

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
í máli nr. 5/2009
[X]¹
gegn
Póst- og fjarskiptastofnun

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 4. desember 2009, kærði [X]² ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 22/2009 um óumbeðin fjarskipti, dags. 2. desember 2009. Kærandi gerir þær kröfur að úrskurðarnefnd staðfesti að tölvupóstsendingar þær sem henni hafi borist frá aðila sem kalli sig „Hin hliðin“, www.hinhlidin.com, feli í sér óumbeðin fjarskipti og að komið verði í veg fyrir umræddar tölvupóstsendingar.

PFS krefst þess að kröfum kæranda verði hafnað og hin kærða ákvörðun staðfest.

II. Helstu málsatvik

Málsatvik eru þau að kærandi hefur fengið senda tölvupósta frá aðila sem kallast „Hin hliðin“ þrátt fyrir að hafa óskað eftir því ítrekað að vera fjarlægður af póstlista. Hafa aðstandendur síðunnar þannig ekki látið af tölvupóstsendingunum, auk þess sem umræddir tölvupóstar kæranda, þar sem þess er óskað að sendingunum verði hætt, eru birtir á heimasíðunni www.hinhlidin.com, undir fyrirsögninni „Fólkið sem hefur tilkynnt að það vilji ekki vita um hina hliðina í lífi barnanna“. Á umræddri heimasíðu virðist fjallað um málefni barna í „kerfinu“; þ.e. forsjármál, umgengnisrétt o.fl. Kærandi telur umræddar tölvupóstsendingar falla undir óumbeðin fjarskipti skv. 46. gr. fjarskiptalaga. PFS telur hins vegar að umræddir tölvupóstar feli ekki í sér beina markaðssetningu en slíkt sé skilyrði fyrir beitingu 46. gr. fjarskiptalaga, en ákvæðið er svohljóðandi.

„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

¹ Nafn kæranda fellt út vegna trúnaðar.

² Nafn kæranda fellt út vegna trúnaðar.

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“.

III. Helstu málsástæður kæranda

Í hinni kærðu ákvörðun lítur PFS svo á að til að um óumbeðin fjarskipti sé að ræða þurfi tilgangur fjarskiptasendingarinnar að vera einhvers konar form beinnar markaðssetningar. Það þýði að sá sem standi fyrir umræddri fjarskiptasendingu þurfi að vera að bjóða einhverja vöru eða þjónustu til sölu. Tölvupóstsendingar „Hinnar hliðarinnar“ uppfylli ekki þau skilyrði 46. gr. fjarskiptalaga enda sé ekki verið að bjóða til sölu neina vöru eða þjónustu.

Kærandi telur túlkun PFS á 46. gr. fjarskiptalaga um óumbeðin fjarskipti ekki í samræmi við lagaákvæðið sjálft. Ákvæði 1. mgr. 46. gr. geri ekki þá kröfu, að til þess að geta talist bein markaðssetning þurfi tölvupóstsending að fela í sér sölu á vöru eða þjónustu. Lagaákvæðið kveði á um að meginreglan sé bann við óumbeðnum fjarskiptum. Undantekningin sé hins vegar takmörkuð við sölu á vöru og þjónustu í beinni markaðssetningu ef viðskiptavini sé gefinn kostur á að andmæla slíkri notkun tölvupóstfanga.

Umrædd síða sé nafnlaus og innihaldi nafnlausar greinar um nafngreinda einstaklinga sem aðstandendum síðunnar sé í nöp við. Síðan bendli sig við foreldrajafnrétti og beini spjótum sínum að ráðuneytum, stofnunum og félagasamtökum sem fjalli um málefni barna. Þeir sem afþakkað hafi sendingar frá síðunni séu gerðir tortryggilegir á heimasíðunni og því haldið fram að þeir óski ekki eftir upplýsingum um hag barna heldur séu búnir að „koma sér vel fyrir í barnakerfinu“. Án tölvupóstanna sé heimasíðan

ekkert. Kærandi sé [...]³ og megi sitja undir því að vera gerður tortryggilegur á ýmsa vegu vegna þess eins að hafa afþakkað tölvupósta frá síðunni.

Kærandi telur að tölvupóstarnir feli í sér markaðssetningu á heimasíðu „Hinnar hliðarinnar“. Enda þótt þar sé ekki verið að selja vöru sé þar verið að selja málstað og því séu skilyrði fyrir beitingu 46. gr. fjarskiptalaga uppfyllt. Kærandi hafi afþakkað tölvupóstana í þrígang án árangurs.

IV. Helstu málsástæður PFS

Í greinargerð sinni til nefndarinnar vísa PFS til hinnar kærðu ákvörðunar hvað varðar málsatvik og lagarök. PFS telur að þeir tölvupóstar sem kærandi kvarti undan og telji vera óumbeðnar fjarskiptasendingar í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga, uppfylli ekki skilyrði umrædds ákvæðis um beina markaðssetningu. Af þessum sökum feli umræddar tölvupóstsendingar ekki í sér brot gegn 46. gr. fjarskiptalaga um óumbeðin fjarskipti að mati PFS.

PFS vísar til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé að finna ítarlega umfjöllun um hugtakið „bein markaðssetning“. Þar komi m.a. fram að PFS telji að með því að takmarka beitingu lagaákvæðis um óumbeðin fjarskipti við skilaboð sem sett séu fram í þágu „beinnar markaðssetningar“ sé verið að setja fram ákveðið almennt viðmið sem krefjist þess ekki, nema í undantekningartilvikum, að efnislegt innihald skilaboðanna sé skoðað, heldur sé nægjanlegt að leggja mat á það hvort þau hafi verið sett fram í markaðslegum tilgangi. Í þessu sambandi sé rétt að gæta að því að samkvæmt 5. mgr. 1. gr. fjarskiptalaga taki lögin ekki til efnis sem sent sé á fjarskiptanetum.

Af hálfu PFS kemur fram að stjórnvald eigi að gjalda varhug við því að teygja um of merkingu hugtaks ef það hafi í för með sér takmörkun á öðrum grundvallarréttindum, s.s. tjáningarfrelsi og friðhelgi einkalífs. Þegar slík grundvallarréttindi rekist á sé það almennt hlutverk dómstóla að skera úr um hvorir hagsmunirnir vegi þyngra í hverju tilfelli fyrir sig. Telur PFS því að ekki verði gengið lengra í að rýmka merkingu hugtaksins „bein markaðssetning“ en þegar hafi verið gert í hinni kærðu ákvörðun.

Í hinni kærðu ákvörðun kemur m.a. fram að 13. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 2002/58/EB um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta, hafi verið innleidd í íslensk lög með 46. gr. fjarskiptalaga. Varðandi skýringu á 46. gr. verði því að horfa til umræddrar tilskipunar EB. Í formála tilskipunarinnar segi að við beitingu hennar gæti verið gagnlegt að líta til reynslu

³ Fellt út vegna trúnaðar.

starfshóps um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga sem í séu fulltrúar eftirlitsyfirvalda aðildarríkjanna. PFS telur að samkvæmt framangreindu verði við túlkun á 46. gr. fjarskiptalaga m.a. að leita fanga í lögskýringargögnum persónuverndarlaga og álits þess hóps sem vísað sé til í formála tilskipunarinnar.

Af orðalagi 46. gr. fjarskiptalaga og 13. gr. tilskipunarinnar megi sjá að skilyrði fyrir því að óumbeðnar fjarskiptasendingar falli undir ákvæðin sé að tilgangur þeirra sé bein markaðssetning. Slíkar óumbeðnar fjarskiptasendingar séu óheimilar samkvæmt ákvæðunum þegar viðtakandi hafi ekki gefið samþykki sitt fyrirfram fyrir því að taka á móti slíkum sendingum. Undantekningu frá meginreglunni sé að finna í 2. mgr. sem kveði á um að heimilt sé að nota tölvupóstfang sem þátt í beinni markaðssetningu þegar um sé að ræða tölvupóstfang viðskiptavinar þess sem að markaðssetningunni standi og viðkomandi viðskiptavinur hafi sjálfur gefið upplýsingar um og samþykkt að nota megi í þessum tilgangi. Þó verði að gæta þess í slíkum tölvupóstsendingum að gefa viðkomandi tækifæri til að afskrá sig af póstlista sendanda í hvert sinn sem honum séu sendar óumbeðnar fjarskiptasendingar í markaðslegum tilgangi, sbr. einnig 2 mgr. 13. gr. tilskipunarinnar.

PFS kveður hugtakið „bein markaðssetning“ hvorki vera skilgreint í fjarskiptalögum né tilskipun 2002/58/EB. Í frumvarpi sem síðar varð að lögum nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga segi hins vegar að með „beinni markaðssókn“ sé átt við beina sókn að einstaklingum í því skyni að selja honum vöru eða þjónustu, sjá athugasemdir við 28. gr. Að mati PFS feli hugtakið „bein markaðssetning“ í 46. gr. fjarskiptalaga það sama í sér, þ.e. að söluaðili snúi sér beint að tilteknum aðila, einum eða fleirum, ýmist á grundvelli nafns viðkomandi, tölvupóstfangs, símanúmers eða annarra þess háttar upplýsinga. Samkvæmt venjulegum málskilningi telji PFS þó ljóst að átt sé við sölu eða kynningu á vöru eða þjónustu. Hafi efni óumbeðinna fjarskipta hvorki að geyma boð eða kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu, né heldur megi ráða af efni þeirra að ætlast sé til þess að móttakandinn bregðist við þeim með tilteknum hætti, sé það álit PFS að slíkt teljist ekki vera bein markaðssetning í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga.

PFS bendir einnig á reglur nr. 36/2005 sem Hagstofa Íslands hafi sett um skráningu einstaklinga, sem andmæli því að nöfn þeirra séu notuð í markaðssetningarstarfsemi og notkun slíkrar skár. Í 2. másl. 2. gr. segir að með markaðssetningarstarfsemi sé átt við „útsendingu dreifibréfa, happadrættismiða, gíróseðla, auglýsinga og kynningarefnis, símhringingar, útsendingu tölvupósts eða hliðstæðar aðferðir, sem varða kaup eða leigu á vöru eða þjónustu eða þátttöku í tiltekinni starfsemi, hvort sem hún er viðskiptalegs eðlis eða varðar tómstundir, afþreyingu, námskeið eða sambærilegt atferli“.

PFS telur að af gögnum málsins megi ráða að ástæða þess að kærandi hafi fengið umrædda tölvupósta sé að hann gegni stöðu [...] ⁴. Stjórnarmönnum í samtökum og stofnunum sem fari með málefni barna hafi borist samskonar tölvupóstar. Virðist sem tilgangur og efni þeirra hafi verið að vekja athygli á heimasíðu „Hinnar hliðarinnar“ þar sem haldið sé fram gagnrýni á ýmis samtök og stofnanir sem fari með málefni barna. Að áliti PFS geti tölvupóstar sem sendir séu í þeim tilgangi að vekja athygli á slíkum málflutningi, ekki talist til beinnar markaðssetningar í skilningi fjarskiptalaga.

V. Niðurstöður

Í málinu er deilt um túlkun á 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 og hvort umræddar óumbeðnar tölvupóstsendingar til kæranda falli undir ákvæðið. Kærandi telur sendingarnar falla innan 46. gr. fjarskiptalaga en PFS telur sendingarnar falla utan ákvæðisins.

Á heimasíðunni „www.hinhlidin.com“ er ekki að finna neinar upplýsingar um hvaða einstaklingar eða lögaðilar standi að síðunni, hvorki nöfn né heimilisföng. Úrskurðarnefnd hefur ekki tekist að hafa upp á aðstandendum síðunnar og hefur því ekki verið unnt að leita eftir afstöðu þeirra til málsins.

Í 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga er notkun m.a. tölvupósts *fyrir beina markaðssetningu* einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrir fram. Hugtakið bein markaðssetning er ekki skilgreint í ákvæðinu, né í öðrum ákvæðum fjarskiptalaga. Ákvæðið er byggt á 13. gr. tilskipunar 2002/58/EB um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta (tilskipun um friðhelgi einkalífsins og rafræn fjarskipti) þar sem sams konar bann er lagt við ómbeðnum fjarskiptum í „beinum markaðslegum tilgangi“ (e. direct marketing purposes). Það hugtak er ekki heldur skilgreint í tilskipuninni, en í 2. mgr. 1. gr. hennar segir að tilskipunin sé viðbót og nánari umfjöllun um ákvæði eldri tilskipunar, tilskipunar nr. 95/46/EB um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga. Auk þess er tekið fram í formálsorðum tilskipunar 2002/58/EB að við beitingu hennar geti verið gagnlegt að líta til reynslu starfshóps um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga. Þegar litið er til niðurstaðna þess vinnuhóps, (álits nr. 5/2004) og 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. Þá tekur nefndin undir

⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

sjónarmið kæranda um það, að hugtakið bein markaðssetning í 1. mgr. ákvæðisins taki ekki eingöngu til sölu á vöru og þjónustu, líkt og undanþáguregla 2. mgr. ákvæðisins, heldur sé regla 2. mgr. þengri að þessu leyti. Er sú túlkun að mati nefndarinnar í samræmi við þær tilskipanir sem fyrr eru nefndar og gildir þá einu þótt hugtakið „bein markaðssókn“ í athugasemdum við frumvarp er varð að lögum nr. 77/2000 um persónuvernd virðist hafa þengri merkingu.

Hins vegar telur nefndin sér ekki fært að líta fram hjá því að ákvæði 46. gr. fjarskiptalag og afskipti fjarskiptayfirvalda vegna þess ákvæðis, eru bundin við það að hin óumbeðnu fjarskipti feli í sér beina markaðssetningu á einhvern hátt. Hlutverki heimasíðunnar www.hinhlidin.com er þannig lýst á síðunni sjálfri að henni sé ætlað að vera „baráttusíða fyrir réttindum barna á Íslandi“. Heimasíðan hefur að geyma umfjöllun um úrskurði yfirvalda og eftir atvikum dómstóla í málefnum barna, tiltekna einstaklinga sem tjáð hafa sig um málefni barna, eftir atvikum starfs síns vegna, önnur félagasamtök sem starfa eða hafa starfað að málefnum barna, hvort heldur sem er á sviði ofbeldis gegn börnum, forsjár- eða umgengnismálefnum. Þá eru tilteknir aðilar taldir upp á svokölluðum „svörtum lista“ á heimasíðunni, þar sem m.a. er að finna nafngreinda kennara, skólustjórnendur og blaðamenn. Þá virðast póstsendingar þeirra sem frábiðja sér tölvupósta þeirra er standa að síðunni, vera birtar á heimasíðunni, án þess að tekið sé tillit til óska þeirra um að verða fjarlægðir af póstlista.

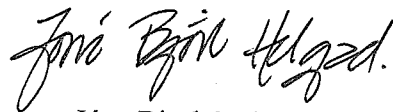
Tölvupóstar og eftir atvikum heimasíðan sjálf fela ekki í sér beiðni eða tilboð til viðtakenda um að styðja þá er standa að síðunni á neinn hátt, né heldur málstað þeirra. Hin óumbeðnu fjarskipti er lúta að kæranda virðast fyrst og fremst snúast um það að þvinga sjónarmiðum aðstandenda síðunnar upp á kæranda og jafnframt gefa þá mynd af honum á heimasíðunni að hann standi fyrir ákveðin viðhorf um réttindi barna sem séu aðstandendum síðunnar ekki þóknanleg. Notkun tölvupóstfangs kæranda með þessum hætti getur hins vegar að mati úrskurðarnefndar ekki fallið undir hugtakið beina markaðssetningu í skilningi 46. gr. fjarskiptalaga, þrátt fyrir rúma skýringu þess hugtaks sbr. framangreint og þrátt fyrir að umræddar póstsendingar séu óumbeðnar.

Með vísan til alls framangreinds ber því að hafna kröfum kæranda og staðfesta hina kærðu ákvörðun.

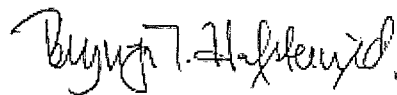
Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2008 um Póst- og fjarskiptastofnun.

I. Úrskurðarorð
Ákvörðun PFS nr. 22/2009 er staðfest.

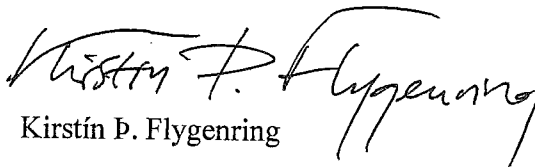
Reykjavík, 22. febrúar 2010



Jóna Björk Helgadóttir



Brynja I. Hafsteinsdóttir



Kirstín Þ. Flygenring