



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 1/2018

Frávísun á kvörtun Nova

I. Erindið

Með bréfi Nova ehf. (Nova), dags. 13. október 2017, barst Póst- og fjarskiptastofnun kvörtun þess efnis að Fjarskipti hf. (Vodafone) hefði brotið gegn fjarskiptalögum með því að senda ótilgreindum fjölda viðskiptavina Nova óumbeðnar SMS sendingar í markaðssetningarskyni (mál nr. 2017100043). Dæmi um slíka SMS sendingu fylgdi erindinu.

Í erindi Nova er umkvörtunarefninu lýst með eftirfarandi hætti:

„Kærandi hefur undanfarið orðið þess var að fjölmörgum viðskiptavinum hans hafa borist SMS sendingar frá Fjarskiptum /Vodafone sem fela í sér beina óumbeðna markaðssetningu. Í SMS skeytunum var svohljóðandi texti: „Sæll/sæl xxx, sem VIP viðskiptavinur okkar standa thér til boda ymis snidug tilbod i hverjum manudi. hefur thu kynnt thér VIP tilbodin i oktober? Thu færð allar nanari upplýsingar og getur skrad thig a postlistann hér: <https://vodafone.is/vodafone-vip/> Kær kvedja, Vodafone. [...]

Umbj. mínum er ekki ljóst hversu mörgum viðskiptavinum hans voru send framangreind skeyti en ljóst er að þeir eru fjölmargir. Margir þeirra sem höfðu samband við umbj. minn vegna þessa fullyrða að þeir eigi ekki í neinu viðskiptasambandi við Fjarskipti/Vodafone og hafi því ekki gefið kærða neins konar leyfi til að beina sendingum af þessu tagi til þeirra.“

Telur Nova að umrædd háttsemi Vodafone varði við 1. mgr. 46. laga um fjarskipti nr. 81/2003, sbr. eftirfarandi:

„Með vísan til framangreinds telur kærandi augljóst að kærði hefur gerst brotlegur við 1. mgr. 46. fjarskiptalaga nr. 81/2003 með SMS sendingum til viðskiptavina Nova, sem augljóslega eru send í beinum markaðslegum tilgangi og án þess að fyrir liggi skýrt og ótvírætt samþykki viðtakanda, né yfirhöfuð neins konar samþykki ef því er að skipta.“

Gerir Nova svofelldar kröfur í málinu:

„Kærandi krefst þess að kærða verði gert að upplýsa um hvernig það kemur til að hann beinir sendingum af þessu tagi að því er virðist markvisst til viðskiptavina Nova. Þá er þess krafist að kærða verði gert að láta með öllu af skeytasendingum af þessu tagi til viðskiptavina Nova sem ekki hafa gefið kærða fyrirfram samþykki fyrir því að móttaka slíkar sendingar og að kærða verði látinn sæta viðurlögum samkvæmt XVI. kafla fjarskiptalaga, sbr. m.a. 74. gr. þeirra.“

II. Bréfaskipti og sjónarmið

Með bréfi PFS, dags. 24. október 2017, var fram kominni kvörtun komið á framfæri við Vodafone og félaginu gefinn kostur á því að tjá sig um hana. Eins og hattar til í máli þessu telur PFS einungis vera tilefni til þess að fjalla um þau sjónarmið aðila er lúta að formhlið málsins.

2.1. Sjónarmið Vodafone

Svar Vodafone barst PFS þann 17. nóvember 2017. Í því eru gerðar tvær kröfur í málinu. Annars vegar sú aðalkrafa að málinu verði vísað frá og hins vegar sú varakrafa að erindi Nova verði hafnað.

Eftirfarandi sjónarmið eru sett fram til stuðnings frávísunarkröfu:

„Krafa um frávísun byggir á að lögmaður Nova hefur ekki sýnt fram á að hann setji fram kvörtun sína í umboði eins eða fleiri áskrifenda. Þvert á móti kemur skilmerkilega fram, að það er Nova ehf., sem er kvartandinn. Í erindinu er hins vegar byggt á að, umræddar sendingar fari gegn 46. gr. fjarskiptalaga, um óumbeðin fjarskipti. Verndarandlag þeirrar greinar er áskrifandi fjarskiptaþjónustu en ekki fjarskiptafyrirtæki. Nova skortir því aðildarhæfi. Þessi skýring sækir m.a. stoð í leiðbeiningar PFS varðandi óumbeðin fjarskipti og beina markaðssetningu, en þar kemur fram að neytendur geti sent PFS kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta. Þegar af þessari ástæðu ber að vísa erindi félagsins frá.

Þá voru færð fram sjónarmið til stuðnings varakröfunnar þess efnis að erindi Nova verði hafnað sem ekki er þörf á að gera nánari grein fyrir.

2.2. Athugasemdir Nova við sjónarmið Vodafone

Að fengnum athugasemdum Vodafone taldi PFS tilefni að leita afstöðu Nova til þeirra, sbr. bréf dags. 28. nóvember 2017, þar sem sérstaklega var óskað eftir rökstuðningi af hálfu Nova um að félagið ætti aðild að því máli sem um væri að ræða.

Svör Nova bárust með bréfi, dags. 8. janúar 2018, en þar er því hafnað að félagið gæti ekki átt aðild í málinu, sbr. eftirfarandi röksemdir:

„Nova bendir á að hvergi í ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga er kveðið berum orðum á um einungis áskrifendur eða neytendur fjarskiptaþjónustu geti borið upp kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta. Regla 46. gr. laganna felur vissulega í sér réttindi til handa áskrifendum eða neytendum þjónustu en um leið felur hún í sér skyldu fyrir fjarskiptafyrirtæki sem takmarkar möguleika og heimildir þeirra til markaðssetningar. Af þeirri skyldu er m.a. umbj. minn bundinn og skyldan hvílir, eða á að hvíla, með sama hætti á Vodafone. Með vísan til framangreinds hefur umbj. minn beina hagsmuni af því að keppinautar hans virði skyldu sínar samkvæmt

ákvæðinu. Má í því sambandi einnig benda á að þau óumbeðnu fjarskipti sem eru tilefni kvörtunar umbj. míns beindust að viðskiptavinum hans og þar með að viðskiptahagsmunum hans um leið og hagsmunum umræddra viðskiptavina. Af framangreindu leiðir að mati umbj. míns að það getur ekki verið neitt skilyrði fyrir því að Póst- og fjarskiptastofnun taki efnislega afstöðu til kvörtunar vegna óumbeðinna fjarskipta að hún sé borin fram af viðtakanda þeirra.

Hins vegar, þar sem aðalatriði málsins er að fá niðurstöðu um hvort umrædd fjarskipti Vodafone hafi brotið gegn 46. gr. fjarskiptalaga eða ekki, hefur [*nafn fjarlæggt vegna trúnaðar*], leitað til undirritaðs lögmanns og falið honum að kvarta fyrir sína hönd yfir umræddum fjarskiptasendingum Vodafone til sín. Er þess krafist að [*nafn fjarlæggt vegna trúnaðar*] fái stöðu aðila málsins við hlið Nova en að öðrum kosti að litið verði á kvörtun [*nafn fjarlæggt vegna trúnaðar*] sem sjálfstæða kvörtun sem byggir á öllum sömu sjónarmiðum og haldið er fram af hálfu Nova í málinu.“

III.

Forsendur og niðurstaða

3.1. Almenn skilyrði málsaðildar í stjórnslumáli

Hugtakið *aðili máls* er ekki skilgreint í stjórnslulögum nr. 37/1993, en við afmörkun á því er stuðst við óskráðar reglur stjórnsluréttarins. Til að einstaklingur eða lögaðili fái notið þeirra réttinda sem leiða af umræddum lögum, þ.m.t. að eiga rétt til að bera upp kröfu við stjórnvald og fá úr henni skorið með *stjórnvaldsákvörðun*, þarf hann að uppfylla þau skilyrði sem hugtakið *aðili máls* felur í sér.

Í stjórnslurétti er gengið út frá því að til þess að einstaklingur eða lögaðili geti talist aðili stjórnslumáls þurfi hann að eiga *beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna* að gæta varðandi úrlausn málsins. Fyrstu þrjú skilyrðin eru matskennd í eðli sínu, auk þess sem skilyrðin geta skarast að einhverju leyti við hvort annað. Mat á aðild í stjórnslumáli ræðst því oft á samspili þessara skilyrða við tiltekna aðstæður og forsendur þess máls sem um ræðir.¹

Ljóst má vera að Nova getur haft viðskiptalegra og fjárhagslegra hagsmuna af því að ekki séu stundaðar ólögmetar markaðsaðgerðir af hálfu keppinautar sem séu til þess fallnar að viðskiptavinir félagsins segi upp viðskiptum við það. Við mat á því hvort að skilyrði séu uppfyllt fyrir því að Nova teljist vera *aðili máls* í skilningi stjórnsluréttar, í því stjórnslumáli sem hér um ræðir, verður á hinn bóginn að skoða umrædda hagsmuni í tengslum við það lagaákvæði sem kvörtunin lýtur að.

3.2. Verndarhagsmunir 46. gr. fjarskiptalaga

Í tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 2002/58/EB er að finna sérreglur er varða persónuvernd innan fjarskipta. Fjallað er um óumbeðnar fjarskiptasendingar í 13. gr. tilskipunarinnar, sem innleidd hefur verið í íslenskan rétt með ákvæði 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, sem er svohljóðandi:

„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.

¹ Dr. Páll Hreinsson, Stjórnsluréttur – Málsmeðferð, útg. 2013, kafli 8.

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.“

Mál þetta varðar meint brot gegn 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Þar er gerð krafa um að aflað sé fyrirfram samþykkis *áskrifanda* til þess að heimilt sé að senda honum rafræn skilaboð í þágu beinnar markaðssetningar. Ljóst er að ekki verður leyst úr ágreiningi um brot á þessu ákvæði án aðkomu áskrifandans og að fenginni afstöðu hans til þess hvort að fyrir hendi sé gilt samþykki af hans hálfu fyrir fjarskiptasendingunni. Brot gegn ákvæðinu felst þá í því að rjúfa friðhelgi einkalífs áskrifandans ef gildu samþykki hans er ekki fyrir að fara.² Ljóst er að hagsmunir Nova eru ekki þess eðlis. Nova er ekki áskrifandi í merkingu umrædds ákvæðis né hefur að gæta hagsmuna sem lúta að friðhelgi einkalífs, en augljóst má vera að það eru verndarhagsmunir 46. gr. fjarskiptalaga.

Almennt getur aðili, hvort sem er einstaklingur eða lögaðili, ekki átt aðild að máli er varða hagsmuni þriðja aðila, en þá er talið skorta að viðkomandi eigi *beinna* og *sérstakra* hagsmuna að gæta varðandi úrlausn máls. Þegar ágreiningur varðar mögulegt brot á friðhelgi einkalífs er það sérstaklega brýnt, að áliti PFS, að sá einstaklingur sem meint brot beinist gegn og þurft hefur að þola slíka misgjörð hafi frumkvæði og eigi aðild að stjórnsýslumáli þar sem skorið úr meint brot.³ Því síður kemur til álita, að mati PFS, að lögaðili sem á viðskiptalega og fjárárhagslega hagsmuna að gæta geti átt aðild að stjórnsýslumáli er varðar meint brot á ákvæðum laga sem lýtur að friðhelgi einkalífs einstaklinga.

Samkvæmt framangreindum sjónarmiðum verður ekki talið að Nova eigi *beinna* og *sérstakra* hagsmuna að gæta varðandi þá lögvernduðu hagsmuni sem felast í 46. gr. fjarskiptalaga. Þá verða hagsmunir Nova heldur ekki taldir *lögvarðir* m.t.t. þess lagaákvæðis sem á reynir.

Að öllu virtu er það niðurstaða PFS að Nova geti ekki átt aðild að stjórnsýslumáli sem varðar það hvort að Fjarskipti hf. brotið hafi gegn friðhelgi einkalífs viðskiptavina félagsins með því að senda þeim án heimildar óumbeðin fjarskipti í markaðslegum tilgangi. Ber því að vísa kvörtun Nova frá.

² Með gildu samþykki er átt við að samþykki uppfylli kröfur um *upplýst samþykki*, þ.e. að viðkomandi hafi með beinum, meðvituðum og sannanlegum hætti veitt samþykki sitt.

³ Á þetta reyndi t.d. í [ákvörðun PFS nr. 16/2016](#), sem varðaði kvörtun einstaklings A þess efnis að tiltekinn aðili B hefði notfært sér upplýsingar í tölvupósti með ólögætum hætti sem annar einstaklingur C hafði fyrir mistök sent til B. Það var niðurstaða PFS að einstaklingur C hefði þurft að eiga frumkvæði og aðild að stjórnsýslumáli um meint brot B og var því kvörtun A vísað frá vegna aðildarskorts.

3.3. Kvörtun viðskiptavinar Nova

Í athugasemdum Nova, dags. 8. janúar 2018, sem settar eru fram af hálfu Heimis Arnars Herbertssonar hrl., kemur fram að [...],⁴ hafi leitað til hans til þess að kvarta fyrir hennar hönd yfir óumbeðnum fjarskiptum Fjarskipta hf. Þess er krafist að hún fái viðurkennda stöðu *aðila máls*, auk þess sem tiltekið er að kvörtunin byggji á öllum sömu sjónarmiðum og fram hafa komið af hálfu Nova í málinu.

Að álitum PFS eiga framangreind sjónarmið og lagarök stofnunarinnar ekki við um kvörtunarmál einstaklings um meint óumbeðin fjarskipti sem beinst hafa að honum. Hins vegar telur PFS ótímabært að taka sérstaka ákvörðun um aðild [...]⁵ í kvörtunarmáli gegn Fjarskiptum hf., eins og málið liggur nú fyrir. Að mati PFS skortir tilteknar upplýsingar frá kvartanda til þess að hægt sé að taka málið til frekari meðferðar. PFS hyggst leiðbeina kvartanda um hvaða upplýsingar um er að ræða. Verði fullnægjandi upplýsingar lagðar fram af hálfu kvartanda og önnur skilyrði fyrir frekari málsmeðferðar talin vera uppfyllt verður fjallað um kvörtun [...]⁶ í sérstöku stjórnslumáli.

Ákvörðunarorð

Kvörtun Nova ehf. gegn Fjarskiptum hf., dags. 13. október 2017, um meint brot á 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, er vísað frá vegna aðildarskorts.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og skal kæran berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar sbr. 13. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun og 5. gr. reglugerðar nr. 39/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Sem neytanda ber kvartanda þó ekki að greiða umrætt málskotsgjald.

Reykjavík, 12. janúar 2018

Hrafnkell V. Gíslason

Björn Geirsson

⁴ Nafn einstaklings fjarlægt vegna trúnaðar.

⁵ Nafn einstaklings fjarlægt vegna trúnaðar.

⁶ Nafn einstaklings fjarlægt vegna trúnaðar.