



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 4/2014

Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Heimkaupa ehf.

I.

Erindið

Þann 4. apríl 2013 barst Póst- og fjarskiptastofnun kvörtun frá [...]¹. Efnislína tölvupóstsins var „35% afsláttur á *Dolce Gusto* dögum og frí heimsending“. 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 júní sl. var kvörtunin skráð í málaskrá og tekin til efnismeðferðar.

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun

Framangreindur tölvupóstur kvartanda reyndist innihalda kvörtun um óumbeðin fjarskipti Heimkaupa ehf. í formi tölvupósts frá félaginu á tölvupóstfang kvartanda, [...]², þann 4. apríl 2013. Meðfylgjandi tölvupósti kvartanda var tölvupóstur Heimkaupa ehf.

Í tölvupósti kvartanda er í fyrsta lagi kvartað yfir sendingu Heimkaupa ehf. og telur kvartandi að félagið hafi, með ólögætum hætti, fengið tölvupóstfang sitt af póstlista Hópkaupa ehf. Tilgreinir kvartandi að hann hafi jafnframt lagt inn kvörtun vegna hlutdeildar Hópkaupa ehf. hvað þetta varðar. Að mati kvartanda felst í þessu brot á 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Þá óskar kvartandi eftir að Póst- og fjarskiptastofnun beiti sér fyrir því að Heimkaup ehf. fjarlægi öll netföng af póstlistanum sem félagið hefur fengið frá Hópkaupum ehf. án leyfis viðskiptavina síðarnefnda félagsins.

¹ Nafn kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.

² Tölvupóstfang kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.

Í öðru lagi telur kvartandi að útsendur tölvupóstur Heimkaupa ehf. 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. Segir í kvörtuninni að kvartandi telji „ ... að merking nafns og heimilisfangs í myndrænni framsetningu uppfylli ekki [ákvæði] 4. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, þar sem móttakandi er neyddur til að hlaða myndinni sérstaklega niður til að vita hver sendandi er.“ Með þessari framsetningu gæti móttakandi neyðst til að gefa upp að hann hafi lesið tölvupóstinn áður en hann geti lagt mat á það hvort sendingin uppfylli lagalegar kröfur en að mati kvartanda fer slíkt gegn anda fjarskiptalaga og laga um persónuvernd. Þá telur kvartandi það gera blindum og sjónskertum einstaklingum erfitt að sækja rétt sinn á sjálfstæðan máta. Óskar kvartandi eftir að Póst- og fjarskiptastofnun úrskurði um hvort að tölvupóstur Heimkaupa ehf. uppfylli framangreinda málsgrein 46. gr. fjarskiptalaga.

2.2 Bréf Heimkaupa ehf., dags. 7. júlí 2013

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 24. júní sl. bauð stofnunin félaginu að tjá sig um og gera athugasemdir við innkomna kvörtun. Stofnuninni barst svar frá Íslensku lögfræðistofunni, f.h. Heimkaupa ehf. með bréfi, dags. 7. júlí sl. þar sem kvörtuninni er hafnað. Í bréfinu kemur fram að kvartandi hafi skráð sig á póstlista Hópkaupa ehf. og gengist undir skilmála félagsins um að fá send tilboð um vörur og þjónustu. Kemur fram að þjónusta félagsins felist í því að bjóða viðskiptavinum sínum tilboð á vörum og þjónustu hjá samstarfsaðilum sínum en félagið framleiði ekki sínar eigin vörur. Þá segir að einn af nýjum samstarfsaðilum Hópkaupa ehf. séu Heimkaup ehf. og því hafi fyrrgreinda félagið sent póst á viðskiptavini sína og boðið þeim að nýta sér tilboð sem Heimkaup ehf. bauð upp á. Þá segir að „[h]afi kvartandi eða aðrir sem fengu þann póst ekki vilja nýta sér frekari tilboð Heimkaupa var þeim boðið að afskrá sig af póstlista Heimkaupa. Það gerir [...]³ ekki og var því réttilega litið svo á að hann vildi fá send tilboð Heimkaupa í framtíðinni.“

Enn fremur segir í svarbréfinu:

„Það er því ljóst að Heimkaup hefur ekki brotið gegn ákvæðum 46. gr. fjarskiptalaga þar sem 2. mgr. ákvæðisins á við í þessu tilviki. Viðskiptavini var gefinn kostur á að andmæla sér að kostnaðarlausu þegar skráning á póstlista Heimkaupa átti sér stað, þ.e. þegar tilboðið kom frá Hópkaupum. Sömuleiðis var honum ávallt gefinn kostur á að afþakka frekari skilaboð í síðari póstum frá Heimkaupum eins og kveðið er á um í 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.“

Þá hafnar félagið því sem röngu að nafn og heimilisfang Heimkaupa ehf. komi ekki fram í póstinum. Telur félagið að umræddar upplýsingar komi skýrt fram og uppfylli ákvæði 4. mgr. 46. gr. laganna.

2.3 Athugasemdir kvartanda, dags. 11. júlí 2013

Póst- og fjarskiptastofnun bauð kvartanda, með bréfi dags. 10. júlí 2013, að tjá sig um og koma að athugasemdum sínum við svarbréf Heimkaupa ehf. Barst stofnuninni tölvupóstur frá kvartanda þann 11. júlí sl. Í tölvupóstinum vísar kvartandi til málsgagna í kvörtunarmáli hans

³ Nafn kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.

gegn Hópkaupum ehf. sem, eftir skoðun Póst- og fjarskiptastofnunar, var framsent til Persónuverndar til efnislegrar meðferðar.

Í tölvupóstinum kemur m.a. fram að af svari Heimkaupa ehf. megi ráða að gert sé ráð fyrir að um sé að ræða póstlista félagsins en Hópkaup ehf. neiti að reka póstlista fyrir Heimkaup ehf. Þá neiti Hópkaup ehf. jafnframt að hafa miðlað netföngunum til Heimkaupa ehf. Fer kvartandi fram á að Póst- og fjarskiptastofnun kanni hvert samkomulagið sé milli framangreindra félaga. Þá kemur fram að kvartandi telji sig ekki viðskiptavin Heimkaupa ehf. en hann telji það frumskilyrði þess að nota netfang hans á grundvelli 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.

Þá ítrekar kvartandi að nafn og heimilisfang Heimkaupa ehf. sjáist ekki nema með því að hlaða mynd sem hefur að geyma þær upplýsingar. Einnig segir í tölvupóstinum:

„Samþykki PFS slíka vísun gæti óprúttinn aðili (sem ég er ekki að saka Heimkaup um að vera) misnotað þann veikleika og látið myndirnar staðfesta að viðkomandi hafi opnað póstinn. Algengt er að aðilar sem senda ruslpóst sendi blint á netföng í von um að eitthvað hlutfall þeirra sé virkt. Þá gætu þeir látið opnun myndarinnar vera merki um að viðkomandi hafi opnað póstinn og því fengið staðfestingu á að netfangið sé virkt. Einnig væri hægt að nota slíkt til að safna nánari upplýsingum um móttakanda, eins og hvenær hann opnar póstinn, hversu oft, hvaða póstforrit hann notar og svo framvegis.“

Telur kvartandi skipta máli að hægt sé að meta lögmæti tölvupóstsendingar „ ... *án þess að þurfa að treysta á að myndir utan tölvupóstsins séu réttar eða treysta sendanda áður en ég veit hver hann er.*“ Þá sé hætta á að myndir sem vísað sé til verði fjarlægðar eða hætti að virka og um leið hætti tölvupósturinn að uppfylla skilyrði 4. mgr. ákvæðisins. Þá segir kvartandi að mögulegt sé að skipta út myndinni en þá væri um að ræða fölsun á uppruna sendingarinnar. Á grundvelli þessa telur kvartandi að tölvupóstsending Heimkaupa ehf. uppfylli ekki það skilyrði málgreinarinnar um að nafn og heimilisfang þurfi að koma skýrt fram.

2.4 Svarbréf Heimkaupa ehf., dags. 2. september 2013

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 19. ágúst sl. bauð stofnunin Heimkaupum ehf. að koma að athugasemdum sínum við athugasemdir kvartanda, sbr. tölvupóst hans frá 11. júlí sl.

Í svarbréfi Heimkaupa ehf., dags. 2. september sl., er áréttað að kvartandi hafi skráð sig á póstlista Hópkaupa ehf. og samþykkt að fá send tilboð frá Hópkaupum ehf. þar sem boðin var fram þjónusta samstarfsaðila félagsins. Þeir sem voru skráðir á póstlista Hópkaupa ehf. var sendur tölvupóstur og þeim boðið að gerast aðilar að póstlista Heimkaupa ehf. til að geta nýtt sér þau tilboð sem síðarnefnda félagið býður uppá. Kvartandi hafi ekki nýtt sér andmælarétt um að hafna frekari póstsendingum frá Heimkaupum ehf. og þar af leiðandi hafi verið litið réttilega á að hann vildi eiga möguleika á að nýta sér tilboð félagsins og fá senda frá þeim tölvupósta sem innihéldu upplýsingar um þau tilboð sem félagið hefði uppá að bjóða.

Ítrekaði félagið það sem fram kom í upphaflegum athugasemdum þess, sbr. bréf félagsins frá 7. júlí sl., og því hafnað að félagið hafi gerst brotlegt við ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga. Þá taldi félagið ekki þörf á að rannsaka málið frekar.

2.5 Bréf Heimkaupa, dags. 6. nóvember sl.

Í framangreindu svarbréfi Heimkaupa ehf. frá 2. september sl. var ekki fjallað um hvort tölvupóstur félagsins uppfyllti skilyrði 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Póst- og fjarskiptastofnun óskaði því upplýsinga frá félaginu með bréfi, dags. 23. október sl.

Í bréfinu óskaði stofnunin eftir upplýsingum um með hvaða hætti upplýsingar um nafn og heimilisfang Heimkaupa ehf. birtist í útsendum tölvupósti til kvartanda, dags. 4. apríl 2013, t.a.m. hvort sérstakrar athafnar hafi verið þörf af hálfu móttakenda til að sjá umræddar upplýsingar líkt og kvartandi haldi fram í málalítilbúnaði sínum.

Póst- og fjarskiptastofnun barst svar frá félaginu þann 6. nóvember sl. Í bréfinu kemur fram að það sé ekki á höndum sendanda hvort að myndir í tölvupóstinum birtist þegar hann er opnaður. Það fari eftir stillingum sem móttakandi tölvupóstsins er með í tölvupóstforriti sínu eða vafra. Meðfylgjandi svarbréfinu var afrit af tölvupósti sem sendur hafði verið á lögmann Heimkaupa ehf. Innihald tölvupóstsins var það sama og sem sent hafði verið á kvartanda þann 4. apríl sl. og kemur fram í bréfinu að um sama tölvupóst sé að ræða. Lögmaður Heimkaupa ehf. hafði breytt öryggisstillingum í tölvupóstforriti sínu á þann hátt að myndir birtust ekki þegar tölvupósturinn var opnaður. Af fylgiskjalinu má sjá að myndir birtast ekki í umræddum tölvupósti.

Í svarbréfi Heimkaupa ehf. segir enn fremur:

„Aftur á móti og burt séð frá því sem að ofan er rakið þá sést í meðf. tölvupósti að nafn og heimilisfang Heimkaupa ehf. birtist með skýrum hætti, án þess að viðtakandi þurfi að hala niður myndum til að fá þær upplýsingar. Vísast til meðfylgjandi tölvupósts á blaðsíðu 2 þar sem nafn og heimilisfang Heimkaupa (Turninum Kópavogi) kemur fram. Auk þess kemur nafn Heimkaupa fyrir í upplýsingum um sendanda póstsins, í slánni þar sem stendur „from“, og enginn vafi leikur á að pósturinn kemur frá Heimkaupum.“

Heimkaup ehf. segja fullyrðingar kvartanda, þess efnis að viðtakandi slíkrar tölvupóstsendingar gæti neyðst til að gefa upp að hann hafi lesið tölvupóstinn áður en að hann geti lagt mat á hvort umrædd sending stæðist lagalegar kröfur, vera rangar. Segir félagið að niðurhal á myndum í tölvupósti hafi ekkert að gera með það hvort sendandi fái upplýsingar um hvort pósturinn hafi verið opnaður.

Af framangreindum rökum telur Heimkaup ehf. að skilyrði 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga hafi verið uppfyllt. Ítrekar félagið fyrri svör sín og hafnar að það hafi gerst brotlegt við tilgreint ákvæði fjarskiptalaga.

2.6 Athugasemdir kvartanda, sbr. tölvupóstur frá 12. nóvember sl.

Póst- og fjarskiptastofnun bauð kvartanda með bréfi, dags. 12. nóvember sl. að tjá sig um svör og upplýsingar Heimkaupa ehf. og barst stofnuninni svar frá kvartanda samdægurs.

Í svari kvartanda kemur fram að í fylgiskjali svarbréfs Heimkaupa ehf. sé að finna prufuskilaboð og sendir kvartandi því sem fylgiskjal þá útgáfu sem honum barst. Kvartandi mótmælir því ekki að nafn Heimkaupa ehf. komi fram í „from“ eða að í innihaldi tölvupóstsins sé vísað í sýningarsal félagsins. Það geti þó ekki, að mati kvartanda, uppfyllt skilyrði 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þar sem ekki er nægilega skýrt tekið fram í innihald tölvupóstsins að Heimkaup ehf. standi fyrir sendingunni. Að mati kvartanda virðist sem vísun til sýningarsals félagsins sé frekar „ ... sett fram í framhjáhlaupum og sem hluti af auglýsingunni frekar en að gegna því hlutverki að nefna hver beri ábyrgð á markaðssetningunni skv. 4. mgr. 46. gr. laganna.“ Þá sé ekki tilgreint hvert sé heimilisfang ábyrgðaraðila í „from“ línunni.

Kvartandi mótmælir einnig fullyrðingum Heimkaupa ehf. þess efnis að niðurhal á myndum í tölvupósti hafi ekkert með það gera hvor umræddur tölvupóstur hafi verið opnaður. Segir kvartandi að sendandi geti hagað því þannig til að þegar móttakandi opni mynd í tölvupóstsendingu þá fái sendandi að vita að tiltekinn móttakandi hafi opnað hana. Sé það sérstaklega af þessum sökum sem að það er „ ... viljaverk hjá [kvartanda] að opna ekki myndir í tölvupóstum sjálfkrafa.“

Þá ítrekar kvartandi að ekki sé tryggt að myndir sem vísað er til í tölvupóstssendingum verði aðgengilegar í framtíðinni, fylgi hún ekki tölvupóstinum. Er það mat kvartanda að ef slíkt sé „ ... samþykkt af hálfu PFS þyrfti að liggja einhvers staðar viðmið hversu lengi sendandi ætti að tryggja að myndin sé til staðar á netinu eftir að sendingin var móttækin og þar að auki vera tryggt að ekki sé hægt að skipta henni út eða fjarlægja innan ákveðins tímaramma, enda yrði réttur móttakanda byggður á því hvað staði á myndinni.“

Þá telur kvartandi að innihald tölvupóstsins ætti sjálfstætt að fullnægja þeim skilyrðum sem 46. gr. fjarskiptalaga kveður á um. Að örðum kosti, ef tölvupóstur innihéldi einungis eina mynd, gæti sendandi breytt myndinni ef fram kæmi kvörtun. Móttakandi tölvupóstsendingar gæti þannig átt erfitt með að sanna hvaða mynd hann hafi séð. Í svari kvartanda segir einnig:

„Í 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga er tilgreint að nafn og heimilisfang þess sem kemur að markaðssetningunni þurfi að koma skýrt fram en ellegar er óheimilt að senda viðkomandi tölvupóst. Telur undirritaður [að] réttmætur efi sé um að sendingin uppfylli það skilyrði. Utanaðkomandi myndir sem er hlaðið inn samkvæmt kóða í tölvupóstskeytinu geta ekki talist sem hluti tölvupóstsins, sbr. skilgreiningu á hugtakinu „tölvupóstur“ (e. Electronic mail) í 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/58/EB sem innleidd var með núgildandi fjarskiptalögum.“

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 tilskipunar, 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. fjarskiptalaga 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 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 í beinni markaðssetningu aðila. Er í 3. mgr. greinarinnar sett fram sú meginregla 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 mannlegrar íhlutunar, símbrefatækjum, 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. 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 Skilyrði 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga

3.3.1 Bein markaðssetning

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. Innihaldi umræddur tölvupóstur ekki markaðssetningu af hálfu sendanda fellur hann því ekki undir ákvæðið.

Hvorki er þó að finna skilgreiningu á hugtakinu bein markaðssetning í íslenskum lögum né framagreindri tilskipun nr. 2002/58/EB. Þá segir í álitni nr. 5/2004 fyrrgreinds 29. gr. starfshóps, sbr. tilskipun 95/46/EB, sem fjallar um óumbeðin fjarskipti í markaðslegum tilgangi, að samkvæmt 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB nái hugtakið yfir hvers kyns

markaðsátaks, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórn málaflókka.⁴ Í álitinu er einnig vísað á álit starfshópsins nr. 3/2003 þar sem samþykktar eru siðareglur FEDMA (Federation of European Direct and Interactive Marketing) 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.⁵

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 lokamásl. 2. mgr. 28. gr. laga nr. 77/2000, sem kveður á um heimild Persónuverndar til að veita undanþágu frá ákvæðinu.

Þá taldi stofnunin, í ljósi svo rúmrar túlkunar, að taka þurfi til skoðunar hvort einhvers sé ætlast til af viðtakanda fjarskiptanna, þ.e. hvort að markmið þeirra sé að fá hann til að skuldbinda sig með einhverjum hætti. Hafi efni þeirra hvorki að geyma boð um kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu, né að ráða megi af efni þeirra að ætlast sé til þess að viðtakandi 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.“⁶

3.3.2 Samþykki móttakanda

⁴ Opinion 5/2004 on unsolicited communication for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls 7.

⁵ 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.*)

⁶ Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 5/2010.

Fjarskiptasendingar sem falla undir hugtakið bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. eru einungis heimilær þegar viðtakandi hefur veitt samþykki sitt fyrir fram líkt og málsgreinin gerir kröfu um.

Ekki er í fjarskiptalögum fjallað um hvað telst fela í sér fyrirfram samþykki í skilningi ákvæðisins. Er þetta í samræmi við 13. gr. tilskipunar, nr. 2002/58/EB, en í 40. lið inngangsorða hennar er þó fjallað um að þegar kemur að óumbeðnum fjarskiptasendingum vegna beinnar markaðssetningar sé réttlæt看legt að krefjast þess að afdráttarlaust fyrirfram samþykki viðtakanda sé fengið áður en slíkar fjarskiptasendingar 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. starfshóps, sbr. tilskipun 95/46/EB, 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 reglugerðarinnar að senda út tölvupóst til að óska samþykki þeirra fyrir að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu. Þá telst það heldur ekki í samræmi við skilgreiningu á samþykki að einstaklingur gefi einungis í skyn að vilja 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.⁷ Er þetta jafnframt áréttað álit hópsins 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. Tekur starfshópurinn dæmi þar sem að aðili, sem hefur samþykki einstaklings, sendir tölvupóst á viðkomandi og tilgreinir að upplýsingar um hann verði sendar til þriðja aðila sem hyggst nota þær fyrir beina markaðssetningu. Hafi viðkomandi einstaklingur ákveðinn tíma til að bregðast við en er jafnframt tilgreint að bregðist hann ekki við muni það fela í sér samþykki um afhendingu upplýsinganna. Að mati starfshópsins getur þessi tegund meints samþykkis ekki talist uppfylla skilyrði tilskipunarinnar.⁸

3.4 Undanþága 2. mgr. 46. gr.

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

Í 2. mgr. 46. gr. er að finna undanþáguákvæði frá 1. mgr. ákvæðisins, þ.e. að í ákveðnum tilfellum þarf ekki að liggja fyrir samþykki móttakanda fyrir t.a.m. tölvupóstsendingu sem send er í beinni markaðssetningu. Í athugasemdum við frumvarp til fjarskiptalaga segir um ákvæðið 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. gr. 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. Að auki er einungis heimilt að senda á viðskiptavini sem upplýsingar um tölvupóstfang hafa fengist við sölu á vöru eða þjónustu og í samræmi við ákvæði tilskipunar 95/46/EB, svo sem skilyrði um að tilgang tölvupóstsendinga o.þ.h. Í öðru lagi getur einungis sami einstaklingur eða lögaðili og safnaði upplýsingunum sent tölvupósta fyrir beina markaðssetningu. Tekur starfshópurinn sem dæmi að móður- og dótturfélög geti ekki talist sami aðili. Í þriðja lagi þá er ákvæðið bundið við að sambærilegar vörur eða þjónusta sé markaðssett. Þá áréttar starfshópurinn að bjóða þurfi viðskiptavini upp á að skrá sig af hlutaðeigandi lista yfir að fá tölvupóstsendingar.⁹

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

Líkt og að framan greinir 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 á ákvæðinu í athugasemdum við frumvarp er lögleiddi ákvæðið en samkvæmt orðanna hljóðan verður að telja ákvæðið mjög afdráttarlaust.

Þegar litið er til 13. gr. tilskipunar 2002/58/EB segir m.a. í 4. mgr. hennar að í öllum tilvikum skuli vera bannað að senda tölvupóst vegna beinnar markaðssetningar, þar sem því er leynt eða það falið hver sá er sem annast fjarskiptasendinguna. Í 44. lið inngangsorða tilskipunarinnar segir einnig að nýtsamlegt geti verið á 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

⁹ Sjá neðanmálsgrein 1. Bls. 9.

ræða viðbótarskyldu um 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 29. gr. starfshópsins, nr. 4/2010, þar sem hópurinn 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.¹⁰

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 leyna 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 ekki er heimilt að senda út slíkan tölvupóst nema að nafn sendanda og heimilisfang hans komi greinilega fram í tölvupóstsendingunni. Er hér að finna afdráttarlausari skyldu en í tilvitnuðu ákvæði tilskipunarinnar. Aftur á móti er ekki að finna í innlendri löggjöf neina beina kvöð um að nafn hans og efnislína sjáist áður en tölvupóstskeytið sjálft er opnað líkt.

3.6 Hugtakið „tölvupóstur“

Þótt tölvupóstþjónusta teljist til fjarskiptaþjónustu í skilningi fjarskiptalaga, sbr. 15. tl. 3. gr., er hugtakið tölvupóstur ekki skilgreint sérstaklega í lögnum. Aftur á móti má finna skilgreiningu á hugtakinu í h lið 2. mgr. 2. gr. framangreindrar Evróputilskipunar nr. 2002/58/EB en þar segir að tölvupóstur sé „... *texta-, radd-, hljóð- eða myndskilaboð sem send eru á almennu fjarskiptaneti, sem er öllum aðgengilegt, sem hægt er að geyma á netinu eða í endabúnaði viðtakanda þar til þau eru sótt af viðtakanda.*“

Er því vert að líta til þess ákvæðis og hvernig túlkun þess hefur verið háttað hjá 29. gr. starfshópnum en í áður nefndu álit hans nr. 5/2004 er fjallað um hugtakið. Þar kemur fram að skilgreiningu á hugtakinu var ekki að finna í forvera tilskipunarinnar en því sé ætluð víð túlkun og tæknilega hlutlaus. Þannig á það á ná til þróunar á mörkuðum og þróunar á tækni rafrænnar samskiptaþjónustu með það að markmiði að veita jafna persónuvernd og vernd einkalífs, fyrir notendur almennrar fjarskiptaþjónustu, óháð tæknilegri aðferð. Sem dæmi um þjónustu sem fellur undir hugtakið tölvupóstur má m.a. nefna hinn hefðbundna tölvupóst (e. SMTP –based mail), smáskilaboð (e. SMS –based mail), myndskilaboð (e. MMS –based mail) og skilaboð í talsímahólfum. Þá telur starfshópurinn að listinn geti ekki talist tæmandi og þurfi að taka mið af markaðs- og tækniframþróun.¹¹

Ekki er að finna í álit hópsins frekari skilgreiningu á hvað geti falist í framangreindum flokkum sem teljast til tölvupósts, t.a.m. hvað „hefðbundinn“ (SMTP –based mail) telst vera.

¹⁰ 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.

¹¹ Sjá neðanmálgrein 1. Bls. 3-4.

IV.

Forsendur og niðurstaða

Í máli þessu er í fyrsta lagi tekist á um það hvort að kvartandi hafi gefið samþykki sitt fyrir að Heimkaup ehf. gætu sent tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang kvartanda. Í öðru lagi er tekist á um hvort Heimkaup ehf. hafi í tölvupóstsendingu sinni uppfyllt skilyrði sem sett er 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þess efnis að nafn og heimilisfang félagsins komi skýrt fram.

4.1 Bein markaðssetning og samþykki móttakanda

Það fyrsta sem leggja verður mat á í máli þessu er hvort umræddir tölvupóstar feli í sér beina markaðssetningu og falli því undir ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er ljóst að svo sé raunin, og er ekki uppi ágreiningur um það í málinu, enda er um kynningu á vörum að ræða 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 megi tölvupóstfang hans fyrir beina markaðssetningu í samræmi við 1. mgr. 46. gr. eða hvort undanþáguákvæði 2. mgr. eigi við.

Líkt og að framan hefur verið rakið sendi annar lögaðili, Hópkaup ehf., tölvupóst á kvartanda þar sem honum var boðið að frábiðja sig sendingum fyrir beina markaðssetningu frá Heimkaupum ehf. Ef hann brygðist ekki við færri hann sjálfkrafa á lista Heimkaupa ehf., sbr. bréf Íslensku lögfræðistofnunar, f.h. Heimkaupa ehf., dags. 7. júlí sl. þar sem segir orðrétt að „[h]afi kvartandi eða aðrir sem fengu þann póst ekki vilja nýta sér frekari tilboð Heimkaupa var þeim boðið að afskrá sig af póstlista Heimkaupa. Það gerði [...]¹² ekki og var því réttilega litið svo á að hann vildi fá send tilboð Heimkaupa í framtíðinni.“

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar getur framangreind aðferð við öflun samþykkis ekki fengist staðist þegar horft er til túlkunar á því hvað teljist vera samþykki í skilningi ákvæðisins eins og það hefur verið túlkað í álitum 29. gr. starfshóps tilskipunar 95/46/EB en úrskurðarnefnd fjarskipa- og póstmála hefur jafnframt staðfest að líta verði til álita hópsins við túlkun ákvæðisins. Þannig getur athafnaleyssi kvartanda, um að afþakka ekki tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu frá Heimkaupum ehf., ekki talist fela í sér ótvíræða yfirlýsingu af hans hálfu fyrir að heimila slíka notkun á tölvupóstfangi sínu. Breytir hér engu að Heimkaup ehf. og Hópkaup ehf. teljist vera systurfyrirtæki og samstarfsaðilar enda er óheimilt að afhenda upplýsingar sem þessar til þriðja aðila án þess að sérstakt samþykki þess efnis liggja fyrir af hálfu hlutaðeigandi. Slíku samþykki var ekki til að dreifa og mátti kvartandi enn fremur vera í þeirri trú að slíkt yrði ekki gert, sbr. skilmála Hópkaupa ehf. Verður því ekki komist að annarri niðurstöðu en að Heimkaup ehf. hafi skort samþykki

¹² Nafn kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.

kvartanda fyrir sendingu tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang hans þann 4. apríl 2013.

Þá verður ekki séð að undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr. eigi við. Kvartandi hefur ekki verið í viðskiptum við Heimkaup ehf. enda félagið nýtt líkt og fram kemur í andmælum félagsins. Ákvæðið veitir undanþágu fyrir fyrirtæki að senda tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á eigin vörum eða þjónustu að því gefnu að viðskiptavininum hafi verið gefinn kostur á að andmæla slíkri notkun þegar upphafleg skráning á sér stað og í hvert sinn sem slíkur tölvupóstur er sendur hafi hann ekki andmælt notkuninni við skráningu. Ljóst er út frá málavöxtum að kvartandi hefur ekki átt viðskipti við Heimkaup ehf. né veitt samþykki sitt fyrir að vera skráður á lista félagsins. Sérstök afskráning af fyrirhuguðum lista, líkt og tölvupóstur Hópkaupa ehf. kvað á um, getur ekki talist samþykki fyrir að vera skráður á slíkan lista og getur það heldur ekki talist vera andmælaréttur fyrir kvartanda við skráningu um að tölvupóstfang hans sé notað fyrir beina markaðssetningu. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar eru því skilyrði undanþáguákvæðisins ekki uppfyllt og var Heimkaupum ehf. ekki heimilt á grundvelli þess að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á kvartanda.

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að Heimkaup ehf. hafi brotið gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar félagið sendi tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang [...]¹³, [...]¹⁴, þann 4. apríl 2013.

4.2 Ákvæði 4. mgr. 46. gr.

Líkt og fjallað var um í kafla 3.5 hér að framan 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. Ekki er að finna í löggjöfinni auknar skyldur á sendendur um að nafn og efnislína skuli sjást áður en tölvupóstsending er opnuð. Öll umfjöllun um slíkt hefur ekki áhrif í máli þessu enda er ljóst að slíkt leysir sendanda ekki undan því skilyrði sem sett er í 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Það að skylda ábyrgðaraðila tölvupóstsendinga fyrir beina markaðssetningu til láta nafn sitt birtast án þess að tölvupóstsending skuli opnuð eru umframskyldur við efnisskyldur tilskipunarinnar sjálfrar sem lögfest er í 4. mgr. ákvæðisins.

Í svari Íslensku lögfræðistofunnar, f.h. Heimkaupa ehf., dags. 6. nóvember sl., kemur fram að sú afstaða að nafn og heimilisfang Heimkaupa ehf. birtist með skýrum hætti, án þess að viðtakandi þurfi að hala niður myndum. Póst- og fjarskiptastofnun getur ekki fallist á þessa afstöðu félagsins. Þegar tölvupósturinn er skoðaður án þess að myndir séu opnaðar er ljóst að einungis birtist samfelldur texti þar sem vísað er á heimasíðu Heimkaupa ehf., þ.e. heimkaup.is sem og sýningarsal félagsins í turninum í Kópavogi. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar getur slíkt ekki uppfyllt þá kröfu sem orðalag 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga gerir um að nafn og heimilisfang sendanda skuli koma fram með skýrum hætti.

¹³ Nafn kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.

¹⁴ Tölvupóstfang kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.

Þá er jafnframt ljóst að á myndum sem eru í tölvupóstinum birtist heimilisfang félagsins með öðrum hætti, þ.e. Smáratorgi 3, 201 Kópavogi, ásamt merki félagsins og heimasíðu. Þegar myndir hafa verið opnaðar er það mat Póst- og fjarskiptastofnunar að þær upplýsingar sem þar birtast fullnægja þeirri skyldu sem ákvæði 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga setur. Verður því að kveða á um hvort að ákvæði 4. mgr. 46. gr. laga sé uppfyllt með því að láta nafn og heimilisfang sendanda birtast á myndum sem með þessum hætti eru settar í tölvupóst.

Líkt og að framan hefur verið rakið er ekki hugtakið *tölvupóstur* ekki skilgreint í fjarskiptalögum. Þótt að finna megi skilgreiningu á því í persónuverndartilskipun Evrópusambandsins og frekari leiðbeiningar á túlkun þess í álit 29. gr. starfshópsins þá kveður það ekki, að mati Póst- og fjarskiptastofnunar, á um það álitamál sem til staðar er í þessu máli, þ.e. hvort myndir sem eru í raun hlekkur í tölvupóstinum, sem vísar í viðkomandi mynd sem hýst er á þjóni annars staðar á netinu, teljist hluti hins hefðbundna tölvupósts eða ekki.

Verður því að líta til þeirra markmiða sem ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga og tilskipunar Evrópusambandsins er ætlað að ná, þ.e. að vernda friðhelgi einkalífs notenda fjarskiptaþjónustu, og túlka vafa í beitingu ákvæðanna notendum í hag.

Þá ber jafnframt að líta til þess að það telst til almennrar notkunar á tölvupóstforritum að móttakandi tölvupóstsendinga hafi þær stillingar í pósthforriti sínu að myndir, sem vísað er til með þessum hætti í tölvupóstum, verði ekki sjálfkrafa sóttar þegar tölvupósturinn er opnaður. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar 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 á 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 en að Heimkaup ehf. hafi ekki uppfyllt það skilyrði sem 4. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga setur um að nafn og heimilisfang félagsins skuli koma skýrt fram í tölvupóstinum.

Ákvörðunarorð

Heimkaup ehf. braut gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar það sendi tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang [...]¹⁵, [...]¹⁶, þann 4. apríl 2013.

Heimkaup ehf. braut gegn ákvæði 4. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar það sendi tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang [...]¹⁷, [...]¹⁸, þann 4. apríl

¹⁵ Nafn kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.

¹⁶ Tölvupóstfang kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.

2013, án þess að nafn þess og heimilisfang kæmi fram með skýrum hætti í í texta tölvupóstsins.

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 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Reykjavík, 9. apríl 2014

Hrafnkell V. Gíslason, forstjóri

Unnur Kr. Sveinbjarnardóttir

¹⁷ Nafn kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.

¹⁸ Tölvupóstfang kvartanda er ekki birt svo trúnaður haldist.