



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 22/2009 í kvörtunarmáli um óumbeðin fjarskipti

I.

Framsending kvörtun frá Persónuvernd um óumbeðin fjarskipti

Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) fékk kvörtun [x]¹, hér eftir kvartandi, dags. 24. ágúst 2009, framsenda frá Persónuvernd með bréfi dags. 17. september 2009. Vísaði Persónuvernd til þess að efni kvörtunarinnar varðaði óumbeðin fjarskipti sem ætti undir ákvæði 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.

II.

Málavextir og bréfaskipti

2.1.

Kvörtun yfir óumbeðnum tölvupóstssendingum frá netsíðunni Hin hliðin

Efnislega varðaði málið tölvupósta sem kvartandi fékk senda frá félagasamtökum sem kallast Hin hliðin eftir hafa óskað eftir því að vera fjarlægður af póstlista samtakanna. Lítur kvartandi á efni póstanna sem ærumeiðingar. Í rökstuðningi kvörtunarinnar segir m.a. eftirfarandi:

„Fljótlega eftir að ég tók sæti í stjórn Heimilis og skóla í vor fóru mér að berast tölvupóstar frá félagasamtökum sem kalla sig Hin hliðin og hafa netsíðuna www.hinhlidin.com.

Þetta eru tölvupóstar sem sendir eru nafnlaus, heimasíðan er sömuleiðis nafnlaus og engin leið virðist vera að komast að því hverjir það eru sem standa á bak við síðuna. Svo virðist sem stjórnarfólki í samtökum á borð við Heimili og skóla, Barnaverndarstofu og Barnaheill séu sendir þessir tölvupóstar til að vekja athygli á þessari heimasíðu.

Á heimasíðunni eru nafnlausir pistlar með árásum og ávirðingum á nafngreinda einstaklinga. Þar er m.a. ráðið að sálfræðingum Barnahúss samtökunum Blátt áfram og ein fyrirsögnin er svona: „[...]”².

Svona málflutningi langar mig ekki til að kynnast. Málstaður sem þarf ærumeiðingar til að fá athygli hlýtur að vera vondur málstaður.“

Síðan gerir kvartandi grein fyrir árangurslausum tilraunum sínum til að fá sig afskráðan af póstlista samtakanna og samskiptum við sendanda póstanna í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að fá fleiri sendingar og segir um það m.a.:

¹ Nafn kvartanda fellt út vegna trúnaðar

² Tilvitnun sem nafngreindir aðila ótengdan þessu máli er felld út

„Þessir tölvupóstar hafa ekki borið árangur sem óskað var eftir heldur ákváðu samtökin fyrir stuttu síðan að birta póstana frá mér og fleirum undir pistli sem heitir: „Fólkið sem hefur tilkynnt að það vilji ekki vita um hina hliðina í lífi barnanna.“

Þar er gefið í skyn að ég og aðrir þeir sem senda svona afþökkunarpósta skeyti engu um að vita hina hliðina á málefnum barna og sé fólk „sem komið hefur sér vel fyrir hér og þar í „barnamálakerfinu““.

Það er auðvitað óþolandi að sitja undir slíku og hlýtur að vera réttur minn og annarra sem fjallað er um á þessari síðu að ábyrgðarmenn hennar axli ábyrgð og komi fram undir nafni. (...)

Þá kemur fram í athugasemdum kvartanda með kvörtuninni að óskað er eftir því að umrædd heimasíða verði tekin úr umferð sem fyrst.

2.2.

Bréf Persónuverndar

Í bréfi Persónuverndar, dags. 17. september 2009, kemur fram að af kvörtun kvartanda „virðist mega ráða sem umrædd skeyti, eða að minnsta kosti hluta þeirra, megi líta á sem lið í beinni markaðssetningu í skilningi 46. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti.“ Af þeim sökum var kvörtunin framsend til PFS.

2.3.

Bréf PFS til kvartanda

PFS tók þetta mál til skoðunar og komst að þeirri niðurstöðu að framangreindar tölvupóstsendingar, sem kvörtunin lýtur að, uppfylltu ekki áskilnað um *beina markaðssetningu* til þess að teljast vera óumbeðin fjarskipti í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Stofnunin tilkynnti kvartanda, með bréfi dags. 5. október 2009, að hún gæti af framangreindum sökum ekki tekið kvörtunina til meðferðar, en leiðbeindi honum um leið að kæra málið til lögreglu teldi hann tölvupóstana fela í sér persónulegt áreiti af hálfu sendanda. Í framhaldi af því bréfi vakti PFS athygli kvartanda á rétt hans til að fara fram á ítarlegri rökstuðning af hálfu stofnunarinnar í formi kæranlegrar ákvörðunar. Þá upplýsti PFS kvartanda jafnframt um að hann hefði þá tækifæri til að koma á framfæri við stofnunina frekari athugasemdum og gögnum vegna málsins.

2.4.

Athugasemdir kvartanda

Með tölvupósti, dags. 25. nóvember 2009, kom kvartandi athugasemdum sínum á framfæri við PFS. Þar segir m.a. eftirfarandi:

„Ég grundvalla kæru mína á 46. grein fjarskiptalaga nr. 81/2003 sem fjallar um óumbeðin fjarskipti, en ákvæðinu er fyrst og fremst ætlað að takmarka það ónæði sem notendur fjarskiptaþjónustu geta orðið fyrir vegna beinnar markaðssetningar með hjálp fjarskiptatækni. Ákvæðið skiptist í 5 málsgreinar. Í fyrstu málsgrein kemur fram að notkun sjálfvirkra uppkallskerfa sé ekki heimil fyrir beina markaðssetningu nema með fyrirfram samþykki. Næst er fjallað um undantekningar frá reglum um að notkun sjálfvirkra uppkallskerfa, s.s. tölvupósts, þar sem heimilt er að nota þau vegna beinnar markaðssetningar 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[...].

Þá segir kvartandi að hann sé ekki vera sammála túlkun PFS á fyrrgreindu ákvæði og álitni stofnunarinnar um að umræddir tölvupóstar uppfylltu ekki skilyrði ákvæðisins um beina markaðssetningu með eftirfarandi rökum:

„Þó að í undantekningum sé tekið fram að undanþegin frá reglunni sé bein markaðssetning á eigin vöru eða þjónustu þýðir það ekki að reglan gildi einungis um þau tilvik þegar um beina markaðssetningu vöru eða þjónustu er að ræða. Reglan er almenn en undanþágan sértæk, hún fjallar um beina markaðssetningu vöru og þjónustu.“

Þá bætir kvartandi eftirfarandi við um forsögu málsins:

„Undirrituð hefur ásamt mjög mörgum öðrum, fengið tölvupósta frá samtökum sem kalla sig hin hliðin. Samtökin halda úti heimasíðunni www.hinhlidin.com. Á síðunni, sem er nafnlaus, eru nafnlausar greinar um nafngreinda einstaklinga sem samtökunum er í nöp við. Samtökin bendla sig við foreldrajafrétti og beina spjótum sínum að stjórnnum ráðuneyta, stofnana og félagasamtaka sem fjalla um málefni barna. Netföng fólksins sem þau senda til finna þau á netinu, heimasíðum stofnananna og samtakanna. Í hópi viðtakenda eru nokkrir sem hafa svarað tölvupóstunum og óskað eftir því að fá ekki þessar sendingar frá samtökunum en þá brugðu samtökin á það ráð að gera aðilana tortryggilega vegna þess að þeir óskuðu ekki eftir upplýsingum um hag barna heldur væru búnir að koma sér vel fyrir í barnakerfinu. Þessir tölvupóstar eru s.s. óumbeðnir og þrátt fyrir ítrekaðar tilraunir margra þessara aðila til þess að afþakka tölvupóstana halda tölvupóstsendingarnar áfram að koma. Án tölvupóstanna er heimasíðan ekkert. Ég er stjórnarmaður í samtökunum Heimili og skóla og má sitja undir því að vera gerð tortryggileg á ýmsa vegu vegna þess eins að hafa afþakkað tölvupóstana.“

Að lokum segir kvartandi að hann túlki það svo að verið sé að markaðssetja heimasíðu með umræddum tölvupóstum. Þrátt fyrir að ekki sé þar varningur til sölu fyrir fé sé þar vissulega málstaður til sölu. Þá áréttar kvartandi að hann hafi ekki beðið um neina tölvupósta frá Hinni hliðinni með því að skrá sig á póstlista eða annað tengt samtökunum en hann hafi reynt að andmæla og afþakka tölvupósta frá samtökunum í þrígang án árangurs.

Vegna þessa óskar kvartandi eftir því að komið verði í veg fyrir það ónáði sem af umræddum tölvupóstum hlýst.

III.

Forsendur ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar

3.1.

Almennt

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. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2009, um Póst- og fjarskiptastofnun. Samkvæmt 10. gr. sömu laga skal PFS láta kvörtun neytanda 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. Í þessu sambandi vill PFS taka fram að þrátt fyrir að í ákvæðinu sé aðeins vísað til meintra brota fjarskiptafyrirtækja en ekki brota annarra aðila hefur stofnunin ekki litið svo á að vilji löggjafans hafi staðið til þess að skerða þannig rétt neytanda til að kvarta undan hugsanlegum brotum annarra aðila gegn fjarskiptalögum. Hefur stofnunin því ávallt tekið kvartanir neytanda til meðferðar þó svo þær beinist ekki gegn fjarskiptafyrirtæki. Helgast sú framkvæmd af almennu eftirlitsvaldi PFS með lögum um fjarskipti nr. 81/2003, 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. fjarskiptalaga.

Að ofangreindu virtu verður þó ávallt að hafa í huga að Póst- og fjarskiptastofnun er aðeins bær til að skoða þau álitaeftni er varða beinlínis starfssvið stofnunarinnar, þ.e. fjarskipti og heyra undir lög nr. 69/2009, um Póst- og fjarskiptastofnun, og fjarskiptalög nr. 81/2003.

Það álitaeftni er hér á reynir varðar meint brot aðila sem halda úti heimasíðu undir heitinu Hin hliðin gegn friðhelgi einkalífs kvartanda með óumbeðnum fjarskiptasendingum, eins og slíkar sendingar eru skilgreindar í ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga og betur verður gerð grein fyrir hér á eftir.

Til að leiða í ljós hvort þeir tölvupóstar sem kvartandi kvartar undan teljast óumbeðnar fjarskiptasendingar í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga er nauðsynlegt að skýra ekki aðeins texta ákvæðisins heldur jafnframt grundvöll þess og tilgang.

3.2.

Lagagrundvöllur

Með þróun fjarskipta- og upplýsingatækni, sem gerir það kleift að koma skilaboðum til fjölmenns hóps fólks með litlum tilkostnaði, hafa aðferðir við sölu og markaðssetningu einnig tekið breytingum undanfarin ár. Þekkt er að auglýsingar, kynningar og hvers konar markaðssetning fyrirtækja eða einstaklinga á vörum sínum og þjónustu, sem komið er á framfæri í gegnum síma, tölvupóst, SMS og þess háttar, geta valdið viðtakanda slíkra skilaboða ónæði og ama. Þrátt fyrir að slík markaðssókn verði ekki talin varða veigamikla hagsmuni einkalífsverndar er þó almennt viðurkennt að einstaklingar skuli eiga þess kost að biðja sig undan slíkum átrodningi. Í því skyni hafa hér á landi verið settar reglur um beina markaðssetningu sem leiða af löggjöf Evrópusambandsins.

Annars vegar er um að ræða 28. gr. laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, sem byggir á b.-lið 14. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins 95/46/EB um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga. Með umræddu ákvæði var jafnframt verið að lögfesta að mestu leyti þá framkvæmd sem hafði ríkt hér á landi, sem fól í sér að einstaklingar áttu þess kost að andmæla því að upplýsingar í Þjóðskrá væru notaðar í beinni markaðssetningu, þ.e. með því að koma fyrir sérstakri bannmerkingu í skránni. Hins vegar er um að ræða nýrra ákvæði í Evrópulöggjöfinni sem fjallar um óumbeðin fjarskipti, sbr. 13. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 2002/58/EB um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta.³ Hefur þetta ákvæði tilskipunarinnar verið innleitt í íslensk lög með 46. gr. fjarskiptalaga. Gerir ákvæðið ráð fyrir því að þeir sem nota fjarskiptatækni, eða hvers konar rafræn skilaboð, til að koma á framfæri skilaboðum í þágu beinnar markaðssetningar þurfi að afla fyrirfram samþykkis viðtakanda skilaboðanna fyrir því, sbr. þó undantekningarreglu 2. mgr. ákvæðisins.

Varðandi skýringu á umræddu ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga, verður að horfa til tilskipunar nr. 2002/58/EB, sem er grundvöllur þess. Í 2 mgr. 1. gr. tilskipunarinnar segir að hún sé viðbót og nánari umfjöllun um ákvæði fyrrnefndrar tilskipunar nr. 95/46/EB. Þá segir enn fremur í 48. gr. formálsorða tilskipunarinnar að við beitingu hennar geti verið gagnlegt að líta til reynslu starfshóps um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga sem í eru fulltrúar eftirlitsyfirvalda aðildarríkjanna og komið var á fót skv. 29. gr. tilskipunar 95/46/EB. Samkvæmt þessari skýringarreglu er fyllilega heimilt að álykta að efnislegt inntak hugtaksins *bein markaðssetning* sé hið sama í tilskipununum tveimur, enda þótt talað sé um *beina*

³ Að stofni til á tilskipunin sér forsögu í tilskipun nr. 97/66/EB

markaðssókn í 2. mgr. 28. persónuverndarlaga. Því verður í umfjölluninni hér á eftir, varðandi túlkun á 46. gr. fjarskiptalaga, m.a. leitað fanga í lögskýringargögnum persónuverndarlaga og álit þess hóps sem vísað er til í formálsorðum tilskipunar 2002/58/EB.

3.3.

Hugtakið „bein markaðssetning“ í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga

Eins og áður segir er í lögum um fjarskipti nr. 81/2003 að finna ákvæði sem ætlað er að vernda notendur fyrir óumbeðnum fjarskiptasendingum í markaðslegum tilgangi. Meginreglan er sú að óheimilt er að senda tölvupóstsendingar eða önnur óumbeðin fjarskipti í markaðslegum tilgangi nema viðtakandi hafi gefið fyrirfram samþykki sitt fyrir að móttaka slíkar sendingar. Um er að ræða 46. gr. fjarskiptalaga sem í heild sinni hljóðar svo:

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

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

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

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

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

Tilgangur umrædds ákvæðis er að takmarka það ónæði sem notendur fjarskiptaþjónustu geta orðið fyrir vegna beinnar markaðssetningar og er það á ábyrgð þess sem notar fjarskipti, sem lið í markaðssetningu, að ganga úr skugga um að móttakandi slíkra fjarskiptasendinga hafi veitt samþykki sitt fyrirfram.

Framangreint ákvæði byggir á 13. gr. tilskipunar Evrópusambandsins um friðhelgi einkalífs og rafræn viðskipti⁴, er hljóðar svo:

1. Einungis má leyfa sjálfvirk upphringikerfi án mannlegrar íhlutunar (sjálfvirkar upphringivélar), símbréfatæki (faxtæki) eða tölvupóst í **beinum, markaðslegum tilgangi** þegar um er að ræða áskrifendur sem hafa gefið samþykki sitt fyrir fram.

2. Þrátt fyrir 1. mgr. er sama einstaklingi eða lögaðila heimilt, ef einstaklingur eða lögaðili fær frá viðskiptavinum sínum upplýsingar um tölvupóstfang í **sambandi við sölu á vöru eða þjónustu í samræmi** við tilskipun 95/46/EB, að nota þessar upplýsingar um tölvupóstfang **til beinnar markaðssetningar** á eigin, svipuðum vörum eða þjónustu, að því tilskildu að viðskiptavinir fái skýrt og greinilega tækifæri til að andmæla, þeim að kostnaðarlausu og með auðveldum hætti, notkun slíkra upplýsinga um tölvupóstfang

⁴ Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 2002/58/EB frá 12. júlí 2002 um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta (tilskipun um friðhelgi einkalífsins og rafræn fjarskipti): [http://brunnur.stjr.is/ees.nsf/385499142c7e4810002567590058573a/655CCB08B9E8FB5F00256EC1004A50BC/\\$file/302L0058.pdf](http://brunnur.stjr.is/ees.nsf/385499142c7e4810002567590058573a/655CCB08B9E8FB5F00256EC1004A50BC/$file/302L0058.pdf)

þegar þeirra er aflað og þegar slíkur póstur er sendur ef viðskiptavinurinn hefur ekki upphaflega hafnað slíkri notkun.

3. Aðildarríkin skulu gera viðeigandi ráðstafanir til að tryggja, án þess að gjald komi fyrir, að óumbeðnar fjarskiptasendingar **í beinum markaðslegum tilgangi**, í öðrum tilvikum en þeim sem um getur í 1. og 2. mgr., séu ekki leyfðar, hvorki án samþykkis viðkomandi áskrifenda né þegar áskrifendur hafa óskað eftir því að fá ekki slíkar fjarskiptasendingar; í landslögum skal ákvarða hvorn kostinn skuli velja.

4. Í öllum tilvikum skal bannað að senda tölvupóst **vegna beinnar markaðssetningar**, þar sem því er leynt eða það falið hver sá er sem annast fjarskiptasendinguna, eða án gilds tölvupóstfangs sem viðtakandinn getur sent beiðni til um að fjarskiptasendingum verði hætt.

5. Ákvæði 1. og 3. mgr. gilda um áskrifendur sem eru einstaklingar. Aðildarríkin skulu einnig tryggja, innan ramma laga Bandalagsins og gildandi landslaga, að réttmætir hagsmunir annarra áskrifenda en einstaklinga séu nægilega tryggðir að því er varðar óumbeðnar fjarskiptasendingar. (feitletrun PFS)

Eins og sjá má af orðalagi ákvæðis 46. gr. fjarskiptalaga, sem og 13. gr. framangreindrar tilskipunnar, er það sett sem skilyrði fyrir því að óumbeðin fjarskiptasending falli undir framangreint ákvæði að tilgangur hennar sé *bein markaðssetning*. Slíkar óumbeðnar fjarskiptasendingar eru óheimilar samkvæmt ákvæði 46. gr. þegar viðtakandi hefur ekki gefið samþykki sitt fyrirfram fyrir því að móttaka slíkar sendingar frá hlutaðeigandi sendanda. Undantekningin frá meginreglu 1. mgr. 46. gr. er að finna í 2. mgr. ákvæðisins og felur það í sér að heimilt er að nota tölvupóstfang sem þátt í beinni markaðssetningu þegar um er að ræða tölvupóstfang viðskiptavinar þess sem að markaðssetningunni stendur og viðkomandi viðskiptavinur hefur sjálfur gefið upplýsingar um og samþykkt að megi nota í þessum tilgangi.⁵ Í slíkum tölvupóstsendingum verður þó að gæta þess að gefa viðkomandi möguleika á að afskrá sig af póstlista sendanda í hvert sinn sem honum eru sendar óumbeðnar fjarskiptasendingar í markaðslegum tilgangi, sbr. jafnframt 2. mgr. 13. gr. tilskipunarinnar.

Hvað varðar hugtakið *bein markaðssetning* þá er hvorki í fjarskiptalögum né í framangreindri tilskipun að finna skilgreiningu á hugtakinu. Hefur hugtak þetta í raun ekki verið skilgreint í íslenskum lögum. Í athugasemdum við 28. gr. frumvarps þess, sem varð að lögum nr. 77/2000, segir hins vegar að með *beinni markaðssókn* sé átt við beina sókn að einstaklingnum í því skyni að selja honum vöru eða þjónustu.⁶ Að mati PFS felur hugtakið *bein markaðssetning* í ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga það sama í sér, þ.e. að söluaðili snýr sér beint að tilteknum aðila, einum eða fleiri, ýmist á grundvelli nafns viðkomandi, tölvupóstfangs, símanúmers eða annarra þess háttar upplýsinga.⁷ Samkvæmt venjulegum málsskilningi telur PFS þó ljóst að átt sé við sölu eða kynningu á vörum eða þjónustu.

Í víðari skilningi hefur ekki verið talið að kynning eða boð um viðskipti þurfi að fara fram í hagnaðarskyni.⁸ Þannig er t.d. álitid að fjársöfnun á vegum góðgerðar- og líknarsamtaka geti

⁵ Sjá réttarskýrandi ákvörðun PFS um túlkun á 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga frá 30. maí 2006.

⁶ Alþt. 1999-2000, A-deild, þingskjal 399, bls. 2738.

⁷ Í þessu sambandi má nefna að dreifirit (fjölpóstur) sem borin eru út í hús án áritunar fellur ekki undir beina markaðssókn, sbr. alþt. 1999-2000, A-deild, þingskjal 399, bls. 2738.

⁸ Sjá 30. gr. formálsorða tilskipunar nr. 95/46/EB, en þar segir: “Member States may determine the circumstances in which personal data may be used or disclosed to a third party in the context of the legitimate ordinary business activities of companies and other bodies; whereas Member States may similarly specify the conditions under which personal data may be disclosed to a third party for the purposes of marketing whether carried out commercially or by a *charitable organization* or

fallið undir hugtakið.⁹ Er þá horft til þess að markmið ákvæðisins er að veita vernd gegn ónæði af völdum markaðssetningar burtséð frá því hvort hún eigi sér göfugan tilgang eða helgast af hreinum viðskiptahagsmunum, enda þótt málefnalegt kunni að vera veita undanþágur hvað varðar fjáraflanir slíkra félaga.¹⁰ Þá hefur verið álitnið að túlka beri hugtakið svo rúmt að það taki einnig til hvers konar markaðsátaks (e. sales promotion). Í álitni áður nefnds 29. gr. vinnuhóps (nr. 5/2004), er fjáröflun stjórnmalaflokka nefnt sem dæmi um slíkt markaðsátak. Að mati PFS verður við svo rúma túlkun á hugtakinu að taka það til skoðunar hvort einhvers sé ætlað af móttakanda fjarskiptanna, þ.e. hvort markmið þeirra sé að fá hann til þess að skuldbinda sig með einhverjum hætti, kaupa áskrift, inna greiðslu af hendi eða þess háttar. Hafi efni óumbeðinna fjarskipta hvorki að geyma boð um kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu, né heldur má ráða af efni þeirra að ætlast sé til þess að móttakandinn bregðist við þeim með tilteknum hætti, er það álit PFS að slíkt teljist ekki vera bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.¹¹

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

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 innihald skilaboðanna sé skoðað, heldur sé nægjanlegt að leggja mat á það hvort þau hafi verið sett fram í markaðslegum tilgangi. Í þessu sambandi er rétt að gæta að því að samkvæmt 5. mgr. 1. gr. fjarskiptalaga taka löggin ekki til efnis sem sent er á fjarskiptanetum.

3.4.

Afstaða til athugasemda kvartanda

Kvartandi vísar til þess að regla 1. mgr. 46 gr. fjarskiptalaga, sem krefst fyrirfram samþykkis fyrir móttöku á fjarskiptasendingu vegna beinnar markaðssetningar, sé almenn samantorin við undantekningarreglu ákvæðisins, sbr. 2. mgr., sem sé sértæk.

PFS getur í sjálfu sér fallist á það að undanþáguregla 2. mgr. 46. fjarskiptalaga sé sértæk samantorin við meginreglu 1. mgr. ákvæðisins. Samkvæmt viðteknum venjum í lögskýringum ber að túlka slík undanþáguákvæði þröngt. Á hinn bóginn kemur þessi lögskýringarregla ekki til skoðunar í þessu máli þar sem niðurstaða stofnunarinnar felur það í sér að 1. mgr. 46. gr. eigi ekki við um þá tölvupósta sem hér um ræðir. Uppfylla þeir ekki áskilnað, samkvæmt skýru orðalagi ákvæðisins, um að hafa verið settir fram vegna *beinnar markaðssetningar*, eins og það hugtak verður túlkað í sínum víðasta skilningi, sbr. kaflann hér að undan. Niðurstaða PFS byggir því ekki á því að undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr. eigi við í þessu máli.

by any other association or foundation, of a political nature for example, subject to the provisions allowing a data subject to object to the processing of data regarding him, at no cost and without having to state his reasons.”

⁹ Í kvörtunarmáli nr. 2006-10-133 tók PFS til meðferðar mál er varðaði meint óumbeðin fjarskipti unglingsdeildar SÁÁ.

¹⁰ Samkvæmt athugasemdum í frumvarpi til persónuverndarlaga virðist heimild Persónuverndar til þess að veita undanþágu frá samkeyrsluskyldu við bannskrá, skv. 2. mgr. 28. gr., einkum hafa verið höfð í huga varðandi góðgerðar- og líknarsamtök. Af því má álykta að fjársafnanir á þeirra vegum falli undir ákvæðið nema sérstök undanþága sé veitt af hálfu Persónuverndar.

¹¹ Þá má einnig hafa hliðsjón af reglum sem Hagstofa Íslands hefur sett um skráningu einstaklinga, sem andmæla því að nöfn þeirra séu notuð í markaðssetningarstarfsemi og notkun slíkrar skrár, nr. [36/2005](#), er að finna skilgreiningu á því hvað fellur undir hugtakið *markaðssetningarstarfsemi* en þar segir í 2. málsl. 2. gr. að með *markaðssetningarstarfsemi* sé átt við „útsendingu dreifibréfa, happdrættismiða, giróseðla, auglýsinga og kynningarefnis, símhringingar, útsendingu tölvupósts eða hliðstæðar aðferðir, sem varða kaup eða leigu á vöru eða þjónustu eða þátttöku í tiltekinni starfsemi, hvort sem hún er viðskiptalegs eðlis eða varðar tómstundir, afþreyingu, námskeið eða sambærilegt atferli.“

Þá er því haldið fram að hálfu kvartanda að tölvupóstarnir feli í sér markaðssetningu á heimasíðu samtakana Hin hliðin. Hvað varðar þetta sjónarmið þá er það mat PFS að sá skilningur verði ekki lagður í efni tölvupóstana að verið sé að markaðssetja umrædda heimasíðu. Virðist fremur vera um að ræða að umræddir tölvupóstar séu tilkomnir vegna stöðu kvartanda sem stjórnarmanns samtökunum Heimili og skóli sem fyrnefndum samtökum virðist vera uppsigað við. Sá ágreiningur, sem m.a. birtist í efni tölvupóstanna, stendur fyrir utan gildissvið fjarskiptalaga, jafnvel þó svo víðtækari merking hugtaksins *bein markaðssetning* sé lögð til grundvallar, enda verður ekki séð að heimasíðan þjóni neinum markaðslegum tilgangi. Virðist frekar að heimasíðan sé helguð tilteknum málstað, án þess að beint sé að notendum síðunnar óskum um fjárstuðning, styrktaraðild, að gerast áskrifandi eða einhverju þess háttar sem getur talist til *beinnar markaðssetningar* samkvæmt víðtækari merkingu þess hugtaks. Tekið skal fram að PFS leggur ekki nokkurt mat á verðleika þess málstaðar sem haldinn er fram á umræddri heimasíðu.

Varðandi þá ósk kvartanda um að umrædd heimasíða verði tekin úr umferð sem fyrst skal það tekið fram að PFS er ekki bært stjórnvald til að gefa fyrirmæli um að lokað verði fyrir aðgang að tiltekinni heimasíðu og getur stofnunin þar af leiðandi ekki orðið við þessari ósk kvartanda.

IV.

Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar

Samkvæmt framangreindu er ljóst að ætlast er til þess að lögð sé rúm merking í hugtakið *bein markaðssetning*. Að mati PFS eru því þó takmörk sett hversu langt er hægt að ganga í þeim efnum. Skorti efni skilaboða á alla vegu það yfirbragð að vera sett fram í markaðslegum tilgangi, þ.e. að fá einstakling til að kaupa eða vekja áhuga hans til að kaupa vöru eða þjónustu, fá hann til þess að styrkja einhvern málstað eða fá hann til þess að aðhafast eða skuldbinda sig að öðru leyti, geta slík skilaboð ekki rúmast innan hugtaksins að álitni stofnunarinnar. Að álitni PFS á þetta við um þá tölvupósta sem kvartandi vísar til í kvörtun sinni.

Af gögnum málsins má ráða að ástæða þess að kvartandi hafi fengið umrædda tölvupósta sé sú að hann gegni stöðu stjórnarmanns í samtökunum Heimili og skóli. Stjórnarmenn í þessum samtökum, auk annarra samtaka og stofnana sem fara með málefni barna hafi borist samskonar tölvupóstar. Virðist sem tilgangur og efni þeirra hafi verið að vekja athygli á heimasíðunni www.hinhliðin.is þar sem haldið er fram gagnrýni á ýmis samtök og stofnanir sem fara með málefni barna. Að mati kvartanda fela efnistöð síðunnar m.a. í sér persónulegar árásir og ærumeiðingar gagnvart nafngreindum einstaklingum. Að álitni PFS getur slíkur málflutningur, eða tölvupóstar sendir í þeim tilgangi að vekja athygli á slíkum málflutningi, ekki talist til *beinnar markaðssetningar* í skilningi fjarskiptalaga. Er fremur um að ræða athæfi sem getur talist refsivert samkvæmt XXV. kafla almennra hegningalaga nr. 19/1940 er varðar ærumeiðingar og friðhelgi einkalífs. Er kvartanda leiðbeint í samræmi við 7. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 að leita með málið til lögreglunnar.

Ákvörðunarorð

Tölvupóstsendingar frá heimasíðunni www.hin.hlidin.com til kvartanda uppfylla ekki skilyrði um beina markaðssetningu í skilningi 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Af þessum sökum felur sending umræddra tölvupósta ekki í sér brot gegn ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga um óumbeðin fjarskipti.

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 varð kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar.

Reykjavík, 2. desember 2009

f.h. forstjóra, Björn Geirsson

Inga Helga Jónsdóttir