



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 18/2014

um óumbeðin fjarskipti BSV netverslunar

I.

Erindið

Þann 4. desember 2013 barst Póst- og fjarskiptastofnun kvörtun með tölvupósti frá [...].¹ Kvörtunin var skráð í málaskrá samdægurs og tekin til efnismeðferðar 18. desember 2013.

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun

Framangreind kvörtun snýr að óumbeðnum fjarskiptum BSV netverslunar (B.S. Verktakar), í formi tölvupósts frá BSV netverslun á tölvupóstfang kvartanda þann 3. desember 2013.

Kvartandi telur í fyrsta lagi að fyrrnefnd verslun hafi verið óheimilt að senda tölvupóst á kvartanda sem innihéldi beina markaðssetningu. Að mati kvartanda felst í þessu brot á 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 (hér eftir fjarskiptalög), þar sem samþykki kvartanda lá ekki fyrir. Ennfremur kannast kvartandi ekki við að hafa verið í viðskiptum hjá versluninni og eigi því 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga ekki við um í þessu tiltekna máli. Kvartandi hafi auk þess ekki fengið tækifæri til að andmæla skráningu netfangsins á tölvupóstlista verslunarinnar og bendir á að enginn afskráningartengill hafi fylgt óumbeðnu fjarskiptunum.

Í öðru lagi telur kvartandi að útsendur tölvupóstur BSV netverslunar uppfylli ekki ákvæði 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga sem kveður á um að nafn og heimilisfang þess sem stendur að markaðssetningu skuli koma skýrt fram í hinum útsenda tölvupósti. Kvartandi vísar til þess að að nafn verslunarinnar hafi ekki komið fram með skýrum

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

hætti í tölvupóstinum ennfremur bendir kvartandi á að heimilisfang BSV netverslunar hafi hvergi komið fram.²

Kvartandi óskar eftir að BSV netverslun láti af því hátterni sem kvartað er yfir og að Póst- og fjarskiptastofnun úrskurði um málið.

2.2 Bréf B.S. Verktaka, dags. 3. janúar 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 18. desember 2013 bauð stofnunin B.S. Verktökum fyrir hönd BSV netverslunar að tjá sig um og gera athugasemdir við innkomna kvörtun. Stofnuninni barst svar frá félaginu 4. janúar 2014. Í bréfinu kemur fram að enginn fari á póstlista félagsins nema að hafa skráð sig á lista á heimasíðu þeirra www.verktak.is eða með því að veita samþykki sitt í kjölfar samskipta vegna viðskipta við félagið.

Ennfremur segir orðrétt í svarbréfinu að: „[v]ið höfum ekki svör við því hvernig [...] lenti á póstlista okkar en okkur dettur einna helst í hug að einhver viti að [...] sé viðkvæmur fyrir því að fá fréttabréf með tölvupósti og að um hrekk hafi verið að ræða og hann skráður á póstlista okkar án hans vitundar.“

2.3 Athugasemdir kvartanda, dags. 27. janúar 2014

Póst- og fjarskiptastofnun bauð kvartanda, með bréfi dags. 23. janúar 2014, að tjá sig um og koma að athugasemdum sínum við svarbréf B.S. Verktaka. Barst stofnuninni tölvupóstur frá kvartanda þann 27. janúar 2014. Í tölvupóstinum kemur fram að kvartandi vita ekki til þess að hafa verið í viðskiptum við B.S. Verktaka en bendir á að ef svo væri þá hafi hann ekki veitt félaginu heimild til að skrá nafn sitt á póstlista þeirra. Ennfremur vísar kvartandi til þess að hann hafi fengið þrjá auglýsingapósta frá BSV netverslun en hafi aldrei verið boðið upp á sjálfvirka leið til þess að afþakka sendingarnar eða bent á hvernig það skuli gert.

Kvartandi óskaði einnig eftir að fá úr því skorið hvernig félagið hafi aflað netfangs hans. Telur kvartandi að upplýsingarnar séu mikilvægar til að meta lögmæti tölvupóstsendinganna: „[þ]ó ekki sé um beina og skráða lagalega skyldu væri eðlilegra í þessu sambandi að gagnaðili skráði slíkt hjá sér og gæti flett því upp svo hægt væri að heimfæra skráninguna á lagaákvæði.“

Kvartandi telur ennfremur afar ólíklegt að einhver hafi skráð netfang [...] í þeirri ætlan að hrekkja sig og því til rökstuðnings bendir kvartandi á að: „sendingin sem kvartað er yfir er stíluð á netfangið [...] en var á endingu send á [...] vegna catch-all reglu á póstþjóninum[1]. Sú regla er ekki í almennri vitneskju af hálfu þeirra sem eru í samskiptum við mig.“

Að lokum ítrekar kvartandi kvörtun sína og óskar eftir að Póst- og fjarskiptastofnun haldi áfram afgreiðslu hennar.

² Orðrétt segir í kvörtuninni: „[...]utanaðkomandi mynd sem vísað er í fullnægi ekki því skilyrði lagagreinarinnar og að nafnið inni í Form: 'línunni teljist heldur ekki uppfylla skilyrði málsgreinarinnar að nafn sendanda komi skýrt fram. Heimilisfang gagnaðila kemur alls ekki fram í tölvupóstinum, hvorki í texta né mynd.“

³ Nafn og tölvupóstfang kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

⁴ Nafn og tölvupóstfang kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

⁵ Tölvupóstfang kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

⁶ Tölvupóstfang kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

⁷ Tölvupóstfang kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

2.4 Svar B.S. Verktaka, dags. 17. mars 2014

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 5. febrúar 2014, bauð stofnunin B.S. Verktökum að tjá sig um og koma að athugasemdum félagsins við svarbréf kvartanda dagsett 23. janúar 2014. Ágreiningur var á meðal málsaðila hvernig kvartandi hafi komist á póstlista félagsins.

Póst- og fjarskiptastofnun barst tölvupóstur frá félaginu 17. mars 2014, þar sem vísað er til fyrri tölvupósts félagsins er varðar fyrirspurn Póst- og fjarskiptastofnunar hvernig viðskiptavinir fari á póstlista netverslunarinnar. Í svarbréfinu kemur fram að félagið hafi engu við að bæta og áréttað: „[...]Jeingöngu þeir aðilar sem hafa verið í samskiptum við B.S. Verktaka eða skráð sig hafa á póstlista á neðarlega á forsíðu fyrirtækisins www.verktak.is“.

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.⁸

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

⁸ 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.

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 mannglegrar íhlutunar, símbrefatækja, 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.“

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 sé 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 mannglegrar íhlutunar, símbrefatækjum, tölvupósti og rafrænum skilaboðum, í beinum markaðslegum tilgangi án fyrirfram samþykkis áskrifenda. Þá er í 2. mgr. greinarinnar að finna þá undantekningu að aðila er heimilað að nota tölvupóstfang viðskiptavinar, sem viðkomandi fær upplýsingur 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 fyrir mæli 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 var falið að ákveða hvor leiðin skyldi farin. Lögjafinn 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.

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 í framangreindri tilskipun nr. 2002/58/EB þá hefur hugtakið verið skilgreint með rúmum hætti. Fram kemur í álit nr. 5/2004, 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 nái hugtakið yfir hvers kyns markaðsátaks, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórnmalaflokka.⁹ Fyrirnefnt álit vísar einnig til álits starfshóps 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.*¹⁰

Á grundvelli framangreinds, og með hliðsjón af skilgreiningu hugtaksins *bein markaðsþókn* í 28. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, komst Póst- og fjarskiptastofnun að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 22/2009,¹¹ 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*

⁹ Opinion 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls. 7.

¹⁰ Opinion 3/2003 on the European code of conduct of FEDMA for the use of personal data in direct marketing frá 13. júní 2003. Siðareglurnar, European Code of Practice for the use of personal data in direct marketing, má finna á eftirfarandi slóð: 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.*)

¹¹ Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 22/2009 í kvörtunarmáli um óumbeðin fjarskipti, dags. 2. desember 2009.

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 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 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.

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.“¹²

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

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.“

¹² Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 5/2010, dags. 13. september 2010.

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.:

„[a]ð því er varðar tengsl við viðskiptavini, sem þegar eru fyrir hendi, er sanngjarn 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 fyrrnefndu álitni 5/2004, er áréttað að um undanþágu sé að ræða sem túlka beri 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 Póst- og fjarskiptastofnunar, að það séu til að mynda upplýsingar um að tölvupóstfangið verði notað fyrir beina markaðssetningu. Þá kemur jafnframt fram í álitni 5/2004 að líta verði 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. Í álitinu kemur jafnframt fram að móður- og dótturfélög geti ekki talist sami aðili. Í þriðja lagi þá er ákvæðið bundið við að sambærilegar vörur eða þjónusta sé markaðssett. Í fyrrnefndu álitni er einnig nefnt að erfitt geti verð að skilgreina hvað sé sambærileg vara eða þjónusta en ætti þó að vera metin á grundvelli réttmætra væntinga móttakanda fremur en viðhorfi sendanda tölvupóstsins. Þá er áréttað að bjóða þurfi viðskiptavini upp á að afskrá sig af lista yfir að fá tölvupóstsendingar.¹³

Vísað er til orðsins *samþykkis* í athugasemdum frumvarps með fjarskiptalögum og má sjá augljósa tengingu við tilvitnuð inngangsorð tilskipunarinnar og fyrrnefnds álits 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. áðurnefnt álit. Verður því gerð grein fyrir hvað felst í samþykki samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins.

Ekki er í fjarskiptalögum að finna skilgreiningu hvað telst vera samþykki í skilningi 1. mgr. 46. gr. en í 40. lið inngangsorða tilskipunarinnar kemur þó fram að réttlætlegt 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. tl. 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:

¹³ Opinion 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls. 9.

„Sérstök, ótvíræð yfirlýsing sem einstaklingur gefur af fúsum og frjálsum vilja um að hann sé samþykktur 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 nr. 5/2004, kemur 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.¹⁴ 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 samþykki 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.¹⁵¹⁶ Er þetta jafnframt áréttað í álit nr. 15/2011, þar sem m.a. kemur fram að svo að samþykki teljist uppfylla kröfur tilskipunar 95/46/EB, verði samþykkið að fela í sér ákveðna athöfn af hálfu hlutaðeigandi svo það teljist vera ótvírætt.¹⁷

3.5 Nafn og heimilisfang sendanda, sbr. 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga

Líkt og greinir í kafla 3.2 hér að ofan, kemur fram með skýrum hætti að óheimilt sé að senda tölvupóst sem þátt í beinni markaðssetningu þar sem nafn og heimilisfang þess sem stendur að markaðssetningu kemur ekki skýrt fram, sbr. 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Ekki er að finna frekari skýringar með ákvæðinu í athugasemdum frumvarps fjarskiptalaga en samkvæmt orðanna hljóðan verður að telja ákvæðið mjög afdráttarlaust.

Þegar horft er til 4. mgr. 13. gr. tilskipunar 2002/58/EB þá kemur fram að í öllum tilvikum skuli vera óheimilt að senda tölvupóst vegna beinnar markaðssetningar, í þeim tilvikum þegar leynt er eða það falið hver það er sem annast fjarskiptasendinguna. Í 44. lið inngangsorða áður nefndrar tilskipunar segir einnig að nytsamlegt geti verið í ákveðnum tilvikum, til viðbótar þeim skyldum sem tilskipunin kveður á um, að takmarka kostnað móttakanda tölvupóstsendingar með því að gera áskrifendum kleift að sjá sendanda og efnislínu tölvupósts án þess að þurfa að flytja niður afganginn af innihaldi tölvupóstsins eða hvers konar viðhengi. Er hér um að

¹⁴ Ibid. 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.)

¹⁵ Ibid. 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.)

¹⁶ Sjá einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 11/2013, um kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta WOW Air ehf, dags. 27. júní 2013.

¹⁷ Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25.

ræða viðbótarskyldu sem aðildarríki geta kveðið á um ásamt þeim skyldum sem finna má í efnisákvæðum tilskipunarinnar en getur ekki komið í stað þeirra krafna sem efnisákvæði kveða á um. Þá má sjá að í álit nr. 4/2010, þar sem starfshópur veitti álit sitt á siðareglum FEDMA að fagnað er beinni kröfu, sem finna má í siðareglum samtakanna, um að nauðsynlegar upplýsingar sem varpar skýru ljósi á hver sé sendandi tölvupóstsendingarinnar og standi þar með að baki markaðssetningunni skuli koma fram í upphafi tölvupóstsendingarinnar.¹⁸

Þótt ekki sé að finna beina kröfu í ákvæðum tilskipunarinnar um hvaða upplýsingar um sendanda og með hvaða hætti þær skulu birtast í tölvupóstsendingum fyrir beina markaðssetningu er ljóst að ákveðnar upplýsingar verða að koma þar fram enda bannað að leynd hver sendandi er. Þá setur tilskipunin fram þann viðbótarmöguleika að aðildarríki leggi þá skyldu á sendendur að nafn þeirra og efnisinnihald tölvupóstsins sjáist án þess að tölvupóstsendingin sjálf sé opnuð.

Löggjafinn hér á landi hefur með skýrum hætti tekið afstöðu til þess, sbr. ákvæði 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, að óheimilt sé að senda út tölvupóst nema að nafn sendanda og heimilisfang hans komi greinilega fram í tölvupóstsendingunni. Er hér að finna afdráttarlausari skyldu. Aftur á móti er ekki að finna í innlendri löggjöf neina beina kvöð um að nafn hans og efnislína sjáist áður en tölvupóstskeytið sjálf er opnað.

IV.

Forsendur og niðurstaða

Í máli þessu er í fyrsta lagi tekist á um það hvort að kvartandi hafi gefið samþykki sitt fyrir að B.S. Verktökum væri heimilt að senda tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang kvartanda. Í öðru lagi er tekist á um hvort félagið hafi í tölvupóstsendingu sinni uppfyllt skilyrði sem sett eru í 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þess efnis að nafn og heimilisfang félagsins skuli koma skýrt fram.

4.1 Bein markaðssetning og samþykki móttakanda

Það fyrsta sem leggja verður mat á í máli þessu er hvort umræddur tölvupóstur feli í sér beina markaðssetningu og falli því undir ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er ljóst að svo sé raunin enda er ekki ágreiningur um það í málinu, þar sem um var að ræða kynningu á vörum og markmið þeirra að fá móttakanda til að fjárfesta í umræddum vörum.

Næst verður að skoða hvort að móttakandi hafi gefið samþykki sitt fyrir því að nota tölvupóstfang hans fyrir beina markaðssetningu í samræmi við 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga eða hvort undanþáguákvæði 2. mgr. eigi við.

Líkt og að framan hefur verið rakið kannast kvartandi ekki við að hafa verið í viðskiptum hjá B.S. Verktökum eða að hafa veitt samþykki sitt til að skrá netfang sitt hjá félaginu. Ennfremur telur kvartandi að honum hafi ekki verið gefinn kostur á að

¹⁸ Opinion 4/2010 on the European code of conduct of FEDMA for the use of personal data in direct marketing frá 13. júlí 2010. Bls 4.

andmæla skráningu netfangs síns og vísar til þess að enginn afskráningartengill hafi fylgt fjarskiptunum.

B.S. Vertakar hafa ekki sýnt fram á með sannarlegum hætti hvernig skráning kvartanda hafi farið fram, þ.e. hvort samþykki hans hafi legið fyrir ennfremur hefur félagið ekki sýnt fram á að kvartandinn sé viðskiptavinur félagsins.

Það er á ábyrgð sendanda tölvupósts vegna beinnar markaðssetningar að sjá til þess að fyrir hendi sé samþykki sem uppfyllir kröfur laga og tryggja áreiðanleika og réttleika slíkra upplýsinga.

Í ljósi framangreinds, þ.e. að B.S. Verktökum hefur hvorki tekist að sýna fram á að löglegs samþykkis hafi verið aflað frá kvartanda í upphafi né að hann hafi á einhverjum tímapunkti verið viðskiptavinur félagsins er ljóst að ekki getur reynt á undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar verður að gera þá lágmarkskröfu til aðila sem stunda markaðsstarf sitt í formi fjarskiptasendinga af þessu tagi að þeir varðveiti samþykki viðskiptavina. Telur stofnunin jafnframt að kvartandi geti ekki borið hallan af því að félagið geti ekki sýnt fram á þá heimild sem félagið byggir tölvupóstsendinguna á og vísar í því samhengi til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 2/2013.¹⁹

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að B.S. Vertakar hafi brotið gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti þegar félagið sendi tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang [...],²⁰[...],²¹ þann 3. desember 2013.

4.2 Ákvæði 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga

Líkt og fram kemur í kafla 3.5 hér að ofan er ljóst að löggjafinn hér á landi hefur lagt skýra skyldu á þá aðila sem senda tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu. Er skýrt kveðið á um í 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga að óheimilt sé að senda slíkar tölvupóstsendingar nema nafn sendanda og heimilisfang komi fram með skýrum hætti. Þó er ekki að finna í löggjöfinni auknar skyldur á sendanda um að nafn og efnislína skuli sjást áður en tölvupóstsending er opnuð. Öll umfjöllun um slíkt hefur þó ekki áhrif í máli þessu enda er ljóst að slíkt leysir sendanda ekki undan þeirri ábyrgð sem fram kemur í 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Það að skylda ábyrgðaraðila tölvupóstsendinga fyrir beina markaðssetningu um nafn og heimilisfang sé birt án þess að tölvupóstsending skuli opnuð eru umframskyldur við efnisskyldur tilskipunarinnar sjálfar sem lögfest er í 4. mgr. ákvæðisins.

Í svari B.S. Verktaka er hvergi farið inn á hvernig tölvupóstur félagsins birtist viðskiptavinum, þ.e. hvort og hvar nafn og heimilisfang félagsins birtist. Póst- og fjarskiptastofnun telur þó að þegar tölvupósturinn er skoðaður komi ekki þær

¹⁹ Sjá úrskurð úrskurnarnefndar fjarskipta-og póstmála í máli nr. 2/2013, kæra X1 á ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 11/2013, dags. 31. október 2013

²⁰ Nafn kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

²¹ Tölvupóstfang kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

lágmarks upplýsingar fram sem lögfestar eru í 4. mgr. ákvæðisins, þ.e. sú krafa um að nafn og heimilisfang sendanda skuli koma fram með skýrum hætti.

Í þessu tiltekna máli ber einnig að líta til þess að það telst til almennrar notkunar á tölvupóstforritum að móttakandi tölvupóstsendinga hafi þær stillingar í póstforriti sínu að myndir, sem vísað er til með þessum hætti í tölvupóstum, verði ekki sjálfkrafa sóttar þegar tölvupósturinn er opnaður. Að mati Póst- og fjarskipstofnunar verða þeir aðilar sem standa að baki tölvupóstsendingum fyrir beina markaðssetningu að taka tillit til slíkra almennra notkunarmöguleika tölvupóstforrita og uppfylla þau skilyrði sem ákvæði 46. gr. setur sjálfstætt í eiginlegu textainnihaldi tölvupóstsins. Með þeim hætti er, að mati Póst- og fjarskiptastofnunar, komið til móts við skýra kröfu 4. mgr. ákvæðisins sem og tillit tekið til þeirra verndarsjónarmiða sem ákvæðið og tilskipunin byggja á.

Verður því ekki komist að annarri niðurstöðu, í ljósi þeirra upplýsinga sem liggja fyrir hjá stofnuninni en að B.S. Verktakar hafi ekki uppfyllt það skilyrði sem 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga setur um að nafn og heimilisfang félagsins skuli koma skýrt fram í tölvupósti.

Ákvörðunarorð

Félagið B.S. Verktakar brutu gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar það sendi tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang [...],²² [...],²³ þann 3. desember 2013.

Félagið B.S. Verktakar brutu gegn ákvæði 4. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar það sendi tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang [...],²⁴ [...],²⁵ þann 3. desember 2013, án þess að nafn þess og heimilisfang kæmi fram með skýrum hætti í texta tölvupóstsins.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og skal kærán berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því að 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.

Reykjavík, 29. júlí 2014

²² Nafn kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

²³ Tölvupóstfang kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

²⁴ Nafn kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

²⁵ Tölvupóstfang kvartanda er fellt út með tilliti til trúnaðar.

Björn Geirsson, f.h. forstjóra

Halla María Sveinbjörnsdóttir