



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 13/2015

um óumbeðin fjarskipti Sjálfstæðisflokksins

I.

Erindið

Þann 3. júlí 2014 barst Póst- og fjarskiptastofnun kvörtun með tölvupósti frá [...]¹. Kvörtunin var skráð í málaskrá 11. júlí 2014 og tekin til efnismeðferðar samdægurs.

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun

Framangreind kvörtun snýr að óumbeðnum fjarskiptum Sjálfstæðisflokksins, í formi smáskilaboða (SMS sendinga) og símtals frá fyrrnefndum flokki í síma kvartanda þann 31. maí 2014. Í kvörtuninni kemur eftirfarandi fram:

„Kvartað er yfir nokkrum óumbeðnum fjarskiptum af hálfu gagnaðila sem áttu sér öll stað 31. maí 2014: Eitt SMS sem barst kl. 12:11 er hljóðaði svo: „Godan daginn og gledilegan kjordag. Kjorstadir eru opnir. Vid minnum thig a a setja X vid D i dag. Hvar attu ad kjosa? Kiktu her: <http://j.mp/xdrvk14> XD!“ Annað SMS barst kl. 20:35 er hljóðaði svo: „Ertu buin/n ad kjosa? Ef ekki tha verður kjorstodum lokad kl. 22:00. Setjum X vid D. XD!“ [Kvartandi] kannast ekki við að hafa veitt gagnaðila samþykki sitt fyrir sendingum af þessu tagi. Telst það brot á 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þar sem undanþágur í 1. og 2. mgr. sömu greinar eiga ekki við um téðar sendingar. Einnig barst símtal þann dag úr síma 515-1736 frá manneskju sem sagðist vera að hringja út fyrir hönd

¹ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

gagnaðila. Hún gat ekki útskýrt hvaða forsendur lágu fyrir því að símanúmer [kvartanda] lenti á úthringilistanum fyrir utan að [kvartandi] ætti heima í Reykjavík. Þá ber að geta þess að heimilisfang [kvartanda] er ekki birt í símaskrá og hefur ekki verið í nokkuð langan tíma, jafnvel áður en hann flutti til Reykjavíkur. Þá ber að nefna að [kvartandi] er bannmerktur í símaskrá og því hafi gagnaðila borið ábyrgð á því að fjarlægja símanúmer hans úr úthringilistanum áður en úthringingar hófust, hafi símanúmer hans lent á lista sem notaður er sem liður í markaðssetningu. Þann 3. júní síðastliðinn sendi [kvartandi] tölvupóst á xd@xd.is (það netfang sem var gefið upp á vef Sjálfstæðisflokksins í Reykjavík á þeim tíma) og spurðist fyrir um söfnun símanúmera á úthringilistanum. [Kvartanda] er ekki enn kunnugt um viðbrögð af hálfu gagnaðila við fyrirspurninni. Af þessum orsökum telur [kvartandi] að gagnaðili hafi brotið 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, og hefur hann jafnvel veitt gagnaðila nokkuð rúman tíma til þess að svara fyrirspurninni.”

Þá segir í kvörtuninni:

„Sendingar stjórnmalaflokka teljast bein markaðssetning og er jafnvel vísað í þau af hálfu PFS í mörgum ákvörðunum þess í dæmaskyni um beina markaðssetningu. Telur [kvartandi] að SMS-in falli án efa undir beina markaðssetningu þar sem er bein hvatning til þess að kjósa flokkinn. Varðandi úthringinguna innihélt samtalið enga beina hvatningu til þess að kjósa flokkinn, heldur eingöngu spurt hvort [kvartandi] væri búinn að kjósa. Þar sem svar [kvartanda] var játandi er eðlilegt að ekki komi til hvatningar til þess að kjósa flokkinn í sama símtali. Því er einhver efi hjá [kvartanda] að um hafi verið að ræða beina markaðssetningu en hann vill ekki útiloka það. Lætur hann PFS eftir um að ákvarða hvort svo sé, hafi það áhrif á meðferð kvörtunarinnar. Hins vegar er nokkuð öruggt, að mati [kvartanda], að það teljist til markaðssetningar þegar einhver kynnir sig sem fulltrúa tiltekins stjórnmalaflokks og spyr síðan viðkomandi hvort hann hafi kosið. Sambærilegt tilvik væri ef framleiðandi brauðrista myndi hringja í fólk og spyrja hvort það ætti brauðrist. Í þannig tilvikum myndi það ekki skipta máli þótt ekki komi til hvatningar til að kaupa brauðrist.“

Eins og sjá má á ofangreindu snýr kvörtunin að tveimur ágreiningsatriðum. Í fyrsta lagi telur kvartandi að SMS sendingar stjórnmalaflokksins sem sendar voru á kvartanda 31. maí 2014 falli undir beina markaðssetningu þar sem um beina hvatningu til kvartanda til þess að kjósa flokkinn var að ræða. Þá kannast kvartandi ekki við að hafa veitt samþykki sitt til að taka á móti slíkum sendingum og telur því að um brot á 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 þar sem að kvartandi telur að undanþágur í 1. og 2. mgr. sömu greinar eigi ekki við um téðar sendingar.

Í öðru lagi telur kvartandi að flokkurinn hafi, með símtali sínu þann 31. maí 2014, hugsanlega brotið 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þar sem að kvartandi er bannmerktur í símaskrá. Var það á ábyrgð flokksins að fjarlægja símanúmer hans úr úthringilista áður en úthringingar hófust, þar sem að flokkurinn styðst ekki við opinbera símaskrá heldur einungis félagskrá flokksins.

Kvartandi óskar eftir að Sjálfstæðisflokkurinn láti af því háttorni sem kvartað er yfir og að Póst- og fjarskiptastofnun taki formlega ákvörðun í málinu.

2.2 Bréf Sjálfstæðisflokksins, dags. 8. ágúst 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 11. júlí 2014 og ítrekunarbréfi, dags. 5 ágúst 2014, bauð stofnunin Sjálfstæðisflokknum að tjá sig um og gera athugasemdir við innkomna kvörtun. Stofnuninni barst svar frá flokknum 8. ágúst 2014. Í bréfinu er vísað til þess að kvartandi væri skráður í Heimdall, félag ungra sjálfstæðismanna, síðan í apríl 2003 og væru upplýsingar um hann, þ.e. heimasími og farsími skráð hjá flokknum. Jafnframt var í bréfi flokksins vísað til þess að þegar einstaklingar gerast félagsmenn gefa þeir oft upp símanúmer ásamt netfangi. Slíkar upplýsingar eru skráðar hjá flokknum og stuðst er við þær þegar haft er samband við félagsmenn. Enn fremur kemur fram að ekki er notast við almenna símaskrá þegar smáskilaboð eru send eða hringt í félagsmenn heldur stuðst við skráningu félagsmanna í flokkinn.

2.3 Athugasemdir kvartanda, dags. 31. ágúst 2014

Póst- og fjarskiptastofnun bauð kvartanda, með bréfi dags. 19. ágúst 2014, að tjá sig um og koma að athugasemdum sínum við svarbréf flokksins. Barst stofnuninni svarbréf kvartanda þann 31. ágúst 2014. Í bréfi sínu nefnir kvartandi m.a. að hann andmæli því ekki að hann gæti verið skráður í eitt aðildarfélag gagnaðila enda hafi hann haft grun um það í nokkurn tíma. Þá segir jafnframt í bréfi kvartanda:

„Varðandi 1. mgr. 46. gr. kannast [kvartandi] hvorki við að hafa gefið gagnaðila né aðildarfélaginu heimild til nýtingu upplýsinganna í beina markaðssetningu. Skilyrt er að meint samþykki sé veitt fyrir fram og kannast [kvartandi] ekki við það. Samþykki hefur hingað til verið túlkað í samræmi við skilgreininguna á því í persónuverndarlögum, sem sagt að um sé sérstaka og ótvíræða yfirlýsing að ræða. [Kvartandi] kannast ekki við að hafa gefið heimild til handa gagnaðila eða aðildarfélagi til þess að nota upplýsingarnar á skráningarblaðinu sem heimild til þess að hafa samband við hann með þeim hætti sem kvartað er yfir.“

Enn fremur segir í svarbréfi kvartanda að:

„[...]gagnaðili [hafi] virt að vettugi bannmerkingu [kvartanda] í símaskrá. Gagnaðili andmælir á þeim forsendum að ekki séu notaðar almennar símaskrár sem grundvöllur úthringingar. Fyrri ákvarðanir PFS þegar kemur að túlkun á því ákvæði bera með sér að ekki skiptir máli hvort

upplýsinganna sé aflað af hálfu gagnaðila sjálfs eða þær fengnar annars staðar frá. Vísar [kvartandi] þá í ákvörðun PFS nr. 19/2013 þar sem ekki skipti máli þótt kvartandi hafi verið viðskiptavinur Símans þegar sending tölvupóstsins fór fram. Einnig ætti að líta á ákvörðun PFS nr. 10/2007 þar sem gagnaðili sjálfur ber ábyrgð á því að fjarlægja símanúmer sem eru bannmerkt í símaskrá en ekki afhendingaraðili.“

2.4 Svar Sjálfstæðisflokksins, dags. 19. september 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 2. september 2014, bauð stofnunin Sjálfstæðisflokknum að tjá sig um og koma að athugasemdum flokksins við svarbréf kvartanda frá 31. ágúst 2014 og var svarfrestur veittur til 17. september 2014. Þann 17. september 2014 barst stofnuninni tölvupóstur þar sem óskað var eftir frekari frest. Stofnunin veitti lengri frest, eða t.o.m. 26. september 2014. Bréf flokksins barst stofnuninni 26. september 2014 á rafrænu formi og póstlagt samdægurs af hálfu flokksins.

2.4.1. Sjálfstæðisflokkurinn telur ekki að um beina markaðssetningu sé að ræða

Í skýringum og athugasemdum flokksins kemur m.a. fram að flokkurinn telji að þjónusta stjórnmalaflokks við eigin félagsmenn geti ekki talist vera bein markaðssetning og er rökstuðningur flokksins eftirfarandi:

„Af þessu tilefni skal bent á að Sjálfstæðisflokkurinn er stjórnmalaflokkur sem er opinn öllu fullveðja fólki sem aðhyllist grunngildi flokksins, skuldbinda sig til að hlíta samþykktum hans og gegna ekki trúnaðarstörfum fyrir annan stjórnmalaflokk, sbr. 4. gr. skipulagsreglna flokksins frá 4. maí 1979, með áorðnum breytingum, en reglurnar má sækja á slóðina http://www.xd.is/media/xd/Skipulagsreglur_feb2013.pdf á heimasíðu flokksins. Flokkurinn veitir félagsmönnum sína margvíslega þjónustu, þar á meðal að minna félagsmenn sína á að kjósa á kjördegi til alþingis- og sveitastjórnarkosninga. Er þessi félagsstarfsemi ein af grundvallarstöðum lýðræðislegs þjóðskipulags en stjórnmalafélög eru sérstaklega tiltekin í 74. gr. stjórnarskrárinnar þar sem tryggður er réttur manna til að stofna félög án þess að sækja til þess leyfi. Af þeim sökum verður að túlka þröngt og beita með varúð heimildum hins opinbera til að hamla stjórnmalafélögum að hafa samband við eigin félagsmenn í beinum tengslum við starfsemi viðkomandi félags. Umrædd þjónusta, að vekja athygli félagsmanna á kosningum og hvetja þá á kjördag til að kjósa, lýtur ekki að því að markaðssetja aðild að flokknum, að sölu á nýjum vörum eða þjónustu, að safna fé fyrir flokkinn eða að auglýsingum til öflunar nýrra félagsmanna. Þessi samskipti eru einvörðungu við eigin félagsmenn Sjálfstæðisflokksins í þeim tilgangi að veita þeim grundvallarþjónustu sem lýtur beint að tilgangi með aðild þeirra að flokknum. Verður því að engan hátt fallist á að um „beina markaðssetningu“ sé að ræða í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga. Hvað varðar tilvitnaðan úrskurð Persónuverndar [nr.

2013/1111] þá byggir hann ekki á 46. gr. fjarskiptalaga heldur á 5. mgr. 28. gr. laga um persónuvernd, svo sem áður var nefnt, en í athugasemdum með því frumvarpsákvæði sem varð að þeirri lagagrein er að finna svofellda skilgreiningu á „beinni markaðssetningu“: „Með beinni markaðssókn er átt við beina sókn að einstaklingnum í því skyni að selja honum vöru eða þjónustu.“ Er ljóst að annars konar samskipti, sem stjórnmalafélag á við eigin félagsmenn, falla ekki undir þessa skilgreiningu.“

Þá vísar flokkurinn til ákvarðana stofnunarinnar, þ.e. ákvarðanir nr. 11/2013² og nr. 4/2014³ en þar kemur eftirfarandi fram:

„Þá segir í álit nr. 5/2004 fyrrgreinds 29. gr. starfshóps, sbr. tilskipun 95/46/EB, sem fjallar um óumbeðin fjarskipti í markaðslegum tilgangi, að samkvæmt 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB nái hugtakið yfir hvers kyns markaðsátak, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórnmalaflokka.“

Þá segir flokkurinn jafnframt:

„Í þessum texta er áréttað að þegar um er að ræða óumbeðin fjarskipti „í markaðslegum tilgangi“ þá nái hugtakið til hvers kyns „markaðsátaks“, jafnvel þótt sendandinn sé hjálparstofnun eða stjórnmalaflokkur. Í textanum segir hins vegar hvergi að „sendingar stjórnmalaflokka“ teljist allar til beinnar markaðssetningar, svo sem byggt er á í tilvitnuðum orðum kvörtunarinnar. Hið sama á við þegar skoðað er það álit svonefnds 29. gr. starfshóps sem vísað er til í textanum, en í því álit (kafla 3.3, bls. 7) er aðallega tekinn upp svofelldur texti úr ákvæði 30 í aðfararorðum tilskipunar nr. 95/46/EB : „Aðildarríkjunum er einnig heimilt að tilgreina hvaða skilyrði þurfi að vera fyrir hendi til að miðla megi persónuupplýsingum til þriðja aðila vegna markaðssetningar, hvort sem hún er í atvinnuskyni eða á vegum góðgerðafélaga eða annarra samtaka eða stofnana, til dæmis stjórnmalalegs eðlis, samanber þó ákvæði sem heimila skráðum aðila að andmæla, sér að kostnaðarlausu og án rökstuðnings, vinnslu persónuupplýsinga sem lúta að honum.“ Því næst segir í álitinu að það sé afstaða starfshópsins að 13. gr. tilskipunar 2002/58/EB, sem 46. gr. fjarskiptalaga er í greinargerð með frv. að fjarskiptalögum sögð vera í samræmi við, nái til hver kyns söluátaks („sales promotion“), „þar á meðal beinnar markaðssetningar góðgerðar- og stjórnmalafélaga (fjársöfnun o.s.frv.)“, eins og þýða má lauslega

² Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 11/2013 kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Wow Air ehf., dags. 26. júní 2013 (bls. 7).

³ Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 4/2014 kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Heimkaupa ehf., dags. 9. apríl 2014 (bls. 7-8).

viðkomandi texta álitsins. Álitid veitir þess vegna heldur ekki þeirri skoðun stoð að „sendingar stjórnmalaflokka“ teljist „bein markaðssetning“. Verður því ekki fallist á túlkun kvartanda á tilvitnuðum orðum í ákvörðunum stofnunarinnar.“

Þá telur flokkurinn að út frá hugtakinu *bein markaðssetning* sem vísað er til í 46. gr. fjarskiptalaga þá leiði það til þess að þau samskipti flokksins við félagsmenn sína, svo sem um ræðir í þessu tiltekna máli, falli utan hugtaksins og þar með utan viðkomandi ákvæði greinarinnar.

Í dæmaskyni vísar flokkurinn í ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 22/2009⁴ en þar kemur fram:

„Hvað varðar hugtakið bein markaðssetning þá er hvorki í fjarskiptalögum né í framangreindri tilskipun að finna skilgreiningu á hugtakinu. Hefur hugtak þetta í raun ekki verið skilgreint í íslenskum lögum. Í athugasemdum við 28. gr. frumvarps þess, sem varð að lögum nr. 77/2000, segir hins vegar að með beinni markaðssókn sé átt við beina sókn að einstaklingnum í því skyni að selja honum vöru eða þjónustu. Að mati PFS felur hugtakið bein markaðssetning í ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga það sama í sér, þ.e. að söluaðili snýr sér beint að tilteknum aðila, einum eða fleiri, ýmist á grundvelli nafns viðkomandi, tölvupóstfangs, símanúmers eða annarra þess háttar upplýsinga. Samkvæmt venjulegum málsskilningi telur PFS þó ljóst að átt sé við sölu eða kynningu á vörum eða þjónustu.

Í víðari skilningi hefur ekki verið talið að kynning eða boð um viðskipti þurfi að fara fram í hagnaðarskyni. Þannig er t.d. álitid að fjársöfnun á vegum góðgerðar- og líknarsamtaka geti fallid undir hugtakið. Er þá horft til þess að markmið ákvæðisins er að veita vernd gegn ónæði af völdum markaðssetningar burtséð frá því hvort hún eigi sér göfugan tilgang eða helgast af hreinum viðskiptahagsmunum, enda þótt málefnalegt kunní að vera veita undanþágur hvað varðar fjáraflanir slíkra félaga. Þá hefur verið álitid að túlka beri hugtakið svo rúmt að það taki einnig til hvers konar markaðsátaks (e. sales promotion). Í áliti áðurnefnds 29. gr. vinnuhóps (nr. 5/2004), er fjáröflun stjórnmalaflokka nefnt sem dæmi um slíkt markaðsátak. Að mati PFS verður við svo rúma túlkun á hugtakinu að taka það til skoðunar hvort einhvers sé ætlað af móttakanda fjarskiptanna, þ.e. hvort markmið þeirra sé að fá hann til þess að skuldbinda sig með einhverjum hætti, kaupa áskrift, inna greiðslu af hendi eða þess háttar. Hafí efni óumbeðinna fjarskipta hvorki að geyma boð um kynningu eða

⁴ Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 22/2009 í kvörtunarmáli um óumbeðin fjarskipti, 2. desember 2009 (bls. 6-7).

sölu á vörum eða þjónustu, né heldur má ráða af efni þeirra að ætlast sé til þess að móttakandinn bregðist við þeim með tilteknum hætti, er það álit PFS að slíkt teljist ekki vera bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.“

Þegar hins vegar er um að ræða óumbeðna tölvupósta eða aðrar óumbeðnar fjarskiptasendingar sem ekki eru í beinum markaðslegum tilgangi, eins og hér hefur verið gerð grein fyrir, brjóta slíkar fjarskiptasendingar að mati PFS ekki gegn 46. gr. fjarskiptalaga.“

2.4.2. Símanúmer sem félagsmenn hafa sjálfir lagt flokknum til eru ekki samkeyrð við bannlista símaskrár

Sjálfstæðisflokkurinn telur að það símtal sem fór fram 31. maí 2014 í síma kvartanda til að minna á kosningu geti ekki fallið undir beina markaðssetningu. Í slíkum málum er listi yfir símanúmer sem félagar hafa sjálfir lagt flokknum til ekki samkeyrðir við bannlista símaskrár í hvert sinn sem flokkurinn hefur samskipti við féлага sína um það sem lítur að starfi flokksins. Þá segir flokkurinn orðrétt í svarbréfi sínu:

„[...]enda lúta ákvæði 5. mgr. 46. fjarskiptalaga, um bannmerkingar í símaskrá, að markaðssetningu en ekki öðrum samskiptum t.d. féлага við félagsmenn. Það skal tekið fram að ef til þess kæmi að Sjálfstæðisflokkurinn myndi leggja í beina markaðssetningu, t.d. til fjölgunar féлага eða almennrar fjársöfnunar, með úthringingum eða smáskilaboðasendingum, yrði að sjálfsögðu farið að þeim ákvæðum laga sem lúta að beinni markaðssetningu, þ.á.m. umræddri 46. gr. fjarskiptalaga.“

2.5 Athugasemdir kvartanda, dags. 13. október 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 29. september 2014, bauð stofnunin kvartanda að tjá sig um og koma að athugasemdum við svarbréf Sjálfstæðisflokksins dagsett 19. september 2014.⁵ Svarfrestur kvartanda var veittur til 13. október 2014.

2.5.1. Afhending gagna – tengsl milli félaganna Sjálfstæðisflokksins og Heimdalls
Kvartandi tiltekur í bréfi sínu, dags. 13. október 2014, að þó að flokkurinn telji ekki að afhending hafi farið fram á gögnum í ljósi tengsla félaganna og fyrirkomulags gangi slíkt ekki framar landslögum og segir enn fremur:

„[f]rá sjónarhóli persónuverndarlaga yrði litið á málið út frá því að hér sé um tvo nátengda lögaðila að ræða, sem átti einnig við í máli nr. 2013/1111 hjá Persónuvernd, og þýðir að sú staðreynd að þeir séu nátengdir útilokar ekki að um afhendingu sé að ræða í skilningi laganna. Að gagnaðili reki flokkskrá Heimdalls þýðir ekki sjálfkrafa að honum sé heimilt að nýta sér

⁵ Umrætt bréf barst þó stofnuninni 26. september 2014.

upplýsingar upp úr henni, þar á meðal í umræddar sendingar, nema á grundvelli lögmæts samþykkis hins skráða.

Umræddar SMS sendingar og hringing var ekki af hálfu Heimdalls, heldur gagnaðila sjálfs. Þegar af þeirri ástæðu þarf að meta málið út frá þeirri forsendu að gagnaðili geti ekki beitt fyrir sér meintum heimildum undirritaðs til Heimdalls nema sú heimild uppfylli lagaskilyrði sem þarf til þess að Heimdallur hafi mátt afhenda upplýsingarnar til gagnaðila og að gagnaðili hafi fengið skýra heimild til þess að geta notað hana í sína eigin þágu.

Í bréfi gagnaðila er getið þess að félagar í Heimdalli séu einnig félagar í Sjálfstæðisflokknum. Sé yfirlýsing gagnaðila rétt væri eðlilegt að hann myndi færa sönnur á að [kvartandi] hafi samþykkt það við skráningu sína í skilningi þágildandi fjarskiptalaga og persónuverndarlaga. Liggi slíkt samþykki ekki fyrir er grundvöllur þess brostinn að gagnaðili geti réttlætt sendingarnar á því að um sé að ræða sendingar á eigin félagsmenn.“

Enn fremur undirstrikar kvartandi afstöðu sína um að smáskilaboðin og símtalið hafi verið bein markaðssetning í skilningi fjarskiptalaga og því til stuðnings vísar kvartandi til eftirfarandi:

„[Í] fyrra SMS-inu er tilgreind vefslóð sem vísar á vef gagnaðila sem án efa myndi teljast kynning á flokknum. Í báðum SMS-unum er fólk hvatt til þess sértaklega að kjósa gagnaðila sem myndi einnig teljast vera kynning á honum og þar að auki vísað á vefslóð í hans umsjón. Hafi tilgangurinn verið sá að hvetja fólk til að kjósa almennt hefði verið hægt að beita vægari aðferð en að beita tilvísunum í sig sjálfan, eins og að vísa á vef opinbers aðila sem á veita væntanlegum kjósendum upplýsingar um staðsetningu kjörstaða.“

2.6 Athugasemdir og skýringar Sjálfstæðisflokksins, dags. 30. október 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 20. október 2014, bauð stofnunin flokknum að tjá sig um og koma að athugasemdum við svarbréf kvartanda frá 13. október 2014. Svarfrestur var veittur til 3. nóvember 2014. Bréf flokksins barst stofnuninni 3. nóvember 2014⁶ á rafrænu formi og var frumrit póstlagt samdægurs af hálfu flokksins.

Í bréfi sínu vísar flokkurinn til þess að kvartandi líki saman tengslum þeirra tveggja einkahlutafélaga sem sá úrskurður Persónuverndar tók á í máli nr. 2013/1111 við tengsl Sjálfstæðisflokksins við einstök aðildarfélög sín og vísar jafnframt til þess að í

⁶ Umrætt bréf var þó dagsett 30. október 2014.

bréfi kvartanda er vísað til þess að flokkurinn „reki flokkskrá Heimdalls“. Í því samhengi vísar flokkurinn til þess að:

„[...] Sjálfstæðisflokkurinn er stjórn mála flokkur sem samanstendur af aðildarfélögum og ganga félagsmenn í flokkinn nær alfarið í gegnum þau [vísað til verklagsreglna um skráningu í flokkinn og bréf flokksins til stofnunarinnar dags. 19. september 2014]. Þá skal bent á að skráning flokksmanna flyst milli aðildarféлага flokksins eftir því sem aðstæður þeirra breytast. Til dæmis flytjast skráningar flokksmanna, sem flytjast úr Vesturbæ í Austurbæ Reykjavíkur, frá Félagi sjálfstæðismanna í Vesturbæ og Miðbæjarhverfi í Félag sjálfstæðismanna í Austurbæ og Norðurmýri. Þá má einnig benda t.d. á að félög ungra sjálfstæðismanna eru fyrir fólk á aldrinum 15-35 og þegar flokksmenn sem skráðir eru í þau félög hafa náð 36 ára aldri flytjast skráningar þeirra úr viðkomandi félögum ungra sjálfstæðismanna, sem Reykjavík er Heimdallur, yfir í almenn félög í borgarhverfi eða heimabyggð þeirra. Það er því á miskilningi byggt að flokkurinn „reki flokkskrá Heimdalls“. Einstök aðildarfélög Sjálfstæðisflokksins halda ekki eigin félagskrár aðskildar frá flokkskrá hans. Flokkskráin er einungis ein og kemur fram á henni m.a. í hver af aðildarfélögum flokksins viðkomandi flokksmaður er skráður hverju sinni. Þá er því alfarið vísað á bug, sem fram kemur í bréfi kvartanda nú, að smáskilaboð og símtöl sem kvörtunin lýtur að hafi ekki verið af hálfu Heimdallar eða að með þeim sendingum hafi Sjálfstæðisflokkurinn verið að nýta upplýsingar frá Heimdalli „í sína eigin þágu“. Umrædd skilaboð voru send öllum flokksmönnum Sjálfstæðisflokksins vegna þess að kjarni félagsstarfs flokksins er að miðla upplýsingum til flokksmanna sinna, m.a. um framkvæmd kosninga og starfsemi á vegum flokksins, svo sem var í þessu tilviki.“

Þá lýsir flokkurinn hvernig einstaklingar verða félagsmenn en lýsingarnar eru eftirfarandi:

„[tilvonandi flokksmaður undirritar] inntökubeiðni en hún hefur verið í sama formi síðastliðna áratugi.^[7] Á þessari slóð má sjá inntökubeiðni eins og hún hefur verið á vefsíðu flokksins undanfarin ár <http://www.xd.is/ganga-i-flokkinn/>. Í inntökubeiðninni kemur fram að viðkomandi óski eftir að gerast félagi í Sjálfstæðisflokknum og merkir hann svo á beiðnina, að vild, við þau félög sem hann óskar eftir að starfa í, þ.e. í almennu félagi, kvenfélagi, í félagi ungra eða í launþegafélagi. Af sömu sökum verður ekki fallist á að Sjálfstæðisflokkurinn sé „þriðji aðili“ í þeim skilningi sem kvartandi lýsir í bréfi sínu dags. 13. október 2014.“

⁷ Sjálfstæðisflokkurinn sendir stofnuninni með bréfi sínu , dags. 30. október 2014, sniðmát af slíkri umsókn.

Enn fremur mótmælir flokkurinn því alfarið að ef einstaklingar gefa upp „símanúmer sitt við inngöngu í stjórn mála flokk beri flokknum að tiltaka í nákvæmri upptalningu sérhvert tilefni sem flokknum kunni að gerast til að nota símanúmerið til að hafa samband við einstaklinginn.“

Því til stuðnings vísar flokkurinn til þess að:

„[...] skrái flokksmaðurinn símanúmer sitt hjá flokknum megi hann réttilega búast við að flokkurinn muni nýta númerið til að veita honum þá þjónustu sem fylgi því að vera flokksmaður, svo sem að gera honum aðvart um hvað sé á seyði í flokkstarfinu hverju sinni og að minna hann á kosningar á kjördag.“

Þá vísar flokkurinn til bréfs kvartanda dags. 13. október 2014 þar sem kvartandi gerir þær kröfur um að flokkurinn skoði skráningarform kvartanda. Flokkurinn svarar á þann veg að „[s]líkt er hins vegar ekki fært, enda gekk hinn skráði í flokkinn fyrir ríflega 11 árum síðan og Sjálfstæðisflokkurinn vistar ekki í skjalageymslum inntökubeiðnir allra þeirra tugþúsunda sem eru félagar í flokknum á hverjum tíma.“

Að mati flokksins virðist kvartandi enn fremur leggja kynningu á flokknum að jöfnu við við þá sölu eða kynningu á vörum eða þjónustu eða kynningu eða boð um viðskipti sem fjallað er um í ákvörðun stofnunarinnar nr. 22/2009.⁸

Þá segir jafnframt í bréfi flokksins að :

„[...]með því að hvetja sína eigin flokksmenn til að kjósa í kosningum og vísa þeim á upplýsingar á heimasíðu sinni verði stjórn mála flokkur ekki talinn vera að kynna vörur, þjónustu eða viðskipt í þeim skilningi sem falli undir hugtakið „bein markaðssetning“ í 46. gr. fjarskiptalaga, enda er það beinlínis tilgangur með stjórn mála flokkum og með aðild fólks að þeim að halda uppi og miðla upplýsingum um það stjórn málastarf sem fram fer á vegum viðkomandi flokks. Sú kynning sem fram kemur í þeim skilaboðum sem kvörtunin fjallar um lýtur ekki að einhverri annarri vöru, þjónustu eða viðskiptum en Sjálfstæðisflokkurinn er þegar að veita flokksmönnum sínum heldur snúast skilaboðin einmitt um það og liggur til grundvallar því að flokksmenn gengu í flokkinn og skráðu símanúmer sín, þ.e. að þeirri stjórn málastefnu sem flokkurinn stendur fyrir. Alvarlega væri vegið að lýðræðislegu stjórn málastarfi hér á landi ef túlka ætti fjarskiptalög á þann veg að samskipti stjórn mála flokka við eigin flokksmenn, um þau símanúmer sem viðkomandi hefði skráð hjá flokknum, mættu ekki innihalda áminningar um að kosningar fari í hönd

⁸ Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 22/2009 í kvörtunarmáli um óumbeðin fjarskipti, dags. 2. desember 2009.

eða hvatningu til að taka þátt í þeim og leggja flokki viðkomandi leið, heldur mætti einungis í þeim samskiptum koma nánar tilteknum upplýsingum á framfæri „eins og að vísa á vef opinbers aðila“, svo sem segir í bréfi kvartanda.“

2.7 Athugasemdir kvartanda, dags. 18. nóvember 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 4. nóvember 2014, bauð stofnunin kvartanda að tjá sig um og koma að athugasemdum við bréf flokksins dags. 30. október 2014. Svarfrestur var veittur til 13. nóvember 2014. Kvartandi óskaði eftir viðbótarfresti með tölvupósti 12. nóvember 2014 sem stofnunin veitti til 19. nóvember 2014. Athugasemdir kvartanda bárust stofnuninni 18. nóvember 2014.

Í bréfi sínu vísar kvartandi til þess að Sjálfstæðisflokkurinn hafi í bréfi dags. 30. október 2014 gengið við því að ófært væri að skoða skráningu kvartanda og telur kvartandi því að flokkurinn hafi ekki viðhlítandi úrræði til að staðfesta réttmæti umræddra sendinga. Því til stuðnings vísar kvartandi í úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 2/2013⁹ en þar segir:

„Í þessum gögnum er, eins og áður segir, ódagsett almennt sýnishorn af bókunarferli hjá Iceland Express. Er það mat úrskurðarnefndar að þessar upplýsingar sýni ekki með fullnægjandi hætti hvernig óskað var eftir afstöðu kæranda til þess hvort hann óskaði eftir að fá send tilboð frá Iceland Express. Wow Air, sem sendi kæranda tölvupóst í markaðslegum tilgangi, lagði ekki fram önnur gögn um þetta atriði. Gera verður þá kröfu til Wow Air, sem stundar beint markaðsstarf með þeim hætti sem hér um ræðir, að félagið varðveiti samþykki áskrifenda sem þeir byggja rétt sinn til tölvupóstsendinga á.“

Þá segir í bréfi kvartanda að þó svo að umfjöllun um samþykki í fyrrnefndum úrskurðum varði samþykki vegna tölvupósta þá telur kvartandi að hið sama eigi við um sendingar á SMS-um líkt og á við um í þessu máli. Enn fremur telur kvartandi að honum hafi ekki verið veittur sá möguleiki að samþykkja eða afþakka slík fjarskipti enda ber skráningarform flokksins ekki þau merki. Þá vísar kvartandi til þess að Póst- og fjarskiptastofnun hefur talið í ákvörðun sínum nr. 23/2014¹⁰ og nr. 19/2013¹¹ að varðveita eigi samþykkið sjálft.

⁹ Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 2/2013, kæra X1 á ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 11/2013 kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Wow Air ehf., bls. 9.

¹⁰ Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 23/2014 vegna óumbeðinna fjarskipta Uppboðshúss, dags. 2. október 2014.

¹¹ Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 19/2013 kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Símans hf., 26. ágúst 2014.

Kvartandi segir jafnframt í bréfi sínu:

„[kvartandi] telur samt, óháð gildi sendinganna sem beinnar markssetningu eður ei, eðlilegt að fjöldasendingar af því tagi sem gagnaðili stundar þurfi að byggja fullnægjandi sönnun fyrir því að [kvartandi] hafi með sanni skráð sig vitandi að um væri að ræða Sjálfstæðisflokkinn en ekki Heimdall. Minni [kvartanda] er ekki svo gott að hann geti með sanni sagt að hann hafi undirritað hið framlagða sýnishorn og því hefur það ekki þýðingu í málinu hvort sýnishornið uppfylli skilyrðin eða ekki. Þó reglur eða verklag gefi til kynna að tiltekin eyðublöð séu notuð þarf ekki að þýða að þau hafi verið notuð í tilviki [kvartanda]“.

Þá segir kvartandi jafnframt að:

„[Í] málinu er ekki ágreiningur um að [kvartandi] hafi skráð sig í aðildarfélag gagnaðila en hins vegar er ágreiningur um það hvort með skráningunni hafi falist heimild til gagnaðila sjálfs til þess að meðhöndla upplýsingarnar með þeim hætti sem [kvartandi] hefur staðhæft. Þar að auki hafa ekki komið fullnægjandi sannanir sem sýna fram á að [kvartandi] hafi skráð sig með þeim hætti að undirritað eins eyðublað og lagt er fram til sýnis. Jafnframt liggur fyrir ágreiningur hvort umræddar sendingar teljist bein markaðssetning í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga. Því telur [kvartandi], á meðan ágreiningur liggur enn fyrir í málinu að einhverju leiti, að PFS þurfi að leysa úr honum.“

2.8 Athugasemdir Sjálfstæðisflokksins, dags. 8. desember 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 1. desember 2014, bauð stofnunin flokknum að tjá sig um og koma að athugasemdum við bréf kvartanda dagsett 19. nóvember 2014. Svarfrestur var veittur til 8. desember 2014. Flokknum var jafnframt tilkynnt að ef stofnuninni myndi ekki berast athugasemdir myndi stofnunin taka málið til efnismeðferðar og skorið yrði úr ágreiningi með ákvörðun í samræmi við 10. gr. laga nr. 69/21003, um Póst- og fjarskiptastofnun.

Í bréfi flokksins, dags. 8. desember 2014, er vísað í bréf kvartanda frá 18. nóvember 2014 þar sem kvartandi vísar til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 2/2013 og segir í bréfi flokksins orðrétt að:

„[Í] hinum tilvitnaða texta úrskurðarins kemur fram að sá úrskurður laut að því „hvernig óskað var eftir afstöðu kæranda til þess hvort hann óskaði eftir fá send tilboð. Af hálfu Sjálfstæðisflokksins er byggt á að slíkum aðstæðum verði ekki jafnað við samskiptum stjórnmalaflokks við flokksmenn sína og reyndar viðurkennir kvartandi neðar á bls. 1 í bréfi sínu að slíkur málflutningur hans byggist á því „að umræddar sendingar

gagnaðila teljist vera bein markaðssetning og er ágreiningur í málinu hvort svo sé.“

Þá vísar flokkurinn jafnframt til fyrri mótraka sinna í bréfum dags. 19. september og 30. október 2014 gegn því að telja samskipti hans við flokksmenn sína til beinnar markaðssetningar, sem jafnframt hafa verið rakin hér að ofan.

Þá vísar flokkurinn til yfirlýsingar kvartanda þ.e. að kvartandi telji að „*óháð gildi sendinganna sem beinnar markaðssetningu eður ei, [sé] eðlilegt að fjöldasendingar af því tagi sem gagnaðili stundar þurfi að byggja á fullnægjandi sönnun fyrir því að undirritaður hafi með sannni skráð sig vitandi að um væri að ræða Sjálfstæðisflokkinn en ekki Heimdall.*“

Sjálfstæðisflokkurinn hafnar ofangreindu og vísar til umfjöllunar í fyrri bréfum sínum til stofnunarinnar um skipulag Sjálfstæðisflokksins og segir eftirfarandi:

„Eins og þar er tiltekið kemur ekki einungis fram á inntöku beiðnum að flokkurinn samanstendur af aðildarfélögum og að félagsmenn gangi einkum í flokkinn í gegnum þau heldur liggur það skipulag flokksins skýrt fyrir í reglum hans sem raktar voru þegar í bréfi til stofnunarinnar dags. 19. september sl. Er ekki hægt að taka undir með kvartanda að eðlilegt sé að sú varðveislukvöð verði lögð á stjórn mála flokka sem kvartandi kallar eftir í bréfi sínu.“

Jafnframt vísar flokkurinn til orða kvartanda þar sem kvartandi lýsir því að hann telji að Sjálfstæðisflokkurinn hafi „*umsjón*“ með félagatali Heimdalls og telur að „*samkvæmt nánari skýringum gagnaðila virðist það eiga við*“.

Því svarar flokkurinn með eftirfarandi hætti í bréfi sínu:

„Er þessum skýringum kvartanda á bréfum flokksins vísað á bug enda hefur þegar verið skýrlega greint frá því að einstök aðildarfélög Sjálfstæðisflokksins halda ekki félagatöl aðskilin frá flokksrá hans. Nægir í því sambandi að vísa til bréfs flokksins til stofnunarinnar dags. 30. október sl. þar sem segir meðal annars: „Það er því á misskilningi byggt að flokkurinn „reki flokksrá Heimdalls“. Einstök aðildarfélög Sjálfstæðisflokksins halda ekki eigin félagsskrár aðskildar frá flokksrá hans. Flokkskráin er einungis ein og kemur fram á henni m.a. í hver af aðildarfélögum flokksins viðkomandi flokksmaður er skráður hverju sinni.“

Þá vísar flokkurinn jafnframt til fyrri bréfa sinna varðandi afstöðu til þess máls sem hér umræðir.

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 vegna brota 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 rafræna fjarskipta.¹²

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, yfirferðar í sértækar reglur fyrir fjarskiptasvið 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, símbréfataekja, tölvupósts og rafræna skilaboða. Þá er einnig að finna reglu er varðar notkun almennrar tal- og farsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu. Í ákvæðinu segir:

¹² 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.

„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.“

Líkt og fram kemur í 46. gr. hér að ofan, fjalla 1.-4. mgr. greinarinnar um óumbeðin fjarskipti fyrir beina markaðssetningu aðila. Í 3. mgr. greinarinnar kemur fram að óumbeðin fjarskipti í formi beinnar markaðssetningar séu 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. greinarinnar kemur fram að bönnuð er notkun á sjálfvirkum upphringikerfum án mannglegrar íhlutunar, símbréfataekjum, tölvupósti og rafrænum skilaboðum, í beinum markaðslegum tilgangi án fyrirfram samþykkis áskrifenda. Þá er í 2. mgr. greinarinnar að finna þá undantekningu að aðila er heimilt að nota tölvupóstfang viðskiptavinar, sem viðkomandi fær upplýsingur um í tengslum 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 tölvupóstfangs 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 fyrirsmæli 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 var falið að ákveða hvor leiðin skyldi farin.

Löggjafinn hér á landi valdi að innleiða svokallaða samþykkisreglu (*e. opt-in*) þ.e. að banna óumbeðin fjarskipti til þeirra áskrifenda nema sem hafa fyrirfram veitt samþykki fyrir slíkum sendingum.

Í 42. lið inngangsorða framangreindrar tilskipunarinnar er sérstaklega tekið fram að hvað varðar aðrar tegundir beinnar markaðssetningar, svo sem símtöl, geti aðildarríki haft við líði kerfi sem veitir áskrifendum möguleika á að tilgreina að þeir vilji ekki fá slík símtöl í símanúmer sín, sbr. bannskrá hér á landi. Aftur á móti, og til að draga ekki úr neytendavernd, geta aðildarríki þar sem jafnframt er krafist fyrirfram samþykkis fyrir þessa tegund markaðssetningar viðhaldið þeirri aðferð.

Hér á landi hefur löggjafinn valið þá leið, sbr. 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, að hafa svokallaða bannmerkingu í símaskrá, þ.e. að áskrifendur þurfa að óska eftir því að fá ekki símtöl sem eru liður í markaðssetningu aðila. Slíkt efnislega samhljóða ákvæði hefur verið í íslenskum lögum frá gildistöku laga, nr. 107/1999, um fjarskipti, sbr. 4. mgr. 34. gr. þeirra.

Í 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga segir:

„Þeir sem nota almenna tal- og farsímabjónustu 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.“

Ekki er í athugasemdum við frumvarp er varð að núgildandi fjarskiptalögum að finna frekari skýringar á framangreindu ákvæði en það byggir á 4. mgr. 34. gr. eldri fjarskiptalaga, nr. 107/1999, en um ákvæðið segir í athugasemdum við frumvarp er varð að þeim lögum að ákvæðinu sé „... *ætlað að vernda símnotendur sem þess óska fyrir seljendum vöru og þjónustu sem hyggjast markaðssetja vörur sínar með símhringingum.*“

Út frá skýru orðalagi ákvæðisins og lögskýringargögnum er ljóst að tilgangur ákvæðisins er að vernda einstaklinga, sem það kjósa, fyrir ágangi aðila sem hyggjast nýta símhringingar sem lið í markaðssetningu á vöru sinni eða þjónustu. Þannig kemur ákvæðið ekki í veg fyrir að haft sé samband við einstaklinga af öðru tilefni og kemur brot á því einungis til álita ef símtal er liður í markaðssetningu aðila. Eins er vert að nefna að ekki er að finna undanþágu frá ákvæðinu sambærilega þeirri undanþágu sem er í 2. mgr. 46. gr. varðandi aðila í viðskiptasambandi.

Þótt ákvæði 5. mgr. sé óundanþægt verður að telja að einstaklingur geti ávallt, með upplýstu samþykki sínu, veitt heimild til að haft sé samband við hann símleiðis fyrir markaðssetningu. Verður það þó að byggja á skýru samþykki viðkomandi til ákveðins

aðila, t.d. viðskiptaaðila hans, sem jafnframt ber þá sönnunarbyrði fyrir öflun slíks samþykkis.

3.3 Gildissvið 46. gr. fjarskiptalaga og bein markaðssetning

Ákvæði 46. gr. nær eingöngu til fjarskipta sem varða markaðssetningu og afmarkast gildisvið ákvæðisins við túlkun á því hugtaki en hvorki er að finna skilgreiningu á hugtakinu bein markaðssetning í íslenskum lögum né í framagreindri tilskipun nr. 2002/58/EB. Hugtakið hefur þó verið skilgreint með rúmum hætti bæði hér á landi og í Evrópu. Fram kemur í áliti, nr. 5/2004, starfshóps um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga sem settur var á fót á grundvelli 29. gr. tilskipunar nr. 95/46/EB að samkvæmt 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB, að hugtakið nái yfir hvers kyns markaðsátaks, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórnmalaflokka.¹³ Fyrirnefnt álit vísar einnig 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.¹⁴

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. 22/2009,¹⁵ 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 lokamásl. 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 einhvers sé ætlast til 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

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

¹⁴ Opinion 3/2003 on the European code of conduct of FEDMA for the use of personal data in direct marketing frá 13. júní 2003. Siðareglurnar, 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.*)

¹⁵ Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 22/2009 í kvörtunarmáli um óumbeðin fjarskipti, dags. 2. desember 2009.

ekki að lagt sé mat á efnislegt innihalds skilaboðana, nema í undantekningartilvikum. Nægjanlegt að leggja mat á hvort að fjarskiptasendingum hafi verið settar 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.“¹⁶

Þá hefur Póst- og fjarskiptastofnun í fjölmörgum nýlegum ákvörðun sínum er varða óumbeðin fjarskipti túlkað hugtakið með þessum sama rúma hætti. Í ákvörðun stofnunarinnar nr. 42/2014 varðandi óumbeðin fjarskipti Miniads var komist að þeirri niðurstöðu að tölvupóstsending sem innihélt kynningu á vefsíðu aðila þar sem ákveðin þjónusta var veitt teldist vera bein markaðssetning í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga. Taldi stofnunin nægjanlegt að ætlast væri til af móttakanda tölvupóstssendingarinnar að hann myndi skoða þá vefsíðu sem bent var á í umræddri tölvupóstssendingu.

Þrátt fyrir svo rúma túlkun á hugtakinu *markaðssetning* þá hefur jafnframt reynt á hvort að svo kölluð upplýsingasímtöl fyrirtækja til viðskiptavina sinna falli undir hugtakið. Í ákvörðun nr. 4/2012 varðandi óumbeðin fjarskipti Símans leit Póst- og fjarskiptastofnun svo á að fyrirtækjum verði að vera heimilt að ná í viðskiptavini sína á viðskiptalegum grunni, ekki markaðslegum, með því að geta hringt í símanúmer viðkomandi. Í málinu var tekist á um hvort símtal frá Símanum hf. vegna lokunar félagsins á breiðbandsþjónustu þess hafi falið í sér markaðssetningu. Komst stofnunin að því að ákvæði 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga mætti ekki koma í veg fyrir að viðskiptavinir yrðu af mikilvægum upplýsingum sem vörðuðu hagsmunum þeirra og það „ ... að upplýsa notendur um aftengingu eða lokun á þjónustuleiðum aðila telst ekki vera liður í markaðssetningu viðkomandi aðila í skilningi 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.“ Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar verður fyrst og fremst að meta hver tilgangur símtalsins hafi verið þegar lagt er mat á hvort það hafi verið liður í markaðssetningu en erfitt getur verið, sér í lagi þegar um símtöl er um að ræða, að leggja mat á innihald þess.

Í nýlegri ákvörðun stofnunarinnar, nr. 12/2015, varðandi óumbeðin fjarskipti Allianz Íslands hf. reyndi jafnframt á tilgang símtala félagsins til viðskiptavina sinna. Í

¹⁶ Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 5/2010, dags. 13. september 2010.

ákvörðuninni tekur stofnunin undir með áfrýjunarnefnd neytendamála sem í úrskurði sínum, nr. 3/2013 í máli nr. 15/2012, taldi ljóst sé að hugtakið bein markaðssókn taki ekki til hvers konar símtala fyrirtækja til viðskiptavina sinna. Aftur á móti sé jafnframt ljóst að slík símtöl geti engu að síður talist til beinnar markaðssóknar sé tilgangur þeirra t.a.m. að kynna nýja eða viðbótar þjónustu o.s.frv. Þannig verður ávallt að meta hvert tilvik fyrir sig og hver tilgangur, og eftir atvikum, innihald símtalsins er.

Í ákvörðuninni komst Póst- og fjarskiptastofnun að þeirri niðurstöðu að símtöl félagsins höfðu ekki verið liður í markaðssetningu félagsins. Tilgangur símtalanna var að upplýsa viðskiptavini um breyttar forsendur samninga þeirra og framtíðarsparnað þeirra vegna breytinga á tekjuskattslögum nr. 90/2003, sbr. lög, nr. 164/2011, um ráðstafanir í ríkisfjármálum. Ein af forsendum þessarar niðurstöðu stofnunarinnar var að ekki var verið að bjóða nýja eða viðbótarþjónustu heldur boð um að hitta ráðgjafa til að upplýsa um framangreinda lagabreytingu og áhrif hennar á gildandi samning milli aðilanna, en að óbreyttum samning leiddi hún til lægri inneignar á lífeyrissparnaði en áætlanir og samningar milli Allianz Íslands hf. og viðskiptavina þess gerðu ráð fyrir. Það varðaði því fjárhagslega hagsmuni viðskiptavinarins að upplýst væri um umrædda lagabreytingu og að gildandi samningur yrði yfirfarinn. Aftur á móti taldi stofnunin að ef að viðkomandi einstaklingur hefði brugðist við umræddri breytingu og gert ráðstafanir vegna hennar að félagið þyrfti að gæta að því hvort þörf væri á slíku símtali.

Bein markaðssetning á jafnframt ekki eingöngu við um markaðssetningu á vörum eða þjónustu heldur felur bein markaðssetning einnig í sér t.a.m. að koma á framfæri og kynna hlutverk, hugmyndir og starfsemi aðila, svo sem þegar stjórnmalaflokkar setja sig í samband við einstaklinga til að kynna sjónarmið sín eða óska eftir stuðningi hvort heldur sé með kosningu eða styrk. Þessu til stuðnings hefur stofnunin horft til fordæma frá nágrannalöndum og ber í þessu samhengi að nefna mál er varðar Skoska þjóðernisflokkinn (*e. The Scottish National Party*) sem studdist við sjálfvirk uppkallskerfi í framboði sínu til ákveðinna kjósenda fyrir almennar kosningar árið 2005 en líkt og segir í reglugerð 2002/58/EB er óheimilt að framkvæma slík símtöl nema liggi ótvírætt samþykki fyrirfram. Skoski þjóðernisflokkurinn taldi að reglur um beina markaðssetningu ættu ekki við um stjórnmalaflokka í tilvikum sem þessum heldur ætti einungis við um starfsemi sem byggði á viðskiptalegum grunni. Mál þetta endaði fyrir úrskurðaraðila í Bretlandi (*e. Information Tribunal*),¹⁷ þar sem staðfest var að reglur um beina markaðssetningu sem tilgreindar eru í tilskipun 2002/58/EB og í tilskipun nr. 95/46/EB falla einnig undir kynningarstarfsemi hvort sem um væri að ræða starfsemi aðila í hagnaðarskyni eða ekki (*e. non-profit-organisation*). Var það mat úrskurðaraðilans að stjórnmalaflokkar þyrftu einnig að fylgja þeim reglum sem tilgreindar eru í tilskipuninum.

¹⁷ *Scottish National Party v Information Commissioner* (EA/2005/0021, 15 May 2006)

3.5 Samþykki

Ekki er í fjarskiptalögum að finna skilgreiningu á hvað telst vera samþykki í skilningi 1. mgr. 46. gr. en í 40. lið inngangsorða áðurgreindar tilskipunar 2002/58/EB 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, sbr. og 17. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB. Í 7. tl. 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.“¹⁸

Í áðurnefndu álit 29. gr. starfshópsins, nr. 5/2004, kemur fram að samþykki sem veitt er sem hluti af almennu samþykki á skilmálum sammings, svo sem áskriftarsammings 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 móttakenda þeirra fyrir heimild til að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu,¹⁹ sbr. einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 19/2013 vegna óumbeðinna fjarskipta Símans hf. 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 samþykki 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.²⁰ sbr. einnig úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta og póstmála í málin nr. 2/2013. Er þetta jafnframt áréttað í álit 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.²¹

Eins og sjá má er ljóst að aðilar þurfa almennt samþykki viðtakanda áður en t.a.m. er sendur markaðssetningartexti í smáskilaboðum, tölvupóstsendingum eða á faxi. Ef ekki liggur fyrir samþykki hefur sá sem sendir rafræn skilaboð gerst brotlegur á þeim

¹⁸ Feitletrun Póst- og fjarskiptastofnunar.

¹⁹ Ibid. 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.*)

²⁰ Ibid. 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.*)

²¹ Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25.

reglum sem heyra undir fyrrnefndar tilskipanir og ákvæði 1-3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.

Þá hefur Póst- og fjarskiptastofnun sett fram þá afstöðu sína að sá sem er ábyrgðaraðili fyrir markaðssetningu beri sönnunarbyrði á því að réttmæts samþykkis hafi verið aflað, sbr. framangreind ákvörðun nr. 19/2013 varðandi óumbeðin fjarskipti Símans hf. Þannig verður útsendingaraðili að geta sýnt fram á heimild sem hann byggir fjarskiptasendinguna á. Geti hann ekki sýnt fram á að samþykkis hafi verið aflað ber hann hallan af því.

IV.

Forsendur og niðurstaða

4.1 Almenn

Líkt og rakið hefur verið snýr kvörtunin að tveimur ágreiningsatriðum. Í fyrsta lagi telur kvartandi að SMS sendingar stjórnmalaflokksins sem sendar voru 31. maí 2014 falli undir hugtakið bein markaðssetning þar sem að kvartandi telur að bein hvatning til að kjósa flokkinn hafi legið að baki sendingunum. Þá kannast kvartandi ekki við að hafa veitt samþykki sitt til að taka á móti sendingunum og telur því um brot á 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 sé að ræða, þar sem að kvartandi telur að 1. og 2. mgr. sömu greinar eigi ekki við um téðar sendingar. Í öðru lagi telur kvartandi að flokkurinn hafi brotið gegn 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þar sem að kvartandi er bannmerktur í símaskrá og telur það á ábyrgð flokksins að fjarlægja símanúmer hans af úthringilista áður en úthringingar hófust, þar sem að flokkurinn styðst ekki við opinbera símaskrá heldur einungis félagskrá flokksins.

Kvörtunarefnin varða því tvenns konar óumbeðin fjarskipti, þ.e. smáskilaboð og símtal, sem heyra undir mismunandi málsgreinar 46. gr. og byggja jafnframt á mismunandi aðferðafræði. En líkt og fram kemur í beinu orðalagi 46. gr. er notkun t.a.m. rafrænna skilaboða fyrir beina markaðssetningu einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram, sbr. 1. mgr. á meðan símtöl sem eru liður í markaðssetningu eru óheimil til áskrifenda sem kjósa að fá ekki slík símtöl í símanúmer sitt, sbr. 5. mgr. Bæði ákvæðin gera þó kröfu um að um sé að ræða fjarskipti í markaðslegum tilgangi og verður því ávallt að leggja mat á hvort að um slíkt sé að ræða áður en ákvarðað verður um hvort fjarskiptin hafi verið heimil eða ekki.

4.2 Bein markaðssetning

Það fyrsta sem leggja verður mat á í máli þessu er hvort umþrætt smáskilaboð og símtal feli í sér beina markaðssetningu og falli þar með undir ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga, þar sem að kvartandi telur að um beinan hvata hafi verið að ræða til að kjósa flokkinn ásamt því að viss kynning hafi verið á flokknum með því að vísa á vefslóð á vegum flokksins.

Líkt og áður segir er hvorki að finna skilgreiningu á hugtakinu *bein markaðssetning* í íslenskum lögum né í framagreindri tilskipun nr. 2002/58/EB. Hugtakið hefur þó verið túlkað með mjög rúmum hætti hvort tveggja af Póst- og fjarskiptastofnun sem og áðurnefndum 29. gr. starfshópi. En hugtakið nær til hvers kyns samskipta, þ.á.m., en ekki einskorðað við, tölvupóst, símbréf, 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.²² Þá hefur stofnunin túlkað hugtakið með þeim hætti að það nái til hvers kyns markaðsátaks og er nægjanlegt að fjarskiptasendingin eða símtalið sé í markaðslegum tilgangi og er óháð því hvort að um viðskiptalegan grundvöll sé að ræða eða ekki. Þannig er jafnframt ljóst að góðgerðarsamtök og stjórn málaflokkar þurfa að framfylgja þeim reglum sem tilgreindar eru í tilskipun 2002/58/EB og í tilskipun nr. 95/46/EB sem og ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga. Verður því litið svo á að afla þurfi samþykkis viðtakanda fyrir sendingum þegar bein markaðssetning liggur að baki sendingunni, sbr. 1. mgr. eða, ef 2. mgr. á við, hafa veitt móttakanda tækifæri á að andmæla slíkri notkun tölvupóstfangs við skráningu þess, sem og í hvert sinn sem skilaboð eru send.

Að mati Sjálfstæðisflokksins voru upplýsingarnar sem sendar voru hluti af margvíslegri þjónustu sem tilheyrir félagsstarfi flokksins, þ.á.m. að minna félagsmenn sína á að kjósa á kjördegi til alþingis- og sveitastjórnarkosninga. Því álitur flokkurinn að túlka beri þröngt og beita með varúð heimildum hins opinbera til að hamla stjórn málafélögum að hafa samband við eigin félagsmenn í beinum tengslum við starfsemi viðkomandi félags og segir jafnframt að slík samskipti eigi sér eingöngu stað við eigin félagsmenn flokksins í þeim tilgangi að veita þeim grundvallarþjónustu sem lýtur beint að tilgangi með aðild þeirra að flokksnum. Það er því mat flokksins að ekki sé um beina markaðssetningu að ræða.

Óumdeilt er í máli þessu að smáskilaboð sem send voru í síma kvartanda þann 31. maí 2014 fólu í sér ákveðna hvatningu til kvartanda um að fara á kjörstað og kjósa Sjálfstæðisflokkinn ásamt því að vísað var til vefsíðu sem veitti upplýsingar um hvar hann ætti að kjósa. Aftur á móti er deilt um hvort í þessu felist bein markaðssetning af hálfu Sjálfstæðisflokksins eða ekki. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar verður hugtakið ekki túlkað með öðrum hætti en að kynning á stjórn málaflokki, sem vissulega felst í sendingunni, ásamt hvatningu til þess að viðtakandi bregðist við með þeim hætti að fara á kjörstað og greiða flokksnum atkvæði sitt, teljist vera bein markaðssetning og tilgangur fjarskiptasendingarinnar teljist vera markaðslegur. Er þessi niðurstaða í samræmi við fjölmargar fyrri ákvarðanir stofnunarinnar um að skilgreina beri hugtakið vítt og að nægjanlegt sé að meta hver tilgangur sendingarinnar er og hvort til einhvers sé ætlast af móttakanda, sbr. fjölmargar

²² Opinion 3/2003 on the European code of conduct of FEDMA for the use of personal data in direct marketing frá 13. júní 2003. Siðareglurnar, 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.*)

ákvarðanir stofnunarinnar. Þá er þetta jafnframt í samræmi við niðurstöðu breska úrskurðaraðilans frá árinu 2006, þar sem sami tilgangur lá að baki fjarskiptasendingunum, þ.e. kynning og hvatning til að kjósa ákveðinn flokk.

Það er því mat Póst- og fjarskiptastofnunar að umrædd smáskilaboð sem Sjálfstæðisflokkurinn sendi 31. maí 2014 feli í sér beina markaðssetningu í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga þar sem að skilaboðin fela í sér kynningu á flokknum og hvatningu til móttakanda um að fara á kjörstað og greiða flokknum atkvæði sitt.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er ljóst að tilgangur símtalsins þann 31. maí 2014 hafi verið sá sami og lá að baki sendingu smáskilaboðanna, þ.e. að minna á kosningar af hálfu flokksins enda sérstaklega spurt í símtalinu hvort að kvartandi hafi verið búinn að fara á kjörstað. Símtalið telst því vera liður í markaðssetningu í skilningi 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.

4.2. Ákvæði 1. og 2. mgr. 46. gr.

Það næsta sem verður að leggja mat á í þessu máli er að skoða hvort að móttakandi hafi gefið samþykki sitt fyrir því að nota persónuupplýsingar sínar fyrir beina markaðssetningu í samræmi við 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga eða hvort undanþáguákvæði 2. mgr. eigi við. En líkt og áður hefur verið fjallað um 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 fyrirfram veitt samþykki fyrir slíkum sendingum.

Í máli þessu kannast kvartandi ekki við að hafa veitt Sjálfstæðisflokknum eða Heimdalli samþykki sitt til nýtingu upplýsinganna í beina markaðssetningu og telur því að um brot á 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 sé að ræða þar sem að kvartandi telur að 1. og 2. mgr. sömu greinar eigi ekki við um téðar sendingar. Þá telur kvartandi að þó að flokkurinn reki flokkskrá Heimdalls þýði það ekki sjálfkrafa að honum sé heimilt að nýta sér upplýsingar upp úr henni, þar á meðal í umræddar sendingar, nema á grundvelli lögmæts samþykkis hins skráða.

Sjálfstæðisflokkurinn svarar kvartanda á þann veg að flokkurinn samanstandi af aðildarfélögum og ganga félagsmenn í flokkinn nær alfarið í gegnum þau og vísar jafnframt til þess að skráning flokksmanna flyst milli aðildarfélaga flokksins eftir því sem aðstæður þeirra breytast t.a.m. þegar flokksmenn hafa náð ákveðnum aldri flytjast skráningar þeirra úr viðkomandi félögum ungra sjálfstæðismanna yfir í almenn félög. Enn fremur vísar flokkurinn til þess að einstök aðildarfélög flokksins halda ekki eigin félagsskrám aðskildum frá flokkskrá hans og jafnframt að flokkskráin sé einungis ein og að þar komi fram m.a. í hvaða aðildarfélag flokksins viðkomandi flokksmaður er skráður hverju sinni.

Í verklagsreglum um skráningu í Sjálfstæðisflokkinn kemur eftirfarandi fram:

„Skráning í félög Sjálfstæðisflokksins fer fram með tvennum hætti. Annars vegar með skriflegri inntökubeiðni sem berst skrifstofu Sjálfstæðisflokksins í Reykjavík eða annars staðar eða félagi beint og hins vegar með rafrænni skráningu en þá berast inntökubeiðnir í tölvupósti annað hvort til skrifstofu flokksins eða einstakra féлага. Hin nýja aðferð við skráningu í flokkinn um netið hefur opnað fyrir þá möguleika í ríkara mæli en áður var að unnt sé að misfara með inntökubeiðnir. Einkum þannig að senda skráningu til flokksins án þess að viðkomandi einstaklingur hafi haft þar nokkurn atbeina að. Til þess að koma í veg fyrir þetta og auka öryggi í meðferð inntökubeiðna og skráningu manna í flokkinn, sem m.a. er í samræmi við þá þróun sem orðið hefur í lagasetningum um vernd persónuréttinda og sérstök ákvæði í lögum um kerfisbundna skráningu upplýsinga, hefur Sjálfstæðisflokkurinn ákveðið að setja sér eftirfarandi meginreglur við meðhöndlun inntökubeiðna í flokkinn.

1. Skrifleg inntökubeiðni.

Þegar inntökubeiðni berst skrifstofu flokksins eða félagi skriflega, annað hvort í pósti eða hún er afhent persónulega skal meðhöndlun vera með eftirfarandi hætti. Komi einstaklingur á skrifstofu flokks eða gefi sig fram við stjórn félags eða félagsmann í sjálfstæðisfélagi og óski eftir inngöngu í sjálfstæðisfélag, skal hann fylla út þar til gert eyðublað þar sem fram koma upplýsingar svo sem nafn, kennitala, heimilisfang, símanúmer, netfang og annað sem inntökubeiðnin hefur að geyma. Skal þess gætt að viðkomandi fylli sjálfur út inntökubeiðnina og undirriti hana að því loknu. Inntökubeiðnin er síðan afhent stjórn viðkomandi félags. Þegar að stjórn félagsins hefur í samræmi við 34. gr. skipulagsreglna Sjálfstæðisflokksins samþykkt inngöngu viðkomandi í félagið skal honum send staðfesting á inngöngu hans í Sjálfstæðisflokkinn í formi bréfs frá formanni Sjálfstæðisflokksins þar sem hinn nýi flokksmaður er boðinn velkominn í Sjálfstæðisflokkinn.

2. Rafræn inntökubeiðni.

Berist inntökubeiðni skriflega eða með rafrænum hætti um netið skal umsækjanda strax send tilkynning um það að inntökubeiðni hans hafi borist flokksnum, í henni hafi verið tilteknar upplýsingar og skulu þá taldar upp þær upplýsingar sem koma fram í inntökubeiðninni. Umsækjandi er bréflaga eða með rafpósti spurður um hvort viðkomandi upplýsingar séu réttar og jafnframt tilkynnt að berist engin athugasemd frá umsækjanda um upplýsingarnar verði umsókn hans komið á framfæri við stjórn viðkomandi félags, sem þurfi að staðfesta hana í samræmi við skipulagsreglur flokksins. Að þeirri staðfestingu fenginni er viðkomandi

send staðfesting inngöngu hans í Sjálfstæðisflokkinn í formi bréfs frá formanni Sjálfstæðisflokksins þar sem viðkomandi er boðinn velkominn í flokkinn. Gera má ráð fyrir að þær umsóknir sem með þessum hætti, annað hvort bréflaga eða með rafpósti, berast skrifstofu flokksins í Valhöll taki allt að 7 virka daga að afgreiða. Þessar reglur eiga þó ekki við þegar um er að ræða skráningu í Sjálfstæðisflokkinn sem fer fram samhliða prófkjöri í samræmi við prófkjorsreglur Sjálfstæðisflokksins en þar er gert ráð fyrir, sem er undantekning frá almennum ákvæðum skipulagsreglnanna, að unnt sé að óska eftir inngöngu í flokkinn um leið og prófkjör fer fram og öðlast kosningarétt í því þá strax. Samþykki félagsstjórnar fer þá fram að loknu prófkjöri.

3. Samræmt félagatal.

Skrifstofa flokksins í Valhöll annast nú utanumhald og rekstur félagatala fyrir langflest félög flokksins. Það er mjög mikilvægt að á einum stað séu til slíkar upplýsingar um alla flokksmenn til að unnt sé að hafa samband við þá og sannreyna bæði aðild einstaklinga að flokknum og fjölda flokksmanna í einstökum félögum m.a. vegna undirbúnings landsfundar og annarra atriða. Langflestar inntökubeiðnir berast því skrifstofu flokksins með einum eða öðrum hætti og verður þessum reglum beitt gagnvart öllum inntökubeiðnum sem berast flokksskrifstofunni í Valhöll, hafi þær ekki þegar verið samþykktar af stjórn viðkomandi félags og komi til skrifstofunnar að því loknu og hafi hlotið afgreiðslu og meðferði í samræmi við þessar reglur. Reglum þessum er ætlað að tryggja að ekki sé misfarið með inntökubeiðnir og engin hætta sé á því að menn séu skráðir í Sjálfstæðisflokkinn án eigin vitundar og vilja. Með sama hætti hefur sú regla gilt um árábil á skrifstofu flokksins í Valhöll að einungis er tekið við skriflegum úrsögnum úr flokknum og framvegis verður þeim reglum sem hér hafa verið settar beitt varðandi úrsagnir sem berast flokknum með netpósti, þ.e.a.s. leitað verður staðfestingar viðkomandi á því að hann hafi sjálfur óskað eftir því að segja sig úr flokknum. Reglur þessar eru settar í samræmi við ákvörðun miðstjórnar Sjálfstæðisflokksins 21. nóvember 2003.²³

Í máli þessu er óumdeilt að Sjálfstæðisflokkurinn sendi kvartanda umþrætt smáskilaboð í síma hans en ekki Heimdallur en samkvæmt fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra er um tvær sjálfstæðar lögpersónur að ræða. Miðlun og vinnsla persónuupplýsinga heyrir ekki undir ákvæði fjarskiptalaga heldur laga, nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Álitamál og ágreiningur um hvort að miðlun hafi átt sér stað milli óháðra aðila eða hvort litið verði á skráningarkerfið sem eina heild fyrir alla félagsmenn heyrir ekki undir valdsvið Póst- og

²³ Verklagsreglur um skráningu í Sjálfstæðisflokkinn, vefslóð: <http://www.xd.is/media/xd/log-og-reglur/skraningverklag.pdf>

fjarskiptastofnunar heldur Persónuverndar. Verður því ekki tekin afstaða til meintrar óheimillar miðlunar á upplýsingum um kvartanda í ákvörðun þessari.

Hvað sem því líður er þó alveg ljóst að núgildandi skráningarform eða inntökubeiðnir flokksins bera hvorki með sér að verðandi félagsmenn veiti upplýst samþykkt sitt, í samræmi við kröfur þar um, fyrir móttöku fjarskiptasendinga sem fela í sér beina markaðssetningu í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga, né að þeir séu upplýstir og þeim gefinn kostur á að andmæla slíkri notkun tölvupóstfangs. Sönnun fyrir því að slíks samþykkis hafi verið aflað, eða félagsmaður upplýstur og veittur andmælaréttur, hvílir á Sjálfstæðisflokkun enda ljóst, bæði út frá fyrri ákvörðun stofnunarinnar nr. 19/2013, sem og úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta og póstmála í máli nr. 2/2013, að sá aðili sem stendur að útsendingu fjarskiptasendinga fyrir beina markaðssetningu verður að geta sýnt frá á þá heimild sem hann byggir útsendinguna á. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar getur kvartandi ekki borið hallan af því að Sjálfstæðisflokkurinn geti ekki sýnt fram á þá heimild sem félagið byggir sendingu skilaboðsins á.

Telur stofnunin því mikilvægt að flokkurinn endurskoði skráningarform flokksins m.t.t. til þeirra krafna sem settar eru fram, eftir atvikum í 1. og 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, þegar notast er við fjarskiptasendingar í markaðsstarfi flokksins. Þá er jafnframt mikilvægt að flokkurinn varðveiti slíkar skráningar félagsmanna sinna til að geta sýnt fram á að samþykki hafi verið aflað með sannanlegum hætti eða hann sannanlegar upplýstur og gefinn kostur á andmælum. Enda er það, líkt og áður segir, á ábyrgð sendanda rafrænna skilaboða, vegna beinnar markaðssetningar, að sjá til þess að fyrir hendi sé samþykki sem uppfyllir kröfur laga og tryggja áreiðanleika og réttleika slíkra upplýsinga.

Póst- og fjarskiptastofnun áréttar þó að hér er ekki verið að leggja blátt bann við sendingum af hálfu flokksins heldur er fyrst og fremst verið að tryggja að þeir sem kjósa að fá slíkar sendingar hafi veitt samþykki sitt og séu upplýstir um að slíkar sendingar geti borist frá flokknum.

Sjálfstæðisflokkurinn hefur ekki sýnt fram á að hafa aflað fyrirfram samþykkis kvartanda fyrir sendingu rafrænna skilaboða fyrir beina markaðssetningu né að hann hafi verið upplýstur um slíka mögulega notkun þess við skráningu og honum veittur kostur á að andmæla slíkri notkun. Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að Sjálfstæðisflokkur hafi brotið gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti þegar flokkurinn sendi smáskilaboð (SMS) fyrir beina markaðssetningu í símanúmer kvartanda, 31. maí 2014.

4.2 Ákvæði 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga

Líkt og rakið er hér að ofan í málavöxtum barst kvartanda símtal 31. maí 2014 frá aðila sem sagðist vera að hringja út fyrir hönd flokksins en gat ekki útskýrt ástæður þess að símanúmer kvartanda væri á úthringilstanum. Símanúmer kvartanda er merkt með þeim hætti í símaskrá að gefið er til kynna að hann vilji ekki fá símtöl sem eru

liður í markaðssetningu aðila. Í kvörtuninni segir að símtalið hafi ekki innihaldið beinan hvata til að kjósa flokkinn, heldur var spurt hvort að kvartandi væri búinn að kjósa en þar sem kvartandi tjáði aðilanum að svo væri lauk samtalinu.

Að gefnu tilefni áréttar Póst- og fjarskiptastofnun að aðilar sem nota almenna tal- og farsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu bera ábyrgð á að 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga sé virt en í ákvæðinu kemur fram að þeir sem nota slíka þjónustu sem lið í markaðssetningu ber að virða merkingar í símaskrá. Er það ákvörðun Sjálfstæðisflokksins að nýta sér almenna tal- og farsímaþjónustu í þessum tilgangi og telst fyrirtækið því ábyrgt á grundvelli fjarskiptalaga.

Líkt og Sjálfstæðisflokkurinn hefur greint frá styðst flokkurinn ekki við almenna símaskrá þegar hringt í félagsmenn heldur er notast við skráningu félagsmanna í flokkinn og eru því símanúmer sem félagsmenn hafa sjálfir lagt flokknum til ekki samkeyrð við bannlista símaskrár. Enn fremur telur flokkurinn að ekki sé um beina markaðssetningu að ræða með því að minna á kosningu á kjördag. Hins vegar telur flokkurinn ef til þess kæmi að flokkurinn myndi leggja í beina markaðssetningu, t.d. til fjölgunar félaga eða almennrar fjársöfnunar, með úthringingum eða smáskilaboðasendingum, yrði horft til ákvæða sem lúta að beinni markaðssetningu. Þá mótmælir flokkurinn því alfarið að ef einstaklingar gefa upp símanúmer sitt við inngöngu í flokkinn þá þurfi flokkurinn að tiltaka í nákvæmri upptalningu sérhvert tilefni sem flokknum kunnir að gerast til að nota símanúmerið til að hafa samband við félagsmann. Fremur telur flokkurinn að ef félagsmaður skrái símanúmer sitt hjá flokknum megi hann búast við að flokkurinn hafi samband við hann til að veita honum þá þjónustu sem fylgi því að vera flokksmaður.

Ákvæði 5. mgr. 46. gr. er óundanþægt, þ.e. ekki er að finna lögheimilar undanþágur frá ákvæðinu. Aftur á móti verður að ætla að einstaklingur geti heimilað með sérstöku samþykki sínu að ákveðinn aðili geti haft samband við sig símleiðis þegar um er að ræða lið í markaðssetningu, þ.e. að þótt áskrifandi sé bannmerktur í símaskrá að hann afsali sér rétti til að móttaka símtöl frá þeim aðilum sem hann kys sjálfur að fá markaðsstímöl frá. Sjálfstæðisflokkurinn hefur ekki getað sýnt fram á að slíku sérstöku samþykki hafi verið aflað frá kvartanda. Það er því niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að Sjálfstæðisflokkurinn hafi brotið gegn 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga með því að hringja í símanúmer kvartanda þann 31. maí 2014 virða þar með að vettugi bannmerkinu kvartanda í símaskrá.

Ákvörðunarorð

Sjálfstæðisflokkurinn braut gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar hann sendi smáskilaboð (SMS) fyrir beina markaðssetningu í símanúmerið [...]²⁴, sem [...]²⁵ er réttthafi að, þann 31. maí 2014.

Sjálfstæðisflokkurinn braut gegn 5. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 þegar hann hringdi í símanúmerið [...]²⁶, sem [...]²⁷ er réttthafi að, þann 31. maí 2014 en símanúmerið er merkt með þeim hætti í símaskrá að hann óskar eftir að fá ekki símtöl í símanúmer sitt sem eru liður í markaðssetningu.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og skal kærán berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því að 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.

Reykjavík, 25. júní 2015

Hrafnkell V. Gíslason, forstjóri

Unnur Kr. Sveinbjarnardóttir

²⁴ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

²⁵ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

²⁶ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

²⁷ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.