



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 31/2015

Óumbeðin fjarskipti Nova ehf.

I.

Erindið

Þann 6. júní 2014 barst Póst- og fjarskiptastofnun kvörtun frá [...]¹ (hér eftir kvartandi) þar sem kvartað var yfir óumbeðnum fjarskiptum frá Nova ehf. (hér eftir Nova) í formi smáskilaboða í símanúmer kvartanda.

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun, dags. 6. júní 2014

Líkt og að framan greinir er kvartað yfir óumbeðnum fjarskiptum í formi smáskilaboða í símanúmer kvartanda þann 2. apríl 2014, 5. maí 2014, 4. júní 2014 og 5. júní sama ár. Nánar tiltekið var um að ræða svokölluð 2 fyrir 1 SMS og taldi kvartandi að skilaboðin hefðu verið send í trássi við 3. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti (hér eftir fjarskiptalög).

Kvartandi dró til baka hvers kyns samþykki fyrir beinni markaðssetningu af hálfu Nova skv. 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga með tilkynningu dags., 8. apríl 2014. Eftir þá tilkynningu barst kvartanda annað SMS frá Nova sem innihélt beina markaðssetningu og tók kvartandi þá eftir að álíka yfirlýsingu vegna 1. mgr. 46. gr. vantaði og sendi því aðra tilkynningu þess efnis á Nova. Fyrstu tvær SMS sendingarnar bárust fyrir þessar tilkynningar kvartanda en seinni tvær eftir og telur kvartandi að Nova hafi ekki viðhaft nægjanlega gott ferli við afskráningu kvartanda.

¹ Nafn kvartanda felld út vegna trúnaðar

Þá telur kvartandi jafnframt að hann hafi aldrei gefið Nova sérstaka, ótvíræða yfirlýsingu um að gagnaðili megi hafa samband við hann með beinni markaðssetningu sbr. h-lið 2. gr. tilskipunar 95/46/EB og telur að slík yfirlýsing sé ekki möguleg á grundvelli almenns ákvæðis skilmála, heldur þurfi kvartandi að samþykkja slíkar sendingar sérstaklega með athöfn.

2.2 Svarbréf Nova, dags. 4. júlí 2014

Póst- og fjarskiptastofnun óskaði eftir athugasemdum Nova við innkominni kvörtun, sbr. bréf stofnunarinnar, dags. 16. júní 2014. Í tilefni af innkominni kvörtun var félaginu jafnframt kynnt ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga sem fjallar um óumbeðin fjarskipti.

Stofnuninni barst bréf í tölvupósti frá Nova, þann 4. júlí 2014. Í bréfinu kemur fram að því miður hafi misfarist að afskrá kvartanda af SMS sendingarlista félagsins þrátt fyrir slíka beiðni og beðist velvirðingar á þeim mistökum. Þá kom jafnframt fram að vinna standi yfir til að tryggja skilvirkni slíks afskráningarferlis svo atvik sem þessi muni heyrja sögunni til.

2.3 Athugasemdir kvartanda, dags. 23. júlí 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 8. júlí 2014 bauð stofnunin kvartanda að koma athugasemdum sínum við svarbréfi Nova á framfæri. Barst stofnuninni svarbréf kvartanda þann 23. júlí 2014 þar sem kvartandi ítrekaði málflutning sinn að þar sem Nova væri stórt fyrirtæki á fjarskiptamarkaði væri eðlilegt að ríkar kröfur væru gerðar varðandi þekkingu þess á ákvæðum fjarskiptalaga og að félagið temdi sér fullnægjandi verkferla í samræmi við þau.

Þá kvað kvartandi Nova fara með rangfærslur í bréfi sínu frá 4. júlí þar sem um altæka afturköllun á hvers kyns meintu samþykki hans hefði verið að ræða en ekki eingöngu tiltekinn SMS sendingarlista eins og það var orðað í svarbréfi Nova. Jafnframt taldi kvartandi að ekki gæti verið um einföld mistök að ræða heldur hefði átt að vera lítið mál að afskrá símanúmer hans ef slíkt ferli hefði verið til en kvartanda grunaði að svo hefði ekki verið.

Kvartandi ítrekaði jafnframt að fyrsta skilaboðið sem honum barst 2. apríl hefði borist áður en nokkur yfirlýsing hefði verið send Nova. Þann hluta kvörtunarinnar byggði hann því á að Nova hefði aldrei haft heimild í upphafi til að setja kvartanda á SMS sendingarlista þar sem ákvæði um beina markaðssetningu í skilmálum uppfyllti ekki skilyrði samþykkis þar sem engin sérstök og ótvíræð yfirlýsing hafi verið veitt af hálfu kvartanda.

2.4 Svar Nova, dags. 22. ágúst 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 28. júlí 2014, bauð stofnunin Nova að tjá sig um og koma að athugasemdum félagsins við svarbréfi kvartanda frá 23. júlí 2014 og var svarfrestur veittur til 8. ágúst. Þann 22. ágúst 2014 barst stofnuninni svarbréf félagsins með tölvupósti.

Í bréfi Nova kemur fram að félagið hafni alfarið þeirri fullyrðingu kvartanda að Nova hafi ekki verið heimilt að senda kvartanda SMS þar sem hann hafi aldrei veitt fyrirfram samþykki fyrir því að Nova stundi slíka markaðssetningu enda hafi notandinn samþykkt slíkar sendingar með því að ganga í viðskipti við félagið og samþykkt þar með skilmála þess. N.t.t. er vísað til þess að samkvæmt almennum skilmálum Nova skuldbindi hver sá sem nýtur þjónustu félagsins sig til þess að hlíta þeim skilmálum sem gilda um notkun þjónustu fyrirtækisins á hverjum tíma.

Þannig sé sérstaklega kveðið á um meðferð persónuupplýsinga í skilmálum félagsins og kvartanda veitt færi á að kynna sér skilmála við upphaf þjónustukaupa og því skuldbundinn til að hlíta skilmálum félagsins.

Þá segir jafnframt að til að tryggja það að viðskiptavinir Nova séu meðvitaðir um þessa skuldbindingu er öllum nýjum viðskiptavinum sendur staðlaður tölvupóstur þar sem meðal annars kemur fram að þegar þjónusta Nova sé tekin í notkun þá jafngildi það samþykki á skilmálum fyrirtækisins. Jafnframt er að finna tengil á skilmálana á heimasíðu Nova og var sýnishorn af sambærilegum tölvupósti meðfylgjandi með athugasemdum Nova.

Í athugasemdum félagsins kemur einnig fram að skv. 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga sé notkun rafrænna skilaboða (SMS) fyrir beinni markaðssetningu heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram. Í ákvæðinu komi ekki fram nánar hvernig samþykkis skuli aflað né hvernig það skuli veitt. Þá séu engar frekari kröfur að þessu leyti í 13. gr. Evrópuþingsins og ráðsins 2002/58/EB sem sé fyrirmynd 46. gr. fjarskiptalaga heldur einungis áskilið að áskrifandi veiti samþykki sitt fyrirfram. Nova telji því hafið yfir allan vafa að kröfur 46. gr. fjarskiptalaga hafi verið uppfylltar hvað varðar samþykki viðskiptavina sinna og mótmælir því að framkvæmd félagsins geti talist í andstöðu við ákvæði 46. gr. eins og ákvæðið sé samkvæmt orðanna hljóðan.

Þá er tekið fram í bréfinu að sé það ósk viðskiptavinar að verða fjarlægður af lista yfir viðskiptavini sem móttaka umræddar auglýsingar þá sé orðið við slíkum beiðnum, sbr. 3. mgr. 46. gr. Óskilt sé hins vegar að gefa viðskiptavinum sérstaklega kost á því að andmæla því að þeir fái sendar markaðsupplýsingar nema í þeim tilvikum sem eiga undir 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga sem á ekki við í tilviki umræddrar kvörtunar.

Jafnframt tekur Nova fram að kvartandi hafi verið tekin af lista sem móttakanda umræddra 2 fyrir 1 tilboða, og einnig af öðrum útsendingar- og vinnslulistum félagsins.

2.5 Athugasemdir kvartanda, dags. 31. ágúst 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 8. júlí 2014 bauð stofnunin kvartanda að koma að athugasemdum sínum við svarbréfi Nova frá 22. ágúst. Þann 31. ágúst 2014 bárust stofnuninni athugasemdir kvartanda.

Í þeim athugasemdum kemur fram að hann telji ósannað af hálfu Nova að hann hafi samþykkt skilmála fyrirtækisins og vísar meðal annars til þess að sá tölvupóstur sem Nova sendi með bréfi sínu 22. ágúst 2014 hafi allsendis ekki verið eins og sá póstur sem hann fékk þegar Nova bauð hann velkominn í viðskipti árið 2008. Vísar kvartandi í því sambandi til tölvupósts sem honum var sendur þegar hann fór í viðskipti við Nova þar sem ekki er að finna sambærilega tilkynningu og var að finna í tölvupósti þeim sem Nova sendi með svarbréfi sínu frá 22. ágúst. Er kvartandi því ósammála Nova að kvartanda hafi verið tilkynnt og veitt sérstakt færi á að kynna sér skilmála félagsins. Þá telur kvartandi jafnframt að tilkynningar með þeim hætti sem Nova vísar til geti ekki talist fullnægjandi samþykki fyrir þeirri vinnslu persónuupplýsinga sem um ræðir. Þar sem almenna reglan sé sú að athafnaleysi feli ekki í sér samþykki enda þurfi sérstaka og ótvíræða yfirlýsingu til að samþykki teljist gilt.

Þá segir jafnframt að kvartanda sé ljóst að Nova hafi ekki slæman ásetning þegar kemur að 46. gr. fjarskiptalaga þó laga megi framkvæmdina og útilokar ekki að ljúka megi málinu með sátt.

2.6 Sáttaumleitanir kvartanda og Nova

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 9. september 2014, bauð stofnunin Nova að tjá sig um og koma að athugasemdum félagsins við svarbréfi kvartanda frá 31. ágúst 2014. Þann 1. október barst stofnuninni tölvupóstur frá Nova þar sem stofnunin var upplýst um að félagið og kvartandi hefðu hist og ákveðið að leitast við að ná samkomulagi vegna málsins innan tveggja mánaða.

Stofnunin sendi af þessu tilefni bréf, dags. 7. október 2014, þess efnis að málinu yrði lokað í málaskrá stofnunarinnar ef kvartandi teldi ekki þörf á frekari afskiptum. Kvartandi mótmælti fyrirhugaðri lokun með bréfi, dags. 13. október 2014, og óskaði eftir því að PFS myndi gera hlé á virkri afgreiðslu málsins á meðan sáttaumleitanir ættu sér stað. Af þessum sökum var málið sett í bið til febrúar 2015.

Í febrúar 2015 hafði stofnunin samband við kvartanda með bréfi, dags. 5. febrúar 2015, og ítrekun með tölvupósti, dags. 10. febrúar sama ár. Svar barst frá kvartanda með tölvupósti þann 10. febrúar 2015 þar sem kvartandi óskaði eftir að málinu yrði haldið áfram af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar.

2.7 Athugasemdir Nova, dags. 24. apríl 2015

Póst- og fjarskiptastofnun bauð Nova að tjá sig um og koma að athugasemdum um málið með bréfi, dags. 9. mars 2015. Stofnuninni bárust athugasemdir frá Nova með bréfi, dags. 24. apríl 2015.

Í athugasemdum Nova kemur fram að félagið hafi beðið kvartanda afsökunar á því að beiðni hans um að vera tekinn af SMS útsendingarlista hafi misfarist og að sú afsökun væri ennfremur ítrekuð. Þá hefði það verið von félagsins að málinu væri lokið þar sem kvartanda hafði verið gerð grein fyrir þeim fyrirætlunum Nova að auka enn frekar vitund viðskiptavina félagsins um þá skilmála sem gilda um þjónustu Nova.

Jafnframt segir að það sé miður að erindið hafi ekki verið fellt niður af hálfu kvartanda enda telji félagið að ekki standi nein efni til umræddrar kvörtunar, önnur en sú að ekki var nógu vel staðið að því að fjarlægja viðkomandi af SMS útsendingarlista og að á þeim mannlegu mistökum hafi nú margsinnis verið beðist afsökunar.

Varðandi þann málatilbúnað kvartanda að enn væri ósannað að hann hefði samþykkt skilmála félagsins, væri því hafnað. Á þeim tíma sem kvartandi kom í viðskipti við félagið hafði Nova ekki verið búin að innleiða sjálfvirkar tilkynningar á sama hátt og síðar var en hins vegar var sölukerfi félagsins þannig að sala á þjónustu til nýrra viðskiptavina gat ekki farið fram nema viðkomandi væri samþykkuð skilmálum félagsins. Þannig hafi á öllum tímum verið kappkostað að nýir viðskiptavinir væru meðvitaðir um þjónustu og skilmála félagsins. Að mati Nova voru og eru tilkynningar félagsins um skilmála fullnægjandi.

Félagið vísar jafnframt til ákvörðunar PFS nr. 38/2014 þar sem stofnunin tekur sérstaklega fram að skilmálar Nova sé ítarlegir og skýrir og að gera verði þá sjálfsögðu kröfu til neytenda að þeir kynni sér þá þjónustuskilmála sem um þjónustukaup þeirra gildir og séu þeir ekki samþykkir þeim sé þeim í lófa lagið að færa þjónustu sína frá Nova. En kvartandi hefur átt þess kost frá því hann hóf þjónustu hjá Nova í ágúst 2008 án þess að kvartandi sæi til þess ástæðu. Þá fer félagið fram á að stofnunin ljúki málinu hið fyrsta, það látið niður falla eða lokið á annan hátt án nokkurra íþyngjandi aðgerða fyrir félagið.

2.8 Athugasemdir kvartanda, dags. 4. júní 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 21. maí 2015, sendi stofnunin kvartanda bréf þar sem fram kom að enginn ágreiningur væri í málinu um að Nova hafi borið að taka hann af útsendingarlistum félagsins. Slík skráning hafi hins vegar misfarist en Nova beðist velvirðingar á því og að úr hefði verið bætt eins fljótt og auðið var. Það væri því mat PFS að ekki væru forsendur til að stofnunin beitti sér frekar í málinu að svo stöddu og ef frekari athugasemdir bærust ekki yrði málinu lokað í málaskrá stofnunarinnar. Þann 4. júní 2015 bárust stofnuninni athugasemdir kvartanda.

Í athugasemdum kvartanda koma fram andmæli við fyrirhugaða lokun málsins þar sem Nova hafi ekki haft heimild í upphafi til þess að setja kvartanda á lista um markaðssetningar. Auk þess sem Nova misförst að fjarlægja hann af listum sínum sem sendir eru í markaðssetningarskyni.

Þá telur kvartandi að þrátt fyrir að Nova biðjist velvirðingar á því sem kvartandi heimfærir sem lögbrot réttlæti það ekki lokun málsins. Væru engin atriði sem að mati kvartanda þyrftu úrlausn hefði hann ekki óskað eftir að stofnunin tæki málið aftur til skoðunar og óskir kvartanda um að málið hljóti afgreiðslu ítrekaðar.

2.9 Bréf Póst- og fjarskiptastofnunar til kvartanda, dags. 26. júní 2015

Póst- og fjarskiptastofnun sendi kvartanda bréf, dags. 26. júní 2015, þar sem fjallað var um ákvæði 46. gr. og þá meginreglu hennar að óumbeðin fjarskipti í formi beinnar markaðssetningar væri óheimil til þeirra sem ekki óska að taka á móti þeim að öðru leyti en sem greinir í 1. og 2. mgr. greinarinnar.

Í bréfinu kom fram að samkvæmt Nova hafi samþykki notenda á skilmálum félagsins ávallt verið skilyrði þess að ganga í viðskipti við félagið. Af málavöxtum væri jafnframt ljóst að Nova hefði tekið upp nýja nálgun til að auka vitund viðskiptavina sinna um þá skilmála sem gilda um þjónustu félagsins með því að senda út staðlaðan tölvupóst þar sem fram kæmi að þegar þjónusta Nova væri tekin í notkun jafngilti það samþykki á skilmálum félagsins. Að auki væri að finna tengil á skilmála Nova á heimasíðu félagsins og eru skilmálar þess skýrir og ítarlegir.

Það hvort kvartandi hafi samþykkt skilmála í upphafi var því ekki tekið sérstaklega til skoðunar þar sem það væri mat stofnunarinnar að sú framkvæmd sem Nova viðhefur nú væri fullnægjandi. Þá varpaði stofnunin fram þeim sjónarmiðum um hvort raunhæft væri að vísa til samþykkis að liðnum svo löngum tíma.

Þá var tekið fram að í málinu væri enginn ágreiningur um að Nova hafi borið að taka kvartanda af útsendingarlistum félagsins en slík skráning hafi hins vegar misfarist vegna mannlegra mistaka. Félagið hefur beðist velvirðingar á þeim mistökum og úr þeim annmarka leyst.

Samkvæmt 10. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun skal stofnunin leysa úr ágreiningi milli aðila og þar sem enginn ágreiningur var talinn til staðar var það mat Póst- og fjarskiptastofnunar að ekki væru frekari forsendur, að svo stöddu, að taka mál kvartanda til efnislegrar meðferðar og kveðið á um að málinu yrði lokað.

2.10 Athugasemdir kvartanda, dags. 30. júní 2015

Athugasemdir kvartanda bárust með bréfi, dags. 30. júní 2015 þar sem kvartandi vísar til þess að sú röksemd PFS að loka málinu þar sem ekki sé um ágreining að ræða í málinu sé ekki í samræmi við afgreiðslu stofnunarinnar í öðrum málum og gæti leitt til slæms fordæmis þannig að brotlegir einstaklingar gætu samsinnað kvörtunum og þannig sloppið við frekari afgreiðslu mála.

Þá tilkynnir kvartandi jafnframt að honum hefði borist smáskilaboð frá Nova þann 27. júní 2015 kl. 20:19 sem hljóðaði svo: „*Hey! Nu borgar sig fyrir thig ad smella her [vefslóð]², borga minna fyrir netid i simann og laekka reikninginn. Kvedja Nova*“

Að mati kvartanda hefur Nova því ekki séð til þess með fullnægjandi hætti að kvartandi fengi ekki sendingar í markaðsskyni þrátt fyrir yfirlýsingu um að kvartandi hefði verið tekinn út af útsendingarlistum og aðra yfirlýsingu Nova síðar um að afskráning hefði misfarist af mannlegum ástæðum.

Þá telur kvartandi að Póst- og fjarskiptastofnun hafi hunsað þá rökfærslu að Nova hafi ekki sent honum skilmála sína, hvorki við undirritun né í tölvupósti eftir að viðskiptasamband hófst, það megi sjá á innlögðum tölvupósti kvartanda. Það að stofnunin telji núverandi framkvæmd fullnægjandi telst ekki málefnalegt enda sé það hlutverk stofnunarinnar að miða við þá framkvæmd sem var þegar atvik sem kvörtun snýst um eigi að hafa átt sér stað.

Þó svo stofnunin meti það svo að viðskiptavinur beri ábyrgð á að kynna sér skilmála fjarskiptafyrirtækja getur það ekki réttlætt endurteknar sendingar gagnaðila eftir að honum varð ljóst að undirritaður frábað sér slíkar sendingar. Auk þess hefur það verið augljóst að samþykkið þurfi að vera upplýst og getur slíkt ekki talist hafa átt sér stað í þessu máli, einkum af þeirri ástæðu að kvartandi fékk ekki tækifæri til að andmæla slíkri notkun þegar hann hóf viðskipti við Nova.

Þau sjónarmið að langt sé um liðið frá inngöngu kvartanda í viðskipti við Nova og að ósannjarnt sé að ætlast til að félagið varðveiti meint samþykki er í beinni andstöðu við fyrri

² Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar

ákvarðanir stofnunarinnar. Í þeim hafa jafnvel verið gerðar kröfur um varðveislu á samþykki sem átti að hafa verið veitt enn lengra aftur í tímann en í þessu máli.

Óskaði kvartandi því eftir því að málinu yrði ekki lokað heldur hlyti formlega meðferð hjá PFS í samræmi við reglur stjórnsluréttar og hennar eigin ákvarðanir.

2.11 Athugasemdir Nova, dags. 7. ágúst 2015

Póst- og fjarskiptastofnunar bauð Nova að tjá sig um og koma að athugasemdum um málið með bréfi, dags. 20. júlí 2015. Stofnuninni bárust athugasemdir frá Nova með bréfi, dags. 7. ágúst 2015.

Í athugasemdum Nova segir að Nova hafi áður skilað ítarlegum athugasemdum vegna málsins og að félagið telji ekki tilefni til að endurtaka þær. Þá segir að kvartandi kjósi að halda þrætu sinni áfram og að enn á ný verði ekki séð hver tilgangur þess er.

Kvartandi tilgreinir nokkur atriði sem hann telur að PFS geti ekki litið framhjá í umfjöllun sinni um þá meintu annmarka sem hann telur að hafi verið á þjónustu félagsins en Nova telji ekkert nýtt koma fram og því ástæðulaust að svara þeim atriðum sérstaklega. Þá vísar kvartandi til þess að í tvígangi hafi afgreiðsla PFS á málinu ekki verið í samræmi við fyrri framkvæmd, án þess að benda á þau mál eða tilvik sem hann telur að þar skipti máli. Því geti Nova ekki tjáð sig sérstaklega um þau sjónarmið en að mati félagsins hafi afgreiðsla málsins verið í fullu samræmi við ákvæði stjórnslu- og fjarskiptalaga.

Þá nefnir kvartandi í bréfi sínu að þann 27. júní 2015 hafi honum borist SMS skeyti frá félaginu og kýs að túlka það SMS ábendingarskeyti sem sendingu í markaðsskyni, sendingu sem hann ætti ekki að fá. Á þetta getur Nova ekki fallist þar sem umrætt skeyti er ábending til viðskiptavinar Nova um að hann hafi möguleika á að lækka símreikning sinn hjá félaginu. Ekki sé með nokkru móti hægt að fallast á að hér sé um beina markaðssetningu að ræða og þetta atriði í bréfi kvartanda hafi því engu við málið að bæta, frekar en önnur þau atriði er hann tiltekur.

Að öðru leyti verði ekki séð hvaða tilgangi framhald málsins geti þjónað og lítur Nova svo á að málinu sé lokið á þann hátt sem þegar hefur verið tilkynnt um.

2.12 Athugasemdir kvartanda, dags. 30. júní 2015

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 10. ágúst 2015 bauð stofnunin kvartanda að koma að athugasemdum sínum við svarbréfi Nova frá 7. ágúst. Þann 24. ágúst 2015 bárust stofnuninni athugasemdir kvartanda.

SMS-skeyti sent 27. júní 2015

Nova heldur því fram að þar sem skeytið inniheldur ábendingu til viðskiptavina sinna um möguleika á að lækka símreikninginn hjá honum sjálfum falli það ekki undir beina markaðssetningu. Sé farið á slóðina er augljóst að verið er að auglýsa netpakka til sölu og því verið að hvetja kvartanda til að færa sig yfir á hann. Við túlkun sína á 46. gr. fjarskiptalaga

hefur stofnunin aðallega lagt mat á hvort reynt sé að fá viðtakanda til þess að skuldbinda sig með einhverjum hætti. Þar sem sendingin er bersýnilega í þeim tilgangi að kynna netpakka gagnaðila, viðbótarþjónustu, er vart hægt að komast að annarri niðurstöðu en að skeytið umrædda hafi verið sent sem liður í beinni markaðssetningu.

Eldri framkvæmd í stað núverandi framkvæmdar

Í bréfi kvartanda dags. 30. júní 2015, andmælti hann þeim sjónarmiðum PFS um að þar sem framkvæmdin væri orðin fullnægjandi að mati stofnunarinnar yrði ekki tekið tillit til röksemda um annmarka sem núverandi framkvæmd á að koma í veg fyrir. Kvartandi telur að stofnunin hafi því engar réttmætar forsendur til þess að loka málinu.

Varðveisla samþykkis

Þá taldi kvartandi að þau sjónarmið stofnunarinnar um hvort raunhæft væri að vísa til samþykkis að svo löngum tíma liðnum væri ekki í samræmi við eigin kröfur um samþykki í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga. Þá taldi kvartandi jafnframt að þrátt fyrir að PFS kæmist að þeirri niðurstöðu að skilmálar veittu samþykki væri ekki hægt að byggja á þeim heimild fyrir öllum sendingunum á grundvelli þess að undirritaður ítrekaði með tölvupósti til gagnaðila, dags. 6. maí 2014. að hann veitti honum ekki heimild til beinnar markaðssetningar gagnvart undirrituðum, sbr. fyrri tilkynningu sem hann sendi gagnaðila þann 8. apríl sama ár. En tvö af þeim þremur SMS-skeytum sem kvartað er yfir bárust eftir ítrekunina og hefði gagnaðili átt að vera orðinn nokkuð viss um að undirritaður hefði afturkallað hvers kyns heimildir sem gagnaðili gæti talið sig geta haft til beinnar markaðssetningar gagnvart undirrituðum.

Viðurkenning gagnaðila

Kvartandi vísað jafnframt til þess að í bréfi PFS dags. 26. júní sl. var tekið fram að þar sem gagnaðili hefði viðurkennt brot sitt og látið af háttseminni væru ekki taldar forsendur til þess að taka málið til efnislegrar umfjöllunar. Kvartandi vísar af því tilefni til ákvörðunar PFS nr. 25/2015 en í því máli hafði sendandi viðurkennt brotið og sagst hafa látið af háttseminni. Við meðferð þess máls var haldið áfram með málið að kröfu kvartanda þess máls. Þá þarf einnig að ígrunda í þessu samhengi að í því máli hættu sendingarnar eftir þá yfirlýsingu en í þessu máli hafa þær haldið áfram með tilvísun í nokkur mannleg mistök og í nýjasta atvikinu til þess að innihald sendingarinnar falli ekki undir beina markaðssetningu.

Með hliðsjón af ofangreindu taldi kvartandi því að PFS væri ekki stætt að loka málinu með tilvísun til skorts á ágreiningi.

2.13 Athugasemdir Nova, dags. 3. nóvember 2015

Póst- og fjarskiptastofnunar bauð Nova að tjá sig um og koma að athugasemdum um málið með bréfi, dags. 1. september 2015. Stofnuninni bárust athugasemdir frá Nova með bréfi, dags. 3. nóvember 2015.

Í athugasemdum Nova kemur fram að málið sé farið að eiga sér nokkuð langa sögu og bæði kvartandi og Nova komið sjónarmiðum sínum margsinnis á framfæri. Í almennum þjónustuskilmálum Nova felst heimild til að upplýsa viðskiptavinum um tilboð annarra fyrirtækja,

sem Nova hefur hlutast til um að veiti viðskiptavinum Nova sérstök tilboð. Skilmálar þessir eru gerðir viðskiptavinum Nova aðgengilegir bæði með almennum og sérstökum hætti. PFS hefur gefið út það álit að skilmálarnir séu skýrir og ítarlegir, sbr. ákvörðun PFS nr. 38/2014. Öllum viðskiptavinum Nova er ljóst að með því að ganga í viðskipti við félagið teljast þeir samþykki skilmálunum. Viðskiptavinir Nova eru vel á annað hundrað þúsund. Gagnvart engum þeirra hefur þessi framkvæmd valdið neinum vanda eða hugarangri að kvartanda frátöldum. Hér er því ekkert almennt vandamál á ferðinni.

Nova hefur áður bent á að 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 gerir ekki kröfu um að samþykki áskrifanda liggi fyrir með skýrri og ótvíræðri yfirlýsingu. Ákvæðið mælir fyrir um að áskrifandi hafi veitt samþykki sitt fyrirfram. Slíkt fyrirfram samþykki gefur áskrifandi að fjarskiptaþjónustu Nova með því að ganga til viðskipta við félagið að eigin ósk, þekkjandi þá skilmála sem um þjónustuna gilda eða hafandi í öllu falli haft öll tækifæri til að kynna sér þá fyrirfram. Ekki kemur til greina að mati Nova að auka við ákvæðið íþyngjandi skyldum á félagið að þessu leyti á grundvelli einhvers konar rýmkandi lögskýringar en að öðru leyti vísar Nova til athugasemda sinna frá 22. ágúst 2014 hvað þetta varðar.

Þá er tekið fram að Nova telur útilokað að ábendingar félagsins til viðskiptavina um hvernig þeir geti lækkað símreikninga sína geti fallið undir beina markaðssetningu í samhengi þess máls sem hér er til umfjöllunar.

Þá kemur fram að hvað sem öllu öðru líður hefur PFS þegar lokið máli þessu með stjórnvaldsákvörðun sem birt var báðum aðilum málsins, sbr. bréf PFS dags. 26. júní 2015. Í niðurlagi þess bréfs segir: „Að öllu framangreindu virtu er það mat Póst- og fjarskiptastofnunar að ekki séu frekari forsendur, að svo stöddu, til að taka mál yðar til efnislegrar meðferðar og verður málinu lokað í málaskrá stofnunarinnar.“ Bréfið fól í sér endanleg málalok og engar forsendur standa til þess að málinu sé framhaldið með neinum hætti, jafnvel þótt kvartandi kunni að vera ósáttur við niðurstöðuna.

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 frjálsa miðlun slíkra upplýsinga, yfirfærðar í sértækar reglur fyrir fjarskiptasviðið og eru ákvæði hennar viðbót og nánari umfjöllun um ákvæði síðarnefndu tilskipunarinnar, sbr. 2. mgr. 1. gr. og 4. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB. Þá kemur jafnframt fram í 48. lið inngangsorða hennar að við beitingu tilskipunarinnar getur verið gagnlegt að líta til reynslu starfshóps um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga sem settur var á fót á grundvelli 29. gr. tilskipunar nr. 95/46/EB, sbr. 30. gr. hennar og 3. mgr. 15. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB.

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

„Notkun sjálfvirkra uppkallskerfa, símbréfa eða tölvupósts, þ.m.t. hvers konar rafrænna skilaboða (SMS og MMS), fyrir beina markaðssetningu er einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrir fram.

Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. er heimilt að nota tölvupóstfang við sölu á vörum eða þjónustu fyrir beina markaðssetningu á eigin vörum eða þjónustu ef viðskiptavinum er gefinn kostur á að andmæla slíkri notkun tölvupóstfanga þeim að kostnaðarlausu þegar skráning á sér stað og sömuleiðis í hvert sinn sem skilaboð eru send hafð viðskiptavinurinn ekki þegar í upphafi hafnað slíkri notkun.

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

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

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

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

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

3.3 Gildissvið 46. gr. fjarskiptalaga

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

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

³ Opinion 5/2004 on unsolicited communication for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls 7.

⁴ 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:

grundvelli framangreinds, og með hliðsjón af skilgreiningu hugtaksins bein markaðssókn í 28. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, komst Póst- og fjarskiptastofnun að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 22/2009, að hugtakið bein markaðssetning feli í sér að söluaðili snýr sér beint að tilteknum aðila, einum eða fleiri, ýmist á grundvelli nafns viðkomandi, tölvupóstfangs, símanúmers eða annarra þess háttar upplýsinga og samkvæmt venjulegum málskilningi, sé átt við sölu eða kynningu á vörum eða þjónustu óháð því hver tilgangur markaðssetningarinnar er, sbr. þó 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 ætlast sé til einhvers af viðtakanda fjarskiptanna, þ.e. hvort að markmið þeirra sé að fá hann til að skuldbinda sig með einhverjum hætti. Hafi efni þeirra hvorki að geyma boð um kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu, né að ráða megi af efni þeirra að ætlast sé til þess að viðtakandi bregðist við þeim með tilteknum hætti, telst slíkt ekki vera bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Með þessari túlkun taldi stofnunin að verið væri að takmarka beitingu ákvæðisins við skilaboð sem sett eru fram í þágu beinnar markaðssetningar og krefst þar af leiðandi ekki að lagt sé mat á efnislegt innihald skilaboðanna, nema í undantekningartilvikum. Heldur er nægjanlegt að leggja mat á hvort að fjarskiptasendingin hafi verið sett fram í markaðslegum tilgangi.

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

„ [...] með hliðsjón af þeim tilvísunum sem tilskipun 2002/58/EB geymir í álit vinnuhópsins, verður að mati nefndarinnar varla dregin önnur ályktun en sú, að hugtakið beina markaðssetningu í 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga beri að túlka vítt, þannig að umrædd markaðssetning þurfi t.d. ekki að fara fram í hagnaðarskyni, heldur geti t.d. verið um að ræða óumbeðin fjarskipti frá góðgerðarfélögum o.fl.“⁵

3.4 Undanþáguákvæði 1. mgr. 46. gr.

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

3.4.1 Samþykki móttakanda

Fjarskiptasendingar sem falla undir hugtakið bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. eru einungis heimilar þegar viðtakandi hefur veitt samþykki sitt fyrir fram líkt og málsgreinin gerir kröfu um.

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.)

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

Ekki er í fjarskiptalögum fjallað um hvað telst fela í sér fyrirfram samþykki í skilningi ákvæðisins. Er þetta í samræmi við 13. gr. tilskipunar, nr. 2002/58/EB, en í 40. lið inngangsorða hennar er þó fjallað um að þegar kemur að óumbeðnum fjarskiptasendingum vegna beinnar markaðssetningar sé réttlæt看legt að krefjast þess að afdráttarlaust fyrirfram samþykki viðtakanda sé fengið áður en slíkar fjarskiptasendingar 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. starfshóps, sbr. tilskipun 95/46/EB, 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 reglugerðarinnar að senda út tölvupóst til að óska samþykki þeirra fyrir að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu. Þá telst það heldur ekki í samræmi við skilgreiningu á samþykki að einstaklingur gefi einungis í skyn að vilja 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.⁶ Er þetta jafnframt áréttað í álit hópsins nr. 15/2011, þar sem m.a. kemur fram að svo að samþykki teljist uppfylla kröfur tilskipunar 95/46/EB, verði samþykkið að fela í sér ákveðna athöfn af hálfu hlutaðeigandi svo það teljist vera ótvírætt. Tekur starfshópurinn dæmi þar sem að aðili, sem hefur samþykki einstaklings, sendir tölvupóst á viðkomandi og tilgreinir að upplýsingar um hann verði sendar til þriðja aðila sem hyggst nota þær fyrir beina markaðssetningu. Viðkomandi einstaklingur hafi ákveðinn tíma til að bregðast við en er jafnframt tilgreint að bregðist hann ekki við muni það fela í sér samþykki um afhendingu upplýsinganna. Að mati starfshópsins getur þessi tegund meints samþykkis ekki talist uppfylla skilyrði tilskipunarinnar.⁷

Ljóst er að nokkuð ríkar kröfur eru gerðar við öflun á samþykki fyrir sendingu símbréfa, tölvupósta og annarra rafrænna skilaboða fyrir beina markaðssetningu. Hefur það jafnframt verið staðfest í fjölmörgum ákvörðunum Póst- og fjarskiptastofnunar.

Af þessu leiðir að markaðsaðilar þurfa almennt samþykki viðtakanda áður en t.a.m. er sendur markaðssetningartexti í smáskilaboðum, tölvupóstsendingum eða á faxi. Ef ekki liggur fyrir

⁶ Sjá neðanmálsgrein 5. 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.)

⁷ Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25.

samþykki hefur sá sem sendir rafræn skilaboð gerst brotlegur á þeim 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. 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

Ágreiningur máls þessa lýtur í fyrsta lagi að því hvort gilt samþykki hafi legið fyrir SMS skeytum sem kvartanda bárust frá Nova þann 2. apríl 2014, 5. maí 2014, 4. júní 2014 og 5. júní sama ár og innihéldu upplýsingar um 2 fyrir 1 tilboð sem viðskiptavinum Nova buðust á þeim tíma.

Þá lýtur ágreiningur málsins jafnframt að því hvort SMS skeyti sem kvartanda barst þann 27. júní 2015 telst vera bein markaðssetning, en skilaboðin hljóðuðu svo: „*Hey! Nu borgar sig fyrir thig ad smella her [...], og borga minna fyrir netid i simann og laekka reikninginn. Kvedja Nova*“.

4.2 Afmörkun máls

Samkvæmt 10. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun skal stofnunin leysa úr ágreiningi milli aðila með ákvörðun. Þar sem enginn ágreiningur var til staðar um að Nova hafi borið að taka kvartanda af öllum útsendingarlistum félagsins án tafar þegar beiðni um slíkt kom fram, kemur sá hluti málsins ekki til frekari skoðunar hjá stofnuninni.

4.3 Samþykki móttakanda

Það fyrsta sem Póst- og fjarskiptastofnun verður að leggja mat á í máli þessu er hvort móttakandi hafi gefið samþykki sitt fyrir því að nota mætti símanúmer hans fyrir beina markaðssetningu í samræmi við 1. mgr. 46. gr. laganna. 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 sem ekki hafa veitt fyrirfram samþykki sitt fyrir slíkum sendingum.

Í máli þessu kannast kvartandi ekki við að hafa veitt Nova samþykki sitt til nýtingu símanúmers síns 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.

Nova heldur því fram að kvartandi hafi skuldbundið sig til að hlíta skilmálum félagsins enda hafi honum verið tilkynnt um þá og veitt færi á að kynna sér þá við upphaf viðskipta hans við félagið. Þá kemur fram að til að viðskiptavinir Nova séu örugglega meðvitaðir um þá skuldbindingu að hlíta skilmálum félagsins sé öllum nýjum viðskiptavinum sendur staðlaður tölvupóstur. Í þeim tölvupósti kemur meðal annars fram að þegar þjónustan er tekin í notkun jafngildi það samþykki á skilmálum félagsins og vísar á tengil á heimasíðu Nova þar sem lesa má skilmálana í heild sinni.

Þessi yfirlýsing Nova hefur verið hrakin af kvartanda og ljóst að sá tölvupóstur sem honum barst við upphaf viðskipta við félagið var ekki sambærilegur þeim pósti sem Nova sendir viðskiptavinum sínum nú. Í þeim tölvupósti sem kvartanda barst við upphaf viðskipta var enga klausu að finna um að með því að taka þjónustuna í notkun væri áskrifandi að samþykkja skilmála Nova. Þá var ekki að finna tengil á heimasíðu félagsins þar sem lesa mætti skilmálana í heild sinni. Auk þessa hefur Nova ekki lagt fram nein önnur gögn í málinu sem styðja þá fullyrðingu félagsins að ávallt hafi verið skilyrði að samþykkja skilmála félagsins þegar þjónusta er tekin í notkun. Af þessu leiðir að ósannað þykir að aflað hafi verið samþykkis kvartanda við upphaf viðskipta.

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að Nova hafi brotið gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti, þegar þeir sendu kvartanda SMS skilaboð þann 2. apríl 2014, 5. maí 2014, 4. júní 2014 og 5. júní sama ár, án þess að hafa aflað fyrirfram samþykkis áskrifanda.

Þó þykir stofnuninni rétt að taka fram að sú framkvæmd sem Nova viðhefur nú telst fullnægjandi, þ.e.a.s. sending tölvupósts þar sem vísað er til þess að þegar þjónustan sé tekin í notkun jafngildi það samþykki á skilmálum félagsins með vísan á tengil á heimasíðu Nova þar sem lesa má skilmálana í heild. Er það jafnframt mat stofnunarinnar að það uppfylli skilyrði upplýsts samþykkis og ætlast megi til þess af viðskiptavinum félagsins að þeir ýti á hlekkinn og kynni sér þá skilmála sem um þjónustuna gilda.

4.3 Bein markaðssetning

Út frá skýru orðalagi 46. gr. fjarskiptalaga er ljóst að tilgangur ákvæðisins er að vernda einstaklinga, sem það kjósa, fyrir ágangi aðila sem hyggjast nýta sjálfvirk uppkallskerfi, símbréf eða tölvupósta, þar með talin hvers kyns rafræn skilaboð svo sem SMS eða MMS, sem lið í markaðssetningu á vöru sinni eða þjónustu.

Hafi efni skilaboða því 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. Telur PFS að með því að takmarka beitingu lagaákvæðis um óumbeðin fjarskipti við skilaboð sem sett eru fram í þágu beinnar markaðssetningar sé verið að setja fram ákveðið almennt viðmið sem krefst þess ekki, nema í undantekningartilvikum, að efnislegt innhald skilaboðanna sé skoðað. Er þannig nægjanlegt að leggja mat á það hvort þau hafi verið sett fram í markaðslegum tilgangi.

Samkvæmt framangreindu er einnig ljóst að ætlast er til þess að lögð sé rúm merking í hugtakið *bein markaðssetning* en að mati PFS eru því þó takmörk sett hversu langt er hægt að ganga í þeim efnum. Þannig kemur ákvæði 46. gr. ekki í veg fyrir að haft sé samband við einstaklinga af öðru tilefni en markaðslegum. Að mati PFS er sú aðgerð fjarskiptafyrirtækis að senda viðskiptavinum sínum ábendingarskilaboð sem lið í að lækka fjarskiptakostnað viðskiptavina sinna, málefnaleg og í samræmi við sjónarmið um almenna neytendavernd.

Hins vegar þegar SMS skeytið sem kvartanda barst þann 27. júní 2015 er skoðað verður að telja í besta falli óljóst að um sé að ræða ábendingu um að með áframhaldandi notkun geti það falið í sér umtalsverðan kostnað fyrir viðskiptavin þar sem hámarki gagnamagns sé að verða náð eða hafi verið náð.

Orðalagið er eins og áður hefur komið fram: „*Hey! Nú borgar sig fyrir þig að smella hér [vefslóð]*⁸, *borga minna fyrir netið í símann og lækka reikninginn. Kveðja, Nova.*“ Ef smellt er á tengilinn kemur svo upp valmöguleiki að bæta við netpakka á viðkomandi farsímanúmer eða með öðrum orðum tilboð um að auka við viðskiptin. Ef ætlun Nova er að senda ábendingarskilaboð á aðila sem hafa frábeðið sér sendingar sem fela í sér beina markaðssetningu verður orðalag þeirra að vera skýrt. Þannig verða skilaboðin að bera með sér hvers vegna þau voru send.

Að mati PFS er það orðalag sem er að finna í áður nefndum skilaboðum Nova ekki til þess fallið að fela í sér ábendingu frá félaginu til viðskiptavina sinna um að hámarki gagnamagns hafi verið náð eða sé að verða náð og til að forðast auka kostnað geti borgað sig að hætta notkun á gagnamagni eða bæta við gagnamagnspakka á þjónustu sína. Samkvæmt ofangreindu er það mat PFS að umrædd skilaboð frá 27. júní 2015 uppfylli skilyrði um beina markaðssetningu í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga og hafi því einnig brotið gegn 46. gr. fjarskiptalaga.

Ákvörðunarorð

SMS skilaboð sem send voru af Nova í farsímanúmer [...] ⁹ án fyrirfram samþykkis hans, þann 2. apríl 2014, 5. maí 2014, 4. júní 2014 og 5. júní sama ár, brutu gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.

SMS skilaboð sem send voru af Nova í farsímanúmer [...] ¹⁰ þann 27. júní 2015 fólu í sér beina markaðssetningu í skilningi 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti og brutu því gegn ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga um óumbeðin fjarskipti.

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

Reykjavík, 18. desember 2015

Hrafnkell V. Gíslason

Maríjon Ósk Nóadóttir

⁸ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar

⁹ Nafn kvartanda felld út vegna trúnaðar

¹⁰ Nafn kvartanda felld út vegna trúnaðar