



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 16/2015

Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Heimkaupa ehf.

I.

Erindið

Þann 20. febrúar 2015 barst Póst- og fjarskiptastofnun kvörtun frá [...]¹ þar sem kvartað var yfir óumbeðnum fjarskiptum frá Heimkaupum ehf., þ.e. tölvupóstfanginu, heimkaup@heimkaup.is, í formi tölvupóstsendinga á netfang kvartanda, [...]².

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun

Líkt og að framan greinir er kvartað yfir óumbeðnum fjarskiptum í formi tölvupóstsendinga á netfang kvartanda frá Heimkaupum ehf. m.a. frá 11. desember 2014. Kveðst kvartandi aldrei hafa skráð sig á póstlista hjá Heimkaupum ehf. né verið í neinum viðskiptalegum tengslum við þá.

Eftir að kvartandi grennsaðist fyrir um málið kom í ljós að þann 27. nóvember 2014 barst honum tölvupóstur frá Bland.is þar sem tilkynnt var að kvartandi yrði skráður á póstlista Heimkaupa frá og með 1. desember 2014 nema kvartandi óskaði sérstaklega eftir því að svo yrði ekki gert.

¹ Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

² Netfang kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

2.2 Svarbréf Heimkaupa ehf., dags. 4. mars 2015

Póst- og fjarskiptastofnun bauð Heimkaupum ehf., með bréfi dags. 24. febrúar 2015, að tjá sig um innkomna kvörtun auk þess sem félaginu var kynnt ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga sem fjallar um óumbeðin fjarskipti.

Stofnuninni barst bréf frá Heimkaupum ehf., dags. 4. mars 2015, þar sem fram kemur að söluvefurinn Bland.is hefði í nóvember 2014 boðið viðskiptavinum sínum inneign hjá Heimkaup.is gegn því að vera skráð á póstlista Heimkaupa.is. Þeir sem ekki vildu þiggja slíka inneign og ekki vera á póstlista Heimkaupa var boðið að smella á hlekk til að gefa það til kynna. Eingöngu þeir sem opnuðu þennan póst frá Bland.is og afþökkuðu ekki slíka inneign var í framhaldinu sendur póstur frá Heimkaupum.

Þá sagði einnig að þeir hafi verið teljandi á fingrum annarrar handar sem opnuðu tölvupóstinn frá Bland.is og afþökkuðu ekki en vildu þrátt fyrir það ekki nýta sér inneignina og vera á póstlista Heimkaupa þ.á.m. [...]³. Voru þeir aðilar því umsvifalaust fjarlægðir af póstlistanum og beðnir afsökunar á ónæðinu.

Jafnframt kemur fram í bréfinu að:

„Hugmyndin hjá Bland var að færa viðskiptavinum sínum gjöf. Þetta mæltist mjög vel fyrir hjá viðskiptavinum Bland en þó svo að þeir hafi verið örfáir þykir okkur mjög miður að einhverjum skuli hafa mislíkað þetta.

Það skal einnig tekið fram að fyrirtækið endurskoðaði í kjölfarið hvernig staðið er að samstarfi við aðra vefmiðla/fyrirtæki og hefur ákveðið að í framtíðinni verði ekki efnt til samstarfs eins og gert var með Bland í desember.“

2.3 Svarbréf kvartanda, dags. 14. mars 2015

Póst- og fjarskiptastofnun bauð kvartanda að tjá sig um og gera athugasemdir við svarbréf Heimkaupa., sbr. bréf stofnunarinnar dags. 9. mars 2015. Stofnuninni barst svar kvartanda í tölvupósti þann 14. mars 2015 þar sem segir m.a. eftirfarandi:

„Ég get ekki séð í svarbréfi Heimkaupa að þar séu viðurkennd brot á fjarskiptalögum þrátt fyrir að þeir ætli að endurskoða samstarf við aðra vefmiðla/fyrirtæki.

Á vefsíðu PFS (<http://www.pfs.is/neytendur/oumbedin-fjarskipti-hvada-reglur-gilda/>) er tilgreint sérstaklega að „Ekki er nóg að einstaklingur gefi í skyn að hann vilji fá slíkan tölvupóst, t.d. með athafnaleysi, svo sem því að taka ekki merkingu úr fyrirfram útfylltum reitum áður en form er sent.

Ég vil því fá formlegan úrskurð frá PFS hvort þessi tiltekna markaðssetning Heimkaupa standist 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003.“

³ Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

2.2 Svarbréf Heimkaupa ehf., dags. 27. mars 2015

Póst- og fjarskiptastofnun bauð Heimkaupum ehf., með bréfi dags. 18. mars 2015, að tjá sig um tölvupóst kvartanda og óskaði eftir að félagið tæki afstöðu til mögulegra brota á 46. gr. fjarskiptalaga.

Í svarbréfi sínu kemur fram að fyrirtækið sé þeirra skoðunar að engin lög hafi verið brotin og að sú niðurstaða sé byggð á eftirfarandi forsendum:

„Samkvæmt notendaskilmálum Bland heimila notendur Bland að deila netfanginu með þriðja aðila. Hér að neðan er grein úr skilmálum fyrirtækisins.

Notandi heimilar Bland að miðla skráðu netfangi sínu til þriðja aðila. Einnig heimilar notandi þriðja aðila sem hefur fengið netfang notandans að senda honum tölvupóst. Ef notandi vill ekki að netfangi sínu sé miðlað til þriðja aðila getur hann sent þjónustustjóra okkar póst á bland@bland.is

Notandinn er leggur kvörtunina fram hafði ekki samband við þjónustustjóra Bland þegar hann gerðist notandi þar.

Notandinn afþakkaði ekki heldur inneign Heimkaupa þó svo að slíkt væri klárlega í boði. Samkvæmt upplýsingum frá Bland voru eingöngu þeir sem klárlega lásu póstinn þar sem inneignin var boðin en afþökkuðu ekki skráðir hjá Heimkaupum.

Hver einasti póstur frá Heimkaupum býður einnig upp [á] afskaplega einfalda afskráningu.“

Þá var jafnframt ítrekað í bréfinu að þrátt fyrir að félagið teldi þessa framkvæmd ekki ólöglega hafi hins vegar verið ákveðið að í framtíðinni yrði ekki efnt til sambærilegs samstarfs aftur.

2.2 Bréf kvartanda, dags. 6. apríl sl.

Póst- og fjarskiptastofnun bauð kvartanda, með bréfi dags. 27. mars sl, að tjá sig um og koma að athugasemdum sínum við framangreint svarbréf Heimkaupa ehf. frá 27. mars 2015.

Stofnuninni barst svar frá kvartanda með tölvupósti, dags. 9. apríl sl., þar sem fram kemur að hann telji mikilvægt að fá úr því skorið hvort markaðssetning Heimkaupa og notendaskilmálar Bland standist fjarskiptalög. En kvartandi telur vafa leika á því hvort fyrirtækið geti einfaldlega komist hjá því að fara að lögum með vísun til skilmála.

III. Lagaumhverfi

3.1 Almenn

Póst- og fjarskiptastofnun er sú stofnun sem með lögum hefur verið falið að annast framkvæmd laga um fjarskipti og hafa eftirlit með fjarskiptum, sbr. 1. mgr. 1. gr. og 1. tl. 1. mgr. 3. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Samkvæmt 10. gr. sömu laga skal stofnunin láta kvörtun neytenda til sín taka ef fjarskiptafyrirtæki brýtur gegn skyldum sínum samkvæmt lögum um fjarskipti eða gegn skilyrðum sem mælt er fyrir um í almennum heimildum, réttindum eða í rekstrarleyfi.

Þrátt fyrir að ákvæði 10. gr. laganna vísi til þess að stofnunin leysi aðeins úr ágreiningi neytenda við fjarskiptafyrirtæki eða póstrekendur hefur stofnunin tekið til meðferðar kvartanir um brot á 46. gr. fjarskiptalaga, óháð því hver á í hlut. Helgast sú framkvæmd af almennum eftirlitsvaldi stofnunarinnar með lögum, nr. 81/2003, um fjarskipti, sbr. 2. mgr. 2. gr. laganna. Má einnig benda á í þessu sambandi að viðurlög við brotum gegn ákvæðum IX. kafla laganna, sem 46. gr. er hluti af, eru ekki aðeins takmörkuð við fjarskiptafyrirtæki, sbr. 74. gr. laganna.

3.2 Óumbeðin fjarskipti

Ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga er ætlað að vernda einkalíf áskrifenda og byggir greinin að mestu leyti á 13. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins, nr. 2002/58/EB, um vinnslu persónuupplýsinga og verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta sem felldi úr gildi eldri tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins, nr. 97/66/EB, þar sem sambærilegt ákvæði var að finna í 12. gr. tilskipunarinnar.

Reglur Evrópusambandsins á þessu sviði eiga sér nokkra sögu og hefur verið talin þörf á að grípa til verndarráðstafana svo ekki sé brotið gegn friðhelgi einkalífs. Með tilskipun nr. 2002/58/EB (og forvera hennar) voru meginreglur, sem settar voru fram í tilskipun nr. 95/46/EB, um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga, yfirfærðar í sértækar reglur fyrir fjarskiptasviðið og eru ákvæði hennar viðbót og nánari umfjöllun um ákvæði síðarnefndu tilskipunarinnar, sbr. 2. mgr. 1. gr. og 4. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB. Þá kemur jafnframt fram í 48. lið inngangsorða hennar að við beitingu tilskipunarinnar getur verið gagnlegt að líta til reynslu starfshóps um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga sem settur var á fót á grundvelli 29. gr. tilskipunar nr. 95/46/EB, sbr. 30. gr. hennar og 3. mgr. 15. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB.

Ákvæði 46. gr. fjallar um óumbeðin fjarskipti og er þar að finna reglur varðandi beina markaðssetningu í formi sjálfvirkra upphringikerfa án mannlegrar íhlutunar, símbréfataekja, tölvupósts og rafrænna skilaboða. Þá er einnig að finna reglu er varðar notkun almennrar tal- og farsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu. Í ákvæðinu segir:

*„Notkun sjálfvirkra uppkallskerfa, símbréfa eða tölvupósts, þ.m.t. hvers konar rafrænna skilaboða (SMS og MMS), fyrir beina markaðssetningu er einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrir fram.
Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. er heimilt að nota tölvupóstfang við sölu á vörum eða þjónustu fyrir beina markaðssetningu á eigin vörum eða þjónustu ef*

viðskiptavinum er gefinn kostur á að andmæla slíkri notkun tölvupóstfanga þeim að kostnaðarlausu þegar skráning á sér stað og sömuleiðis í hvert sinn sem skilaboð eru send hafi viðskiptavinurinn ekki þegar í upphafi hafnað slíkri notkun.

Að öðru leyti en mælt er fyrir í 1. og 2. mgr. eru óumbeðin fjarskipti í formi beinnar markaðssetningar óheimil til þeirra áskrifenda sem óska ekki eftir að taka á móti þeim.

Óheimilt er að senda tölvupóst sem þátt í beinni markaðssetningu þar sem nafn og heimilisfang þess sem stendur að markaðssetningu kemur ekki skýrt fram.

Þeir sem nota almenna tal- og farsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu skulu virða merkingu í símaskrá sem gefur til kynna að viðkomandi áskrifandi vilji ekki slíkar símhringingar í símanúmer sitt. Áskrifandi á rétt á að fá vitneskju um hvaðan þær upplýsingar koma sem liggja úthringingu til grundvallar.“

Í 1.-4. mgr. 46. gr. er fjallað um óumbeðin fjarskipti fyrir beina markaðssetningu aðila. Er í 3. mgr. greinarinnar sett fram að óumbeðin fjarskipti í formi beinnar markaðssetningar er óheimil til þeirra sem ekki óska eftir að taka á móti þeim að öðru leyti en sem greinir í 1. og 2. mgr. greinarinnar. Í 1. mgr. kemur fram að bönnuð er notkun á sjálfvirkum upphringikerfum án mannlegrar íhlutunar, símbrefatækjum, tölvupósti og rafrænum skilaboðum, í beinum markaðslegum tilgangi án fyrirfram samþykkis áskrifenda. Þá er í 2. mgr. að finna þá undantekningu að aðila er heimilað að nota tölvupóstfang viðskiptavinar, sem viðkomandi fær upplýsingar um í sambandi við sölu á afurðum eða þjónustu, til að markaðssetja eigin afurðir eða þjónustu. Þó er sá fyrirvari settur í málsgreininni að viðskiptavinur skuli hafa tækifæri til að andmæla þess háttar notkun tölvupóstfangsins með auðveldum hætti og honum að kostnaðarlausu, hvort tveggja við skráningu þess sem og í útsendum tölvupóstum. Í 4. mgr. er að finna þá lágmarkskröfu að í beinni markaðssetningu aðila í gegnum tölvupóst verði að koma fram nafn og heimilisfang sendanda.

Framangreindar málsgreinar 46. gr. eru efnislega samhljóða 13. gr. áðurnefndrar tilskipunar nr. 2002/58/EB. Í 1. og 2. mgr. 13. gr. hennar er að finna bindandi fyrirmæli sem tekin hafa verið óbreytt upp í 1. og 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Í 3. mgr. 13. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um skyldu aðildarríkja um að banna óumbeðnar fjarskiptasendingar í beinum markaðslegum tilgangi án samþykkis viðkomandi áskrifenda eða þegar áskrifendur hafa óskað eftir því að fá ekki slíkar fjarskiptasendingar en aðildarríkjum er falið að ákveða hvorn kostinn skuli velja. Valdi löggjafinn hér á landi að innleiða svokallaða samþykkisreglu (e. opt-in) þ.e. að banna óumbeðin fjarskipti til áskrifenda nema þeir hafi sannanlega veitt samþykki sitt fyrir slíkum sendingum líkt og að framan greinir.

3.3 Gildissvið 46. gr. fjarskiptalaga

Í málum er varða óumbeðin fjarskipti reynir ávallt á skilgreiningu á hugtakinu *bein markaðssetning* sem markar gildissvið ákvæðisins. En líkt og fram kemur í beinu orðalagi 46. gr. er notkun t.a.m. tölvupósts fyrir beina markaðssetningu einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram, sbr. 1. mgr. eða ekki andmælt slíkri notkun, við skráningu tölvupóstfangs, sé um viðskiptavin sendanda að ræða, sbr. 2. mgr. ákvæðisins.

Þótt hvorki sé að finna skilgreiningu á hugtakinu bein markaðssetning í íslenskum lögum né framangreindri tilskipun nr. 2002/58/EB þá hefur hugtakið verið skilgreint með rúmum hætti. Kemur fram í álitinu nr. 5/2004 fyrrgreinds 29. gr. starfshóps að samkvæmt 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB nái hugtakið yfir hvers kyns markaðsátak, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórnmalaflokka.⁴ Í álitinu er einnig vísað til álits starfshópsins nr. 3/2003, þar sem samþykktar eru siðareglur FEDMA, þar sem rúm túlkun er lögð í hugtakið. Í reglunum segir m.a. að bein markaðssetning feli í sér hvers kyns samskipti, þ.á.m., en ekki einskorðað við, tölvupóst, símbref, símtöl o.fl., er varða hvers kyns auglýsingar eða markaðsefni, sem sent er af markaðsaðila, eða fyrir hans hönd, og sem sérstaklega er beint að einstaklingum.⁵

Á grundvelli framangreinds, og með hliðsjón af skilgreiningu hugtaksins bein markaðssókn í 28. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, komst Póst- og fjarskiptastofnun að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 22/2009, að hugtakið bein markaðssetning feli í sér að söluaðili snýr sér beint að tilteknum aðila, einum eða fleiri, ýmist á grundvelli nafns viðkomandi, tölvupóstfangs, símanúmers eða annarra þess háttar upplýsinga og samkvæmt venjulegum málskilningi, sé átt við sölu eða kynningu á vörum eða þjónustu óháð því hver tilgangur markaðssetningarinnar er, sbr. þó lokamálsl. 2. mgr. 28. gr. laga nr. 77/2000, sem kveður á um heimild Persónuverndar til að veita undanþágu frá ákvæðinu.

Þá taldi stofnunin, í ljósi svo rúmrar túlkunar, að taka þurfi til skoðunar hvort ætlast sé til einhvers af viðtakanda fjarskiptanna, þ.e. hvort að markmið þeirra sé að fá hann til að skuldbinda sig með einhverjum hætti. Hafi efni þeirra hvorki að geyma boð um kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu, né að ráða megi af efni þeirra að ætlast sé til þess að viðtakandi bregðist við þeim með tilteknum hætti, telst slíkt ekki vera bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Með þessari túlkun taldi stofnunin að verið væri að takmarka beitingu ákvæðisins við skilaboð sem sett eru fram í þágu beinnar markaðssetningar og krefst þar af leiðandi ekki að lagt sé mat á efnislegt innihald skilaboðanna, nema í undantekningartilvikum. Heldur er nægjanlegt að leggja mat á hvort að fjarskiptasendingin hafi verið sett fram í markaðslegum tilgangi.

Eins hefur úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, í úrskurði sínum frá 22. febrúar 2010 í máli nr. 5/2009, fallist á lögskýringu stofnunarinnar en í úrskurðinum segir m.a. að:

„ [...] með hliðsjón af þeim tilvísunum sem tilskipun 2002/58/EB geymir í álit vinnuhópsins, verður að mati nefndarinnar varla dregin önnur ályktun en sú, að hugtakið beina markaðssetningu í 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga beri að túlka vítt, þannig að umrædd markaðssetning þurfi t.d. ekki að fara fram í hagnaðarskyni, heldur geti t.d. verið um að ræða óumbeðin fjarskipti frá góðgerðarfélögum o.fl.“⁶

⁴ Opinion 5/2004 on unsolicited communication for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls 7.

⁵ Opinion 3/2003 on the European code of conduct of FEDMA for the use of personal data in direct marketing frá 13. júní 2003. Siðareglunarna, European Code of Practice for the use of personal data in direct marketing, má finna á eftirfarandi slóð: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2003/wp77-annex_en.pdf, (e. *The communication by whatever means (including but not limited to mail, fax, telephone, on-line services etc...) of any advertising or marketing material, which is carried out by the Direct Marketer itself or on its behalf and which is directed to particular individuals.*)

⁶ Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 5/2010.

3.4 Undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr.

Líkt og áður segir er í 3. mgr. ákvæðisins lagt bann við fjarskiptum í formi beinnar markaðssetningar nema móttakandi hafi óskað eftir að taka á móti þeim og er hér að finna meginreglu ákvæðisins. Frá þessu banni er að finna tvær undanþágur, sbr. 1. og 2. mgr. greinarinnar. Þar sem í 1. mgr. eru heimilaðar fjarskiptasendingar þegar móttakandi hefur veitt sérstakt samþykki fyrir sendingunum og í 2. mgr. þar sem móttakandi, sem er viðskiptavinur sendanda, hefur ekki andmælt móttöku slíkra sendinga við skráningu tölvupóstfangs.

Í athugasemdum við frumvarp til fjarskiptalaga segir um 2. mgr. 46. gr. laganna að með undanþágunni er heimilað „[...] að nota tölvupóstfang viðskiptavinar, sem viðkomandi fær upplýsingar um í sambandi við sölu á afurðum eða þjónustu, til þess að markaðssetja eigin afurðir eða þjónustu en það skilyrði er sett að viðskiptavinur hafi tækifæri til að andmæla slíkri notkun á auðveldan hátt og þeim að kostnaðarlausu. Möguleikar til andmæla skulu vera fyrir hendi bæði þegar skráning tölvupóstfangs fer fram og í hvert sinn sem tölvupóstur er sendur, þ.e. hafi áskrifandinn ekki neitað um samþykki þegar tölvupóstfang hans var skráð.“

Ákvæðið byggir á 2. mgr. 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/ESB. Í 41. lið inngangsorða tilskipunarinnar er varpað nánara ljósi á um hvað felst í ákvæðinu. Þar segir m.a:

„Að því er varðar tengsl við viðskiptavini, sem þegar eru fyrir hendi, er sanngjarn að heimila notkun tölvupóstfanga til að bjóða svipaðar vörur eða þjónustu, en einungis af hálfu sama fyrirtækis og aflaði rafrænu upplýsinganna í samræmi við tilskipun 95/46/ESB.“

Í títtnefndu álit 29. gr. starfshópsins nr. 5/2004, er áréttað að um undanþágu sé að ræða sem túlka skuli þröngt. Þá segir í álitinu að í fyrsta lagi eigi undanþágan einungis við um viðskiptavini þess sem sendir út tölvupóstinn enda hafi upplýsingar um tölvupóstfang viðskiptavinar fengist við sölu á vöru eða þjónustu og í samræmi við ákvæði tilskipunar 95/46/EB, sem m.a. setur það skilyrði að upplýsingar um tilgang skráningarinnar séu veittar. Telja verður, að mati PFS, að það séu til að mynda upplýsingar um að tölvupóstfangið verði notað fyrir beina markaðssetningu. Þá telur starfshópurinn að jafnframt verði að líta til þess tíma sem liðinn er frá því samþykki var gefið og þar til tölvupóstur er sendur á umrætt tölvupóstfang. Í öðru lagi á undanþáguákvæðið einungis við ef sami einstaklingur eða lögaðili og safnaði upplýsingunum sendir tölvupósta fyrir beina markaðssetningu. Tekur starfshópurinn sem dæmi að móður- og dótturfélög geti ekki talist sami aðili. Í þriðja lagi þá er ákvæðið bundið við að sambærilegar vörur eða þjónusta sé markaðssett. Viðurkennir starfshópurinn að erfitt geti verið að skilgreina hvað sé sambærileg vara eða þjónusta en ætti þó að vera metið á grundvelli réttmætra væntinga móttakanda fremur en viðhorfi sendanda tölvupóstsins. Þá áréttar starfshópurinn að bjóða þurfi viðskiptavini upp á að skrá sig af hlutaðeigandi lista yfir að fá tölvupóstsendingar.⁷

Vísað er til orðsins *samþykkis* í athugasemdum frumvarpsins sem og má sjá augljósa tengingu við tilvitnuð inngangsorð tilskipunarinnar og álit 29. gr. starfshópsins á hugtakinu.

Ekki er í fjarskiptalögum að finna skilgreiningu á hvað telst vera *samþykki* í skilningi 1. mgr. 46. gr. en í 40. lið inngangsorða tilskipunarinnar kemur þó fram að réttlæt看legt sé að krefjast þess að afdráttarlaust fyrirfram samþykki viðtakanda sé fengið áður en fjarskiptasendingar fyrir beina markaðssetningu eru sendar til hans. Í f-lið 2. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar segir enn fremur að samþykki notanda eða áskrifanda samsvari samþykki skráðs aðila í tilskipun nr. 95/46/EB,

⁷ Sjá neðanmálsgrein 1. Bls. 9.

sbr. og 17. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB. Í 7. tölul. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 77/2000, sem byggir á h-lið 2. gr. tilvitnaðrar tilskipunar nr. 95/46/EB, er samþykki skilgreint með eftirfarandi hætti:

„Sérstök, ótvíræð yfirlýsing sem einstaklingur gefur af fúsum og frjálsum vilja um að hann sé samþykkur vinnslu tiltekinna upplýsinga um sig og að honum sé kunnugt um tilgang hennar, hvernig hún fer fram, hvernig persónuvernd er tryggð, um að honum sé heimilt að afturkalla samþykki sitt o.s.frv.“

Í áður nefndu álit 29. gr. starfshópsins nr. 5/2004, kemur einnig fram að samþykki sem veitt er sem hluti af almennu samþykki á skilmálum samnings, svo sem áskriftarsamnings þar sem samþykkis er óskað fyrir markaðspóst, verður jafnframt að uppfylla framangreind skilyrði tilskipunar 95/46/EB. Þannig er það ekki í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar að senda út tölvupóst til að óska samþykkis móttakanda þeirra fyrir að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu.⁸ Þá telst það heldur ekki í samræmi við skilgreiningu á samþykki að einstaklingur gefi einungis í skyn að fá slíkan tölvupóst, sér í lagi þegar skilgreiningin kveður á um að það skuli innihalda yfirlýstan vilja hans, svo sem þegar slíkt er gert með athafnaleysi. Þannig geta t.d. fyrirfram útfylltir reitir sem viðkomandi þarf að taka merkingu af, ekki talist uppfylla skilyrði þau sem gerð eru fyrir samþykki.^{9 10} Er þetta jafnframt áréttað í álit hópsins nr. 15/2011, þar sem m.a. kemur fram að svo að samþykki teljist uppfylla kröfur tilskipunar 95/46/EB, verði samþykkið að fela í sér ákveðna athöfn af hálfu hlutaðeigandi svo það teljist vera ótvírætt.¹¹

IV.

Forsendur og niðurstaða

Ágreiningur máls þessa lýtur að því hvort Heimkaupum ehf. hafi verið heimilt að senda kvartanda tölvupósta.

4.1 Samþykki móttakanda

Í tölvupósti frá Bland.is, sem kvartandi er notandi að, þann 27. nóvember 2014 stendur í efnislínu (e. subject) „Þú átt inneign hjá Heimkaup.is“. Efni tölvupóstsins er svo m.a. eftirfarandi:

„Bland og Heimkaup kynna...

[...]

Einnig ætlar Heimkaup að gefa þér gjöf. Þú hefur tækifæri til að eignast inneign upp á 1.000 kr. hjá Heimkaup.is með því einu að vera skráður á póstlista þeirra. Við ætlum að auðvelda þér ómakið og skrá þig á póstlistann frá og með 1. desember. Inneignin gildir af hvaða vörum (líka tilboðsvörum) og gildir til 7. desember. [...]

⁸ Sjá neðanmálsgrein 1. Bls. 5 (e. [...] it would not be compatible with Article 13 of Directive 2002/58/EC simply to ask, by a general email sent to recipients, their consent to receive marketing e-mails, because of the requirement that the purpose be legitimate, explicit and specific.“

⁹ Sjá neðanmálsgrein 1. Bls. 5 (e. Implied consent to receive such mails is not compatible with the definition of consent of Directive 95/46/EC and in particular with the requirement of consent being the indication of someone's wishes, including where this would be done 'unless opposition is made' (opt-out). Similarly, pre-ticked boxes, e.g., on websites are not compatible with the definition of the Directive either.)

¹⁰ Sjá einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 11/2013, um kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Wow Air ehf.

¹¹ Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25.

Ef þú vilt ekki fá þessa inneign og vera á póstlista Heimkaupa þarftu að smella á hnappinn hér að neðan.

Nei takk! Ég vil ekki fá inneign eða vera á póstlista Heimkaupa.

[Undirstrikun PFS]

Á grundvelli þessa tölvupósts auk ákvæða í skilmálum Bland.is telur Heimkaup sér heimilt að senda kvartanda tölvupósta sbr. bréf Heimkaupa ehf. sem rakin eru í kafla II.

Líkt og að framan hefur verið rakið hefur kvartandi aldrei samþykkt að fá tölvupósta frá Heimkaupum ehf. Það að Bland.is sendi honum tölvupóst þar sem fram kemur að hann verði settur á póstlista Heimkaupa ehf. nema hann óski sérstaklega eftir því að slíkt verði ekki gert, undir því yfirskini að um gjöf sé að ræða, getur ekki talist gilt samþykki í því sambandi þar sem samþykki þarf í raun að fela í sér yfirlýstan vilja aðila. Þannig hafa t.d. fyrirfram útfylltir reitir sem viðkomandi þarf að taka merkingu af, ekki talist uppfylla skilyrði þau sem gerð eru fyrir samþykki.^{12 13}

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar getur það ekki talist gild aðferð við öflun samþykkis kvartanda að bjóða upp á valmöguleika til þess að afþakka „gjöf“ og að vera settur á póstlista, þegar horft er til túlkunar á því hvað teljist vera samþykki í skilningi ákvæðisins eins og það hefur verið túlkað í álitum 29. gr. starfshóps tilskipunar 95/46/EB. Hefur úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála jafnframt staðfest að líta verði til álita hópsins við túlkun ákvæðisins. Þannig getur athafnaleysi kvartanda, um að afþakka ekki „gjöfina“ og tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu frá Heimkaupum ehf., ekki talist fela í sér ótvíræða yfirlýsingu af hálfu kvartanda fyrir að heimila notkun á tölvupóstfangi sínu. Sú málsástæða Heimkaupa ehf. um að kvartandi hafi opnað upprunalega tölvupóstinn frá Bland.is og ekki nýtt sér þann valmöguleika að hafna því að vera á póstlista Heimkaupa er því ekki tæk.

Þá verður ekki séð að undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr. laganna eigi við hér en viðkomandi ákvæði veitir undanþágu fyrir fyrirtæki að senda tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á eigin vörum eða þjónustu til viðskiptavina sinna, að því gefnu að viðskiptavininum hafi verið gefinn kostur á að andmæla slíkri notkun þegar upphafleg skráning á sér stað og í hvert sinn sem slíkur tölvupóstur er sendur hafi hann ekki andmælt notkuninni við skráningu. Ljóst er út frá málavöxtum að kvartandi hefur ekki átt viðskipti við Heimkaup ehf., eða veitt samþykki sitt fyrir að vera skráður á lista hjá Heimkaup ehf. Sérstök afskráning fyrir gjöf og frekari tölvupóstsendingum líkt og finna má í tölvupóstsendingu Bland.is getur þannig hvorki talist til samþykkis fyrir að vera skráður á slíkan lista né talið uppfylla andmælarétt kvartanda við skráningu um að tölvupóstfang hans sé ekki notað fyrir beina markaðssetningu. Að mati PFS eru skilyrði undanþáguákvæðisins þar með ekki uppfyllt og var Heimkaupum ehf. ekki heimilt á grundvelli þess að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang kvartanda.

Þó svo að Heimkaup ehf. hafi ákveðið að efna ekki til frekar samstarfs í líkingu við það sem var gert við Bland.is frýjar það félagið ekki af því broti sem hér um ræðir. Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að Heimkaup ehf. hafi brotið gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti, þegar Heimkaup ehf. sendu

¹² Sjá neðanmálgrein 1. Bls. 5 (*e. Implied consent to receive such mails is not compatible with the definition of consent of Directive 95/46/EC and in particular with the requirement of consent being the indication of someone's wishes, including where this would be done 'unless opposition is made' (opt-out). Similarly, pre-ticked boxes, e.g., on websites are not compatible with the definition of the Directive either.*)

¹³ Sjá einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 11/2013, um kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Wow Air ehf.

tölvupósta í markaðslegum tilgangi á tölvupóstfang [...] ¹⁴ án þess að hafa aflað fyrirfram samþykkis hans.

Ákvörðunarorð

Tölvupóstar sem sendir voru af Heimkaupum ehf. á tölvupóstfang [...] ¹⁵ án fyrirfram samþykkis hans brutu gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og skal kærán berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar sbr. 13. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun og 5. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Málskotsgjald fjarskiptafyrirtækis og/eða póstrekkanda til úrskurðarnefndar er fjárhæð 150.000 kr., sbr. 6. gr. framangreindrar reglugerðar.

Reykjavík, 25. júní 2015

Hrafnkell V. Gíslason

Maríjon Ósk Nóadóttir

¹⁴ Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

¹⁵ Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.