



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 13/2013

Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Heimkaupa ehf.

I.

Erindið

Þann 11. apríl 2013 barst Póst- og fjarskiptastofnun kvörtun frá [...]¹ (kvartandi). Tilefni kvörtunarinnar voru óumbeðin fjarskipti Heimkaupa ehf. í formi tölvupósts á netfang kvartanda, [...].

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun

Líkt og að framan greinir barst Póst- og fjarskiptastofnun umrædd kvörtun í apríl sl. Fram kemur í kvörtuninni að kvartandi fái tölvupósta frá heimkaup.is þar sem verið er að kynna vöru og þjónustu en hann kannist ekki við að hafa heimsótt heimkaup.is og hann hafi ekki skráð sig á póstlista hjá þeim. Fer hann fram á að heimkaup.is geri grein fyrir því hvernig félagið komst yfir tölvupóstfangið og biðjist opinberlega afsökunar.

Meðfylgjandi kvörtuninni voru tölvupóstar, dags. 4. og 11. apríl sl., sem sendir voru af Heimkaupum ehf. (samband@heimkaup.is) á netfang kvartanda, [...]. Í efnislínu fyrri tölvupóstsins segir „35% afsláttur á *Dolce Gusto* dögum og *frí heimsending*“ og í þeim síðari „33% afsláttur á *Barnadögum* hjá *Heimkaup.is* og *frí heimsending*“.

2.1 Athugasemdir Heimkaupa ehf.

Póst- og fjarskiptastofnun bauð Heimkaupum, með bréfi stofnunarinnar dags. 15. apríl sl., að tjá sig um og koma að athugasemdum sínum við innkomna kvörtun. Þann 2. maí sl. barst stofnuninni bréf frá Íslensku lögfræðistofunni, f.h. Heimkaupa ehf., þar sem kvörtuninni er

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

hafnað. Þá eru settar fram þær athugasemdir að kvartandi hafi skráð sig á póstlista Hópkaupa ehf., sem er systurfyrirtæki og samstarfsaðili Heimkaupa ehf. Segir að með þeirri skráningu hafi hann fallist á skilmála Hópkaupa ehf. sem m.a. segja að félagið „ ... áskilji sér rétt til að senda viðskiptavinum markpóst með tölvupósti. Viðskiptavinur getur þó frábeðið sér þessa þjónustu.“

Þá segir enn fremur í bréfinu:

„Þegar Heimkaup ehf. var sett á laggirnar fengu viðskiptavinir Hópkaupa senda í tölvupósti tilkynningu um opnum Heimkaupa auk inneignar hjá hinu nýstofnaða fyrirtæki. Þeim var einnig tilkynnt um að Heimkaup væri samstarfsaðili og systurfyrirtæki Hópkaupa og viðskiptavinir Hópkaupa gætu framvegis nýtt sér vörur og þjónustu Heimkaupa. Í þeim tölvupósti var viðtakanda gefinn kostur á að skrá sig af póstlistanum, bæði afþakka frekari tilkynningar frá Heimkaupum sem og Hópkaupum. Slíkt gerði [...] ekki og leit umbj. minn því réttilega sem svo að [...] vildi fá send í tölvupósti tilboð frá systurfyrirtækjunum báðum.“

Kemur fram að félagið telji að ljóst sé að það hafi ekki brotið í bága við ákvæði 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þar sem að 2. mgr. ákvæðisins eigi augljóslega við í þessu tilviki. Þá hafi viðskiptavininum verið „ ... gefinn kostur á að andmæla sér að kostnaðarlausu þegar skráning á póstlista Heimkaupa átti sér stað, þ.e. þegar tilboðið kom frá Hópkaupum.“ Eins hafi honum ávallt verið gefinn kostur á að afþakka frekari skilaboð í síðari póstum frá Heimkaupum ehf. eins og 2. mgr. 46. gr. gerir kröfu um. Telur félagið að ekki sé tilefni til að rannsaka málið frekar.

2.2 Viðbrögð kvartanda við athugasemdum Heimkaupa ehf.

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 7. maí sl., bauð stofnunin kvartanda að tjá sig um athugasemdir og viðbrögð félagsins við kvörtun hans. Með tölvupósti, þann 13. maí sl., bárust stofnuninni athugasemdir kvartanda. Í þeim kemur fram að hann viðurkenni að hafa skráð sig á póstlista Hópkaupa ehf. og samþykkt notkunarskilmála þeirra. Gerir hann ekki athugasemdir við að fá senda tölvupósta frá Hópkaupum ehf. Aftur á móti gerir kvartandi athugasemdir við að Hópkaup ehf. gefi sér að viðskiptavinir samþykki að fara á póstlista hjá öðru fyrirtæki jafnvel þó að um systurfyrirtæki sé að ræða. Hann óski eftir að fá tölvupósta senda af Hópkaupum ehf. en ekki Heimkaupum ehf. sem þó sendir pósta reglulega.

Þá viðurkennir kvartandi að hann geti afskráð sig af póstlista Heimkaupa ehf. en telur þó að hann hafi aldrei átt að fara á póstlista félagsins. Vísar kvartandi til 46. gr. fjarskiptalaga og telur ákvæðið klárlega eiga við í þessu tilfalli. Hann hafi ekki skráð sig hjá heimkaup.is og hafði því ekki tækifæri til að hafna pósti frá þeim við skráningu þó hann geti það með því smella á þar til gerðan hlekk í tölvupóstum frá Hópkaupum ehf. Telur kvartandi að þar sem engin skráning hafi átt sér stað hafi hann ekki haft tækifæri til að hafna tölvupósti frá félaginu og telur hann það skýrt brot á framangreindu ákvæði laganna.

Kvartandi bendir einnig á skilmála Hópkaupa ehf. þar sem segir að „[p]ersónuupplýsingar eru í engum tilvikum veittar þriðja aðila.“ Telur kvartandi að félagið hafi því brotið gegn sínum eigin skilmálum með því að gefa Heimkaupum ehf. upp tölvupóstfang hans enda teljist

Heimkaup ehf. vera þriðji aðili þó að um systurfyrirtæki sé að ræða. Þau hafi sitthvora kennitöluna og sitthvort lögheimilið.

Að lokum er kvörtunin áréttuð og tilgreint að samþykki um skráningu á póstlista Hópkaupa ehf. jafngildi ekki samþykki um skráningu á aðra póstlista.

2.3 Boðun ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar

Með bréfi, dags. 14. júní sl., boðaði stofnunin fyrirhugaða ákvörðun sína í málinu. Í bréfinu kemur m.a. fram það álit stofnunarinnar að sá háttur sem viðhafður var við að afla samþykkis kvartanda fyrir að Heimkaupum ehf. væri heimilt að nota tölvupóstfang hans fyrir tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu uppfylli ekki skilyrði ákvæðis 46. gr. fjarskiptalaga. Þá er greint frá því að samþykki þurfa að fela í sér ótvíræða yfirlýsingu um að hlutaðeigandi veiti aðila heimild til að nýta sér persónuupplýsingar fyrir slíkum sendingum. Slík ótvíræð yfirlýsing getur ekki falist í athafnaleysi viðkomandi líkt og tölvupóstur Hópkaupa ehf. í raun fól í sér. Kvartandi brást ekki við tölvupósti Hópkaupa ehf. og fór því sjálfkrafa á póstlista Heimkaupa ehf. Slíkt getur ekki, að mati stofnunarinnar, talist samþykki í skilningi ákvæðisins.

Einnig kom fram í bréfi stofnunarinnar að það hafi ekki áhrif á niðurstöðu málsins að um systurfyrirtæki eða samstarfsaðila sé að ræða enda óheimilt, nema með sérstöku samþykki, að afhenda þriðja aðila upplýsingar sem þessar. Slíkt samþykki hafi ekki legið fyrir í máli þessu. Þannig er ekki hægt að byggja á undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr. enda kvartandi ekki viðskiptavinur Heimkaupa ehf. Getur skortur á sérstakri afskráningu af fyrirhuguðum lista, líkt og tölvupóstur Hópkaupa ehf. kvað á um, hvorki talist samþykki fyrir að vera skráður á slíkan lista né getur það talist vera andmælaréttur fyrir kvartanda við skráningu um að tölvupóstfang hans sé notað fyrir beina markaðssetningu.

Var Heimkaupum boðið að koma að athugasemdum sínum við boðaða ákvörðun.

2.4 Athugasemdir Heimkaupa ehf.

Með tölvupósti frá Íslensku lögfræðistofunni, f.h. Heimkaupa ehf., þann 4. júlí sl. bárust viðbrögð félagsins við boðaðri ákvörðun stofnunarinnar. Í tölvupóstinum kemur fram að félagið standi við þá skoðun sína að ekki hafi verið brotið gegn ákvæðum fjarskiptalaga þar sem kvartandi hafi sjálfur skráð sig á póstlista Hópkaupa ehf. og þannig gengist undir skilmála um að fá send tilboð frá þeim á þeim vörum og þeirri þjónustu sem fyrirtækið bjóð uppá. Í þessum tilvikum hafi það verið vörulisti Heimkaupa ehf. Þá hafi hann átt kost á að hafna frekari tilboðum frá Heimkaupum ehf. strax í kjölfarið.

Þá var vísað til fyrri athugasemda félagsins.

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. fjallar um óumbeðin fjarskipti og eru þar að finna reglur varðandi beina markaðssetningu í formi sjálfvirkra upphringikerfa án mannlegrar íhlutunar, símbréfatækja, 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, símbréfataækjum, 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 álit 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 stjórnmalaflokka.² Í álitinu er

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

einnig vísað álit starfshópsins nr. 3/2003 þar sem samþykktar eru siðareglur FEDMA þar sem rúm túlkun er lögð í hugtakið. Í reglunum segir m.a. að bein markaðssetning feli í sér hvers kyns samskipti, þ.á.m., en ekki einskorðað við, tölvupóst, símbref, símtöl o.fl., er varða hvers kyns auglýsingar eða markaðsefni, sem sent er af markaðsaðila, eða fyrir hans hönd, og sem sérstaklega er beint að einstaklingum.³

Á grundvelli framangreinds, og með hliðsjón af skilgreiningu hugtaksins bein markaðssókn í 28. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, komst Póst- og fjarskiptastofnun að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 22/2009, að hugtakið bein markaðssetning feli í sér að söluaðili snýr sér beint að tilteknum aðila, einum eða fleiri, ýmist á grundvelli nafns viðkomandi, tölvupóstfangs, símanúmers eða annarra þess háttar upplýsinga og að samkvæmt venjulegum málskilningi sé átt við sölu eða kynningu á vörum eða þjónustu óháð því hver tilgangur markaðssetningarinnar er, sbr. þó lokamálsl. 2. mgr. 28. gr. laga nr. 77/2000, sem kveður á um heimild Persónuverndar til að veita undanþágu frá ákvæðinu.

Þá taldi stofnunin, í ljósi svo rúmrar túlkunar, að taka þurfi til skoðunar hvort 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.“⁴

3.3.2 Samþykki móttakanda

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

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

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

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 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.⁵ Er þetta jafnframt áréttað álit 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 hlutadeigandi 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 að þessi tegund meints samþykkis geti ekki talist uppfylla skilyrði tilskipunarinnar.⁶

3.4 Undanþága 2. mgr. 46. gr.

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

⁵ 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.*)

⁶ Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25.

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.⁷

IV.

Forsendur og niðurstaða

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 frábíðja sig sendingum fyrir beina markaðssetningu frá Heimkaupum ehf. Ef hann brygðist ekki við færði hann sjálfkrafa á lista Heimkaupa ehf., sbr. bréf Íslensku lögfræðistofnunnar, f.h. Heimkaupa ehf., dags. 2. maí sl. þar sem segir orðrétt að „ ... viðtakanda [var] gefinn kostur á að skrá sig af póstlistanum, bæði afþakka frekari

⁷ Sjá neðanmálsgrein 1. Bls. 9.

tilkynningar frá Heimkaupum sem og Hópkaupum. Slíkt gerði [...] ekki og leit umbj. minn því réttilega sem svo að [...] vildi fá send í tölvupósti tilboð frá systurfyrirtækjunum báðum.“

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 kvartanda fyrir sendingu tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang hans þann 4. og 11. apríl 2013.

Þá verður ekki séð að undanþáguákvæði 2. mgr. 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 PFS 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 [...], [...], þann 4. og 11. apríl 2013.

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 [...], [...], þann 4. og 11. apríl 2013.

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, 8. júlí 2013

Björn Geirsson, f.h. forstjóra

Unnur Kr. Sveinbjarnardóttir