



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 19/2013

Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Símans hf.

I.

Erindið

Þann 30. nóvember 2012 barst Póst- og fjarskiptastofnun tölvupóstur frá [...].¹ Efnislína tölvupóstsins var „*Langar þig í Samsung Galaxy SIII?*“. Sökum efnislínu tölvupóstsins og þess að ekki var notast við rafrænt kvörtunarform á heimasíðu stofnunarinnar láðist að stofna mál í málaskrá stofnunarinnar. Eftir athugun af hálfu kvartanda í mars sl. var kvörtunin skráð í málaskrá og tekin til efnismeðferðar.

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun

Framangreindur tölvupóstur kvartanda innihélt kvörtun um óumbeðin fjarskipti Símans hf. í formi tölvupósts frá félaginu á tölvupóstfang kvartanda, [...], þann 30. nóvember 2012. Meðfylgjandi tölvupósti kvartanda var tölvupóstur Símans hf. sem bar tilvitnaða efnislínu, þ.e. „*Langar þig í Samsung Galazy SIII?*“, og bauð kvartanda að skrá sig í netklúbb Símans hf.

Í kvörtuninni kemur fram að kvartandi kannist ekki við að hafa skráð tölvupóstfang hjá Símanum hf. á þeim tíma sem tölvupósturinn var sendur. Þá kemur fram að kvartandi hafi ekki „*... dreift því netfangi sem sent var til [...] í fleiri ár né notað það við skráningu fyrir nýrri þjónustu.*“

¹ Nafn og tölvupóstfang kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

Telur kvartandi að Símanum hf. hafi verið óheimilt að nota tölvupóstfang hans til beinnar markaðssetningar. Hann hafi verið hættur viðskiptum við Símann hf. og því hafi félaginu brostið forsendur að nota tölvupóstfang hans fyrir beina markaðssetningu og falli málsatvik því ekki undir 2. mgr. ákvæðisins. Óskaði kvartandi að Póst- og fjarskiptastofnun úrskurði um málið.

2.2 Svar Símans hf., dags. 10. apríl sl.

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 25. mars sl., óskaði stofnunin eftir athugasemdum Símans hf. við innkomna kvörtun. Stofnuninni barst tölvupóstur frá félaginu þann 10. apríl sl. þar sem fram kemur að félagið telji að útsending og formið á tölvupóstinum hafi verið í samræmi við ákvæði laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga og ákvæði laga um fjarskipti. Umrætt tölvupóstfang hafi verið skráð í viðskiptamannaskrá Símans hf. þegar kvartandi varð viðskiptavinur félagsins. Þá segir í tölvupóstinum að í hinum útsenda tölvupósti komi fram hvaðan upplýsingarnar eru sem og að fram komi hvernig móttakandi getur óskað eftir að pósthfang hans verði afskráð.

Eins segir í svari Símans hf. að hinn útsendi tölvupóstur hafi falið „ ... í sér boð til þeirra sem eru í viðskiptamannaskrá Símans um að skrá sig í netklúbb Símans“ og er lögð áhersla á að tekið var fram að móttakendur gátu óskað eftir að vera teknir af útsendingarlista.

Að lokum kemur fram í svari Símans hf. að þótt kvartandi hafi ekki með beinum hætti óskað eftir að vera fjarlægður af listanum skilji félagið það sem svo að hann óski ekki eftir að fá frekari tölvupóstsendingar og hafi því fjarlægt hann af umræddum lista.

2.3 Athugasemdir kvartanda, dags. 12. apríl sl.

Með bréfi, dags. 12. apríl sl., bauð Póst- og fjarskiptastofnun kvartanda að setja fram athugasemdir sínar við svarbréf Símans hf. Samdægurs barst stofnuninni tölvupóstur frá kvartanda þar sem kvartandi áréttar það sem fram kom í upphaflegri kvörtun, þ.e. að hann sé ekki viðskiptavinur Símans hf. Þá segir að í svari Símans hf. segi að byggt hafi verið á viðskiptamannaskrá félagsins. Telur kvartandi slíkt ekki geta talist fullnægjandi með hliðsjón af þeirri staðreynd að hann er ekki viðskiptavinur félagsins sem og að forsendur fyrir slíkri mögulegri heimild hafi horfið þegar hann hætti viðskiptum við fyrirtækið. Þá segir að ef 2. mgr. 46. gr. á við um tölvupóstsendingu Símans hf. sé áskilið í greininni að viðskiptavinum sé gefinn kostur á andmælum þegar skráning á sér stað. Telur kvartandi að Síminn hf. skuli bera sönnunarbyrðina á að kvartandi hafi átt að vita af mögulegri beinni markaðssetningu við skráningu tölvupóstfangsins eða heimilað hana fyrir fram.

Þá óskar kvartandi á ný að Póst- og fjarskiptastofnun úrskurði um málið og beiti viðurlögum fjarskiptalaga eftir því sem við á.

2.4 Svar Símans hf., dags. 7. maí sl.

Póst- og fjarskiptastofnun óskaði athugasemda Símans hf. við framangreind viðbrögð kvartanda, sbr. bréf stofnunarinnar frá 15. apríl sl. Í tölvupósti frá Símanum hf., dags. 7. maí sl., er áréttað að kvartandi hafi verið viðskiptavinur félagsins þegar umræddur tölvupóstur hafi verið sendur. Enn fremur segir að „ ... [t]il áréttingar þá skal það tekið fram að eins og fram

*kom í póstinum sem Síminn sendi PFS, þá var um að ræða tölvupóst þar sem viðskiptavinur Símans var **boðið** að skrá sig í netklúbb Símans.*“

Er jafnframt fullyrt að kvartandi sé viðskiptavinur Símans hf. og að eftir því sem best verður komist var tölvupóstfang hans aflað þegar hann keypti þjónustu hjá Símanum hf. um 2006, þó mögulega fyrr. Langt sé þó um liðið og því liggi ekki fyrir hvenær nákvæmlega kvartandi gaf upp tölvupóstfangið. Þá segir einnig að ekki liggi fyrir upplýsingar um hvernig samþykki var háttað enda um sjö ár síðan hann kom í viðskipti við Símann hf. en mögulega hafi tölvupóstfang verið gefið upp fyrr. Síminn hf. tekur fram að félagið hafi ekki getað komist yfir tölvupóstfang kvartanda nema hann hafi gefið það upp á sínum tíma.

Í svari Símans hf. segir jafnframt að félaginu telji sér heimilt að senda tölvupóst til þeirra sem eru á viðskiptamannaskrá félagsins og leita eftir samþykki þeirra fyrir því að skrá sig í netklúbb Símans. Þá segir að „ ... [tölvupósturinn sem var sendur fól í sér að verið [var] að leita eftir samþykki og þarf viðkomandi að skrá sig í klúbbinn. Ekki var um beina markaðssetningu á þjónustu Símans að ræða, þ.e. beina sókn að einstaklingi í því skyni að selja honum vöru eða þjónustu.“

Segir Síminn hf. að formskilyrði laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga sem og laga um fjarskipti hafi verið uppfyllt þar sem tekið var fram að móttakandi gæti tekið sig af umræddum lista eins og fram hafi komið í fyrra svari félagsins. Þeir sem svo ákváðu að skrá sig í netklúbbinn hafi svo fengið tölvupósta sem fela í sér markaðssetningu á vörum eða þjónustu en það hafi einungis verið einstaklingar sem samþykkt höfðu að fá slíkan tölvupóst með því að skrá sig í netklúbbinn, enda þá um ótvírætt samþykki að ræða.

2.5 Svar kvartanda, dags. 23. maí sl.

Póst- og fjarskiptastofnun bauð kvartanda að tjá sig um svar Símans hf., sbr. bréf stofnunarinnar, dags. 23. maí sl. Með tölvupósti þann sama dag mótmælti kvartandi á ný að hafa verið viðskiptavinur Símans hf. þegar umræddur tölvupóstur var sendur.

Þá mótmælir kvartandi enn fremur þeirri fullyrðingu Símans hf. að ekki sé um beina markaðssetningu að ræða. Telur kvartandi að það liggi fyrir að félagið var að auglýsa þjónustu sem það veitir, þ.e. netklúbb Símans hf. Þó ekki sé um að ræða þjónustu sem að greiða þarf fyrir er það álit kvartanda að slík þjónusta fall samt sem áður undir gildissvið laganna. Netklúbbur Símans hf. „ ... sé í skilningi lagagreinarinnar póstlisti sem síðan er notaður til að senda sjálfvirka tölvupósta.“ Að mati kvartanda myndi það orka tvímælis ef slíkt myndi ekki falla undir gildissvið 46. gr. fjarskiptalaga. Þá sé augljóst að aðaltilgangur netklúbbsins sé bein markaðssetning og telur kvartandi að slíkar tilkynningar ættu einnig að teljast til beinnar markaðssetningar gangi þær eins langt og umræddur tölvupóstur gerir, enda sé þar auglýst dæmi um tilboð sem meðlimir netklúbbsins eiga kost á. Þá hafi jafnframt verið um að ræða útdráttarverðlaun fyrir þá er skráðu sig í klúbbinn.

Því næst fjallar kvartandi um meint samþykki hans fyrir móttöku tölvupósta. Í svarinu segir:

„Hvernig ætluðu samþykki var háttað skiptir máli í vörn Símans og ætti það ekki að teljast Símanum til framdráttar að skráning hafi átt sér stað fyrir lögnu síðan.

Netfangið hefði þess vegna getað verið aflað í þeim tilgangi að ná sambandi við undirritað vegna þjónustutilkynninga eða annarra samskipta sem komu keyptri þjónustu beint við. Telur undirritaður að án samþykkis um beina markaðssetningu hafi Símanum verið óheimilt að senda tölvupóst þar sem Netklúbbur hans var auglýstur. Þar til annað kemur í ljóst ætti PFS að túlka svo að samþykki undirritaðs liggi ekki fyrir beinni markaðssetningu, enda ætti Síminn að bera sönnunarbyrðina á því að slíkt samþykki liggi fyrir og að það hafi verið fengið með lögmætum hætti. Síminn hafði einnig skyldu á þeim tíma til að haga skráningu í fullu samræmi við þágildandi útgáfu 46. gr. fjarskiptalaga, sem eru að mestu óbreytt frá þeim tíma, og gat því búist við því að þurfa að svara fyrir efasemdir um réttmæti einstakra skráninga. Telur undirritaður að yfirlýsingar um verklagsreglur eða aðra starfshætti ekki duga í slíkum tilvikum.“

Að lokum kemur fram í svari kvartanda að hann gefi Póst- og fjarskiptastofnun heimild til að fá frá Símanum hf. þau skjöl þar sem meint samþykki á að koma fram, að uppfylltum trúnaðarákvæðum laga. Þá sé hann tilbúinn að íhuga beiðnir fyrir öflun annarra skjala.

2.6 Svar Símans hf., dags. 20. júní sl.

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 5. júní sl., bauð stofnunin Símanum hf. að tjá sig um og koma að athugasemdum félagsins við svarbréf kvartanda frá 23. maí sl. Þar sem ágreiningur var á meðal málsaðila hvort kvartandi hafi verið viðskiptavinur Símans hf. þegar umræddur tölvupóstur var sendur óskaði stofnunin eftir upplýsingum um hvenær kvartandi hafi verið í viðskiptum við Símann hf. og hvort hann hafi verið viðskiptavinur félagsins þann 30. nóvember 2012 þegar umþrættur tölvupóstur var sendur af Símanum hf. Eins óskaði stofnunin eftir upplýsingum með hvaða hætti samþykki kvartanda, um að heimilt væri að senda á hann tölvupóst í beinni markaðssetningu, hafi verið aflað.

Póst- og fjarskiptastofnun barst tölvupóstur frá Símanum hf. þann 20. júní sl. þar sem vísað er til fyrri tölvupósta Símans hf. er varðar fyrirspurn Póst- og fjarskiptastofnunar um samþykki kvartanda. Eins er í svarbréfinu áréttað að ekki hafi verið um beina markaðssetningu að ræða „ ... heldur var verið að óska eftir samþykki fyrir því að viðskiptavinir yrð[u] skráðir í netklúbb Símans.“ Segir að framsetningin hafi verið með þeim hætti að viðskiptavinurinn þurfti að skrá sig sérstaklega og þar með samþykkja að skrá sig í umræddan netklúbb. Síðar sé svo sendur markpóstur til þeirra sem sérstaklega höfðu skráð sig í netklúbbinn.

Hvað varðar um viðskiptatengsl Símans hf. og kvartanda kemur fram að kvartandi hafi komið í viðskipti vegna heimasíma þann 18. febrúar 2012 og sé enn í slíkum viðskiptum. Eins hafi hann komið í viðskipti vegna internets í febrúar 2013. Meðfylgjandi svari Símans hf. var reikningur sem sendur var fyrir heimasíma vegna notkunar í nóvember 2012.

2.7 Svar kvartanda, dags. 26. júní sl.

Með bréfi, dags. 26. júní sl., bauð Póst- og fjarskiptastofnun kvartanda að koma að athugasemdum sínum við tölvupóst Símans hf. frá 20. júní sl. Þann sama dag barst stofnuninni tölvupóstur frá kvartanda þar sem hann kveðst hafa gleymt að hafa verið í viðskiptum við Símann hf. vegna heimasíma og leiðrétti hann þann hluta kvörtunarinnar og viðurkennir að hafa verið viðskiptavinur Símans hf. þann 30. nóvember 2012, þegar

tölvupóstur Símans hf. var sendur á tölvupóstfang hans. Aftur á móti segir kvartandi að ekki liggi fyrir gögn um ætlað samþykki hans og biður hann eftir að Síminn hf. leggi þau fram.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar hefur Síminn hf. svarað þeim lið málsins er lýtur að meintu samþykki kvartanda og ákvað stofnunin því að taka málið til ákvörðunar á grundvelli framkominna gagna.

III. Lagaumhverfi

3.1 Almenn

Póst- og fjarskiptastofnun er sú stofnun sem með lögum hefur verið falið að annast framkvæmd laga um fjarskipti og hafa eftirlit með fjarskiptum, sbr. 1. mgr. 1. gr. og 1. tl. 1. mgr. 3. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Samkvæmt 10. gr. sömu laga skal stofnunin láta kvörtun neytenda til sín taka ef fjarskiptafyrirtæki brýtur gegn skyldum sínum samkvæmt lögum um fjarskipti eða gegn skilyrðum sem mælt er fyrir um í almennum heimildum, réttindum eða í rekstrarleyfi.

Þrátt fyrir að ákvæði 10. gr. laganna vísi til þess að stofnunin leysi aðeins úr ágreiningi neytenda við fjarskiptafyrirtæki eða póstrekendur hefur stofnunin tekið til meðferðar kvartanir 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 eru 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 varða 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 viðskiptavinur 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.“

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 mannglegrar 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 upplýsingur 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 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 þeirra áskrifenda nema sem hafa veitt samþykki fyrir slíkum sendingum líkt og að framan greinir.

3.3 Gildissvið 46. gr. fjarskiptalaga

Í máli þessu reynir 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 framagreiðri tilskipun nr. 2002/58/EB þá hefur hugtakið verið skilgreint með rúmum hætti. Kemur fram í í álit nr. 5/2004 fyrrgreinds 29. gr. starfshóps að samkvæmt 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB nái hugtakið yfir hvers kyns markaðsátaks, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórnmálaflokka.² 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, símbref, símtöl o.fl., er varða hvers kyns auglýsingar eða markaðsefni, sem sent er af markaðsaðila, eða fyrir hans hönd, og sem sérstaklega er beint að einstaklingum.³

Á grundvelli framangreinds, og með hliðsjón af skilgreiningu hugtaksins bein markaðssókn í 28. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, komst Póst- og fjarskiptastofnun að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 22/2009, 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 lokamálsl. 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 einhvers til af viðtakanda fjarskiptanna, þ.e. hvort að markmið þeirra sé að fá hann til að skuldbinda sig með einhverjum hætti. Hafi efni þeirra hvorki að geyma boð um kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu, né að ráða megi af efni þeirra að ætlast sé til þess að viðtakandi bregðist við þeim með tilteknum hætti, telst slíkt ekki vera bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Með þessari túlkun taldi stofnunin að verið væri að takmarka beitingu ákvæðisins við skilaboð sem sett eru fram í þágu beinnar markaðssetningar og krefst þar af leiðandi ekki að lagt sé mat á efnislegt innihalds skilaboðana, nema í undantekningartilvikum. Heldur er nægjanlegt að leggja mat á hvort að fjarskiptasendingum hafi verið sett fram í markaðslegum tilgangi.

² Opinion 5/2004 on unsolicited communication for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls 7.

³ Opinion 3/2003 on the European code of conduct of FEDMA for the use of personal data in direct marketing frá 13. júní 2003. Siðareglunarna, European Code of Practice for the use of personal data in direct marketing, má finna á eftirfarandi slóð: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2003/wp77-annex_en.pdf. (e. *The communication by whatever means (including but not limited to mail, fax, telephone, on-line services etc...) of any advertising or marketing material, which is carried out by the Direct Marketer itself or on its behalf and which is directed to particular individuals.*)

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.“⁴

3.4 Undanþáguákvæði 1. og 2. mgr. 46. gr.

Líkt og áður segir er í 3. mgr. ákvæðisins lagt bann við fjarskipti í formi beinnar markaðssetningar nema móttakandi hafi óskað 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.

Í athugasemdum við frumvarp til fjarskiptalaga segir um 2. mgr. 46. gr. laganna að með undanþágunni er heimilað „ ... að nota tölvupóstfang viðskiptavinar, sem viðkomandi fær upplýsingar um í sambandi við sölu á afurðum eða þjónustu, til þess að markaðssetja eigin afurðir eða þjónustu en það skilyrði er sett að viðskiptavinur hafi tækifæri til að andmæla slíkri notkun á auðveldan hátt og þeim að kostnaðarlausu. Möguleikar til andmæla skulu vera fyrir hendi bæði þegar skráning tölvupóstfangs fer fram og í hvert sinn sem tölvupóstur er sendur, þ.e. hafi áskrifandinn ekki neitað um samþykki þegar tölvupóstfang hans var skráð.“

Ákvæðið byggir á 2. mgr. 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/ESB. Í 41. lið inngangsorða tilskipunarinnar er varpað nánara ljósi á um hvað felst í ákvæðinu. Þar segir m.a.:

„Að því er varðar tengsl við viðskiptavini, sem þegar eru fyrir hendi, er sanngjarnt að heimila notkun tölvupóstfanga til að bjóða svipaðar vörur eða þjónustu, en einungis af hálfu sama fyrirtækis og aflaði rafrænu upplýsinganna í samræmi við tilskipun 95/46/ESB.“

Í títtnefndu álit 29. gr. starfshópsins nr. 5/2004, er áréttað að um undanþágu sé að ræða sem túlka skuli þröngt. Þá segir í álitinu að í fyrsta lagi á undanþágan einungis við um viðskiptavini þess sem sendir út tölvupóstinn enda hafa upplýsingar um tölvupóstfang viðskiptavinar fengist við sölu á vöru eða þjónustu og í samræmi við ákvæði tilskipunar 95/46/EB, sem m.a. setur það skilyrði að upplýsingar um tilgang skráningarinnar séu veittar. Telja verður, að mati PFS, að það séu til að mynda upplýsingar um að tölvupóstfangið verði notað fyrir beina markaðssetningu. Þá telur starfshópurinn að jafnframt verði að líta til þess tíma sem liðinn er frá því samþykki var gefið og þar til tölvupóstur er sendur á umrætt tölvupóstfang. Í öðru lagi á undanþáguákvæðið einungis við ef sami einstaklingur eða lögaðili og safnaði upplýsingunum sendir tölvupósta fyrir beina markaðssetningu. Tekur starfshópurinn sem dæmi að móður- og dótturfélög geti ekki talist sami aðili. Í þriðja lagi þá

⁴ Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 5/2010.

er ákvæðið bundið við að sambærilegar vörur eða þjónusta sé markaðssett. Viðurkennir starfshópurinn að erfitt geti verið að skilgreina hvað sé sambærileg vara eða þjónusta en ætti þó að vera metið á grundvelli réttmætra væntinga móttakanda fremur en viðhorfi sendanda tölvupóstsins. Þá áréttar starfshópurinn að bjóða þurfi viðskiptavinum upp á að skrá sig af hlutaðeigandi lista yfir að fá tölvupóstsendingar.⁵

Vísað er til orðsins *samþykkis* í athugasemdum frumvarpsins sem og má sjá augljósa tengingu við tilvitnuð inngangsorð tilskipunarinnar og álit starfshópsins á hugtakinu. En þótt í máli þessu reyni ekki með beinum hætti á hvernig samþykki samkvæmt 1. mgr. 46. gr. er skilgreint tengist það aftur á móti túlkun 2. mgr. ákvæðisins, sbr. áður nefnt álit starfshópsins. Verður því gerð grein fyrir hvað felst í *samþykki* samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins.

Ekki er í fjarskiptalögum að finna skilgreiningu á hvað telst vera samþykki í skilningi 1. mgr. 46. gr. en í 40. lið inngangsorða tilskipunarinnar kemur þó fram að réttlætandi sé að krefjast þess að afdráttarlaust fyrirfram samþykki viðtakanda sé fengið áður en fjarskiptasendingar fyrir beina markaðssetningu eru sendar til hans. Í f -lið 2. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar segir enn fremur að samþykki notanda eða áskrifanda samsvari samþykki skráðs aðila í tilskipun nr. 95/46/EB, sbr. og 17. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB. Í 7. 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 áður nefndu álit 29. gr. starfshópsins 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 tilskipunarinnar að senda út tölvupóst til að óska samþykkis móttakanda þeirra fyrir að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu.⁶ Þá telst það heldur ekki í samræmi við skilgreiningu á samþykki að einstaklingur gefi einungis í skyn að fá slíkan tölvupóst, sér í lagi þegar skilgreiningin kveður á um að 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.⁷⁸ Er þetta jafnframt áréttað álit hópsins nr. 15/2011, þar sem m.a. kemur fram að svo að samþykki teljist uppfylla kröfur tilskipunar

⁵ Sjá neðanmálsgrein 1. Bls. 9.

⁶ Sjá neðanmálsgrein 1. Bls. 5 (*e. ... it would not be compatible with Article 13 of Directive 2002/58/EC simply to ask, by a general email sent to recipients, their consent to receive marketing e-mails, because of the requirement that the purpose be legitimate, explicit and specific.*)

⁷ Sjá neðanmálsgrein 1. 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.*)

⁸ Sjá einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 11/2013, um kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Wow Air ehf.

95/46/EB, verði samþykkið að fela í sér ákveðna athöfn af hálfu hlutaðeigandi svo það teljist vera ótvírætt.⁹

IV.

Forsendur og niðurstaða

Í máli þessu er í fyrsta lagi deilt um það hvort að umræddur tölvupóstur sem Síminn hf. sendi á tölvupóstfang kvartanda þann 30. nóvember 2012 geti talist vera bein markaðssetning. Er hér um grundvallaratriði að ræða enda falla tölvupóstsendingar sem ekki teljast vera bein markaðssetning ekki undir ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga.

Í svörum Símans hf. hefur staðfastlega verið haldið fram að tölvupósturinn teljist ekki vera bein markaðssetning þar sem um hafi verið að ræða *boð* til *viðskiptavina félagsins* um að skrá sig í netklúbb þess en ekki sala eða kynning á vöru eða þjónustu. Þeir viðskiptavinir sem sérstaklega samþykktu það boð hafi svo fengið senda tölvupósta frá Símanum hf. sem í fólust bein markaðssetning á vöru og/eða þjónustu. Á þetta sjónarmið getur Póst- og fjarskiptastofnun ekki fallist. Líkt og framan greinir hefur títtnefndur 29. gr. starfshópur skýrlega tekið afstöðu til þess að almenn sending tölvupósta til einstaklinga með slíkum boðum geti ekki talist í samræmi við ákvæði tilskipunar 2002/58/EC. Þá hefur hugtakið bein markaðssetning verið túlkað rúmt í ákvörðunum stofnunarinnar, sbr. ákvörðun hennar nr. 22/2009, sbr. einnig ákvarðanir nr. 11/2013 og 13/2013, og það talið ná til hvers konar markaðsátaks eða þegar tölvupóstur er sendur í markaðslegum tilgangi. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er ljóst að um var að ræða sókn að einstaklingi þar sem markmiðið var að fá viðkomandi til að aðhafast, þ.e. að samþykkja að fara í netklúbb félagsins sem í sjálfu sér felur í sér boð um kynningu eða sölu á vörum og þjónustu. Sjálf yfirskrift tölvupóstsins, þ.e. „*Langar þig í Samsung Galaxy SIII?*“ styður þá niðurstöðu að um sé að ræða boð eða kynningu á vöru eða þjónustu. Verður því ekki komist að annarri niðurstöðu en að umþrættur tölvupóstur falli undir hugtakið bein markaðssetning í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga. Póst- og fjarskiptastofnun áréttar að túlkun á hugtakinu og mat á því hvort að umræddur tölvupóstur teljist bein markaðssetning getur með engu móti ráðist af því hver er móttakandi hans eða hvort hann falli undir undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr., enda kemur undanþáguákvæðið einungis til skoðunar ef um beina markaðssetningu er að ræða.

Tekist hefur verið á um það í málinu hvort tölvupósturinn falli undir undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr. þar sem kvartandi var viðskiptavinur Símans hf. þegar tölvupósturinn var sendur. Gögn málsins styðja að kvartandi hafi verið viðskiptavinur félagsins á umræddu tímamarki líkt og kvartandi viðurkennir, sbr. tölvupóst hans frá 20. júní sl.

Hins vegar þarf að skoða hvort samþykkis hafi réttilega verð aflað og það uppfylli viðeigandi formskilyrði. Fram hefur komið í svörum Símans hf. að ekki liggi fyrir skýrar upplýsingar um hvenær tölvupóstfangs kvartanda var aflað þó líklegast sé að það hafi gerst þegar kvartandi varð viðskiptavinur félagsins árið 2006. Þó er ekki útilokað að það hafi verið fyrr. Enn fremur hefur ítrekað komið fram í svörum Símans hf. að ekki liggi fyrir um hvernig samþykki var háttað enda a.m.k. sjö ár síðan að tölvupóstfang kvartanda var skráð. En það eitt að

⁹ Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25.

tölvupóstfangs kvartanda verði ekki aflað nema frá honum sjálfum, líkt og Síminn hf. bendir á, hefur enga þýðingu í þessu sambandi. Þá hefur komið fram í málatilbúnaði kvartanda að hann hafi ekki veitt samþykki sitt fyrir því að fá sendar á tölvupóstfangið sendingar fyrir beina markaðssetningu og hefur ítrekað óskað eftir að Síminn hf. leggi gögn um annað fram. Telur kvartandi að hann hafi mögulega gefið upp tölvupóstfangið í þeim tilgangi að félagið gæti haft samband við hann vegna þeirra viðskipta sem hann var að stofna til á sínum tíma.

Við úrlausn þessa máls ber í fyrstu að hafa í huga að um er að ræða túlkun á undanþáguákvæði frá banni við að senda tölvupóstsendingar í markaðslegum tilgangi án upplýsts samþykkis móttakanda. Slíku banni er ætlað að vernda friðhelgi og einkalíf einstaklinga sem teljast til grundvallarmannréttinda. Samkvæmt almennum lögskýringarreglum ber að túlka undanþáguákvæði þröngt. Hefur það jafnframt komið fram, og áður hefur verið rakið, að títtnefndur starfshópsins hefur tilgreint þau sjónarmið sem taka verði mið af við túlkun á ákvæðinu. Verður tölvupóstsending að koma frá sama aðila og aflaði tölvupóstfangs móttakanda við sölu á vöru eða þjónustu líkt og á við í þessu máli. Þá verður móttakandi tölvupóstsendingarinnar að vera viðskiptavinur sendanda, sem og að hann hafi, þegar skráning tölvupóstfangsins fór fram við sölu, verið upplýstur um að tilgangur skráningarinnar hafi m.a. verið fyrir sendingar fyrir beina markaðssetningu og honum veittur kostur á að andmæla slíkri notkun tölvupóstfangsins. Þá hefur starfshópurinn sérstaklega bent á að taka verið tillit til þess tíma sem liðinn er frá skráningu tölvupóstfangs og þar til tölvupósturinn er síðan sendur á umrætt netfang.

Ljóst er að talsvert er um liðið frá því skráning tölvupóstfangs kvartanda átti sér stað, þ.e. a.m.k. fyrir sjö árum síðan. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar kemur það þó ekki í veg fyrir ábyrgð Símans hf. að geta sýnt fram á að félagið hafi haft fullnægjandi samþykki kvartanda fyrir að senda tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á kvartanda, þ.e. að kvartanda hafi verið ljóst þegar tölvupóstfangið var skráð að tilgangur skráningarinnar væri, eingöngu eða meðal annars, að fá sendingar fyrir beina markaðssetningu og honum gert mögulegt að andmæla slíkri notkun þess.

Af gögnum málsins má sjá að kvartandi telur sig ekki hafa veitt samþykki sitt fyrir sendingum fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang sitt þegar skráning á því fór fram hjá Símanum hf. Af því einu má ætla að hann hafi ekki verið upplýstur um hver tilgangur skráningarinnar hafi verið og af þeim sökum ekki getað andmælt, við skráningu þess, sendingu tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang sitt líkt og ákvæði 2. mgr. 46. gr. gerir kröfu um. Síminn hf. hefur ekki lagt fram gögn sem sýna fram á hið gagnstæða heldur aftur á móti vísað til þess að langur tími sé liðinn frá skráningu tölvupóstfangsins í þeim tilgangi að réttlæta sendinguna.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar verður að gera þá lágmarkskröfu til aðila sem stunda markaðsstarf sitt með í formi fjarskiptasendinga af þessu tagi að þeir hafi varðveiti samþykki móttakanda sem þeir byggja rétt sinn á sendingunni á. Getur slíkur aðili ekki vísað til þess að langur tími sé liðinn frá skráningu netfangs eða ætluðu samþykki og með þeim hætti réttlætt sendingu sem annars er lagt bann við, sbr. 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Að mati Póst- og

fjarskiptastofnunar getur kvartandi ekki borið hallan af því að Síminn hf. geti ekki sýnt fram á þá heimild sem félagið byggir tölvupóstsendinguna á.

Þá hefur 29. gr. starfshópurinn enn fremur sett fram að við túlkun ákvæðisins verð að líta til þess tíma sem liðinn er frá skráningu tölvupóstfangsins. Styrkir það þá túlkun stofnunarinnar að því lengra sem liðið er frá skráningu tölvupóstfangs því veikari verður grundvöllur fjarskiptasendinga fyrir beina markaðssetningu, sér í lagi er óljóst þykir eða engin gögn lögð fram um að samþykki hafi verið aflað með réttmætum hætti. Verður því ekki, að mati Póst- og fjarskiptastofnunar, komist að annarri niðurstöðu í þessu máli að Síminn hf. hafi brotið í bága við ákvæði 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þegar það sendi tölvupóst til kvartanda þann 30. nóvember 2012 og bauð honum að skrá sig í netklúbb félagsins þar sem hvorki lá fyrir upplýst samþykki kvartanda fyrir tölvupóstsendingunni né gat hann andmælt, við skráningu tölvupóstfangs síns hjá félaginu, að það væri notað til sendinga fyrir beina markaðssetningu félagsins.

Ákvörðunarorð

Tölvupóstur sem Síminn hf. sendi á tölvupóstfang [...], [...], þann 30. nóvember 2012, telst vera fyrir beina markaðssetningu í skilningi 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.

Síminn hf. braut gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar það sendi tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang [...], [...], þann 30. nóvember 2012.

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 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Málskotsgjald fjarskiptafyrirtækis og/eða póstrekkanda til úrskurðarnefndar er fjárhæð 150.000 kr., sbr. 6. gr. framangreindrar reglugerðar.

Reykjavík, 26. ágúst 2013

Björn Geirsson, f.h. forstjóra

Unnur Kr. Sveinbjarnardóttir