



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 11/2013

Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Wow Air ehf.

I.

Erindið

Þann 5. nóvember 2012 barst Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) kvörtun frá [...]¹ (kvartandi). Tílefni kvörtunarinnar voru óumbeðin fjarskipti Wow Air ehf. (Wow Air) í formi tölvupósts á netföngin [...] og fleiri netföng sem enda á [...] sem og á netfangið [...].

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun

Líkt og að framan greinir barst PFS umrædd kvörtun í nóvember 2012. Kom fram í kvörtuninni að kvartandi, fyrirtæki hans, [...], og kona hans, [...], hafi ekki leyft Wow Air að stunda markaðsstarf sitt á þessum netföngum. Segir enn fremur að slíkt hafi viðgengist, óumbeðið, að Iceland Express hafi stundað markaðsstarf sitt með þessum hætti. Telur kvartandi að slíkur aðgangur að netföngum gangi ekki kaupum og sölum milli fyrirtækja. Var krafan að fjarskiptum þessum yrði hætt og þeim viðurlögum beitt sem lög mæla fyrir um. Meðfylgjandi voru tveir tölvupóstar sendir frá WOW klúbbum [no-reply@wowair.is]. Móttakandi tölvupóstanna var [...]. Sá fyrri var sendur þann 25. október 2012 og var efnislína hans „*Áfram á WOW verði! London, Köben og Berlín frá 14.900 kr.*“ Sá síðari var sendur 2. nóvember 2012 og var efnislína hans „*Þrjár stórkostlegar stórborgir – London,*

¹ Nafn kvartanda og tilgreind netföng eru felld út úr ákvörðun þessari vegna trúnaðar.

Köben og Berlín frá 12.900 kr.“ Ekki fylgdu tölvupóstar á önnur netföng sem kvartandi tilgreinir í kvörtun sinni.

2.2 Bréf Wow Air, dags. 5. desember 2012

Með bréfi PFS til Wow Air, dags. 8. nóvember 2012, bauð stofnunin Wow Air að tjá sig um og gera athugasemdir við kvörtunina. Var frestur veittur til 23. nóvember sama mánaðar. Ekki bárust svör frá félaginu fyrir tilgreindan frest og var boð stofnunarinnar ítrekað með bréfi, dags. 26. nóvember sl. Var frestur veittur til 11. desember og tilgreint að bárust ekki svör yrði stofnunin að líta svo á að fyrirtækið hefði ekki athugasemdir fram að færa og að málið yrði tekið til efnismeðferðar og skorið úr ágreiningsefni með ákvörðun í samræmi við 10. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun.

Athugasemdir Wow Air bárust PFS með bréfi, dags. 5. desember 2012. Í bréfinu kemur m.a. fram að kvörtunin virðist snúa að samþykki kvartanda til Íslands Express ehf. (nú IEMI ehf.), um að senda tölvupóst á tilgreind netföng, hafi falið í sér samþykki til Wow Air fyrir slíkum tölvupóstsendingum. Þá er í bréfinu gerð grein fyrir því að Wow Air hefur „[...]²“ Wow Air hafi því haldið áfram að senda tölvupóstsendingar með upplýsingum um þjónustu á þá er höfðu fengið slíkar tölvupóstsendingar frá IEMI ehf. (Iceland Express). Telur Wow Air að slíkt rúmist innan 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti, þar sem viðskiptavinir hafi veitt samþykki sitt fyrirfram fyrir slíkum sendingum.

Í bréfinu er jafnframt vísað til þess að Wow Air gefi viðskiptavininum sínum tækifæri á að andmæla notkun tölvupóstfanga, til samræmis við 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, með auðveldum hætti og þeim að kostnaðarlausu. Á þetta við um skráningu á lista hjá Wow Air sem og í hvert skipti sem tölvupóstur er sendur. Slíkt má sjá í þeim tölvupóstum sem fylgdu kvörtuninni.

Þá kemur fram að félaginu þyki miður ef kvartandi, fyrirtæki hans og eiginkona hafi orðið fyrir óþægindum vegna póstsendinganna en telur þó ekki að félagið hafi brotið gegn lögum um fjarskipti. Eins segir að tilgreind netföng hafi verið fjarlægð af lista sem fá póstsendingar af þessu tagi.

2.3 Bréf kvartanda, dags. 14. og 15. janúar 2013

PFS sendi bréf til kvartanda, dags. 27. desember sl., þar sem honum var boðið að tjá sig og gera athugasemdir við svarbréf Wow Air við kvörtun hans. Stofnuninni barst svar frá kvartanda með bréfi, dags. 14. janúar sl.

Í bréfinu kemur fram að kvartandi sé ósammála sjónarmiðum Wow Air um að með kaupum félagsins á IEMI ehf. (Iceland Express). hafi félagið getað löglega hafið óumbeðin fjarskipti við neytendur á grundvelli kaupanna. Kvartandi er, í fyrsta lagi, ósammála framangreindu þar sem að útsendingar IEMI ehf. (Iceland Express). hafi á sínum tíma verið andstæður lögnum, og því hafi ekki þegar af þeirri ástæðu getað stofnast nein lögleg heimild til að nýta sér áfram

² Bein tilvísun í bréf Wow Air ehf. er felld út vegna ósk félagsins um trúnað. Í bréfi félagsins, dags. 5. desember 2012, kemur fram að það hafi keypt nánar tilgreindar eignir IEMI ehf. og tekið yfir og viðhaldið tiltekinni starfsemi í áframhaldandi þjónustu við þá viðskiptavini IEMI ehf. sem höfuð veitt samþykki fyrir því að fá sendar tölvupóstsendingar með upplýsingum um þjónustu.

þann grunn. Þá telur hann, í öðru lagi, fráleitt að trúnaðarsamband- og upplýsingar milli neytanda og IEMI ehf. (Iceland Express) sé verslunarvara fremur en trúnaðarsambönd- og upplýsingar t.a.m. lækna eða lögmanna og viðskiptavina þeirra. Telur kvartandi að sala á slíkum upplýsingaböndum, þurfi fyrri og nýi aðili, að leita samþykkis viðskiptavinarins sjálfs áður en slík sala fer fram.

Kvartandi tekur fram að hann kannast ekki við að hafa veitt samþykki sitt fyrir því að IEMI ehf. (Iceland Express) stundi sölumennsku sína á tölvupóstföng sín né eiginkonu sinnar. Þá hafi eiginkona hans ekki heldur veitt heimild fyrir slíkri notkun á tölvupóstfanginu [...]. Auglýsingasendingar hafi þó verið stundaðar á grundvelli persónuupplýsinga sem gefnar eru upp við farmiðakaup á netinu. Það er afstaða kvartanda að IEMI (Iceland Express) hafi því stundað markaðssókn sína m.a. í bága við 46. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003. Þar með getur réttarstaða Wow Air ekki verið betri en IEMI ehf. (Iceland Express) og upplýsingarnar megi þar að auki ekki selja á milli fyrirtækja.

Hvað varðar tilvísun Wow Air til 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þá hefur hvorugur aðilinn, svo kvartandi viti, gefið kost á andmælum þegar skráning á sér stað. Telur kvartandi að lögin verði ekki skilin með örðum hætti en að þetta tímamark eigi við skráningu neytanda í tölvukerfum fyrirtækja andstætt útsendingu á tölvupóstföng síðar, en í því síðarnefnda er neytandanum gert kleift að andmæla við móttöku auglýsingar.

Hvað varðar meint óþægindi kvartanda af útsendingu tölvupóstanna tekur kvartandi fram að vissulega séu það óþægindi fyrir neytendur þegar auglýsendur ástunda þessa aðferð við markaðssetningu sína. Umræddir póstar hrannist inn á milli annarra póst og verða hálfgerð plága.

Kvartandi segir Wow Air fara með rangt mál þegar félagið segir að viðkomandi tölvupóstföng hafi verið fjarlægð af lista félagsins. Kvartandi fái enn fjölda tölvupósta og meðfylgjandi bréfi hans voru samhljóða tölvupóstar, þar sem móttakendur voru kvartandi og [...]. Efnislína tölvupóstanna var „*Sól frá 17.900 kr., Berlín frá 14.900 kr. og pakkar fyrir alla!*“ og innihéldu frekari upplýsingar um flug og tilboð Wow Air til ýmissa staða.

Í lokin áréttar kvartandi að það eigi fyrst og fremst að vera að eigin vali og eigin fyrirfram ákvörðun hvort neytandi gerist þolandi að auglýsingaherferðum sem þessum.

PFS barst á ný bréf frá kvartanda þann 15. janúar sl. Þar leiðréttir kvartandi þau málatvik að eiginkona hans, sem hefur pósthafið [...] (ásamt kvartanda) telur sig hafa leyft Iceland Express að senda tilkynningar á tölvupósthafið. Biðst kvartandi velvirðingar á þessum mistökum.

Þá tilgreinir kvartandi að þrátt fyrir framangreint standi málatilbúnaður hans að mestu óhaggaður. Vekur hann sérstaka athygli á því að verði „ ... á sjónarmið *WOW air ehf. fallist hvað varðar aðkomu þeirra að gagnabanka og heimild til póstdreifingar skv. samningi um kaup á ýmsum innmat Iceland express ehf./IEMI ehf., felur það í sér viðurkenningu* [Póst- og fjarskiptastofnunar] *á því, að leyfilegt sé að sniðganga lögin og tilheyrandi viðurlög með því einu að gera samning milli fyrirtækja um kaup eða afnot af aðstöðu sem annað fyrirtæki hefur*

öðlast eða tekið að sér. Þannig gæti t.d. A, sem staðið hefði löglega að öflun slíkra heimilda, selt eða leigt B aðgang að gagnabankanum, B síðan til C og svo frv. Allir hlutaðeigendur gætu líka haft með sér samkomulag um að samnýta aðstöðuna.“

Að lokum er kvörtunin áréttuð.

2.4 Bréf Wow Air, dags. 23. janúar 2013

PFS bauð Wow Air, með bréfi dags. 17. janúar sl., að tjá sig um og gera athugasemdir við framangreind svarbréf kvartanda frá 14. og 15. janúar sl. Barst stofnunni bréf frá félaginu, dags. 23. janúar sl.

Í bréfinu er í fyrsta lagi beðist velvirðingar á að umrædd netföng voru ekki fjarlægð af lista félagsins. Slíkt hafi verið vegna mannglegra mistaka en þeim hafi verið eytt út af listanum þann 22. janúar sl.

Í öðru lagi mótmælir félagið öllum þeim sjónarmiðum sem fram koma í erindum kvartanda frá 14. og 15. janúar sl. og lúta að umrædd fjarskipti hafi verið óumbeðin og ólögmat. Kemur fram að einungis netföng viðskiptavina sem hafa veitt samþykki fyrir póstsendingum fái slíkar tölvupóstsendingar. Þá áréttar félagið að í hverju tölvuskeyti sé að finna tengil þar sem viðtakanda er mögulegt að afskrá sig með afar einföldum hætti. Telur félagið ekki tilefni til að gera frekari athugasemdir við málalíbúnað kvartanda og áréttar sjónarmið félagsins sem komu fram í bréfi þess til PFS þann 5. desember 2012.

2.5 Upplýsingar frá Wow Air, sbr. bréf dags. 16. apríl 2013

Með bréfi, dags. 9. apríl óskaði PFS eftir ákveðnum upplýsingum frá Wow Air. Í bréfinu segir m.a.:

„Með vísan til 1. mgr. 5. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun óskar stofnunin eftir því við hvaða heimild Wow Air byggir umræddar tölvupóstsendingar, þ.e. hvernig samþykkis [...] hafi verið aflað í upphafi. Hvort sem það er með sjálfstæðu upplýstu samþykki hans, það hafi verið hluti af einstökum viðskiptasamningi milli hans og félagsins, hvort það hafi verið með samþykki hans á almennum stöðlum við farmiðakaup á netinu eða með öðrum hætti.“

Þann 16. apríl sl. barst PFS svar félagsins við fyrirspurn stofnunarinnar. Fram kemur í svarinu að IEMI (Iceland Express) hafi notast við sama skráningarkerfi og Wow Air noti nú, svo kallað Mailcimp póstlistakerfi. Þá segir að hjá IEMI (Iceland Express) hafi skráning á póstlista félagsins verið með þrennum hætti. Í fyrsta lagi (i) í gegnum form á vefsíðu félagsins. Í öðru lagi (ii) í gegnum bókunarferli og í þriðja lagi (iii) með skráningu í gegnum leiki. Er sérstaklega áréttað í svarinu að í öllum tilvikum hafi var málum svo háttað að eigendur netfanga veittu um leið og þeir skráðu sig samþykki sitt fyrir því að fá sendar tölvupóstsendingar með upplýsingum um þjónustu. Kemur einnig fram að Wow Air noti sama skráningarferli á póstlista félagsins og fylgdi bréfinu skjáskot af skráningarferli Wow Air.

Í svari félagsins kemur fram að það hafi tekið yfir og viðhaldið áframhaldandi þjónustu við þá viðskiptavini IEMI (Iceland Express) sem veitt höfðu samþykki sitt fyrir því að fá sendar tölvupóstsendingar á netfang sitt. Telur félagið algerlega ljóst að kvartandi hafi veitt sérstakt

samþykki fyrir að honum yrðu sendar tölvupóstsendingar af þessu tagi þegar hann átti í viðskiptum IEMI (Iceland Express) í gegnum internetið. Fylgdi bréfinu jafnframt skjáskot af því hvernig samþykki fyrir sendingu tölvupósta fyrir beina markaðssetningu, hafi verið aflað í bókunarferli IEMI (Iceland Express), sbr. fylgiskjal við ákvörðun þessa.

Í svarbréfinu kemur fram að ekki sé mögulegt fyrir Wow Air að sýna fram á samþykki kvartanda með skjáskoti þar sem að tilteknum netföngum hafi verið eitt út af lista félagsins þann 22. janúar sl. en við það var um leið eytt út öllum gögnum um umrædd netföng og áskriftarsögu. Þá áréttar félagið að ávallt hafi verið möguleiki að skrá sig af umræddum póstlista með einföldum hætti í hverjum tölvupósti.

2.6 Bréf kvartanda, dags. 6. maí 2013

PFS bauð kvartanda að tjá sig um og koma að athugasemdum sínum við bréf Wow Air, sbr. bréf stofnunarinnar, dags. 23. apríl sl. Barst stofnuninni svar kvartanda með bréfi, dags. 6. maí sl. Í bréfinu er kvörtunin áréttuð og sér í lagi sjónarmið er lúta að því að trúnaðarsamskipti kvartanda við forvera IEMI (Iceland Express) séu ekki lögmat sölubara.

Í bréfinu segir jafnframt:

„Í svari kvörtunarþola er vikið að nokkrum sjónarmiðum félagsins. Virðist það nota sömu eða svipuð kerfi og IEMI notaði áður. Því er síðan lýst í nokkrum atriðum, hvernig það kerfi var. Lýst var þremur möguleikum til að skrá sig þar á póstlista, eða öllu heldur til að skrást þar á slíka lista, (i), (ii) og (iii). Þeim virðist það sammerkt að innihalda „boobbi traps“, sbr. lýsingu félagsins á því, að svo hafi verið búið um hnútana, að eigendur póstfanga skráðust sjálfkrafa á póstlista hverja af leiðunum sem þeir veldu. Í huga kvartanda hefur hann aldrei nýtt sér valkosti (i) eða (iii).

Fram skal tekið að kvartandi átti lítilsháttar viðskipti, (ca 2 flug), við forvera IEMI ehf., sem hét Iceland Express, ef rétt er munað, en hefur aldrei átt viðskipti við WOW Air ehf. Vera má, að kvartandi hafi gengið í gildru bókunarferlis IEMI ehf., (ii) og er það miður.“

Þá kemur fram það álit kvartanda að það leysi kvörtunarþola ekki undan ábyrgð sinni þótt að hægt sé að frábiðja sér sendingar félagsins heldur lúti ábyrgðin að gjörðinni sjálfri sem broti á friðhelgi, hafi ekki verið löglegar heimildir fyrir henni.

III.

Lagaumhverfi

3.1 Almenn

PFS 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 PFS 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 að þörf sé 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 upphringikerfi án mannglegrar 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, 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. framangreindar 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 málaflokka.³ Í álitinu er einnig vísað álitis 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

³ Opinion 5/2004 on unsolicited communication for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls 7.

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.⁴

Á grundvelli framangreinds, og með hliðsjón af skilgreiningu hugtaksins bein markaðssókn í 28. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, komst PFS 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 PFS, 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 PFS 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 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.“⁵

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.

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

⁴ 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.*)

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

vegna beinnar markaðssetningar sé réttlætanlegt 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 áðurnefndu 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. Að því gefnu að skilyrðin séu uppfyllt getur samþykki verið veitt með því að haka í til þess gerðan reit. Þannig geta reitir sem þegar eru útfylltir með slíkum hætti, og viðkomandi þarf að taka merkingu af, ekki talist uppfylla skilyrði þau sem gerð eru fyrir samþykki.⁶ 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.⁷

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 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 hendir, er sanngjarnt að heimila notkun tölvupóstfanga til að bjóða svipaðar vörur eða þjónustu, en einungis af

⁶ 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.*)

⁷ Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25.

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 upphaflegt samþykki, 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.⁸

IV.

Forsendur og niðurstaða

Með upphaflegri kvörtun og bréfi kvartanda frá 14. janúar sl. voru afrit af þeim tölvupóstum sem Wow Air sendi á kvartanda þann 25. október 2012, 2. nóvember 2012 og 14. janúar 2013. Ljóst er, bæði af efnislínum tölvupóstanna sem og innihaldi þeirra, að verið er að bjóða til sölu flugferðir til erlendra borga. Slíkt telst, að mati PFS, vera bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, eins og ákvæðið hefur verið túlkað af PFS, og staðfest af úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, en sú túlkun tekur mið af túlkun samhljóða ákvæðis tilskipunar nr. 2002/58/EB í álitum 29. gr. starfshópsins.

Fram kemur í upphaflegri kvörtun að kvartandi hafi fengið sambærilegan tölvupóst sendan af IEMI ehf. (Iceland Express) án þess að hann hafi veitt samþykki fyrir slíkum sendingum. Í bréfi kvartanda, dags. 15. janúar kemur fram að samþykki hafi verið veitt er varðar netfangið [...]. Í bréfi kvartanda frá 6. maí sl., kemur fram að vera megi að hann hafi í raun gefið samþykki sitt með því að hafa „gengið í gildru“ félagsins við bókun flugmiða á netinu, þ.e. leið (ii) eins og lýst er í bréfi Wow Air, dags. 16. apríl sl. Samkvæmt fylgiskjali II við bréf Wow Air sem er fylgiskjal við ákvörðun þessa. Þar má sjá að sérstaklega þarf að merkja við reit til að fá senda tilboð frá félaginu (Iceland Express). Sést að boðið er upp á tvo valmöguleika, þ.e. „já, ég vil komast í klúbbinn“ og „nei, mér leiðast tölvupóstar“. Á skjáskotinu sést að fyrirfram er merkt við síðari kostinn og verður viðkomandi því að aðhafast svo að hann veiti samþykki fyrir að slíkar tölvupóstsendingar séu sendar á netfang hans. Er slíkt í samræmi við kröfu laganna um að viðkomandi haf veitt upplýst og ótvírætt samþykki fyrir að fá sendar tölvupóstsendingar sem fela í sér beina markaðssetningu aðila.

PFS hefur ekki forsendur til að efast um réttleika þeirra gagna sem Wow Air sendi stofnuninni og hefur þeim ekki verið andmælt af kvartanda sjálfum. Þá hefur kvartandi í síðari bréfum sínum ekki útilokað að hann hafi í raun veitt samþykki sitt. Á grundvelli þessa verður að telja að kvartandi hafi við farmiðakaup sín í gegnum bókunarkerfi IEMI (Iceland Express) veitt upplýst samþykki fyrir því að félagið geti notað tölvupóstfang hans fyrir beina

⁸ Sjá neðanmálsgrein 1. Bls. 9.

markaðssetningu, sbr. 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Er það niðurstaða PFS að þar hafi stofnast heimild fyrir IEMI (Iceland Express) fyrir sendingu slíkra tölvupósta á netfang kvartanda.

Verður því næst að ákvarða hvort Wow Air hafi með kaupum á IEMI (Iceland Express) öðlast heimild til þess að senda kvartanda tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu, á grundvelli samþykkis hans gagnvart IEMI (Iceland Express).

IEMI (Iceland Express) hefur nú verið úrskurðað gjaldþrota en í lok árs 2012 keypti Wow Air rekstrarhluta og nánar tilgreindar eignir félagsins. Kaupin voru tilkynnt til Samkeppniseftirlitsins sem veitti aðilunum undanþágu frá samkeppnislögum til að láta samrunann koma til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallaði um hann. Með ákvörðun sinni, dags. 8. mars sl. staðfesti Samkeppniseftirlitið að ekki væri ástæða til að aðhafast frekar í málinu þar sem samruninn var ekki í andstöðu við samkeppnislög nr. 44/2005.

Hvað varðar rétt þriðja aðila til notkunar á slíkum upplýsingum er ljóst að sá sem aflar samþykkis er óheimilt að veita þriðja aðila slíkar upplýsingar, án þess að hlutaðeigandi viðtakandi hafi veitt samþykki fyrir slíku. Er í inngangsorðun tilskipunar nr. 2002/58/EB sérstaklega tilgreint að þær skulu einungis nýttar af hálfu sama fyrirtækis. Að mati PFS er ljóst að samruni félaganna hefur hér áhrif á. Í III. kafla ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 5/2013, um samruna Wow Air ehf. og Iceland Express ehf. segir:

„Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga telst samruni hafa átt sér stað þegar breyting verður á yfirráðum til frambúðar. Samruni getur þannig m.a. falist í því að fyrirtæki nái yfirráðum í heild eða hluta yfir öðru fyrirtæki, t.d. með því að kaupa eignir þess í heild eða hluta, sbr. c-lið 1. mgr. 17. gr. Getur samruni falist í því að fyrirtæki taki yfir hvers kyns eignir annars fyrirtækis. Samruni getur einni falist í því að fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki, sbr. b-lið 1. mgr. 17. gr. Samkvæmt 2. tl. 1. mgr. 4. gr. er með fyrirtæki átt við einstakling, félag, opinbera aðila eða aðra sem stunda atvinnurekstur. Með atvinnurekstri er átt við hvers konar atvinnustarsemi, óháð formi eignarhalds og án tillits til þeirrar vöru, þjónustu eða réttinda sem verslað eða sýslað er með gegn endurgjaldi, sbr. 1. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga.“

Fram kemur í samrunaskrá að samruninn feli í sér kaup WOW Air á tilteknum eignum Iceland Express og þeirri starfsemi sem eignunum fylgi. Í kaupsamningi milli aðila eru þessi atriði tilgreind nánar. Er m.a. um að ræða alla lausafjármuni, skráð og óskráð vörumerki, vél- og hugbúnað, *viðskiptasambönd* og *samninga* [skáletrun PFS]. Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ljóst að um samruna er að ræða í skilningi c-liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Er um svokallaðan láréttan samruna að ræða þar sem samrunaaðilar starfa á sama sölustigi við sölu á vöru og þjónustu.“

Líkt og áður greinir sá Samkeppniseftirlitið ekki ástæðu til að aðhafast yfir samruna félaganna. Að mati PFS er ekki hægt að líta svo á að um afhendingu ganga til þriðja aðila hafi verið að ræða. Um löglegan samruna hafi verið að ræða þar sem Wow Air tekur yfir ákveðin réttindi og skuldbindingar IEMI ehf. (Iceland Express), þ.m.t. viðskiptasambönd og samningar en hér geta einnig, að mati PFS, átt undir samningar við viðskiptavini t.a.m.

vildarklúbbsaðild með þeim kjörum sem því fylgir. Þessa túlkun má jafnframt finna stoð í svari Persónuverndar, dags. 11. janúar 2012 um miðlun persónuupplýsinga við yfirtöku Byrs hf. á Byr sparisjóði en þar segir:

„Í 1. mgr. 8. gr. laga nr. 77/2000 eru almennar reglur um heimildir fyrir vinnslu persónuupplýsinga. Er vinnsla persónuupplýsinga heimil ef einhver þeirra skilyrða, sem þar eru talin upp, eru uppfyllt. Það á m.a. við um miðlun persónuupplýsinga til þriðja aðila. Er hún þar af leiðandi háð því að eitthvert af skilyrðum 1. mgr. 8. gr. sé uppfyllt. Almennt er ekki gerð sama krafa að því er varðar afhendingu til vinnsluaðila, yfirfærslu milli stofnana sem hafa verið sameinaðar með lögum eða yfirfærslu milli fyrirtækja sem hafa runnið saman með lögmætum hætti.“

Þá segir jafnframt:

„Eins og að framan greinir hefur yfirfærsla persónuupplýsinga við lögmæt eigendaskipti ekki verið lögð að jöfnu við miðlun þeirra til þriðja aðila sem þarf að styðjast við eitthvert af heimildarákvæðum 1. mgr. 8. gr. laga nr. 77/2000. Þó er það forsenda að um lögmæt viðskipti hafi verið að ræða og að vinnsla beggja aðilanna, fyrri eigandans og þess nýja, samrýmist að öðru leyti lögum nr. 77/2000.“

Af framangreindu er það niðurstaða PFS að yfirfærsla á persónuupplýsingum frá IEMI (Iceland Express) til Wow Air á grundvelli hins lögmæta samruna hafi ekki brotið í bága við ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga. Aftur á móti, líkt og segir í framangreindu svari Persónuverndar, er slík yfirfærsla persónuupplýsinga háð því að vinnsla beggja aðila sé í samræmi við ákvæði persónuverndarlaganna en þeirri spurningu skortir PFS valdheimildir til að svara.

Þá uppfylla tölvupóstar Wow Air önnur skilyrði 46. gr. fjarskiptalaga. Í tölvupóstunum er viðtakanda boðið með einföldum hætti að skrá sig af tölvupóstlistanum og verður ekki séð annað en slíkt sé að kostnaðarlausu fyrir viðtakanda, sbr. ákvæði 2. mgr. ákvæðisins. Þá kemur nafn og heimilisfang Wow Air fram í tölvupóstinum, sbr. 4. mgr. Þá er jafnframt að finna sérstaka tilvísun í þá heimild sem Wow Air studdi tölvupóstsendinguna til, þ.e. að viðtakandi hafi á einhverjum tímapunkti leyft Iceland Express að senda slíka tölvupósta á netfang sitt. Slíka kröfu, þ.e. um tilgreiningu á hvar og hvenær upphaflegt samþykki er gefið, er ekki að finna í ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga.

Að öllu framangreindu er það mat PFS að Wow Air hafi ekki gerst brotlegt við ákvæði 46. gr. laga, nr. 81/2003 um fjarskipti, þegar það sendi kvartanda tölvupósta 25. október 2012 og 2. nóvember 2012.

Aftur á móti fer kvartandi fram á í kvörtun sinni, dags. 5. nóvember 2012, fram á að umræddum fjarskiptum verði hætt. Var Wow Air send kvörtunin, sbr. bréf PFS þann 8. nóvember sl., og mátti félaginu frá þeim tíma vera ljóst að kvartandi hefði dregið samþykki sitt fyrir að nota tölvupóstfang hans í beinni markaðssetningu fyrirtækisins til baka. Þrátt fyrir þá ósk kvartanda er sendur slíkur tölvupóstur á [...] frá félaginu þann 14. janúar sl. og eru netfangið ekki tekið af listum félagsins fyrr en 22. janúar sl., sbr. bréf félagsins frá 23. janúar sl. Að mati PFS hafði félagið ekki samþykki kvartanda á þeim tímapunkti fyrir því að senda

tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á umrætt netfang og braut því gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laganna. Þá getur undanþáguákvæði 2. mgr. ekki átt við þar sem kvartandi hefur með skýrum hætti óskað eftir að fá ekki tölvupóstsendingar á umrædd netföng, sbr. andmælareglu 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Tilgangur málgreinarinnar er að tryggja að viðskiptavinur geti ávallt frábeðið sér að taka við tölvupóstsendingum fyrir beina markaðssetningu jafnvel þó svo að umrætt undanþáguákvæði geti efnislega átt við.

Hvað varðar tölvupóstfangið [...] er það álit PFS að afturköllun á samþykki þurfi að koma frá viðkomandi einstaklingi eða samkvæmt gildu umboði þar um. Þar sem ekki liggur fyrir að það hafi verið gert varðandi það netfang verður ekki nánar fjallað um hugsanlega ólögmeta sendingu óumbeðinna fjarskipta á það netfang. Samkvæmt málgögnum er ljóst að samþykki fyrir móttöku tölvupóstsendinga fyrir beina markaðssetningu á umrætt netfang var gefið af eiginkonu kvartanda.

PFS bárust ekki gögn sem sýndu að tölvupóstar hefði verið sendir á önnur netföng [...].

Ákvörðunarorð

Samþykkis fyrir sendingu tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang [...], [...], var aflað af hálfu IEMI (Iceland Express) í samræmi við skilyrði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.

Notkun Wow Air ehf. á netfangi kvartanda til að senda honum tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu á grundvelli samþykkis sem hann hafði veitt IEMI (Iceland Express) braut ekki gegn ákvæðum fjarskiptalaga.

Wow Air ehf. braut gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti þegar það sendi tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang kvartanda, [...], þann 14. janúar 2012, eftir að félaginu átti að vera ljóst að hann hafði afturkallað samþykki sitt fyrir slíkum tölvupóstsendingum, sbr. kvörtun frá 5. nóvember 2012 sem Wow Air ehf. var gert kunnugt með bréf Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 8. nóvember 2012.

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, 26. júní 2013

Björn Geirsson, f.h. forstjóra

Unnur Kr. Sveinbjarnardóttir

Fylgiskjal

Skjáskot af bókunarferli IEMI (Iceland Express), sbr. fylgiskjal II við bréf Wow Air, dags. 16. apríl 2013