



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 9/2018

Óumbeðin fjarskipti Sjálfstæðisflokksins

I. Erindið

Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) barst kvörtun, dags. 30. október 2017, frá [...]¹ vegna óumbeðinna fjarskipta Sjálfstæðisflokksins. Kvörtunin var skráð í málaskrá þann 7. nóvember 2017 og málið tekið til efnismeðferðar þann 16. nóvember 2017 (*mál nr. 2017110023*).

II. Málavextir

2.1 Kvörtun

Kvörtunin snýr að óumbeðnum fjarskiptum Sjálfstæðisflokksins í formi símtals í bannmerkt símanúmer kvartanda eða líkt og segir í kvörtun:

„Hringt var í mig úr símanúmeri [...]² og aðili kynnti sig á vegum Sjálfstæðisflokks. Ég er bannmerktur í síma- og þjóðskrá og hef aldrei óskað eftir, gefið leyfi né verið skráður í þessi samtök. Tel því að ekki hafi verið leyfi til þess að hringt hafi verið í mig.“

Samkvæmt gögnum málsins þá er ekki alveg ljóst hvenær í október hið umþrætta símtal átti sér stað. Kvartandi taldi líklegt að það hafi verið þann 19. október 2017 en sé miðað við upplýsingar frá Sjálfstæðisflokki þá var hringt í kvartanda deginum áður, þann 18. október 2017, þegar gengið var frá afskráningu hans úr flokki. PFS telur líklegra úthringingin hafi átt sér stað þann 18. október 2017.

2.2 Bréf Sjálfstæðisflokks, dags. 19. desember 2017.

Með bréfi, dags. 16. nóvember 2017, bauð PFS Sjálfstæðisflokki að taka afstöðu til þess hvort að umrætt símtal hafi verið í samræmi við ákvæði 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003³ sem varðar óumbeðin fjarskipti. Þá var flokki boðið að tjá sig um kvörtunina og koma með athugasemdir vegna málsins. PFS barst svar frá flokki, dags. 19. desember 2017, en þar kom m.a. eftirfarandi fram:

¹ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

² Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

³ Hér eftir verður jafnan vísað til laga um fjarskipti nr. 81/2003 sem fjarskiptalög.

„Kvartandi var skráður í flokkinn árið 2004 og þegar skráning nýrra félagsmanna á sér stað er jafnan óskað eftir símanúmer og netfangi. Símanúmer og netföng eru afhent af fúsum og frjálsum vilja þeirra sem skrá sig í flokkinn og getur engum dulist í hvaða tilgangi óskað er eftir þeim. Kvartandi sagði sig hins vegar úr flokknum hinn 19. [október] síðastliðinn. Uppgefnar upplýsingar við nýskráningu eru varðveittar hjá flokknum og stuðst er við þær þegar haft er samband við félagsmenn. Líkt og vísað er til í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 6/2015 verður að ætla að þeir sem taka þátt í starfi stjórnmalasamtaka sé ljós tilgangur og sérstök staða slíkra samtaka þá er í úrskurðinum vísað til þess að með félagsaðild verði einnig að ætla að stjórnmalaflokki sé heimilt að hafa samskipti við félagsmenn sína og að slík samskipti brjóti því almennt ekki í bága við 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003.“

Jafnframt sagði í bréfi flokksins:

„Í aðdraganda nýliðinna alþingiskosninga voru listar yfir skráða flokksmenn, ásamt upplýsingum um símanúmer, keyrðir út úr tölvukerfi flokksins. [...] og á þeim tíma þegar listarnir voru teknir saman var kvartandi skráður félagsmaður í flokkinn.

Í kvörtun kemur ekki fram hvenær umrædd hringing á að hafa átt sér stað. [...] Þann dag sem kvartandi skráði sig úr flokknum höfðu listar þegar verið keyrðir út með framangreindum hætti og ætla má að af þeim sökum hafi samband verið haft við kvartanda. Án þess að það liggi fyrir þá kann að vera að kvartandi hafi jafnvel verið skráður í flokkinn á þeim tíma sem hringing barst honum, [...]”⁴.

Sjálfstæðisflokkurinn telur umrætt símtal hafa verið í samræmi við 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 vísar því til stuðnings í áðurnefndan úrskurð þar sem felld var úr gildi ákvörðun PFS nr. 13/2015 varðandi óumbeðin fjarskipti Sjálfstæðisflokksins við skráðan flokksmann. Í því máli voru málsatvik með sambærilegum hætti og greinir í kvörtun kvartanda. Í öllum meginatriðum vísar Sjálfstæðisflokkurinn til þess rökstuðnings sem flokkurinn tefldi fram við meðferð framangreindra mála.“

2.3 Svar við fyrirspurn PFS til Sjálfstæðisflokks, dags. 10. janúar 2018

Með tölvupósti, dags. 2. janúar 2018, óskaði PFS eftir nánari skýringum á því hvenær kvartandi skráði sig úr flokknum og hvort upplýsingar hefðu verið afmáðar eða tryggt með öðrum hætti að hann fengi ekki óumbeðin fjarskipti frá flokknum í framtíðinni. Þann 10. janúar 2018 bárust PFS þau svör að kvartandi hefði sagt sig úr flokknum hinn 18. október 2017 og verið fjarlægður úr flokkskrá hinn 19. október 2017 og upplýsingar um hann fjarlægðar.

2.4 Athugasemdir kvartanda, dags. 10. og 17. janúar 2018.

Með bréfi PFS, dags. 10. janúar 2018, var svari Sjálfstæðisflokksins komið á framfæri við kvartanda og honum gefinn kostur á að koma að athugasemdum sínum við svarbréf flokksins. PFS tjáði kvartanda að ef atvik voru með þeim hætti sem segir í svari flokksins megi vænta þess að búið sé að ganga frá afskráningu og að hann muni ekki eiga von á frekari hringingum frá flokknum.

⁴ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

Með tölvupósti samdægurs upplýsti kvartandi PFS um að hann myndi hafa samband við flokkinn og óska eftir gögnum um skráningu sem hann taldi ekki hafa átt sér stað, auk þess sem að það stæðist ekki að hann hefði gefið upp símanúmer sitt við skráningu í flokkinn árið 2004 þar sem símanúmerið var ekki í hans eigu þá.

Þann 17. janúar 2018 barst stofnuninni tölvupóstur frá kvartanda en þar kom fram:

„Hef nú beðið í eina viku eftir svörum frá [...] ⁵ um frekari upplýsingar um meinta skráningu mína í Sjálfstæðisflokkinn árið 2004 en engin svör fengið. Lít því sem svo á að þau fallist á að ég hafi aldrei skráð mig í Sjálfstæðisflokkinn og því falli málf lutningurinn í svarbréfi þeirra um sjálfan sig. Í ljósi þessara upplýsinga tel ég að PFS beri að aðhafast frekar í þessu máli þar sem þeim er ekki heimilt að hafa samband við fólk sem hefur aldrei skráð sig í félagasamtökin.“

PFS sendi þá kvartanda fyrirspurn, dags. 17. janúar 2018, um hvort að kvartandi kannaðist við að hafa skráð sig úr flokknum, líkt og Sjálfstæðisflokkurinn vísaði til í bréfi þann 19. desember 2017. Svar kvartanda barst samdægur en þar segir:

„Já ætli það megi ekki líta á það sem úrskráningu úr flokknum þegar ég tjáði hringjanda á vegum Sjálfstæðisflokksins að ég hefði aldrei verið skráður. Er þó þversögn í því að þurfa að skrá sig úr einhverju sem ég tel mig aldrei hafa verið skráðan í en látum það liggja á milli hluta [...]“

Að auki benti kvartandi á misræmi í bréfinu hvenær hann átti að hafa skráð sig úr flokknum og tók fram að líklegt væri að símtalið hefði átt sér stað þann 19. október 2017.

2.5 Svar Sjálfstæðisflokksins, dags. 4. apríl 2018.

Með tölvupósti PFS, dags. 6. febrúar 2018, var athugasemdum kvartanda komið á framfæri við Sjálfstæðisflokkinn, auk þess sem að PFS bar fram þá fyrirspurn við flokkinn hvort að einhver gögn væru því til stuðnings að kvartandi hafi skráð sig í flokkinn árið 2004 og símanúmerið sem hringt var í. Fyrirspurnin var síðan ítrekuð með tölvupósti, dags. 21. febrúar 2018.

Með bréfi, dags. 28. febrúar 2018, kallaði stofnunin eftir skráningargögnum kvartanda til athugunar með vísun í 2. málsl. 1. mgr. 5. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun. Samkvæmt ákvæðinu er einstaklingum og lögaðilum skylt að láta PFS í té allar upplýsingar og gögn sem stofnunin telur nauðsynleg. Þann 13. mars 2018 barst stofnuninni tölvupóstur þar sem flokkurinn óskaði eftir lengri frest til að finna umbeðin gögn. PFS framlengdi frestinn til 28. mars 2018.

Þann 5. apríl 2018 barst PFS síðan bréf frá flokknum, dags. 4. apríl 2018, en í skýringum flokksins varðandi aðildarskráningu kvartanda segir:

„Inntökubeiðnir í Sjálfstæðisflokkinn eru tvenns konar, rafrænar eða skriflegar. [...]“ ⁶

⁵ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁶ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

Stór hluti inntökubeiðna sem bárust flokknum árið 2004 og fyrr voru skriflegar. Þrátt fyrir umfangsmikla leit hefur inntökubeiðni frá kvartanda ekki fundist á skriflegu formi. [...] ⁷ Þó getur verið að hún sé til staðar þó ekki hafi tekist að finna hana þrátt fyrir ítarlega leit.“

Um athugasemd kvartanda, dags. 10. janúar 2018, um að hann hafi ekki verið með sama símanúmer árið 2004 þá segir í svörum flokksins:

„Eflaust er kvartandi m.a. að vísa til bréf Sjálfstæðisflokksins, dags. 19. desember 2017, til PFS þar sem að afstaða flokksins er útlistuð vegna kvörtunar kvartanda. Í því bréfi er ekki fullyrt að símanúmer kvartanda hafi verið gefið upp við skráningu í flokkinn. Þar er einungis vísað til þess að jafnan sé óskað eftir upplýsingum um símanúmer og netfang við skráningu í flokkinn.

Hvað varðar upplýsingar kvartanda um að hann notist ekki við sama símanúmer nú og hann gerði árið 2004 vill Sjálfstæðisflokkurinn upplýsa að reglulega berast flokknum beiðnir um það frá flokksmönnum, að þær upplýsingar sem varðveittar eru, og veittar voru t.a.m. við skráningu í flokkinn, séu uppfærðar. Nýjar upplýsingar eru þá skráðar í tölvukerfi flokksins og gömlum eytt. Ekki liggur fyrir hvort að kvartandi hafi á einhverjum tímapunkti farið fram á að upplýsingum um sig, í tölvukerfi flokksins, yrði breytt.“

Að lokum er útlistað í bréfinu hvernig úthringingum er háttað fyrir kosningar en þar segir:

„Þá er rétt að geta þess að úthringingar í aðdraganda kosninga eru liður í kosningabaráttu sem rekin er af hálfu flokksins fyrir hverjar kosningar. Tilgangur þeirra er sá að miðla upplýsingum til skráðra flokksmanna, svo sem um opnunartíma kjörstaða, stefnumál og fundi í viðkomandi bæjarfélagi þar sem flokksfólki gæfist tækifæri til að ræða við frambjóðendur sína og spyrja þá spurninga. Í aðdraganda síðastliðinna alþingiskosninga tóku fjölmargir sjálfboðaliðar þátt í úthringingum. [...] ⁸ Skrifstofan uppáleggur að sjálfboðaliðar hringi einungis í þau símanúmer sem séu á lista yfir skráða flokksmenn [...] ⁹ Ördugt er að þó að koma í veg fyrir að nokkur mistök eigi sér stað við úthringingar í aðdraganda kosninga.“

2.6 Athugasemdir kvartanda, dags. 5. apríl 2018.

Með tölvupósti PFS, dags. 5. apríl 2018, bauð stofnunin kvartanda að tjá sig um og koma að athugasemdum við bréf flokksins. Athugasemdir kvartanda bárust stofnuninni samdægurs en þar segir:

„Ég tel að málinu sé ekki lokið heldur vil að Sjálfstæðisflokkurinn viðurkenni að hafa brotið lög um fjarskipti sem finna má í 46 gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Ef Sjálfstæðisflokkurinn getur ekki viðurkennt það þá fer ég fram á að Póst- og fjarskiptastofnun úrskurði af eða á í þessu máli.

Enn fremur segir í skeyti kvartanda:

⁷ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁸ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁹ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

„Get ekki séð af lestri þessa bréfs að það sé gert heldur eru alls konar útúrslóningar eins og að hringingin sé talin vera frá Sjálfstæðisflokknum og að skráning mín hafi týnst. Líkt og ég hef sagt áður hef ég aldrei skráð mig í Sjálfstæðisflokkinn og tel það nú sannað miðað við að engin skráning er til hjá Sjálfstæðisflokknum. Hafna ég því öllum útúrslóningi er varðar að skráningu minni hafi mögulega verið eytt og því finnst hún ekki.“

2.7 Tölvupóstur PFS til Sjálfstæðisflokksins, dags. 5. og 18. apríl 2018.

Með tölvupóstum, dags. 5. apríl og 18. apríl 2018, var Sjálfstæðisflokkurinn upplýstur um viðbrögð kvartanda og um leið greindi PFS flokknum frá verklagsreglu stofnunarinnar vegna kvartana um óumbeðin fjarskipti, að komi fram viðurkenning á broti af hálfu þess aðila sem kvörtun beinist að, t.d. að mistök hafi verið gerð, sem ekki gefur tilefni til að ætla að efnislegur ágreiningur sé um að fjarskiptin hafi verið óumbeðin og ekki í samræmi við ákvæði laga lýkur máli þar með. PFS gaf Sjálfstæðisflokknum þar með kost á því að taka öll tvímæli af um að mistök hefðu átt sér stað við úthringingu og málinu lyki þar með. Að öðrum kosti væri það óhjákvæmilegt fyrir PFS að taka ákvörðun á grundvelli fyrirbyggjandi gagna. Svarefrestur var veittur til 25. apríl 2018.

2.8 Svar Sjálfstæðisflokksins, dags. 25. apríl 2018.

Með bréfi, dags. 25. apríl 2018, barst PFS svör Sjálfstæðisflokksins. Í bréfinu er vísað til viðbragða kvartanda og erindis PFS, dags. 5. apríl 2018, en í því segir m.a.:

„Svo vísað sé til bréf Sjálfstæðisflokksins, dags. 4. apríl 2018, þá útilokar Sjálfstæðisflokkurinn ekki að mistök hafi átt sér stað við úthringingar í tengslum við síðastliðnar alþingiskosningar. Eftir ítarlega skoðun telur Sjálfstæðisflokkurinn þó ekkert benda sérstaklega til þess að mistök hafi átt sér stað þó undirstrikað sé að það sé ekki útilokað.

Sjálfstæðisflokkurinn er stjórnmalaflokkur, þ.e. frjáls félagasamtök sem stofnuð eru um tiltekin stefnumál og skoðanir, en ein af forsendum lýðræðis er að frjáls starfsemi um stjórnmalaskoðanir fái að þrífast. Líkt og áður hefur komið fram stendur flokkurinn fyrir upplýsingamiðlun til skráðra flokksmanna í tengslum við kosningar. Fjölmarginir sjálfboðaliðar taka þátt í þeirri upplýsingamiðlun og ógjörningur er að halda utan um gjörðir allra þeirra sem aðstoða flokkinn hverju sinni. Flokkurinn leggur mikið upp úr því að eiga einungis samskipti við þá sem honum er heimilt að eiga samskipti við, eins og flokksbundna einstaklinga. Enda augljóst að það gagnast ekki stjórnmalaflokki að eiga óumbeðin samskipti við þá sem sérstaklega hafa óskað eftir því að eiga ekki í samskiptum við viðkomandi stjórnmalaflokk. Hafi mistök átt sér stað og upplýsingum verið miðlað til einhvers sem kosið hefði annað, er það miður.“

2.9 Bréf PFS til Sjálfstæðisflokksins, dags. 14. maí 2018.

Með bréfi PFS til Sjálfstæðisflokksins, dags. 14. maí 2018, greindi stofnunin frá því kvartandi hefði engar athugasemdir gert við sjónarmið flokksins, dags. 25. apríl 2018, en hefði krafðist þess að stofnunin tæki málið til efnislegrar úrlausnar.

Stofnunin vísaði til þess að með tölvupóstum, dags. 5. og 18. apríl 2018, var flokknum leiðbeint um þá verklagsregla PFS vegna kvartana um óumbeðin fjarskipti, að komi fram viðurkenning á broti af hálfu þess aðila sem kvörtun beinist að sem ekki gefur tilefni til að

ætla að efnislegur ágreiningur sé um að fjarskiptin hafi verið óumbeðin og ekki í samræmi við ákvæði laga lýkur máli þar með.

Í svörum flokksins, dags. 4. og 25. apríl, var það ekki útilokað að mistök geti hafa átt sér stað við úthringingar en þó væri ekki neitt sem að benti sérstaklega til þess. Það var þó áréttað að slíkt væri ekki útilokað og ef að mistök hefðu átt sér stað þá væri það miður. Ördugt væri að koma í veg fyrir það að nokkur mistök ættu sér stað við úthringingar í aðdraganda kosninga.

Í bréfi sínu ítrekaði PFS fyrri leiðbeiningar um verklag í kvörtunarmálum um óumbeðin fjarskipti og upplýsti að þar sem að Sjálfstæðisflokkurinn hafði ekki sýnt fram á, með óyggjandi hætti, að kvartandi hafi átt aðild að flokknum, gegn andmælum hans, né hafði flokkurinn viðurkennt brotið að þá taldi PFS óhjákvæmilegt annað en að taka ákvörðun í málinu byggða á fyrirbyggjandi gögnum, nema ef að flokkurinn framvísaði gögnum sem staðfestu aðild kvartanda að flokknum eða að fram kæmi ótvíræð viðurkenning á mistökum, þ.e. án skírskotunar til fyrirvara þar um, sbr. orðalagið um *að ekki sé hægt að útiloka að mistök hafi átt sér stað, þó svo að ekki sé neitt sem að bendi sérstaklega til þess, að mistök hafi átt sér stað.*

PFS taldi líka tilefni til að leiðbeina Sjálfstæðisflokknum um að allur mögulegur vafi um hvort mistök hafi átt sér stað er ekki túlkaður viðtakanda beinnar markaðssetningar í óhag, þ.e. sönnunarbyrðin um það að markaðssetningin uppfylli skilyrði laga hvílir á þeim aðila sem stóð fyrir markaðssetningunni. PFS veitti Sjálfstæðisflokknum lokafrest til 28. maí 2018 til að leggja fram viðeigandi gögn í samræmi við framangreint eða að koma framfæri afdráttarlausum skýringum sem gætu bundið enda á málið án formlegrar ákvörðunar. Stofnuninni barst ekki svar frá Sjálfstæðisflokknum innan tilskilins svarfrests.

III. Lagaumhverfi

3.1 Almenn

PFS 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., en þau koma aðeins til greina ef höfðað er sakamál vegna brota á lögnum.

Afskipti PFS af málum um óumbeðin fjarskipti hafa falist í því að uppfæra fyrirtæki um þær reglur sem gilda um óumbeðin fjarskipti og í þeim málum þar sem ágreiningur er uppi um hvort fjarskipti hafi verið í samræmi við 46. gr. laga um fjarskipti hefur PFS skorið úr um þeim ágreiningi með ákvörðun. Í því sambandi er m.a. höfð hliðsjón af 2. mgr. 10. gr. laga um PFS þar sem aðeins er gert ráð fyrir ákvörðun PFS ef ágreiningur er til staðar.

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.¹⁰

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 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 rafrænna skilaboða. Þá er að finna í 5. mgr. 46. gr. reglu er varðar notkun almennrar tal- og farsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu. Í ákvæðinu segir:

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

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

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

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

Peir 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 mannlegrar íhlutunar, símbréfataekjum, tölvupósti og rafrænum skilaboðum, í beinum markaðslegum tilgangi án fyrirfram samþykkis

¹⁰ 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.

áskrifenda. Þá er í 2. mgr. greinarinnar að finna þá undantekningu að aðila er heimilt að nota tölvupóstfang viðskiptavinar, sem viðkomandi fær upplýsingar 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. áður nefndrar tilskipunar nr. 2002/58/EB. Í 1. og 2. mgr. 13. gr. hennar er að finna bindandi fyrirsmáli 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 lýði 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 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.“

Ekki er í athugasemdum við frumvarp er varð að nógildandi 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. 46. gr. fjarskiptalaga 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 og fyrri úrlausnir PFS

Ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga nær eingöngu til fjarskipta sem varða markaðssetningu og afmarkast gildissvið ákvæðisins við túlkun á því hugtaki, en hvorki er að finna skilgreiningu á hugtakinu *bein markaðssetning* í íslenskum lögum né í framangreindri tilskipun nr. 2002/58/EB. Hugtakið hefur þó verið skilgreint með rúmum hætti bæði hér á landi og innan Evrópusambandsins. Fram kemur í álit, 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.¹¹

Á grundvelli framangreinds, og með hliðsjón af skilgreiningu hugtaksins bein markaðssókn í 28. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, komst PFS að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 22/2009,¹² 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 bregdist við þeim með tilteknum hætti, telst slíkt ekki vera bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Með þessari túlkun taldi stofnunin að verið væri að takmarka beitingu ákvæðisins við skilaboð sem sett eru fram í þágu beinnar markaðssetningar og krefst þar af leiðandi ekki að lagt sé mat á efnislegt innihalds skilaboðana, nema í undantekningartilvikum. 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.“

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

¹² Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 22/2009 í kvörtunarmáli um óumbeðin fjarskipti.

Þá hefur PFS í fjölmörgum nýlegum ákvörðunum 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 tölvupóstsendingu.

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 Símanum leit PFS 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 hagsmuni 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 PFS 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 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 PFS 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.

Jafnframt á hugtakið *bein markaðssetning* 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 stjórn málaflókka 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), 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 stjórn málaflokkar þyrftu einnig að fylgja þeim reglum sem tilgreindar eru í tilskipuninum.

IV.

Forsendur og niðurstaða

Ágreiningur í máli þessu lýtur að því hvort að brotið hafi verið gegn ákvæði 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þegar kvartanda barst símtal frá Sjálfstæðisflokknum í aðdraganda kosninga til Alþingis í október árið 2017. Símanúmer kvartanda er merkt með þeim hætti í símaskrá og þjóðskrá að gefið er til kynna að hann vilji ekki fá símtöl sem eru liður í markaðssetningu aðila. Kvartandi tjáði hringjanda að hann hefði aldrei skráð sig í flokkinn né gefið flokknum leyfi til að hringja í sig. Í kjölfar símtals var gengið frá afskráningu kvartanda úr flokknum.

Áður hefur verið rakið að bein markaðssetning geti falið í sér að koma á framfæri og kynna hlutverk, hugmyndir og starfsemi aðila, svo sem þegar stjórn málaflokkar setja sig í samband við einstaklinga til að kynna sjónarmið sín eða óska eftir stuðningi hvort heldur sé með kosningu eða styrk. Í svörum Sjálfstæðisflokksins kemur fram að símtalið var liður í kosningabaráttu flokksins og tilgangur þess að koma á framfæri upplýsingum til skráðra flokksmanna um atriði líkt og frambjóðendur, stefnumál og framboðsfundi. Flokkurinn hefur ekki mótmælt því að um hafi verið að ræða markaðssetningu í skilningi 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Að mati PFS er því ljóst að þessi upplýsingamiðlun flokksins telst vera bein markaðssetning í skilningi ákvæðisins.

Í málinu hefur verið tekist á um það hvort að kvartandi hafi verið skráður í flokkinn þegar símtalið átti sér stað. Kvartandi tekur fram í kvörtun til PFS að hann hafi aldrei skráð sig í flokkinn né hafi hann gefið leyfi fyrir því að flokkurinn hringdi í hann. Þessu hefur kvartandi haldið staðfastlega fram í öllum samskiptum sínum við PFS. Sjálfstæðisflokkurinn hefur haldið því fram fjarskiptin hafi verið í samræmi við 46. gr. fjarskiptalaga því kvartandi var skráður flokksmaður og því til stuðnings vísar flokkurinn í úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 6/2015.¹³ Flokkurinn greinir einnig frá í svörum sínum að lagt sé mikið upp úr því að eiga einungis samskipti við þá sem honum er heimilt að eiga samskipti við, eins og flokksbundna einstaklinga.

PFS óskaði ítrekað eftir gögnum frá Sjálfstæðisflokknum sem renndu stoðum undir það að kvartandi hafi gengið í flokkinn árið 2004. Flokkurinn fékk rúman tíma til þess að framvísa gögnum en að endingu barst PFS bréf frá flokknum þar sem fram kemur að þrátt fyrir ítarlega leit hefði inntökubeiðni kvartanda ekki fundist, hvorki á skriflegu né rafrænu formi. [...] ¹⁴ Í svörum flokksins kemur einnig fram að ekki sé loku fyrir það skotið að um mistök hefði verið að ræða en þó væri ekki neitt sem benti sérstaklega til þess að mistök hafi átt sér stað.

¹³ Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 6/2015 – Kæra Sjálfstæðisflokksins á ákvörðun PFS nr. 13/2015.

¹⁴ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

Út frá skýru orðalagi 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga er ljóst að sá sem hyggst nýta sér almenna tal- eða farsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu skuli virða merkingu í símaskrá sem gefur til kynna að viðkomandi áskrifandi vilji ekki slíkar símhringingar í símanúmer sitt. Ákvæðið er óundanþægt, þ.e. ekki er að finna í lögum undanþágur frá ákvæðinu. Aftur á móti má ætla, líkt og fram kemur í ákvörðun PFS nr. 13/2015 um óumbeðin fjarskipti Sjálfstæðisflokksins, 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 kýs sjálfur að fá markaðssímtöl frá. Verður það þó að byggja á skýru samþykki viðkomandi til ákveðins aðila sem jafnframt ber þá sönnunarbyrði fyrir öflun slíks samþykkis.

Að mati PFS verður að gera þá lágmarkskröfu til aðila sem stunda markaðssetningu sína í formi fjarskiptasendinga að þeir varðveiti samþykki móttakanda sem þeir byggja rétt sinn til sendingarinnar á. Getur slíkur aðili ekki vísað til þess að gögn finnist ekki eða að ætlað samþykki fyrir upplýsingamiðlun hafi hugsanlega glatast, og með þeim hætti réttlætt fjarskipti sem lagt er bann við, sbr. 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Kvartandi getur ekki borið hallann af því að aðili sem stundar markaðssetningu sína geti ekki sýnt fram á að sérstöku samþykki hafi verið aflað um móttöku fjarskiptanna, t.d. með gögnum um flokksaðild kvartanda sem mögulega gæti verið grundvöllur slíks samþykkis. Það er því niðurstaða PFS að Sjálfstæðisflokkurinn hafi brotið gegn 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga með því að hringja í bannmerkt símanúmer kvartanda í október árið 2017.

Ákvörðunarorð

Sjálfstæðisflokkurinn braut gegn 5. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 þegar hann hringdi í símanúmerið [...] ¹⁵, sem [...] ¹⁶ er réttihafi að í aðdraganda alþingiskosninga í október árið 2017.

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

Reykjavík, 12. júní 2018

Hrafnkell V. Gíslason

Arnar Stefánsson

¹⁵ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

¹⁶ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.