg: deliberation_of_the_restricted_committee_no._san-2021-
023_of_31_december_2021_concerning_google_llc_and_google_ireland_limi
ted
deliberation_of_the_restricted_committee_no._san-2021-
024_of_31_december_2021_concerning_facebook_ireland_limited
Felles høringsuttalelse fra Forbrukertilsynet og Datatilsynet - Forslag til ny
ekomlov § 3-7 - samtykke til informasjonskapsler