



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 7/2018

Synjun umsóknar um undanþágu frá banni við óumbeðnum fjarskiptum

I.

Erindið

Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) hefur borist erindi Reykjavíkurborgar, dags. 27. apríl 2018, sem unnið er í samstarfi við Háskóla Íslands, þar sem farið er fram á að stofnunin veiti heimild fyrir sendingu smáskilaboða til tiltekins hóps kjósenda í tengslum við sveitarstjórnarkosningarnar sem fara fram síðar í þessum mánuði (*mál nr. 2018050005*).

Nánar tiltekið er sending smáskilaboðanna hluti af rannsóknarverkefni sem lýst er á eftirfarandi hátt:

„Reykjavíkurborg hefur ákveðið að grípa til aðgerða til að auka kosningaþátttöku tiltekinna hópa sem hafa í undanförunum kosningum átt undir högg að sækja með tilliti til kjörsóknar. Reykjavíkurborg og rannsakendur við Háskóla Íslands munu samhliða áttakinu framkvæma rannsókn til að meta áhrifaþætti sem skipta máli fyrir kjörsókn. Í samstarfinu verður sérstök áhersla lögð á kosningaþátttöku þeirra sem nú hafa kosningarétt í fyrsta sinn, þar sem þátttaka þessa aldurshóps hefur farið lækkandi og kjörsókn í aldurshópnum 18-19 ára var í síðustu kosningum ekki nema 45% og enn lægri í aldurshópnum 20-24 ára, eða 42%.“

II.

Málsmeðferð

Með tölvupósti PFS til Reykjavíkurborgar, dags. 3. maí 2018, var borginni gerð grein fyrir því að stofnunin teldi sig ekki hafa til þess lagaheimild að veita undanþágu frá banni við óumbeðnum fjarskiptum samkvæmt 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.

Stofnunin hygðist því synja umsókn Reykjavíkurborgar, en um leið leiðbeina borginni um að mögulegt væri að sækja um slíka undanþágu til Persónuverndar.

Í ljósi þess að skammt er til sveitarstjórnarkosninga var Reykjavíkurborg veittur tiltölulega skammur frestur til að gera athugasemdir við fyrirhugaða ákvörðun PFS eða til 7. maí 2018.

Ekkert svar barst frá Reykjavíkurborg.

III. Forsendur og niðurstaða

3.1 Almennt um lagaumhverfi

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.

Ákvæði 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 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.¹

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 á sviði fjarskipta og eru ákvæði hennar viðbót og ítarlegri 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, símbréfatækja, 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.“

¹ Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins, nr. 2002/58/EB felldi úr gildi eldri tilskipun, nr. 97/66/EB, þar sem sambærilegt ákvæði var að finna í 12. gr. tilskipunarinnar.

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 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, símbréfataækjum, 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. áður nefndrar 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 til 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.

3.2. Um heimild til að veita undanþágu frá banni við óumbeðnum fjarskiptum

Samkvæmt 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 er óheimilt að senda smáskilaboð, í þágu *beinnar markaðssetningar*, nema að viðtakandi skilaboðanna hafi sannanlega veitt fyrirfram samþykki sitt fyrir því. Umrætt ákvæði er óundanþægt.

Sambærilegt ákvæði er að finna í 2. mgr. 28. gr. laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, þar sem segir að ábyrgðaraðilar, sem starfa í *beinni markaðssókn* og þeir sem nota skrá með nöfnum, heimilisföngum, netföngum, símanúmerum og þess háttar eða miðla þeim til þriðja aðila í tengslum við slíka starfsemi skulu, áður en slík skrá er notuð í slíkum tilgangi, bera hana saman við bannskrá Þjóðskrár Íslands til að koma í veg fyrir að markpóstur verði sendur eða hringt verði til einstaklinga sem hafa andmælt slíku.

Persónuvernd er þó heimilt að veita veita undanþágu frá framangreindu banni vegna vísindarannsókna og hliðstæðra rannsókna, enda þyki ljóst að slíkt geti skert til muna áreiðanleika niðurstöðu rannsóknarinnar, sbr. 7. mgr. 28. gr. nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga

Hugtökin *bein markaðssetning* og *bein markaðssókn* eru ekki skilgreind í lögum en eru talin vera efnislega þau sömu. Hefur þessum hugtökum verið markað rúmt gildissvið, þannig að þau taka til ýmiskonar aðila sem undir venjulegum skilningi væru ekki taldir markaðsaðilar, t.d. stjórnmalaflokka, góðgerðar- og líknarfélög o.s.frv. Enn fremur er lagður víðtækur skilningur hvað varðar efni skilaboða sem teljast til beinnar markaðssetningar. Þannig er það ekki eingöngu kynning á vörum- og þjónustu í viðskiptalegum tilgangi sem fellur þar undir, heldur tekur bein markaðssetning til allra skilaboða þar sem tilgangur þeirra er fá viðtakanda þeirra til

aðhafast eitthvað, t.d. taka þátt í einhverju, styðja eitthvað o.s.frv. Nánari umfjöllun um afmörkun á gildissviði óumbeðinna fjarskipta er að finna í ákvörðun PFS nr. 22/2009.²

Munurinn á ákvæði fjarskiptalaga og persónuverndarlaga felst aðallega í því að fyrrnefndu lögnum gildir ákvæðið óundanþægt og gerð er krafa um fyrirfram samþykki viðtakanda á meðan ákvæði persónuverndarlaga er mögulega undanþægt og gerir ráð fyrir því að einstaklingar frábíðji sig beinni markaðssetningu með skráningu í bannskrá Þjóðskrár.

3.3. Niðurstaða

PFS hefur litið svo á að sending tölvupósta eða smáskilaboða í þágu vísindarannsókna sem Persónuvernd hefur heimilað að veita undanþágu fyrir, á grundvelli 7. mgr. 28. gr. laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, feli ekki í sér brot gegn 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, enda ekkert í lögskýringargögnum sem fylgdu lögfestingu ákvæðisins í fjarskiptalögum sem gefur það til kynna að ætlunin hafi verið að afnema þessa heimild Persónuverndar til að veita undanþágu við banni gegn óumbeðnum fjarskiptum í tilefni af vísindarannsóknum, að nánari skilyrðum uppfylltum.

Þannig telur PFS að í gildi sé sérregla sem varða fjarskipti rannsakenda við þátttakendur í rannsóknarþýðum í tengslum við vísindarannsóknir og hliðstæðar rannsóknir sem Persónuvernd getur heimilað, að uppfylltum tilteknum skilyrðum, sem ganga frammar almennu banni við óumbeðnum fjarskiptum samkvæmt 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.

Samkvæmt framangreindu hefur PFS ekki heimild að lögum til að veita undanþágu á ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga sem fjallar um óumbeðin fjarskipti. Umsókn Reykjavíkurborgar þar að lútandi er því hafnað.

PFS bendir hins vegar á að Persónuvernd hefur til þess heimild að lögum, að tilteknum skilyrðum uppfylltum, að veita undanþágu frá sambærilegu ákvæði í lögum nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Sé slík heimild veitt er það álit PFS að sending smáskilaboðanna eigi sér lögmæta stoð samkvæmt öðrum lögum og brjóti þannig ekki í bága við 46. gr. fjarskiptalaga.

Ákvörðun a o r ð

Umsókn Reykjavíkurborgar, í samstarfi við Háskóla Íslands, um að fá undanþágu frá banni við óumbeðnum fjarskiptum samkvæmt 46. gr. laga um fjarskipti 81/2003 er hafnað.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og skal kæran 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. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Um kostnað vegna

² Sjá ákvörðun á vef PFS: https://www.pfs.is/library/Skrar/Innflutt/PDF/Akv. 22-2009_Oumbedin%20fjarskipti_2.des09.pdf

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. Neytendum ber þó ekki að greiða umrætt málskotsgjald.

Póst- og fjarskiptastofnun, 8. maí 2018

Hrafnkell V. Gíslason

Björn Geirsson