



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 42/2014

Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Miniads.is.

I.

Erindið

Þann 14. desember 2013 barst Póst- og fjarskiptastofnun kvörtun frá [...],¹ þar sem kvartað var yfir óumbeðnum fjarskiptum Miniads.is, þar sem sendandi er [...],² í formi tölvupóstsendingar á netfang kvartanda, [...].³

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun

Líkt og að framan greinir er kvartað yfir óumbeðnum fjarskiptum í formi tölvupóstsendingar á tilgreint netfang kvartanda en kvartandi telur að um sé að ræða brot á 3. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti. Þá er einnig kvartað yfir ófullnægjandi merkingu á sendanda í umræddri tölvupóstsendingu en slíkt er, að mati kvartanda, brot á 4. mgr. sömu greinar.

Í kvörtuninni kemur fram að kvartandi kannist ekki við að hafa gefið sendanda leyfi til þess að nota tölvupóstfang sitt fyrir beina markaðssetningu og því sé um brot á 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga að ræða þar sem að undanþágur 1. og 2. mgr. greinarinnar eigi ekki við.

¹ Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

² Netfang forsvarsmanns www.Min Ads.is afmáð vegna trúnaðar.

³ Netfang kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

Segir jafnframt að auðkenning á sendanda í tölvupóstsendingunni uppfylli ekki skilyrði 4. mgr. 46. gr. laganna þar sem hvorki sé tilkynnt með skýrum hætti hver standi fyrir markaðssetningunni né sé þar að finna heimilisfang aðila. Kemur fram að kvartandi grunar að um sé að ræða sendingu frá aðila á vegum [miniads.is](http://www.miniads.is) en það eina sem gefi slíkt til kynna sé að í efnislínu tölvupóstsins sé að finna slóð vefsíðunnar www.miniads.is og að sendandi sé [...].⁴

Kemur fram í kvörtuninni að kvartandi hafi reynt að hlaða niður myndum sem fylgdu tölvupóstsendingunni en þær hafi ekki hlaðist inn. Þá hafi netútgáfan af slóðinni sem var auglýst ekki virkað.

Kvartandi fer fram á að sendandi hætti tölvupóstsendingum með beinni markaðssetningu á tölvupóstfang sitt án þess að hafa aflað fyrirfram samþykkis fyrir slíkum sendingum. Þó óskar kvartandi eftir að Póst- og fjarskiptastofnun beiti viðurlögum, eftir því sem við á, og fyrirskipi sendanda að hætta frekari sendingum fyrir beina markaðssetningu sem uppfylli ekki skilyrði ákvæðis 46. gr. fjarskiptalaga.

2.2 Svarbréf Miniads.is, dags. 18. desember 2013

Póst- og fjarskiptastofnun sendi bréf, dags. 18. desember 2013 á Miniads.is. Var bréfið sent rafrænt á [...],⁵ þ.e. [...],⁶ sem finna mátti sem sendanda tölvupóstsendingar á tölvupóstfang kvartanda. Í bréfi stofnunarinnar var bent á ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga og óskað eftir athugasemdum sendanda við innkominni kvörtun kvartanda.

Póst- og fjarskiptastofnun barst tölvupóstur frá [...]⁷ þann 19. desember 2013 þar sem finna mátti athugasemdir sendanda. Í tölvupóstinum kom fram að sendandi telji að ekki sé um beina markaðssetningu í skilningi ákvæðisins að ræða. Þá sé kvartanda, í hinni umþrættu tölvupóstsendingu, boðið upp á að fá ekki frekari tölvupóstsendingar. Slíkt hafi verið gert sem ákveðið formsatriði þótt að ekki sé í raun um beina markaðssetningu að ræða í tölvupóstsendingunni. Þetta úrræði hafi kvartandi þó ekki nýtt sér áður en hann sendi inn kvörtun til Póst- og fjarskiptastofnunar.

Í tölvupóstinum er á það bent að ekki sé verið að selja vörur eða persónulega þjónustu heldur að vekja athygli á almennri þjónustu sem er ókeypis fyrir alla, bæði þjónustuaðila og neytendur. Því falli tölvupóstsendingin ekki undir hugtakið *bein markaðssetning*. Þá segir að ekki sé um fjáröflun að ræða og enginn fjárhagslegur ávinningur sé að umræddu átaki. Kemur fram að ef um einhvern ávinning sé að ræða þá auglýsi þessi þjónusta getu sendanda sem atvinnulausan forritara.

Áréttar sendandi að Miniads.is selur engar vörur eða þjónustur, heldur sé þjónustan leitarvél sem gefi fólki kost á að leita að smáauglýsingum hjá um 15 smáauglýsingaveitum á Íslandi á einfaldan hátt.

Póst- og fjarskiptastofnun barst á ný tölvupóstur frá [...]⁸ þann 7. janúar sl. þar sem óskað var upplýsinga um stöðu málsins og hvort að um ólögmetar sendingar væri að ræða af hans hálfu.

⁴ Netfang forsvarsmanns www.MiniAds.is afmáð vegna trúnaðar.

⁵ Nafn forsvarsmanns www.MiniAds.is afmáð vegna trúnaðar.

⁶ Netfang forsvarsmanns www.MiniAds.is afmáð vegna trúnaðar.

⁷ Nafn forsvarsmanns www.MiniAds.is afmáð vegna trúnaðar.

⁸ Nafn forsvarsmanns www.MiniAds.is afmáð vegna trúnaðar.

Kemur fram að hann hyggist senda samskonar pósta til um það bil 7.500 manns sem hann hafi útbúið lista yfir. Þar sé uppsetning tölvupóstsins sú sama, þ.e. hann hafi ekki nálgast umrædda einstaklinga áður og er þeim boðið að afþakka frekari tölvupóstsendingar.

Póst- og fjarskiptastofnun svaraði tölvupósti MiniAds.is þann 13. janúar en þar kom fram að málið væri til skoðunar hjá stofnuninni. Því væri ekki mögulegt að kveða á um það hvort að umræddar tölvupóstsendingar teldust bein markaðssetning eða ekki að svo stöddu enda væri málið enn í hefðbundinni málsmeðferð.

2.3 Svarbréf kvartanda, dags. 27. janúar sl.

Póst- og fjarskiptastofnun sendi bréf til kvartanda, dags. 23. janúar sl., þar sem honum var boðið að tjá sig um fyrrgreindan tölvupóst frá [...],⁹ Var sérstaklega tilgreint í bréfinu að bærust ekki athugasemdir frá kvartanda fyrir tilgreindan svarfrest yrði litið svo á að hann hafi fallist á þær skýringar sem fram kom í tölvupósti félagsins frá 19. júní sl., og að kvartandi teldi ekki þörf á að stofnunin aðhefðist frekar í máli hans. Yrði þá málinu lokað í málaskrá stofnunarinnar. Þar sem að viðurkenning á broti lá fyrir var jafnframt óskað eftir, ef kvartandi óskaði frekari aðgerða af hálfu stofnunarinnar, að kvartandi tilgreindi til hvaða aðgerða hann teldi að stofnunin skyldi grípa til.

Stofnuninni barst tölvupóstur frá kvartanda þann 27. janúar sl. þar sem fram kemur að það liggi fyrir í málinu að sendandi sé að stunda tölvupóstsendingar án samþykkis móttakanda og því væri, að mati kvartanda, full ástæða til að halda afgreiðslu málsins áfram.

Í tölvupósti kvartanda kom fram að „[s]é litið á vefinn miniads.is sé boðið upp á auglýsingapláss sem sé andstætt orðum í svari gagnaðila um að það væri enginn fjárhagslegur ávinningur eða fjáröflun. Þetta eigi einnig við þótt ætlunin sé eingöngu að niðurgreiða rekstrarkostnað og ekki skila hagnaði.“ Kvartandi telur að ef litið er til fordæma Póst- og fjarskiptastofnunar þá teljist það liður í beinni markaðssetningu ef aðili auglýsir sína eigin þjónustu og rekstur sé greiddur með gjaldi fyrir auglýsingapláss, sbr. ákvörðun stofnunarinnar nr. 21/2013 í máli vegna Spyr.is.

Þá kemur fram í tölvupósti kvartanda að eðlilegt sé að söfnun sendanda á tölvupóstföngum sé vísað til Persónuverndar til frekari skoðunar.

2.4 Svarbréf Miniads.is, dags. 5. febrúar sl.

Póst- og fjarskiptastofnun óskaði athugasemda frá Miniads.is við tölvupósti kvartanda, sbr. bréf stofnunar, dags. 5. febrúar sl. Barst stofnuninni svar þann sama dag frá [...],¹⁰ en í tölvupósti hans er ekki að finna nein efnisleg svör er lúta að umkvörtunarefni kvartanda heldur er einungis spurt hvort „*eitthvað [sé] að fréttu?*“ í málinu.

Verður af slíku svari að lesa að sendandi tölvupóstsendingarinnar hafi ekki að færa fram frekari efnislegar röksemdir við kvörtun og svarbréf kvartanda frá 27. janúar sl., umfram þær athugasemdir sem settar voru fram í tölvupósti dags. 19. desember, þar sem því er hafnað að tölvupóstsendingin sem ágreiningur þessi lýtur að, teljist bein markaðssetning.

⁹ Nafn og netfang forsvarsmanns www.MiniAds.is afmáð vegna trúnaðar.

¹⁰ Nafn og netfang forsvarsmanns www.MiniAds.is afmáð vegna trúnaðar.

2.5 Boðun ákvörðunar

Póst- og fjarskiptastofnun sendi MiniAds.is bréf, dags. 5. nóvember s.l., þar sem stofnunin gerði grein fyrir ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Þá tiltók PFS að í málum er varði óumbeðin fjarskipti, reyni ávallt á skilgreiningu hugtaksins *bein markaðssetning* sem marki gildissvið ákvæðisins. Benti stofnunin á að PFS hafi í ákvörðunum sínum talið að hugtakið *bein markaðssetning* feli í sér að aðili snúi sér beint að tilteknum aðila, t.d. á grundvelli tölvupóstfangs, og kynni eða bjóði til sölu ákveðna vöru eða þjónustu. Þá sé skilgreining óháð því hver tilgangur markaðssetningar kunnir að vera en nægjanlegt sé að mati PFS að leggja mat á hvort að fjarskiptasending hafi verið sett fram í markaðslegum tilangi. Vísaði PFS til þess að hugtakið hafi ávallt verið túlkað mjög rúmt og að einungis í þeim tilvikum þar sem tölvupóstsending hafi hvorki að geyma kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu, né að ráða megi af efni þeirra að ætlast sé til einhvers af viðtakanda, kunnir slík tölvupóstsending ekki teljast *bein markaðssetning* í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Tiltók Póst- og fjarskiptastofnun að umþrætt tölvupóstsending MiniAds.is á tölvupóstfang kvartanda, þann 13. desember 2013, félli að mati stofnunarinnar undir hugtakið *bein markaðssetning* í skilningi ákvæðisins og því hefði átt að afla samþykkis kvartanda fyrir móttöku tölvupóstsendingarinnar áður en sendingin hafi verið framkvæmd.

Þá kom fram af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar að þar sem ekki væri uppi ágreiningur í málinu um að samþykki kvartanda hafi skort fyrir tölvupóstsendingunni þá hygðist stofnunin taka ákvörðun þess efnis að ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 hefðu verið brotin. Upplýsti Póst- og fjarskiptastofnun jafnframt um að ákvörðunin yrði send aðilum máls auk þess sem hún yrði birt í ákvörðunarlista á heimasíðu stofnunarinnar. Var MiniAds.is að lokum gefinn kostur á því að koma með athugasemdir og tjá sig um fyrirhugaða ákvörðunartöku stofnunarinnar sem og sjónarmið í málinu. Var svarfrestur veittur til 20. nóvember s.l.

2.6 Svarbréf MiniAds.is, dags. 18. nóvember s.l.

Í svarbréfi MiniAds.is við bréfi stofnunarinnar var áréttuð sú skoðun að umþrætt tölvupóstsending félli ekki undir hugtakið *bein markaðssetning* í ljósi þess að engin vara hefði verið boðin, kynnt eða til sölu gegn gjaldi. Var því næst vísað í skilgreiningu stofnunarinnar á hugtakinu *bein markaðssetning* sem fram kom í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 5. nóvember s.l., þar sem var að finna eftirfarandi feitletranir af hálfu MiniAds.is:

Í málum er varða óumbeðin fjarskipti reynir ávallt á skilgreiningu á hugtakinu bein markaðssetning sem markar gildissvið ákvæðisins. Stofnunin hefur í ákvörðunum sínum talið að hugtakið bein markaðssetning feli í sér að aðili snýr sér beint að tilteknum aðila, t.d. á grundvelli tölvupóstfangs, og kynnir eða bíður til sölu ákveðna vöru eða þjónustu. Er skilgreining óháð því hver tilgangur markaðssetningarinnar er. Er nægjanlegt, að mati stofnunarinnar, að leggja mat á hvort að fjarskiptasendingum hafi verið sett fram í markaðslegum tilangi.

Þá ítrekaði MiniAds.is að í tölvupóstsendingu hefði verið boðið upp á þann valkost að afþakka frekari pósta þótt hugsunin hefði ekki verið sú að hafa frekara samband af hálfu MiniAds.is. Kvartandi hafi hinsvegar kosið að nýta sér ekki þann valkost heldur að hafa beint samband við stofnunina. Benti MiniAds.is á að þetta hefði verið gert sem formsatriði þrátt fyrir að ekki væri um beina markaðssetningu að ræða. Taldi MiniAds.is *”asnalegt”* að þurfa að taka það fram að 46. gr. fjarskiptalaga ætti við um skyldur fjarskiptafyrirtækja sem reka fjarskiptanet með

fjarskiptafjónustu gagnvart eigin viðskiptavinum, áskrifendum og notendum. Var ennfremur á það bent að í samhengi þessara laga væri fyrirvarsmáður MiniAds.is bæði áskrifandi og notandi en ekki fjarskiptafyrirtæki með fjarskiptafjónustu. Því þyrfti ekki leyfi annarra notenda til að senda þeim tölvupóst og þetta "leiðindarákvæði", eins og komist var að orði, ætti ekki við um MiniAds.is.

Þá taldi MiniAds.is ekkert að finna í lögunum sem bendi á skyldur notenda gagnvart öðrum notendum og það samþykki áskrifenda sem kveðið sé á um vegna beinnar markaðssetningar eigi við þegar áskrifandi kaupir fjarskiptafjónustu frá fjarskiptafyrirtækinu (þegar skráning eigi sér stað) líkt og fram komi með skýrum hætti í 46. gr. laganna sbr. eftirfarandi:

*"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"]*

Undirstrikaði MiniAds.is að kvartandi væri hvorki áskrifandi né viðskiptavinur MiniAds.is og þótt að fjarskiptafyrirtæki með fjarskiptafjónustu séu ekki sérstaklega nefnd í þessu ákvæði þá séu þau nefnd í nær öllum fyrri ákvæðum í sama kafla og þetta ákvæði og því eigi að setja umrætt ákvæði 46. gr. í samhengi við fyrri ákvæði. Þannig eigi ákvæðið við um fjarskiptafyrirtæki sem reki fjarskiptanet með fjarskiptafjónustu gagnvart áskrifendum sínum.

Þá bendir MiniAds.is á markmið og gildissvið fjarskiptalaga sbr. 1. gr. þeirra en þar komi fram að lögin gildi ekki um efni sem sent er á fjarskiptanetum og lögin lúti þannig að stjórn fjarskiptamála og gildi fyrir fjarskiptafyrirtæki gagnvart áskrifendum og notendum. Að auki lúti starfsemi Póst- og fjarskiptastofnunar að fjarskiptafyrirtækjum, póstrekendum og rekstrarleyfishöfum, en ekki einstaklingum með vefsíður og tölvupóst. Stofnuninni beri að koma í veg fyrir ólögmdæta viðskiptahætti í póst- og fjarskiptafjónustu og rekstri fjarskiptaneta og taka til meðferðar mál sem koma upp vegna starfsemi fjarskiptafyrirtækja, póstrekenda og rekstrarleyfishafa.

Að mati MiniAds.is er það „asnalegt“ að þurfa að taka það fram að stofnunin sé að fara út fyrir verksvið sitt og lagaheimildir. Stofnunin hafi kostað fyrirvarsmann MiniAds.is u.þ.b. tuttugu

klukkustundir sem farið hafi í að lesa lög, bréfaskriftir og standa í þessu „leiðindamáli“ og telur fyrisvarsmáður MiniAds.is sig eiga rétt á bótum vegna þessa.

Þá telur MiniAds.is að sú ætlun Póst- og fjarskiptastofnunar um að taka ákvörðun þess efnis að 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 hafi verið brotin sé lögbrot. Það að birta slíka ákvörðun í ákvörðunarlista á heimasíðu stofnunarinnar sverti mannorð viðkomandi en þar með sé grundvöllur til ákæru samkvæmt almennum hegningarlögum. Telur viðkomandi að ekki séu til heimildir í lögum til þess að sverta mannorð aðila, ekki frekar en að það séu til heimildir í lögum til að leggja á stjórnvaldssektir fyrir brot gegn ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga þar sem vefsíðan eigi ekki við um notendur fjarskiptaþjónustu.

Er á það bent að ítrekað hafi verið leitað svara við því hvort það væri mat PFS að umþrætt athæfi væri ólöglegt með tölvupóstum og því hafi verið sendur tölvupóstur þar sem m.a. hefði komið fram af hálfu MiniAds: „*hvort eitthvað væri að fréttu*“ og „*Hellúúú?*“. Bendir MiniAds.is á að ekkert mat hafi komið fram og að slíkur upplýsingabrestur veki upp spurningar um skyldur embættisins til að upplýsa almenning um þeirra skyldur gagnvart lögum.

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. tölul. 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 almennu 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 frjálsta 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 geti 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 eins og fyrr segir um óumbeðin fjarskipti og eru 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 sé óheimil til þeirra sem ekki óska 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, símbréfataekjum, 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 upplýsingur 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 þeirra áskrifenda nema þeirra sem hafa veitt samþykki 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. tölvupóstis fyrir beina markaðssetningu einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram, sbr. 1. mgr. eða hefur 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 framagreindri tilskipun nr. 2002/58/EB þá hefur hugtakið verið skilgreint með rúmum hætti. Kemur fram í í áliti nr. 5/2004 fyrrgreinds 29. gr. starfshóps að samkvæmt 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB nái hugtakið yfir hvers kyns markaðsátaks, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórnmalaflokka.¹¹ 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 reglum 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.¹²

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, að 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 innihalds skilaboðana, nema í undantekningartilvikum. Heldur er

¹¹ Opinion 5/2004 on unsolicited communication for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls 7.

¹² 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.*)

nægjanlegt að leggja mat á hvort að fjarskiptasendingum 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.“¹³

3.4 Undanþáguákvæði 1. og 2. mgr. 46. gr.

Líkt og áður segir er í 3. mgr. ákvæðisins lagt bann við fjarskipti í formi beinnar markaðssetningar nema móttakandi hafi óskað 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 skiptavini, sem þegar eru fyrir hendi, er sanngjarnt 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

¹³ Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 5/2010.

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 viðskiptavinum upp á að skrá sig af hlutaðeigandi lista yfir að fá tölvupóstsendingar.¹⁴

Vísað er til orðsins *samþykkis* í athugasemdum frumvarpsins sem og má sjá augljósa tengingu við tilvitnuð inngangsorð tilskipunarinnar og álit starfshópsins á hugtakinu. En þótt í máli þessu reyni ekki með beinum hætti á hvernig samþykki samkvæmt 1. mgr. 46. gr. er skilgreint tengist það aftur á móti túlkun 2. mgr. ákvæðisins, sbr. áðurnefnt álit starfshópsins. Verður því gerð grein fyrir hvað felst í *samþykki* samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins.

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 réttlætanlegt 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, 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 áðurnefndu 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.¹⁵ 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.^{16,17} Er þetta jafnframt áréttað í álit hópsins nr. 15/2011, þar sem m.a. kemur fram að svo að samþykki teljist uppfylla kröfur tilskipunar

¹⁴ Sjá neðanmálgrein 1. Bls. 9.

¹⁵ Sjá neðanmálgrein 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.*)

¹⁶ 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.*)

¹⁷ Sjá einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 11/2013, um kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Wow Air ehf.

95/46/EB, verði samþykkið að fela í sér ákveðna athöfn af hálfu hlutaðeigandi svo það teljist vera ótvírætt.¹⁸

3.5 Nafn og heimilisfang sendanda, sbr. 4. mgr. 46. gr.

Líkt og að framan greinir kemur fram með skýrum hætti að óheimilt sé að senda tölvupóst sem þátt í beinni markaðssetningu þar sem nafn og heimilisfang þess sem stendur að markaðssetningu kemur ekki skýrt fram, sbr. 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Ekki er að finna frekari skýringar á ákvæðinu í athugasemdum við frumvarp er lögleiddi ákvæðið en samkvæmt orðanna hljóðan verður að telja ákvæðið mjög afdráttarlaust.

Þegar litið er til 13. gr. tilskipunar 2002/58/EB segir m.a. í 4. mgr. hennar að í öllum tilvikum skuli vera bannað að senda tölvupóst vegna beinnar markaðssetningar, þar sem því er leynt eða það falið hver sá er sem annast fjarskiptasendinguna. Í 44. lið inngangsorða tilskipunarinnar segir einnig að nytsamlegt geti verið á ákveðnum tilvikum, til viðbótar þeim skyldum sem tilskipunin kveður á um, að takmarka kostnað móttakanda tölvupóstsendingar með því að gera áskrifendum kleift að sjá sendanda og efnislínu tölvupósts án þess að þurfa að flytja niður afganginn af innihaldi tölvupóstsins eða hvers konar viðhengi. Er hér um að ræða viðbótarskyldu sem aðildarríki geta kveðið á um ásamt þeim skyldum sem finna má í efnisákvæðum tilskipunarinnar en getur ekki komið í stað þeirra krafna sem efnisákvæði kveða á um. Þá má sjá að í álit 29. gr. starfshópsins, nr. 4/2010, þar sem hópurinn veitti álit sitt á siðareglum FEDMA að fagnað er beinni kröfu, sem finna má í siðareglum samtakanna, um að nauðsynlegar upplýsingar sem varpar skýru ljósi á hver sé sendandi tölvupóstsendingarinnar og standi þar með að baki markaðssetningunni skuli koma fram í upphafi tölvupóstsendingarinnar.¹⁰

Þótt ekki sé að finna beina kröfu í ákvæðum tilskipunarinnar um hvaða upplýsingar um sendanda og með hvaða hætti þær skulu birtast í tölvupóstsendingum fyrir beina markaðssetningu er ljóst að ákveðnar upplýsingar verða að koma þar fram enda bannað að leyna hver sendandi er. Þá setur tilskipunin fram þann viðbótarmöguleika að aðildarríki leggi þá skyldu á sendendur að nafn þeirra og efnisinnihald tölvupóstsins sjáist án þess að tölvupóstsendingin sjálf sé opnuð.

Löggjafinn hér á landi hefur með skýrum hætti tekið afstöðu til þess, sbr. ákvæði 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, að ekki er heimilt að senda út slíkan tölvupóst nema að nafn sendanda og heimilisfang hans komi greinilega fram í tölvupóstsendingunni. Er hér að finna afdráttarlausari skyldu en í tilvitnuðu ákvæði tilskipunarinnar. Aftur á móti er ekki að finna í innlendri löggjöf neina beina kvöð um að nafn hans og efnislína sjáist áður en tölvupóstskeytið sjálft er opnað líkt.

IV.

Forsendur og niðurstaða

Ágreiningur máls þessa lýtur að óumbeðnum fjarskiptum MiniAds.is í formi tölvupóstsendingar en í málinu er að finna ýmiss sjónarmið. Þannig má sjá í athugasemdum MiniAds.is sjónarmið þess efnis að 46. gr. fjarskiptalaga geti ekki átt við þar sem MiniAds.is sé ekki fjarskiptafyrirtæki í skilningi laganna og að stofnunin sé að fara út fyrir verksvið sitt og lagaheimildir. Að mati PFS er ljóst að þrátt fyrir að ákvæði 10. gr. laganna vísi til þess að stofnunin leysi aðeins úr ágreiningu neytenda við fjarskiptafyrirtæki eða póstrekendur að þá hefur stofnunin tekið til meðferðar

¹⁸ Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25.

kvartanir um brot á 46. gr. fjarskiptalaga, óháð því hver á í hlut. Helgast sú framkvæmd af almennu 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. PFS hefur því fullar valdheimildir til þess að aðhafast í málum er varða óumbeðin fjarskipti, þótt sá aðili er notast við hin óumbeðnu fjarskipti teljist ekki fjarskiptafyrirtæki eða póstrekkandi samkvæmt skilningi laganna.

Þá telur MiniAds.is að þar sem um tölvupóstssendingu sé að ræða þá gildi lögin ekki enda takmarkist gildissvið fjarskiptalaga við efni sem sent sé á fjarskiptanetum. Póst- og fjarskiptastofnun vill í þessu sambandi benda á að því er varðar gildissvið laganna og valdmörk stofnunarinnar þá gildi þau m.a. um fjarskiptaþjónustu og fjarskiptanet, sbr. 1. mgr. 1. gr. Þá er tekið fram í 5. mgr. sömu greinar að lögin gildi ekki um efni sem sent er á fjarskiptanetum. Er framangreind afmörkun á gildissviði laganna í samræmi við Evrópulöggjöf á þessu sviði en í tilskipun Evrópubingsins og ráðsins, nr. 2002/21/EB, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og –þjónustu (rammatilskipun) er áréttað að nauðsynlegt sé að aðskilja eftirlit með sendingum frá eftirliti með efni.

Tölvupóstþjónusta telst til fjarskiptaþjónustu í skilningi fjarskiptalaga, sbr. 15. tölul. 3. gr., en hugtakið tölvupóstur er þó ekki skilgreint sérstaklega í lögnum. Aftur á móti má finna skilgreiningu á hugtakinu í h-lið 2. mgr. 2. gr. Evróputilskipunar nr. 2002/58/EB en þar segir að tölvupóstur sé „... *texta-, radd-, hljóð- eða myndskilaboð sem send eru á almennu fjarskiptaneti, sem er öllum aðgengilegt, sem hægt er að geyma á netinu eða í endabúnaði viðtakanda þar til þau eru sótt af viðtakanda.*“

Með hliðsjón af framangreindu fellur því tölvupóstþjónusta og sendingin sem slík undir gildissvið laganna. Að því er varðar efni sendingarinnar sjálfrar þá hefur stofnunin ekki eftirlit með innihaldinu sem slíku, og er þ.a.l. óheimilt að setja hvers konar takmarkanir s.s. hvað varðar ritskoðun, aðgengi að upplýsingum eða leggja mat á því hvort efni teljist ólöglegt. Er slíkt í höndum dómstóla. Ljóst er þó þegar 46. gr. fjarskiptalaga er skoðuð, n.t.t. 1. mgr. ákvæðisins, að í ágreiningsmálum er varða óumbeðin fjarskipti er nauðsynlegt að leggja mat á það hvort að um beina markaðssetningu sé að ræða eður ei til, þess að fá úr því skorið hvort brotið hafi verið gegn viðkomandi ákvæði. Með mati stofnunarinnar á því hvort að um kynningu eða sölu á vöru eða þjónustu hafi verið að ræða í skilningi 46. gr. laganna er þó ekki verið að leggja mat á efni póstsins í eiginlegum skilningi, þ.e. t.a.m. hvort viðkomandi kynning, vara eða þjónusta sé löglegt eður ei. Má því segja að mat þetta einskorðist við form tölvupóstssendingarinnar en ekki efni eða innihald tölvupóstsins. Með hliðsjón af framangreindu hafnar stofnunin því sjónarmiði MiniAds.is um að fjarskiptalögin nái ekki yfir tölvupóstssendingar.

4.1 Bein markaðssetning og samþykki móttakanda

Það fyrsta sem leggja verður mat á í máli þessu er hvort umræddur tölvupóstur feli í sér beina markaðssetningu og falli því undir ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga. Hefur sendandi alfarið hafnað því sjónarmiði á grundvelli þess að ekki sé verið að selja vörur eða persónulega þjónustu, heldur sé verið að vekja athygli á almennri þjónustu, ókeypis fyrir alla. Ekki sé um fjáröflun að ræða og enginn fjárhagslegur ávinningur liggja að baki umrædds átaks MiniAds.is.

Hér að framan hefur þegar verið fjallað um hugtakið bein markaðssetning en líkt og þar kemur fram þá er hugtakið talið ná yfir hvers kyns markaðsátaks, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórn málaflokka. Þannig hefur verið talið að bein markaðssetning feli í sér hvers kyns samskipti er varða hvers kyns auglýsingar eða markaðsefni, sem sent er af markaðsaðila, eða fyrir hans hönd, og sem sérstaklega er beint að einstaklingum. Þá hefur verið gerð grein fyrir þeirri niðurstöðu PFS, í fyrri ákvörðun stofnunarinnar, að hugtakið *bein markaðssetning* feli það 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 að samkvæmt venjulegum málskilningi sé átt við sölu eða kynningu á vörum eða þjónustu óháð því hver tilgangur markaðssetningarinnar er. Hefur einnig verið gerð grein fyrir því sjónarmiði PFS, í ljósi svo rúmrar túlkunar, að taka þurfi jafnframt til skoðunar hvort einhvers sé ætlast til af viðtakanda fjarskiptanna, þ.e. hvort að markmið þeirra sé að fá hann til aðhafast eða skuldbinda sig með einhverjum hætti. Því sé ekki talið að um beina markaðssetningu sé að ræða, í skilningi 1. mgr. 46. gr. laganna ef efni þeirra hefur 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.

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 álitinu 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.“¹⁹

Þegar ofangreint er haft í huga er ljóst að mati PFS að þótt markmiðið með umræddum tölvupósti hafi ekki falið í sér beina sölu á vörum eða þjónustu samkvæmt orðanna hljóðan, líkt og MiniAds.is bendir á í skýringum sínum, þá getur það eitt og sér ekki útilokað það að um beina markaðssetningu hafi verið að ræða, líkt og þegar hefur verið gert grein fyrir hér að framan.

Þegar skýringar MiniAds.is eru hafðar í huga sem og þegar vefsíða þess er skoðuð má sjá að megingiltangur fyrirtækisins felst í því að safna saman smáauglýsingum frá öðrum auglýsingaveitum á netinu með sérstöku forriti með það að markmiði að gera neytendum kleift að leita að smáauglýsingum hjá mörgum íslenskum auglýsingaveitum. Auk þessa selur Miniads.is auglýsingapláss sem birt er inn á milli leitarniðurstaðna. Grundvöllur fyrir starfsemi og virkni MiniAds.is sem starfandi fyrirtækis er þannig háð því að fólki sé í fyrsta lagi kunnugt um viðkomandi leitarvél og notist að sama skapi við hana. Þá verður ekki horft framhá umræddum tölvupósti en ljóst má vera að megingiltangur hans er að kynna viðkomandi vefsíðu, þ.e. www.miniads.is og þá þjónustu, sem vefsíðan býður upp á en eftirfarandi kom m.a. fram í tölvupóstinum:

„Hæ, Við vildum bara vekja athygli á nýju vefsíðunni okkar. Miniads.is er íslensk leitarvél sem gerir fólki kleift að leita að smáauglýsingum hjá mörgum íslenskum auglýsingaveitum á“

¹⁹ Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 5/2010.

einum stað, þar sem hægt er að finna allt á milli himins og jarðar til sölu. Í dag eru auglýsingaveiturnar 15, sem samanlagt geima yfir 300.000 smáauglýsingar“

Að mati PFS felur ofangreint augljóslega í sér kynningu á starfsemi fyrirtækisins sem og þeirri þjónustu sem þar er boðið upp á, með það að markmiði að fá þann er boðinu er beint að, til þess að fara á vefsíðuna og notast við leitarvélina. Hefur þetta jafnframt komið fram af hálfu fyrirtækisins í svörum þeirra til stofnunarinnar. Að mati PFS felur framangreint ótvírætt í sér kynningu á þjónustu fyrirtækisins með það að markmiði að fá viðtakanda til þess að bregðast við með tilteknum hætti, þ.e að leita að smáauglýsingum í gegnum vefsíðu þess. Þá má ætla að því meiri notkun á síðunni, geti gefið af sér tekjur fyrir fyrirtækið, t.d. í formi aukinna auglýsingaplássu fyrirtækja á vefsíðunni, þó svo að fjárhagslegur ávinningur sé í sjálfu sér ekki hugtaksskilyrði beinnar markaðssetningar.

Með hliðsjón af ofangreindu er það því niðurstaða PFS, að tölvupóstur MiniAds.is þann 13. desember 2013 hafi falið í sér beina markaðssetningu og falli því undir ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Hefur PFS áður komist að sömu niðurstöðu í ákvörðun stofnunarinnar nr. 21/2013.

Þá þarf að skoða hvort að móttakandi hafi gefið samþykki sitt fyrir því að nota mætti tölvupóstfang hans fyrir beina markaðssetningu í samræmi við 1. mgr. 46. gr. laganna eða hvort að undanþáguákvæði 2. mgr. eigi við.

Þegar hefur komið fram af hálfu MiniAds.is að þegar tölvupósturinn hafi verið sendur hafi verið að finna valmöguleika til þess að afboða frekari tölvupóstsendingar. Sá valmöguleiki hafi verið ákveðið formsatriði þrátt fyrir að ekki væri um beina markaðssetningu að mati MiniAds.is., sem kvartandi hafi hins vegar ekki nýtt sér.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar getur það seint talist gild aðferð við öflun samþykkis að bjóða upp á valmöguleika til þess að afþakka frekari tölvupóstsendingar, 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 fjarskipa- og póstmála jafnframt staðfest að líta verði til álíta hópsins við túlkun ákvæðisins. Þannig getur athafnaleysi kvartanda, um að afþakka ekki tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu frá MiniAds.is., ekki talist fela í sér ótvíræða yfirlýsingu af hálfu kvartanda fyrir að heimila slíka notkun á tölvupóstfangi sínu. Þá ber að benda á orðalag ákvæðis 1. mgr. 46. gr. laganna en þar er sérstaklega vikið að því að samþykki sé veitt fyrirfram.

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 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 MiniAds.is., eða veitt samþykki sitt fyrir að vera skráður á lista hjá MiniAds.is. Sérstök afskráning fyrir frekari tölvupóstsendingum líkt og finna mátti í tölvupóstsendingu MiniAds.is, getur þannig hvorki talist samþykki fyrir að vera skráður á slíkan lista né talist vera andmælaréttur fyrir kvartanda við skráningu um að tölvupóstfang hans sé notað fyrir beina markaðssetningu. Að mati PFS eru því skilyrði undanþáguákvæðisins ekki

uppfyllt og var MiniAds.is ekki heimilt á grundvelli þess að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á kvartanda.

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að MiniAds.is hafi brotið gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar MiniAds.is sendi tölvupóst í markaðslegum tilgangi á tölvupóstfang [...], þann 13. desember s.l., án þess að hafa aflað fyrirfram samþykkis.

4.2 Ákvæði 4. mgr. 46. gr.

Líkt og fjallað var um í kafla 3.5 hér að framan er ljóst að löggjafinn hér á landi hefur lagt skýra skyldu á þá aðila sem senda tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu. Er skýrt kveðið á um í 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga að óheimilt sé að senda slíkar tölvupóstsendingar nema nafn sendanda og heimilisfang komi fram með skýrum hætti. Ekki er að finna í löggjöfinni auknar skyldur á sendendur um að nafn og efnislína skuli sjást áður en tölvupóstsending er opnuð. Öll umfjöllun um slíkt hefur ekki áhrif í máli þessu enda er ljóst að slíkt leysir sendanda ekki undan því skilyrði sem sett er í 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Það að skylda ábyrgðaraðila tölvupóstsendinga fyrir beina markaðssetningu til láta nafn sitt birtast án þess að tölvupóstsending skuli opnuð eru umframskyldur við efnisskyldur tilskipunarinnar sjálfar sem lögfest er í 4. mgr. ákvæðisins.

Þá hefur komið fram af hálfu kvartanda að hann telji auðkenningu á sendanda í tölvupóstsendingunni ekki uppfylla skilyrði 4. mgr. ákvæðisins þar sem hvorki sé tilkynnt með skýrum hætti hver standi fyrir markaðssetningunni né sé þar að finna heimilisfang aðila. Það eina sem gefi vísbendingu um sendanda sé efnislína tölvupóstsins en þar sé að finna slóð vefsíðunnar www.MiniAds.is og að sendandi sé [...],²⁰ Er það óumdeilt í máli þessu en engar athugasemdir komu fram af hálfu sendanda hvað varðar þetta sjónarmið kvartanda. Kom ennfremur fram af hálfu kvartanda að honum hafi verið ókleift að hlaða niður myndum sem fylgdu tölvupóstsendingunni og að netútgáfan af slóðinni sem var auglýst hafi ekki virkað. Póst- og fjarskiptastofnun er því ókunnugt um hvort frekari upplýsingar hafi verið að finna í þeim hlekkjum sem fylgdu tölvupóstinum, svo sem nafn og heimilisfang þess er stóð að baki sendingarinnar líkt og ákvæðið kveður á um.

Þegar hefur verið fjallað um hugtakið *tölvupóstur* en eins og þar kom fram þá er það ekki skilgreint í fjarskiptalögum. Þótt að finna megi skilgreiningu á því í persónuverndartilskipun Evrópusambandsins og frekari leiðbeiningar á túlkun þess í álit 29. gr. starfshópsins þá kveður það ekki, að mati Póst- og fjarskiptastofnunar, á um það hvort myndir sem eru í raun hlekkur í tölvupósti, sem vísar í viðkomandi mynd sem hýst er á þjóni annars staðar á netinu, teljist hluti hins hefðbundna tölvupósts eða ekki.

Verður því að líta til þeirra markmiða sem ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga og tilskipunar Evrópusambandsins er ætlað að ná, þ.e. að vernda friðhelgi einkalífs notenda fjarskiptaþjónustu, og túlka vafa í beitingu ákvæðanna notendum í hag. Þá ber jafnframt að líta til þess að það telst til almennrar notkunar á tölvupóstforritum að móttakandi tölvupóstsendinga hafi þær stillingar í pósthforriti sínu að myndir, sem vísað er til með þessum hætti í tölvupóstum, verði ekki sjálfkrafa

²⁰ Netfang forsvarsmanns www.MiniAds.is afmáð vegna trúnaðar.

sóttar þegar tölvupósturinn er opnaður. Að mati Póst- og fjarskipstofnunar verða þeir aðilar sem standa að baki tölvupóstsendingum fyrir beina markaðssetningu að taka tillit til slíkra almennra notkunarmöguleika tölvupóstforrita og uppfylla þau skilyrði sem ákvæði 46. gr. setur sjálfstætt í eiginlegu textainnihaldi tölvupóstsins. Með þeim hætti er, að mati Póst- og fjarskiptastofnunar, komið á mótis við skýra kröfu 4. mgr. ákvæðisins sem og tillit tekið til þeirra verndarsjónarmiða sem ákvæðið og tilskipunin byggja á.

Verður því ekki komist að annarri niðurstöðu en að MiniAds.is hafi ekki uppfyllt það skilyrði sem 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga setur um að nafn og heimilisfang félagsins skuli koma skýrt fram í tölvupóstinum.

Ákvörðunartorð

MiniAds.is braut gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar það sendi tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang kvartanda, [...], þann 13. desember 2014, án fyrirfram samþykkis hans.

MiniAds.is braut gegn ákvæði 4. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar það sendi tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang kvartanda, [...], þann 13. desember 2014, án þess að nafn þess og heimilisfang kæmi fram með skýrum hætti í í texta tölvupóstsins.

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 nr. 39/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Sem neytanda ber kvartanda þó ekki að greiða umrætt málskotsgjald.

Reykjavík, 23. desember 2014

Hrafnkell V. Gíslason

Guðmunda Áslaug Geirsdóttir