



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Álit Póst- og fjarskiptastofnunar

vegna úrskurðar Persónuverndar í máli nr. 2018/1640.

1. Tildrög máls

Þann 26. febrúar 2020 barst Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) erindi frá Símanum hf. (hér eftir Síminn) um formlegt álit stofnunarinnar vegna úrskurðar Persónuverndar í máli nr. 2018/1640, dags. 20. desember 2019.

Málið varðaði markpóst sem kvartandi hafði fengið sendan með tölvupósti frá Símanum. Síminn byggði mál sitt á því að samkvæmt 2. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti (hér eftir fjarskiptalög) bæri ábyrgðaraðila að veita skráðum einstaklingi kost á að andmæla beinni markaðssókn með tölvupósti þegar skráning tölvupóstfangsins ætti sér stað og í hvert sinn sem skilaboð væru send hefði viðskiptavinur ekki þegar í upphafi hafnað slíkri notkun. Því taldi Síminn að 2. mgr. 21. gr. laga nr. 90/2018 (hér eftir persónuverndarlög) gildi ekki um vinnslu þegar svo háttáði til að markaðssókn væri beint að viðskiptavininum ábyrgðaraðila þar sem fjallað væri um þá háttsemi í ákvæði fjarskiptalaga. Ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga væri því sérákvæði sem ganga ætti framfar 21. gr. persónuverndarlaga, sbr. 1. mgr. 5. gr. sömu laga.

Í úrskurðinum kemur fram það mat Persónuverndar að ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga teljist ekki vera sérákvæði gagnvart 2. mgr. 21. gr. persónuverndarlaga í skilningi 1. mgr. 5. gr. þeirra. Að mati Persónuverndar gerir það að verkum „að ábyrgðaraðili þarf að bera skrá sína, yfir þá einstaklinga sem fyrirhugað er að senda markpóst til, saman við skrá Þjóðskrár Íslands yfir þá sem hafa andmælt slíkri vinnslu, áður en slíkur póstur er sendur með tölvupósti, óháð því hvort um sé að ræða viðskiptamenn ábyrgðaraðila eða ekki.“¹

Í erindi Símans var þess óskað að PFS gæfi álit sitt á eftirfarandi:

- a) forsendur niðurstöðunnar í úrskurði Persónuverndar sem varða lagaskilin milli annars vegar 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 og 21. gr. laga nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, og

¹ Úrskurður Persónuverndar í máli nr. 2018/1640. Sending Símans hf. á tölvupósti vegna markaðssetningar til viðskiptavinar sem skráður var á bannskrá. Sótt af <https://www.personuvernd.is/urlausnir/simanum-hf.-oheimilt-ad-senda-tolvupost-vegna-markadssetningar-til-vidskiptavinar-sem-skradur-var-a-bannskra>

b) áhrif þessa úrskurðar á túlkun/vægi 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 við útsendingu tölvupósta til eigin viðskiptavina í markaðssetningartilgangi, einkum m.t.t. fyrri fordæma PFS þar sem reynt hefur á áður nefnt ákvæði.

Með bréfi, dags. 6. mars 2020, bauð PFS Persónuvernd að tjá sig um beiðni Símans og koma sjónarmiðum stofnunarinnar á framfæri. PFS barst svar með bréfi Persónuverndar, dags. 26. mars 2020. Þar sagði að Persónuvernd hefði komist að þeirri niðurstöðu í málinu að Símanum hefði borið að gæta að 21. gr. persónuverndarlaga, áður en sendur var tölvupóstur sem innihélt markaðs efni á viðskiptavin félagsins. Var litið svo á að ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga teldist ekki vera sérákvæði sem ganga ætti framur tilvitnuðu ákvæði laga persónuverndar á grundvelli 1. mgr. 5. gr. þeirra.

Í bréfi Persónuverndar sagði einnig að leiða mætti af úrskurðinum að ábyrgðaraðili, sem stundar beina markaðssókn með tölvupósti, þyrfti að bera lista yfir þá sem fyrirhugað væri að senda markpóst til saman við lista Þjóðskrár Íslands yfir þá sem hafa andmælt vinnslu persónuupplýsinga í slíkum tilgangi. Það hefði ekki haft þýðingu í því sambandi í umræddu máli að ábyrgðaraðilanum kynni að vera heimilt samkvæmt 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga að stunda markaðssókn með tölvupósti. Það væri ljóst af umræddum úrskurði að 21. gr. persónuverndarlaga legði auknar kröfur á ábyrgðaraðila sem stunduðu slíka markaðssókn, þ.e. að til viðbótar við þau skilyrði sem kæmu fram í 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga bæri ábyrgðaraðilum að gæta að kröfu 21. gr. persónuverndarlaga. Að öðru leyti vísaði Persónuvernd til forsendna úrskurðarins.

Persónuvernd benti jafnframt á að ákvæði 2. og 3. mgr. 21. gr. persónuverndarlaga, sem fjölluðu um bannskrá Þjóðskrár, hefðu verið felld brott, sbr. 3. tölul. 25. gr. laga nr. 140/2019 um skráningu einstaklinga. Ákvæði um bannskrá væri því nú að finna í 3. mgr. 15. gr. síðarnefndu laganna en það væri efnislega samhljóða hinu brottfellda ákvæði 2. mgr. 21. gr. persónuverndarlaga.

Að lokum vildi Persónuvernd vekja athygli á því að stofnunin teldi koma til álita að vekja athygli viðeigandi ráðuneyta á því að kanna mætti hvort tilefni væri til lagabreytinga, með það að markmiði að einfalda lagaumhverfi ábyrgðaraðila í beinni markaðssókn. Væri þá annars vegar litið til hins umrædda úrskurðar Persónuverndar og hins vegar til þeirrar skyldu, sem lögð er ábyrgðaraðila í beinni markaðssókn í gegnum síma, að taka bæði mið af skráningum á bannskrár þjóðskrár og X-merkingu í símaskrá.

2. Lagaumhverfi

Póst- og fjarskiptastofnun er sú stofnun sem með lögum hefur verið falið að annast framkvæmd laga um fjarskipti og hafa eftirlit með fjarskiptum, sbr. 1. mgr. 1. gr. og 1. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Hefur stofnunin m.a. það hlutverk að gæta hagsmuna almennings með því að vinna að ráðstöfunum til að vernda persónuupplýsingar og friðhelgi einkalífs þeirra. sbr. c-lið 4. tl. 1. mgr. 3. gr. laganna. Þá er í 2. mgr. 2. gr. fjarskiptalaga kveðið á um að stofnunin skuli hafa umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og hafa eftirlit með framkvæmd laganna.

2.1. Ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga

Í 1.- 4. mgr. 46. gr. er fjallað um óumbeðin fjarskipti fyrir beina markaðssetningu aðila í formi sjálfvirkra upphringikerfa án mannlegrar íhlutunar, símbréfataekja, tölvupósts og rafræna skilaboða. Er í 3. mgr. greinarinnar sett fram að óumbeðin fjarskipti í formi beinnar

markaðssetningar sé 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, símbréfatækjum, tölvupósti og rafrænum skilaboðum, í beinum markaðslegum tilgangi án fyrirfram samþykkis áskrifenda. Þá er í 2. mgr. að finna þá undantekningu að aðila er heimilað að nota tölvupóstfang viðskiptavinar, sem viðkomandi fær upplýsingar um í sambandi við sölu á afurðum eða þjónustu, til að markaðssetja eigin afurðir eða þjónustu. Þó er sá fyrirvari settur í málsgreininni að viðskiptavinur skuli hafa tækifæri til að andmæla þess háttar notkun tölvupóstfangsins með auðveldum hætti og honum að kostnaðarlausu, hvort tveggja við skráningu þess sem og í útsendum tölvupóstum. Í 4. mgr. er að finna þá lágmarkskröfu að í beinni markaðssetningu aðila í gegnum tölvupóst verði að koma fram nafn og heimilisfang sendanda.

Í athugasemdum við frumvarp til fjarskiptalaga segir að tilgangur 46. gr., sem fjallar um óumbeðin fjarskipti, sé að takmarka það ónáði sem notendur fjarskiptaþjónustu geta orðið fyrir vegna beinnar markaðssetningar og er það á ábyrgð þess sem notar fjarskipti, sem lið í markaðssetningu, að ganga úr skugga um að móttakandi slíkra fjarskiptasendinga hafi veitt samþykki sitt fyrirfram. Þar kemur einnig fram að ákvæðið byggir að mestu leyti á 13. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins, nr. 2002/58/EB, um vinnslu persónuupplýsinga og verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta.^{2,3,4}

Framangreindar málsgreinar 46. gr. eru efnislega samhljóða 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB. Í 1. og 2. mgr. 13. gr. hennar er að finna bindandi fyrirmæli sem tekin hafa verið óbreytt upp í 1. og 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Í 3. mgr. 13. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um skyldu aðildarríkja til að banna óumbeðnar fjarskiptasendingar í beinum markaðslegum tilgangi án samþykkis viðkomandi áskrifenda eða þegar áskrifendur hafa óskað eftir því að fá ekki slíkar fjarskiptasendingar, en aðildarríkjum er falið að ákveða hvorn kostinn skuli velja. Valdi löggjafinn hér á landi að innleiða svokallaða samþykkisreglu (e. opt-in) þ.e. að banna óumbeðin fjarskipti til áskrifenda nema þeir hafi sannanlega veitt samþykki sitt fyrir slíkum sendingum.

Með tilskipun 2002/58/EB voru þær meginreglur, sem settar voru fram í tilskipun 95/46/EB, um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga, yfirfærðar í sértækar reglur fyrir fjarskiptasviðið, sbr. 4. lið formálsorða tilskipunarinnar, og segir í 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar að hún sé viðbót og nánari umfjöllun um ákvæði tilskipunar nr. 95/46/EB, um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga.

Í lið 48 í formálsorðum tilskipunarinnar kemur fram að við beitingu ákvæða hennar 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.

² Hér eftir verður vísað til tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins 2002/58/EB, frá 12. júlí 2002 um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta (tilskipun um friðhelgi einkalífsins og rafræn fjarskipti), sem tilskipunar 2002/58/EB.

³ Tilskipun 2002/58/EB er enn í gildi. Henni var breytt með tilskipun 2009/136/EB um friðhelgi rafrænna samskipta og einkalífsvernd í fjarskiptum. Síðarnefnda tilskipunin hefur ekki verið innleidd í íslenskan rétt þar sem hún hefur ekki verið tekin upp í EES-samninginn.

⁴ Tilskipun 2002/58/EB felldi úr gildi eldri tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins, nr. 97/66/EB þar sem sambærilegt ákvæði var að finna í 12. gr. tilskipunarinnar.

hennar og 3. mgr. 15. gr. tilskipunar 2002/58/EB.⁵ Evrópska persónuverndarráðið (e. European Data Protection Board), (hér eftir EDPB), tók síðan við hlutverki þessa starfshóps en ráðinu er ætlað að tryggja samræmi í beitingu nýrrar persónuverndarreglugerðar (e. GDPR).^{6,7}

Í 95. gr. tilskipunar 2002/58/EB er tiltekið að með reglugerðinni skal ekki leggja viðbótarskyldur á herðar einstaklingum eða lögaðilum í tengslum við veitingu rafrænnar fjarskiptaþjónustu, sem er öllum aðgengileg, á almennum fjarskiptanetum í Sambandinu að því er varðar málefni þar sem þeir falla undir sértækar skyldur með sama markmið og sett er fram í tilskipun 2002/58/EB.

Með hliðsjón af umfjöllunarefni má einnig benda á að í álit EDPB frá 12. mars 2019 er fjallað um samspil tilskipunar 2002/58/EB og almennu persónuverndarreglugerðarinnar. Þar segir að það sé til staðar „lex generalis - lex specialis“ samband milli reglugerðarinnar og tilskipunar 2002/58/EB.⁸ EDPB fjallar um í álit sínu að þegar sérákvæði eru til staðar sem að gilda um ákveðna vinnslu eða vinnslur skuli beita hinum sértækari ákvæðum um vinnsluna (lex specialis). Í öðrum tilvikum, þegar sértæk ákvæði eru ekki til staðar, ætti hin almenna regla að gilda (lex generalis). Þessu til stuðnings vísaði ráðið til orða 173. liðar formálsorða reglugerðarinnar en þar segir:

„reglugerð þessi ætti að gilda um öll mál er varða vernd grundvallarréttinda og mannfrelsis í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga sem ekki heyra undir sérstakar skuldbindingar með sama markmiði sem settar eru fram í tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/58/EB, þ.á.m. skyldur ábyrgðaraðila og réttindi einstaklinga. Til þess að skýra tengslin milli þessarar reglugerðar og tilskipunar 2002/58/EB ætti að breyta þeirri tilskipun til samræmis við hana. Þegar reglugerð þessi hefur verið samþykkt ætti að endurskoða tilskipun 2002/58/EB í því skyni að tryggja samræmi hennar við þessa reglugerð.“

2.2. Undanþáguákvæði 1. og 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga

Líkt og áður segir er í 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga lagt bann við fjarskipti í formi beinnar markaðssetningar nema móttakandi hafi óskað að taka á móti þeim. Frá þessu banni er að finna tvær undanþágur, sbr. 1. og 2. mgr. greinarinnar. Samþykkisregluna (opt-in) sem er að finna í 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga og svokallað „soft-opt-in“ sem er að finna í 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga og veitir undanþágu frá fyrrnefndri samþykkisreglu.⁹ Samkvæmt fyrri málsgreininni eru aðeins heimilaðar fjarskiptasendingar þegar móttakandi hefur veitt sérstakt samþykki fyrir sendingunum og í seinni málsgreininni eru þær heimilar þegar móttakandi, sem er viðskiptavinur sendanda, hefur ekki andmælt móttöku sendinga við skráningu tölvupóstfangs.

⁵ Starfshópurinn gegndi ákveðnu samræmingarhlutverki á túlkun tilskipunar nr. 95/46/EB og gaf hann út leiðbeiningar og álit, ásamt því að vera allsherjarsamráðsvettvangur.

⁶ Framkvæmdastjórn ESB (2018). The Article 29 Working Party ceased to exist as of 25 May 2018. Sótt af: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=629492

⁷ European Data Protection Board (e.d.). About EDPB. Sótt af: https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb_en

⁸ EDPB (2019). Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities. bls. 12

⁹ Sjá t.d. ákvörðun PFS í kvörtunarmáli um ónæði af völdum markaðsetningarstarfsemi 30. maí 2006. bls. 3 og ákvörðun nr. 15/2018 í kvörtunarmáli vegna óumbeðinna fjarskipta af hálfu E-content ehf.

Í athugasemdum við frumvarp til fjarskiptalaga¹⁰ segir um þessa undanþágu.

„Sú undantekning er gerð í 2. mgr. að heimilað er 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.“

Í 41. lið formálsorða tilskipunarinnar 2002/58/EB er greint betur frá því hvað felst í undanþágu 2. mgr. 13. gr. tilskipunarinnar. Þar segir:

„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. Þegar rafrænna upplýsinga er aflað skal viðskiptavinurinn upplýstur um frekari notkun þeirra við beina markaðssetningu með skýrum og greinilegum hætti og fá tækifæri til að synja um slíka notkun. Halda skal áfram að bjóða upp á þennan möguleika, ókeypis, í hvert sinn sem bein markaðssetningarskilaboð eru send, að undanskildum þeim kostnaði sem hlýst af því að senda þessa synjun“

Áður nefndur 29. greinar starfshópurinn fjallaði um undanþágu frá samþykki fyrir fjarskiptum í álitni nr. 5/2004, en þar var áréttað að um undanþágu væri að ræða sem túlka skyldi þröngt. Í fyrsta lagi ætti undanþágan einungis við um viðskiptavini þess sem sendir út tölvupóstinn. Að auki væri einungis heimilt að senda á viðskiptavini sem upplýsingar um tölvupóstfang hafa fengist hjá við sölu á vöru eða þjónustu og í samræmi við ákvæði tilskipunar áðurgildandi 95/46/EB, svo sem skilyrði um upphaflegt samþykki, tilgang tölvupóstsendinga o.þ.h. Í öðru lagi gæti einungis sami einstaklingur eða lögaðili og safnaði upplýsingunum sent tölvupósta fyrir beina markaðssetningu. Í því sambandi tók starfshópurinn sem dæmi að móður- og dótturfélög gæti ekki talist sami aðili. Í þriðja lagi þá væri ákvæðið bundið við að markaðssetningin lyti að sambærilegri vöru eða þjónustu. Þá áréttaði starfshópurinn að bjóða þyrfti viðskiptavini upp á að skrá sig af hlutaðeigandi lista yfir að fá tölvupóstsendingar.¹¹

2.3. Um 1. - 3. mgr. 21. gr. persónuverndarlaga.

Líkt og segir í úrskurði Persónuverndar í máli nr. 2018/1640 þá fjallar 21. gr. persónuverndarlaga um andmælarétt skráðra einstaklinga.¹² Í athugasemdum með frumvarpinu til laganna á sínum tíma sagði um greinina að í henni væri annars vegar að finna almenn fyrirmæli um andmælarétt hins skráða og hins vegar sérreglur um bannskrá Þjóðskrár Íslands um þá sem kjósa að nöfn þeirra séu ekki notuð í markaðssetningarstarfsemi.

¹⁰ Frumvarp til laga um fjarskipti. 128. löggjafarþing 2002–2003. Þskj. 960, 599. mál. Vefútgáfa Alþingistiðinda.

¹¹ Opinion 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. bls. 9

¹² Líkt og fram kemur í fyrsta kafla þá hafa ákvæði 2. og 3. mgr. 21. persónuverndarlaga verið felld brott og er samhljóða ákvæði um bannskrá nú að finna í 3. mgr. 15. gr. laga nr. 140/2019 um skráningu einstaklinga.

Þá var tekið sérstaklega fram að um væri að ræða réttindi sem þegar væru tryggð í 28. gr. áðurgildandi persónuverndarlaga nr. 77/2000, sem innleiddi m.a. ákvæði 14. gr. ESB-tilskipunarinnar, og stefndi frumvarpið ekki að efnislegum breytingum á því.¹³ Sagði í athugasemdum með frumvarpinu til þeirra laga að 2. mgr. 28. gr. gildi ekki um markaðssetningu ábyrgðaraðila á eigin vöru eða þjónustu, enda noti hann við það eigin viðskiptamannaskrár og útsent efni bæri glögglega með sér hvaðan það kæmi.

Samkvæmt frumvarpinu byggjast fyrirmæli 1. mgr. um andmælarétt hins skráða á 21. gr. reglugerðarinnar sem sé nokkuð ítarlegri en 14. gr. tilskipunarinnar og tekur m.a. tillit til þess hvernig andmælarétti verður komið við í upplýsingasamfélaginu. Í 1. mgr. 21. gr. laganna er kveðið á um að skráðum sé meðal annars heimilt að andmæla vinnslu persónuupplýsinga um sig sem byggist á f-lið 1. mgr. 6. gr. reglugerðar (ESB) 2016/679 og skal ábyrgðaraðili þá ekki vinna persónuupplýsingarnar frekar nema hann geti sýnt fram á mikilvægar lögmætar ástæður fyrir vinnslunni sem ganga frammar hagsmunum, réttindum og frelsi hins skráða.

Þá segir í 2. mgr. 21. gr. laganna að Þjóðskrá Íslands haldi skrá yfir þá sem andmæla því að nöfn þeirra séu notuð í markaðssetningarstarfsemi. Ábyrgðaraðilum sem starfa í beinni markaðssókn og þeim sem nota skrá með nöfnum, heimilisföngum, netföngum, símanúmerum og þess háttar ber áður en slík skrá er notuð í slíkum tilgangi að bera hana saman við skrá Þjóðskrár Íslands til að koma í veg fyrir að markpóstur verði sendur til einstaklinga sem andmælt hafa slíku. Öll notkun bannskrár skv. 2. mgr. er óheimil í öðrum tilgangi en þar er lýst, sbr. 3. mgr. 21. gr. laganna.

3. Um forsendur úrskurðar Persónuverndar

Í úrskurði Persónuverndar kemur fram að vinnsla í þágu markaðssetningar hefur verið talin geta þjónað lögmætum hagsmunum og geti því samræmst lögmætum hagsmunum, sbr. f-lið 1. mgr. 6. gr. reglugerðar (ESB) 2016/679, enda hafi verið gætt hagsmuna þeirra sem hlut eiga að máli. Til þess þurfi meðal annars að virða ákvæði um andmælarétt hins skráða.

PFS er sammála því að lögmætir hagsmunir geta búið að baki fjarskiptum fyrir beina markaðssetningu, sbr. formálsorð 12. liðar tilskipunar nr. 2002/58/EB.¹⁴ Samkvæmt 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga og með hliðsjón af álit 29. greinar starfshópsins eru skilyrði undanþágunnar þau að ábyrgðaraðilinn upplýsi hinn skráða, þegar skráning á fjarskiptaupplýsingum hans á sér stað, um að nýta eigi þær upplýsingar í þágu markaðssetningar og gefa þarf honum færi á að andmæla slíkri notkun og í hvert sinn við útsendingu tölvupósts. Sendandi ber jafnframt sönnunarbyrðina fyrir því að þessi skilyrði 2. mgr. 46. gr. séu uppfyllt.¹⁵

Í úrskurðinum segir einnig að líta beri til þess að ekki sé sérstaklega tilgreint í þágildandi 21. gr. persónuverndarlaga eða í lögskýringargögnum að markaðssókn ábyrgðaraðila með tölvupósti gagnvart eigin viðskiptavinum falli utan þess. Einnig er þess getið að í athugasemdum við ákvæði í frumvarpi að persónuverndarlögum komi fram að sérreglur um bannskrá Þjóðskrár Íslands

¹³ Frumvarp til laga um um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga. 148. löggjafarþing 2017–2018. Þskj. 1029, 622. mál. Vefútgáfa Alþingistíðinda.

¹⁴ Í 12. lið formálsorðum tilskipunarinnar segir „Áskrifendur rafrænnar fjarskiptaþjónustu, sem er öllum aðgengileg, geta verið einstaklingar eða lögaðilar. Þessari tilskipun er ætlað, til viðbótar við tilskipun 95/46/EB, að vernda grundvallarréttindi einstaklinga, einkum rétt þeirra til friðhelgi einkalífsins og einnig réttmæta hagsmuni lögaðila [...]“.

¹⁵ Sjá ákvörðun PFS nr. 6/2015 - Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Fjarskipta hf. bls. 22-23.

samkvæmt 2.- 4. mgr. 21. gr. laganna stefni að því að ná markmiðum reglugerðar (ESB) 2016/679 um andmælarétt skráðra einstaklinga í tengslum við beina markaðssetningu en að umræddar reglur gangi þó lengra en reglugerðin. Að þessu orðalagi og athugasemdum virtum telur Persónuvernd að leggja verði til grundvallar að ákvæðið veiti einstaklingum rýmri andmælarétt en kveðið er á um í reglugerð 2016/679 (GDPR).

Að mati PFS hefur það ekki úrslitaáhrif að ekki sé sérstaklega tiltekið í 21. gr. eða lögskýringargögnum persónuverndarlaga að markaðssókn ábyrgðaraðila með tölvupósti til eigin viðskiptavina falli utan gildissviðs ákvæðisins, enda sé slíkt ekki gert að skilyrði. Þó slík undanþága, sbr. 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, sé ekki sérstaklega tilgreind í ákvæðinu eða lögskýringargögnum þá getur verið kveðið á um slíka undanþágu í öðrum lögum sem þá gengur frammar persónuverndalögum, sbr. 1. mgr. 5. gr. þeirra, þar sem gert er ráð fyrir að slík sérákvæði geti verið til staðar. Að öðrum kosti mætti ætla að allar undanþágur sem væri að finna í öðrum sérlögum yrðu að vera sérstaklega tilgreindar í persónuverndarlögum eða lögskýringargögnum með lögnum. Þá má einnig benda á að í athugasemdum um 28. gr. eldri persónuverndarlaga sagði að ákvæði 2. mgr. gildi ekki um markaðssetningu ábyrgðaraðila á eigin vöru eða þjónustu en líkt og áður var getið stefndi frumvarp til nýrra persónuverndarlaga ekki að efnislegum breytingum á ákvæðinu. Þó fram komi í athugasemdum um 21. gr. persónuverndarlaga að reglurnar um bannskrá Þjóðskrár gangi lengra en ákvæði reglugerðarinnar þá er hvergi vikið að því í athugasemdum að skerða eigi réttmæta hagsmuni einstaklinga og lögaðila sem þeim er tryggður í sérlögum.

Samkvæmt 21. gr. persónuverndarlaga tryggir ákvæðið annars vegar andmælarétt við vinnslu persónuupplýsinga, auk þess sem ákvæðið mælir fyrir um sérstaka aðferð fyrir einstaklinga til að koma andmælum sínum á framfæri við alla þá ábyrgðaraðila sem ákvæðið gildir um, þ.e. með skráningu hjá Þjóðskrár Íslands. Í úrskurði sínum fær Persónuvernd ekki séð að ákvæðið sé fyllilega sambærilegt við 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga þar sem það lýtur aðeins að sértækum rétti hins skráða til að koma á framfæri andmælum við sérstakan og tilgreindan ábyrgðaraðila í afmörkuðum tilvikum en mælir ekki fyrir um aðferð.

PFS er sammála því að ákvæðin séu ekki fyllilega sambærileg, enda á 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga aðeins við þegar um ræðir markaðssetningu ábyrgðaraðila á sambærilegri vöru eða þjónustu til viðskiptavina sinna. Þó svo 21. gr. gildi almennt um alla ábyrgðaraðila er þar með ekki sagt að sérstaklega tilgreindar ráðstafanir, gagnvart einstaklingum og ábyrgðaraðilum, í sérlögum gildi ekki fremur um ákveðið tilvik. Skilyrði 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga ná jafnt til allra aðila er stunda markaðsstarfsemi á grundvelli tölvupóstfangs viðskiptavina, hvort sem um ræðir einstakling eða fyrirtæki.¹⁶

Hvað varðar að ákvæðið mæli ekki fyrir um aðferð, líkt og áður sagði, þá leggur ákvæðið þá skyldu á ábyrgðaraðilann að hann upplýsi hinn skráða, þegar skráning á fjarskiptaupplýsingum hans á sér stað, um að nýta eigi þær upplýsingar í þágu markaðssetningar og gefi honum færi á að andmæla slíkri notkun og í hvert sinn við útsendingu tölvupósts. Þá skal þess getið að ef ekki er um viðskiptavin ábyrgðaraðila að ræða getur sérstök afskráning, í tölvupósti, fyrir frekari tölvupóstsendingum ekki talist uppfylla andmælarétt við skráningu upplýsinga og er þar með brot á 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.¹⁷

¹⁶ Róbert R. Spanó (2007). Túlkun lagaákvæða. bls. 80.

¹⁷ Ákvörðun nr. 14/2015 – Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Nóbel námsbúða ehf. bls. 7.

Samkvæmt niðurstöðukafla í úrskurði Persónuverndar telst ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga ekki vera sérákvæði gagnvart 2. mgr. 21. gr. laga nr. 90/2018 í skilningi 1. mgr. 5. gr. þeirra. Af því leiðir að ábyrgðaraðili, sem gætt hefur skilyrða 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, þarf engu síður að kanna hvort hann megi senda markaðstölvupóst með því að bera skrá sína, yfir þá viðskiptavini sem fyrirhugað er að senda til, saman við skrá Þjóðskrár Íslands yfir þá sem hafa einhvern tímann andmælt slíkri vinnslu.

PFS telur að niðurstaða Persónuverndar sé í andstöðu við þá almennu viðmiðunarreglu í lögskýringum að sértækari lagaregla hafi forgang þó að til staðar sé almennt orðaðra ákvæði sem samkvæmt efni sínu gæti einnig átt við um tilvikið. Þá verður að áréttu það að 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga byggir á tilskipun 2002/58/EB þar sem tilgreint er að tilskipunin hafi að geyma sértækar reglur fyrir fjarskiptasviðið og eru ákvæði hennar viðbót og nánari umfjöllun um ákvæði forvera almennu persónuverndarreglugerðarinnar, sbr. 2. mgr. 1. gr. og 4. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB. Orðalag 95. gr. almennu persónuverndarreglugerðarinnar, sem og formálsorð 173. liðar hennar, renna einnig stoðum undir þetta sérstaka samband reglugerðarinnar og tilskipunarinnar.¹⁸ Í því sambandi má einnig vísa til áður nefnds álits EDPB, um samspil almennu persónuverndarreglugerðarinnar og tilskipunar 2002/58/EB, þar sem m.a. kemur fram að þegar sérákvæði eru til staðar sem gilda um ákveðna vinnslu eða vinnslur skuli beita hinum sértækari ákvæðum um vinnsluna (*lex specialis*). Í öðrum tilvikum, þegar sértæk ákvæði eru ekki til staðar, ætti almennari regla að gilda (*lex generalis*).¹⁹

4. Áhrif þessa úrskurðar á túlkun/vægi 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.

Það mat Persónuverndar að ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga teljist ekki vera sérákvæði gagnvart 2. mgr. 21. gr. persónuverndarlaga, í skilningi 1. mgr. 5. gr. sömu laga, veldur ákveðnum vandkvæðum þegar um er að ræða notkun ábyrgðaraðila á eigin viðskiptamannaskrá við beina markaðssetningu. Í ljósi úrskurðar Persónuverndar í máli nr. 2018/1640 er til staðar ákveðin óvissa fyrir ábyrgðaraðila um hvort þeim sé heimilt að senda eigin viðskiptavinum tölvupósta fyrir beina markaðssetningu um sambærilega vöru eða þjónustu, þó að afdráttarlaust samþykki viðskiptavinar sé fyrir hendi og framangreind skilyrði undanþágu 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga séu uppfyllt.

Ef 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga telst ekki vera sérákvæði, þá gætu slíkar tölvupóstsendingar verið óheimilar, burt séð frá því hvort að viðskiptavinur hafi í upphafi ekki andmælt því eða jafnvel óskað eftir því að fá slíkt markaðsefni sent og uppfylltar séu þær kröfur sem ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga gerir til slíkra sendinga. PFS fær ekki séð hvaða tilgangi það þjóni fyrir ábyrgðaraðila að framfylgja ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga um að upplýsa viðskiptavini sína um andmælarétt þeirra og veita þeim tækifæri til að andmæla beinni markaðssetningu með tölvupósti ef skráning í bannskrá Þjóðskrár ræður úrslitum um hvort að markaðssetning til hans sé yfirhöfuð heimil.

Það er álit PFS að mat Persónuverndar í umræddum úrskurði stangast á við efni 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga en ákvæðið er skýrt og veitir undanþágu fyrir ábyrgðaraðila að senda tölvupóst fyrir

¹⁸ EDPB (2019). Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities. bls. 14-15.

¹⁹ Sama fótnóta. bls. 15.

beina markaðssetningu á eigin vörum eða þjónustu til viðskiptavinar að andmælarétti hans virtum, sbr. túlkun PFS á ákvæðinu í fjölmörgum ákvörðunum sínum.²⁰

Samkvæmt undanþágunni frá samþykkisreglu 46. gr. getur viðskiptavinur á hvaða tímapunkti sem er dregið samþykki sitt til baka en ábyrgðaraðili á að gefa honum kost á því að andmæla með auðveldum hætti þess konar notkun tölvupóstfangs hans. Hafir viðskiptavinur ekki verið upplýstur um þennan andmælarétt í upphafi og honum þannig gefinn kostur á að nýta sér hann þegar upphafleg skráning átti sér stað eru skilyrði undanþáguákvæðisins ekki talin vera uppfyllt, líkt og fram kemur í ákvörðun PFS nr. 14/2015.²¹ Eftir að viðskiptavinur hefur frábeðið sér fleiri tölvupóstsendingar verður ábyrgðaraðila að virða þá ósk og er hinum síðarnefnda þar með orðið óheimilt að senda viðskiptavini sínum frekari tölvupósta fyrir beina markaðssetningu, sbr. ákvörðun PFS nr. 11/2013.²²

Að framangreindu virtu verður að mati PFS ekki komist að annarri niðurstöðu en að 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga sé sérákvæði, í skilningi 1. mgr. 5. gr. persónuverndarlaga. Ákvæðið er undanþága sem er túlkuð þröngt og gerðar eru ríkar kröfur til þeirra ábyrgðaraðila sem standa að baki fjarskiptasendingum fyrir beina markaðssetningu, þ.á.m. kröfu um fyrirliggjandi afdráttarlaust samþykki, upplýsingagjöf við skráningu upplýsinga móttakanda og að andmælaréttur hans sé virtur, bæði við skráningu og í hvert sinn sem tölvupóstur er sendur. PFS lítur svo á að með þessu móti er réttur móttakanda til friðhelgi einkalífs virtur með sem bestum hætti og byggir á upplýstri ákvörðun hans sjálfs.

Reykjavík, 17. ágúst 2020.

Virðingarfyllst,

Hrafnkell V. Gíslason

Hjalti Pálmason,
settur forstöðumaður lögfræðideildar í máli nr. 2020020114.

Arnar Stefánsson

²⁰ Sjá t.d. ákvarðanir PFS nr. 14/2015, nr. 42/2014 og nr. 6/2015.

²¹ Ákvörðun nr. 14/2015 – Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Nóbel námsbúða ehf. bls. 7.

²² Ákvörðun nr. 11/2013 – Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Wow air ehf.