



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 28/2017 í kvörtunarmáli vegna óumbeðinna fjarskipta af hálfu Miðflokksins

I. Erindi

Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) bárust kvartanir frá 35 aðilum, dagana 28. október til 7. nóvember 2017, vegna óumbeðinna fjarskipta á vegum Miðflokksins varðandi kosningar til Alþingis, sem fram fóru 28. október 2017 (*Mál nr. 2017100078*).

II. Málavextir

2.1 Kvartanir dags. 28. október til 7. nóvember 2017.

Á tímabilinu 28. október til 7. nóvember 2017 bárust PFS kvartanir frá 35 einstaklingum, vegna óumbeðinna SMS sendinga sem merktar voru Miðflokknum, þar sem viðtakendur voru hvattir til að kjósa flokkinn í kosningum til Alþingis sem fram fóru 28. október 2017. Flest skilaboðin sem kvartað var vegna voru send á kjördag. Kvartanir beindust að því að um óumbeðin fjarskipti væri að ræða, þ.e. að viðtakendur hefðu ekki veitt samþykki fyrir móttöku slíkra skilaboða frá flokknum. Í nokkrum tilvikum var jafnframt kvartað yfir því að skilaboðin voru send á bannmerkt númer og númer sem áttu ekki að vera skráð í símaskrá.

Hluti skilaboða sem PFS barst afrit af innihéldu eftirfarandi texta:

„Skrý framtíðarsýn fyrir Island og kraftur og thor til að koma henni í framkvaemd. X-M. Vid stondu við stóru ordin. Midflokkurinn.“

Hluti skilaboðanna var svohljóðandi:

„I dag er fagur dagur, Ja godur við finnum það. Vertu Memm settu X við M“

Kvartanir bárust frá eftirtöldum aðilum: [*Nöfn fjarlægð vegna trúnaðar*]

2.2 Bréf PFS til Miðflokksins

Þann 31. október 2017 sendi PFS bréf til Miðflokksins vegna þeirra kvartana sem þá höfðu borist, ásamt afriti af kvörtunum. Í bréfinu var greint frá framkomnum kvörtunum og fylgdi afrit af þeim. Þá var gerð grein fyrir þeim reglum sem gilda um óumbeðin fjarskipti og í því sambandi var vísað til 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 og leiðbeiningabæklings sem PFS hefur gefið út um málefnið.

Með vísan til 1. mgr. 5. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 óskaði stofnunin eftir eftirfarandi upplýsingum frá Miðflokknum vegna málsins:

1. Óskað er upplýsinga um umfang umræddra sendinga. Hver var fjöldi SMS sendinga sem sendar voru á vegum flokksins? Hver var fjöldi viðtakenda sem sent var til? Voru sendingar sem þessar viðhafðar á öllu landinu eða í tilteknum kjördæmum?
2. Hver annaðist þessar sendingar fyrir flokkinn?
3. Hvaðan fengust upplýsingar um símanúmer? Voru númer, sem ekki eru í símaskrá eða bannmerkt, sérstaklega tilgreind á þeim listum sem notaðir voru?
4. Aflaði flokkurinn fyrirfram samþykkis þeirra sem fengu fjarskiptasendingar?
5. Hver er afstaða flokksins til þess hvort að ofangreindar sendingar hafi verið í samræmi við 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003? Telji flokkurinn að svo sé er óskað eftir rökstuðningi fyrir þeirri afstöðu.

Miðflokknum var boðið að koma á framfæri athugasemdum og skýringum vegna málsins. Svarfrestur var veittur til og með 13. nóvember 2017 og fram kom að eftir þann tíma mætti búast við að PFS tæki ákvörðun þar sem skorið yrði úr um hvort ofangreindar fjarskiptasendingar hafi verið í samræmi við 46. gr. laga um fjarskipti.

Þann 7. nóvember var Miðflokknum sent afrit í tölvupósti af einni kvörtun sem barst þann dag.

2.3. Svarbréf Miðflokksins dags. 13. nóvember 2017

Þann 13. nóvember 2017 barst svarbréf frá Eiríki S. Svavarssyni hrl., f.h. Miðflokksins. Þar segir m.a.:

Við lok stuttrar kosningarbaráttu fyrir nýafstaðnar Alþingiskosningar eða þann 25. október s.l. falaðist Miðflokkurinn eftir þjónustu fyrirtækisins 1819 sem fól í sér að senda SMS sendingu til aldurshópsins 18 til 40 ára í öllum kjördæmum landsins. Um var að ræða aðeins eitt SMS skeyti á umræddan aldurshóp í öllum kjördæmum. Í tölvupósti fulltrúa Miðflokksins til Halldórs J. Árnasonar hjá 1819, dags. 26. október, kl. 15:38 er sérstaklega áréttað til 1819 að: „þetta þurfi að vera GSM númer sem eru hvorki með bannmerkt símanúmer í símaskrá eða þjóðskrá“. Þannig var beiðnin um þessa þjónustu til 1819 beinlínis afmörkuð við þá sem heimiluðu sérstaklega slíkar SMS sendingar. Þar sem 1819 er fyrirtæki sem gefur sig sérstaklega út fyrir að veita sérhæfða þjónustu á borð við þá sem Miðflokkurinn óskaði eftir var ekki gerð sérstök athugasemd við þær upplýsingar þjónustuveitandans 1819 að heimilt væri að nálgast þá sem bannmerktir eru í þjóðskrá

enda má flokkurinn ganga út frá því að sérhæfður og sérfróður þjónustuveitandi framkvæmi þjónustubeiðni eins og þessa í samræmi við lög.

Með hliðsjón af framangreindu sendi fyrirtækið 1819, SMS til 62.493 einstaklinga í eitt skipti fyrir Miðflokkinn í aðdraganda kosninganna. Miðflokkurinn keypti þessa þjónustu af fyrirtækinu 1819 sem sá alfarið um framkvæmd og í engu hafði Miðflokkurinn afskipti eða aðgang að þeim gagnagrunni sem 1819 studdist við. Flokkurinn aflaði því ekki fyrirfram samþykkis þeirra sem fengu fjarskiptasendinguna heldur leitaði til þjónustuaðilans 1819 og gat treyst því að fyrirtækið 1819 færi eftir gildandi lögum og reglum sem um þjónustuna gilda. Beiðni Miðflokksins um SMS sendinguna var skýrt afmörkuð af hálfu Miðflokksins og sérstök fyrirmæli gefin um að 1819 sendi ekki skeytið til þeirra sem bannmerktir væru og höfnuðu þannig slíkum skeytasendingum. Með þeim hætti tryggði Miðflokkurinn að friðhelgi þeirra sem ekki óskuðu slíkrar sendingar yrði virt.

Vegna lokaspurningar í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar þá telur Miðflokkurinn að sendingin hafi verið í samræmi við 46. gr. laga nr. 81/2003. Flokkurinn óskaði þjónustunnar frá sjálfstæðum 3. aðila á markaði sem gefur sig út fyrir að veita slíka þjónustu. Flokkurinn gaf sérstök fyrirmæli þegar óskað var þjónustunnar um að virða bannmerkingar. Flokkurinn má, líkt og aðrir þjónustukaupendur sérhæfðrar þjónustu ganga út frá því að þjónustuveitandinn starfi innan gildandi laga og reglna sem um þjónustuna gilda og þekki til þeirra. Eins og áður sagði hefur flokkurinn engar forsendur til svara því hvort einstakar kvartanir séu til komnar vegna þess að kvartandi er bannlistamerktur í símaskrá eða hvort kvörtun viðkomandi sé komin til af öðrum ástæðum enda fylgdu kvartanirnar ekki með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar.

Bendir Miðflokkurinn einnig á að samskiptamöguleikar eru vægast sagt fjölbreyttir og má nefna að skilaboð er hægt að senda á alla þá sem eru með síma og uppsett Instagram, Twitter, G+ og Facebook í símanum. Bein samskipti á númer eða aðgang í símanum er einnig hægt að senda í gegnum Whatsapp, Messenger, Skype, Wechat, Telegram, Yahoo, Hangouts, Slack, Hipchat, Crew Msn, og Line svo fáir eru nefndir. Í öllum ofangreindum tilfellum eru það stillingar hjá notenda sem ákveða hvað hann vill sjá og fá af upplýsingum í flestum símum. Það sama á við um SMS.

Hafi átt sér stað mistök við framkvæmd skeytasendingarinnar með þeim hætti að einhverjir bannmerktir einstaklingar hafi fengið sendinguna þá verður framkvæmdaaðilinn að svara fyrir það. Miðflokkurinn vill þó sérstaklega benda á að hér var aðeins um eina SMS sendingu að ræða og var ekki endurtekin hvað þá síendurtekin. Truflun gagnvart móttakanda var því í algjöru lágmarki.

Sé það tilfellið að einhverjir einstaklingar hafi fengið SMS sem áttu ekki að fá sendinguna og að stofnunin telur að brotið hafi verið gegn 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 verður í öllu falli að telja að hér sé um mjög vægt tilfelli að ræða þó það sé vitaskuld framkvæmdaaðilans að svara fyrir framkvæmd þessa máls.

Með bréfi lögmannsins fylgdi afrit af tölvupóstsamskiptum milli Miðflokksins og 1819.

2.4. Tölvupóstur PFS til Lögmans Miðflokksins, dags. 14. nóvember 2017

Í tilefni af svari lögmans Miðflokksins var honum sendur tölvupóstur þar sem leiðrétt var fullyrðing í bréfi hans um að afrit af kvörtunum hafi ekki fylgt bréfi PFS, dags. 31. október 2017, en afrit af 34 kvörtunum voru send með bréfinu í ábyrgðarpósti. Þá var ein kvörtun send í tölvupósti 7. nóvember 2017. Í tölvupóstinum, dags. 14. nóvember, var enn fremur ítrekað að málið snúist ekki eingöngu um hvort send hafi verið skilaboð í óskráð og bannmerkt númer, enda hafi sumar kvartanir snúið eingöngu að því að skilaboðin hafi verið send án þess að fyrirfram samþykkis hafi verið aflað, sbr. 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti þar sem 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.*

Tekið var fram að þetta ákvæði hafi ekki verið túlkað á þann veg að skráning símanúmers án bannmerkis í símaskrá feli í sér samþykki fyrir móttöku markaðssetningarskilaboða. Var lögmanningurinn boðið að koma á framfæri sjónarmiðum varðandi þetta atriði áður en lengra yrði haldið með málið. Óskað var eftir að látið yrði vita innan tveggja daga ef lögmaðurinn óskaði eftir að koma að frekari athugasemdum um málið.

Í framhaldi af tölvupóstinum átti lögmaðurinn símtal við stafsmannt PFS þar sem rætt var almennt um málið, en lögmaðurinn kaus ekki að senda frekari athugasemdir.

2.5 Fyrirspurn til 1819 – Nýs valkosta ehf. (hér eftir 1819), dags. 23. nóvember 2017

Í tengslum við erindi frá aðila sem kvartaði undan því að númer hans væri skráð hjá 1819, þrátt fyrir að hann hefði óskað eftir að númerið væri óskráð og að hann hafi fengið SMS sendingu varðandi kosningarnar, var 1819 sent bréf þann 23. nóvember 2017. Þar var m.a. spurt hvort 1819 noti númeraupplýsingar til þess að senda út SMS fjöldasendingar og óskað eftir að upplýst verði hvaða verkefni fyrirtækið hafi annast á því sviði á sl. 6 mánuðum, hversu margar sendingar hafi verið sendar út í hverju verkefni fyrir sig og hvort fyrirfram samþykkis viðtakenda hafi verið aflað áður en sendingar voru framkvæmdar.

2.6. Svar 1819, dags. 5. desember 2017

Í svari 1819 kom fram að fyrirtækið hafi annast verkefni varðandi SMS sendingar m.a. fyrir Miðflokkinn. Send hafi verið 57.682 SMS fyrir Miðflokkinn. Þá kom fram eftirfarandi afstaða varðandi heimild til sendinga:

„Þegar fólk skráir sig í símaskrá þá hefur það möguleika á því að vera bannmerkt og teljum við að ef fólk kys ekki að vera bannmerkt sé verið að gefa samþykki.“

2.7. Tölvupóstur til 1819, dags. 15. desember 2017

Í tilefni af svari 1819 var fyrirtækinu sendur tölvupóstur 15. desember 2017 þar sem greint var frá því að stofnunin hefði til meðferðar mál vegna tuga kvartana sem bárust vegna SMS sendinga á vegum Miðflokksins og Flokks fólksins. Greint var frá því að PFS teldi að skv. 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 þurfi sérstakt samþykki fyrir móttöku markaðsskilaboða sem send eru með SMS og ekki verði talið að þeir sem ekki eru með bannmerkt símanúmer hafi þar með veitt samþykki. Þá var greint frá því að PFS myndi á næstunni birta ákvarðanir þar sem skorið yrði úr um lögmati ofangreindra fjarskiptasendinga á vegum flokkanna og hygðist stofnunin einnig fjalla um þátt 1819 í þeim. Afstaða 1819 til málefnisins komi fram í fyrrnefndu bréfi dags. 5. desember 2017, en ef félagið vilji koma að frekari athugasemdum sem varða umræddar sendingar fyrir flokkana, þá væri gefinn kostur á að koma þeim á framfæri. Frestur til þess var veittur til 22. desember 2017.

Fram kom á fundi PFS með 1819, 22. desember 2017, að fyrirtækið hefði ekki frekari athugasemdir vegna málsins.

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. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Samkvæmt 10. gr. sömu laga skal stofnunin láta kvartanir 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 aðeins til þess að stofnunin leysi 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 rafræna fjarskipta.¹

¹ 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.

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 á sviði fjarskipta og eru ákvæði hennar viðbót og ítarlegri umfjöllun um ákvæði síðarnefndu tilskipunarinnar, sbr. 2. mgr. 1. gr. og 4. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB. Þá kemur jafnframt fram í 48. lið inngangsorða hennar að við beitingu tilskipunarinnar getur verið gagnlegt að líta til reynslu starfshóps um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga sem settur var á fót á grundvelli 29. gr. tilskipunar nr. 95/46/EB, sbr. 30. gr. hennar og 3. mgr. 15. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB.

Ákvæði 46. gr. fjallar um óumbeðin fjarskipti og er þar að finna reglur varðandi beina markaðssetningu í formi sjálfvirkra upphringikerfa án manlegrar íhlutunar, símbréfataekja, tölvupósts og rafrænna skilaboða. Þá er einnig að finna reglu er varðar notkun almennrar tal- og farsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu. Í ákvæðinu segir:

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

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

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

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

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 manlegrar íhlutunar, símbréfataekjum, 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 upplýsingar 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 til að banna óumbeðnar fjarskiptasendingar í beinum markaðslegum tilgangi án samþykkis viðkomandi áskrifenda eða þegar áskrifendur hafa óskað eftir því að fá ekki slíkar fjarskiptasendingar, en aðildarríkjum er 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 áskrifenda nema þeir hafi sannanlega veitt samþykki sitt fyrir slíkum sendingum líkt og að framan greinir.

3.3 Gildissvið 46. gr. fjarskiptalaga og bein markaðssetning

Ákvæði 46. gr. nær eingöngu til fjarskipta sem varða markaðssetningu og afmarkast gildissvið ákvæðisins við túlkun á því hugtaki, en hvorki er að finna skilgreiningu á hugtakinu bein markaðssetning í íslenskum lögum né í framangreindri tilskipun nr. 2002/58/EB. Hugtakið hefur þó verið skilgreint með rúmum hætti bæði hér á landi og í Evrópu. Fram kemur í áliti, nr. 5/2004, starfshóps um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga sem settur var á fót á grundvelli 29. gr. tilskipunar nr. 95/46/EB, að samkvæmt 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB, nái hugtakið yfir hvers kyns markaðsátaks, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórnmalaflokka.²

Í fyrri ákvörðunum PFS hefur komið fram að óumbeðin fjarskipti þurfa ekki endilega að vera framkvæmd í hagnaðarskyni til þess að teljast bein markaðssetning. Miðað hefur verið við, að ef markmið þess aðila sem stendur fyrir óumbeðnum fjarskiptum er að fá móttakanda til þess að aðhafast eitthvað eða skuldbinda sig með einhverjum hætti þá falli tilvik undir ákvæðið.³

Bein markaðssetning á ekki eingöngu við um markaðssetningu á vörum eða þjónustu heldur felur bein markaðssetning einnig í sér t.a.m. að koma á framfæri og kynna hlutverk, hugmyndir og starfsemi aðila, svo sem þegar stjórnmalaflokkar setja sig í samband við einstaklinga til að kynna sjónarmið sín eða óska eftir stuðningi hvort heldur er með atkvæði eða styrk. Þessu til stuðnings hefur stofnunin horft til fordæma frá nágrannalöndum og ber í þessu samhengi að nefna mál er varðar Skoska þjóðarflokkinn (e. The Scottish National Party) sem studdist við sjálfvirk uppkallskerfi í framboði sínu til ákveðinna kjósenda fyrir almennar kosningar árið 2005 en líkt og segir í tilskipun 2002/58/EB er óheimilt að framkvæma slík símtöl nema fyrir liggja ótvírætt samþykki fyrirfram. Skoski þjóðarflokkurinn taldi að reglur um beina markaðssetningu ættu ekki við um stjórnmalaflokka í tilvikum sem þessum heldur ætti einungis við um starfsemi sem byggði á viðskiptalegum grunni. Mál þetta endaði fyrir úrskurðaraðila í Bretlandi (e. Information Tribunal),⁴ þar sem staðfest var að undir reglur um beina markaðssetningu sem tilgreindar eru í tilskipun 2002/58/EB og í tilskipun nr. 95/46/EB falli einnig kynningarstarfsemi hvort sem um væri að ræða starfsemi aðila í hagnaðarskyni eða ekki (e. non-profit-organisation). Var það mat úrskurðaraðilans að stjórnmalaflokkar þyrftu einnig að fylgja þeim reglum sem tilgreindar eru í tilskipuninum.

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

³ Sjá t.d. ákvarðanir PFS nr. 22/2009 og nr. 13/2015 og úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2009.

⁴ Scottish National Party v Information Commissioner (EA/2005/0021, 15 May 2006)

3.4 Samþykki

Ekki er í fjarskiptalögum að finna skilgreiningu á hvað telst vera samþykki í skilningi 1. mgr. 46. gr. en í 40. lið inngangsorða áðurgreindar tilskipunar 2002/58/EB kemur þó fram að réttlæt看legt 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:

„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 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 móttakenda þeirra fyrir heimild til að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu, sbr. einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 19/2013 vegna óumbeðinna fjarskipta Símans hf. Þá telst það heldur ekki í samræmi við skilgreiningu á samþykki að einstaklingur gefi einungis í skyn vilja til að fá slíkan tölvupóst, 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, sbr. einnig úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta og póstmála í máli nr. 2/2013. Er þetta jafnframt áréttað í álit 29. gr. starfshópsins 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.⁵

Eins og sjá má er ljóst að aðilar þurfa almennt samþykki viðtakanda áður en t.a.m. er sendur markaðssetningartexti í smáskilaboðum, tölvupóstsendingum eða á faxi. Ef ekki liggur fyrir samþykki hefur sá sem sendir rafræn skilaboð gerst brotlegur gagnvart þeim reglum sem heyra undir fyrrnefndar tilskipanir og ákvæði 1-3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.

Þá hefur Póst- og fjarskiptastofnun sett fram þá afstöðu sína að sá sem er ábyrgðaraðili fyrir markaðssetningu beri sönnunarbyrði varðandi það að réttmæts samþykkis hafi verið aflað, sbr. framangreind ákvörðun nr. 19/2013 varðandi óumbeðin fjarskipti Símans hf. Þannig verður útsendingaraðili að geta sýnt fram á heimild sem hann byggir fjarskiptasendinguna á. Geti hann ekki sýnt fram á að samþykkis hafi verið aflað ber hann hallan af því.

⁵ WP 29 Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25

IV. Forsendur og niðurstaða

Fram kemur berum orðum í 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti að notkun rafrænna skilaboða s.s. SMS fyrir beina markaðssetningu er einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram.

Óumdeilt er í máli þessu að Miðflokkurinn fékk fyrirtækið 1819 til þess að senda út í sínu nafni SMS skilaboð til tuga þúsunda farsímanotenda í aðdraganda kosninga til Alþingis 28. október 2017. Miðflokknum og 1819 ber ekki saman um fjölda sendra skilaboða en samkvæmt upplýsingum frá 1819 verður að miða við að skilaboð hafi verið send til a.m.k. 57.682 viðtakenda. PFS telur augljóst miðað við efni skilaboðanna að tilgangur þeirra hafi verið að hvetja viðtakendur til þess að kjósa Miðflokkinn og hefur flokkurinn ekki haldið öðru fram.

Samkvæmt viðtekinni venju við túlkun á 1. mgr. 46. gr., sem lýst er hér að framan, eru skilaboð frá stjórnmalaflokkum þar sem viðtakandi er hvattur til að styðja flokkinn talin fela í sér markaðssetningu í skilningi ákvæðisins. Miðflokkurinn hefur ekki mótmælt því að um hafi verið að ræða markaðssetningu í skilningi 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti.

Miðflokkurinn og 1819 sem sendi skilaboðin fyrir flokkinn hafa upplýst að þeirra skilningur á reglum um útsendingu SMS skilaboða hafi verið sá að heimilt væri að senda þeim skilaboð sem ekki væru með bannmerki í símaskrá þar sem samþykki felist í því að hafa númer sitt skráð í símaskrá án bannmerkis. Óumdeilt er að sérstaks samþykkis viðtakenda var ekki aflað frá viðtakendum sendinganna, hvorki af hálfu Miðflokksins né 1819. PFS getur ekki fallist á þennan skilning Miðflokksins og 1819. Ekkert bendir til þess að samþykki sem áskilið er í 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti geti falist í aðgerðarleysi og því er ekki hægt að álykta að það felist samþykki í því að láta skrá númer sitt í símaskrá án bannmerkis. Um þetta vísast nánar til fordæma og annarra lögskýringargagna sem fjallað er um í kafla 3.4. hér að framan.

Lögmaður Miðflokksins leggur nokkra áherslu í svari sínu að flokkurinn hafi leitað til 1819 sem er fyrirtæki sem gefur sig sérstaklega út fyrir að veita sérhæfða þjónustu á borð við þá sem flokkurinn óskaði eftir. Fram kemur í svarinu að flokkurinn aflaði ekki fyrirfram samþykkis þeirra sem fengu fjarskiptasendinguna heldur leitaði til þjónustuaðilans 1819 og gat treyst því að fyrirtækið færi eftir gildandi lögum og reglum sem um þjónustuna gilda. Flokkurinn megi, líkt og aðrir þjónustukaupendur sérhæfðrar þjónustu ganga út frá því að þjónustuveitandinn starfi innan gildandi laga og reglna sem um þjónustuna gilda og þekki til þeirra.

Póst- og fjarskiptastofnun telur að fjarskiptasendingar í markaðssetningarskyni séu ávallt á ábyrgð þess aðila sem ákveður að markaðssetja sig með slíkum sendingum og sá aðili beri ábyrgð á að ákvæði 46. gr. laga um fjarskipti séu virt, þrátt fyrir að hann semji við þriðja aðila um að annast slíkar sendingar fyrir sig. Þetta hefur m.a. komið fram í fyrri ákvörðunum PFS nr. 7/2015 og 15/2015. Samkvæmt bréfi lögmanns Miðflokksins var verkbeiðni flokksins til 1819 á þá leið að senda á aðila í ákveðnum aldursþóp sem ekki væru bannmerktir í símaskrá eða þjóðskrá. Eins og verkbeiðnin hljóðar þá var verið að óska eftir þjónustu sem samrýmdist ekki 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti. Það var á ábyrgð Miðflokksins sjálfs að kynna sér gildandi lagaákvæði um slíkar

sendingar og það firrir flokkinn ekki ábyrgð að þjónustuaðilinn hafi ekki veitt floknum upplýsingar um það hvaða reglur giltu.

Þrátt fyrir að PFS telji umræddar sendingar vera á ábyrgð Miðflokksins vill stofnunin samt sem áður áréttta að mikilvægt er að fyrirtæki sem taka að sér markaðssetningu með fjarskiptasendingum í verktöku kynni sér til hlítar allar þær reglur sem gilda um slíkar sendingar. Þar sem hluti kvartenda kvartaði yfir því að hafa fengið sendingar í bannmerkt eða óskráð símanúmer skal tekið fram að mikilvægt er að aðilar sem óska eftir að vera óskráðir í gagnagrunni símaskrár og aðilar sem hafa óskað eftir að vera bannmerktir í símaskrá verði ekki skráðir á úthringi- eða útsendingarlista markaðssetningarfyrirtækja, en nokkuð virðist skorta upp á að slíkar óskir séu virtar. Skráningar símanúmera hafa þó ekki áhrif á niðurstöðu í þessu máli, þar sem umræddar SMS sendingar voru í andstöðu við lög, þegar af þeirri ástæðu að samþykkis viðtakenda var ekki aflað fyrirfram, en PFS telur ástæðu til að brýna fyrir fjarskiptafyrirtækjum og fyrirtækjum sem vinna með símanúmer notenda að tryggja að upplýsingar um símanúmer séu ávallt réttar og skráning þeirra í samræmi við vilja notenda.

Samkvæmt ofangreindu verður að telja að Miðflokkurinn hafi brotið gegn 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga með því að fela 1819 að senda SMS skilaboð með markaðssetningarefni til farsímanotenda án þess að sérstaks samþykkis viðtakenda væri aflað.

Ákvörðunarorð

Miðflokkurinn braut gegn 1. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti, með því að láta senda í sínu umboði smáskilaboð til kvartenda þar sem viðtakendur voru hvattir til að kjósa flokkinn í kosningum til Alþingis 28. október 2017.

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

Reykjavík, 29. desember 2017

Hrafnkell V. Gíslason

Sigurjón Ingvason