



## PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

# Ákvörðun nr. 5/2011

### í ágreiningsmáli vegna óumbeðinna fjarskipta

#### I.

#### Erindið

Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) barst kvörtun, dags. 14. nóvember 2010, frá [X]<sup>1</sup> vegna óumbeðinna fjarskipta [Z]<sup>2</sup> (hér eftir [Z]<sup>3</sup>). Í kvörtuninni sagði að kvartandi hefði fengið sendan tölvupóst á netfang sitt án þess að hann hafi veitt fyrir því fyrirfram samþykki. Í kvörtuninni var óskað eftir því að PFS beitti [Z]<sup>4</sup> sektum skv. 74. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti en til vara að stofnunin veiti fyrirtækinu áminningu og birti hana á opinberum vettvangi. Í kvörtuninni kom fram að tölvupósturinn sem var sendur hafi innihaldið leiðbeiningar um hvernig andmæla mætti markaðssetningunni. Kvartandi telji hins vegar að hjá því verði ekki litið að ekki sé um að ræða sendingu til viðskiptavina skv. 2. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti. Til að undantekningarákvæði ætti við þyrfti sendandi að hafa skráð póstfang kvartanda í tengslum við viðskipti af einhverju tagi og um leið veitt honum kost á að andmæla notkun á upplýsingum um tölvupóstfangið.

---

<sup>1</sup> Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

<sup>2</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>3</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>4</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

## II.

### Málsmeðferð

#### 1.

##### *Athugasemdir [Z]<sup>5</sup>*

Með bréfi PFS, dags. 5. ágúst sl., var [Z]<sup>6</sup> gefinn kostur á að tjá sig um kvörtunina auk þess sem athygli gistiheimilisins var vakin á ákvæðum 46. gr. fjarskiptalaga.

Í svarbréfi fyrirtækisins, dags. 15. desember sl., segir m.a. að rekstraraðili gistiheimilisins hafi um þó nokkurn tíma safnað tölvupóstföngum til að gera sér unnt að halda sambandi við viðskiptavinum sína og geta upplýst þá og aðila sem þeim tengjast um þá atburði sem standi til boða hverju sinni. Þetta hafi verið gert með skráningu á heimasíðu, skráningu gesta við viðkomu á staðinn og samkvæmt munnlegum beiðnum frá ýmsum aðilum, þ.á.m. starfsmönnum á vegum hins opinbera sem gistiheimilið hefði þjónustað. Með það að leiðarljósi og í góðri trú hafi fyrirsvarsmaður [Z]<sup>7</sup> falið starfsmanni sínum að senda út póst, m.a. á tiltekna starfsmenn [Y]<sup>8</sup> sem hann hefði talið að myndu ekki gera athugasemdir við slíkt.

Einnig er tekið fram í bréfinu að einungis hafi verið um þessa einu tölvupóstsendingu að ræða. Undirritun fyrirsvarsmanns hafi komið skýrt fram í tölvupóstinum og ábending um möguleika á að óska eftir að vera fjarlægður af umræddum póstlista. Kvartandi standi einn að kvörtuninni og ekki hafi verið færð fyrir því rök að um fjölda póstsendingu hafi verið að ræða til mikils fjölda aðila sem ekki hefðu óskað eftir að móttaka slíkan póst. Gistiheimilið hafi því talið sig hafa samþykki allra móttakenda fyrir sendingunni.

Í bréfinu gera [Z]<sup>9</sup> þá kröfu að málinu verði vísað frá vegna aðildarskorts kvartanda. Um sé að ræða tölvupóstsendingu að kvöldlagi á vinnupóst kvartanda. Að mati gistiheimilisins verði að fara fram heildstætt mat á hagsmunum og tengslum umrædds aðila við úrlausn máls og hvort hann eigi beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta. Tölvupóstfang það sem sent hafi verið á sé ekki í eigu kvartanda heldur vinnuveitanda hans. Kvartandi hafi því ekki sjálfur lögvarða hagsmuni af niðurstöðu í þessu máli, réttara væri að hann myndi leita til yfirboðara sinna með að beina slíku erindi til PFS.

Þá er sjónarmiði kvartanda um að markmið með kvörtuninni sé að vinna gegn hugsanlegri röskun á samkeppni vegna meintar misnotkunar á upplýsingum um tölvupóstfang kvartanda hafnað í bréfinu. Að mati gistiheimilisins hafi kvartandi enga lögvarða hagsmuni hvað þetta varði og segir að tekið sé undir þau orð, sem raunar komi fram í erindi kvartanda sjálfs, að sjónarmið um meinta röskun á samkeppni á gistiheimilamarkaði rúmist ekki innan laga um

---

<sup>5</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>6</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>7</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>8</sup> Nafn ráðuneytis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>9</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

fjarskipti. Enda komi markmið 46. gr. laga um fjarskipti skýrt fram í athugasemdum í frumvarpi til laganna.

Í bréfinu er því einnig hafnað að með ásetningi hafi verið brotið gegn 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Starfsmaður hafi verið í góðri trú um að þeir aðilar sem fengið hafi umræddar tölvupóstsendingar hafi verið búnir að veita samþykki sitt fyrir sendingunni. Segir að gætt hafi verið að ákvæðum 2. og 4. mgr. 46. gr. laganna með því að greina skilmerkilega frá nafni og heimilisfangi og að gefa kvartanda kost á að andmæla slíkri notkun á tölvupóstfanginu, sér að kostnaðarlausu. Þá byggi gistiheimilið mál sitt á því að á heimasíðu ráðuneytisins, þar sem kvartandi starfi, hafi ekki verið að finna neina fyrirvara varðandi póstsendingar af þessu tagi en það hafi sérstaklega verið kannað áður en póstur hafi verið sendur á nokkra aðila sem þar starfi. Það hafi því verið hugað að 5. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti varðandi bannmerkingar þótt vissulega snúi það eingöngu að bannmerkingum í símaskrá.

Að lokum benda [Z]<sup>10</sup> á að þó svo PFS telji að um brot hafi verið að ræða þá sé það svo smávægilegt að það taki vart að nefna. Þá sé um gáleysisbrot að ræða þar sem fyrirsvarsmenn [Z]<sup>11</sup> hafi sent á nokkra starfsmenn ráðuneytisins í þeirri trú að óskað hefði verið eftir póstsendingum af hálfu starfsmanna þar. [Z]<sup>12</sup> hafi ekki fundið fordæmi fyrir því að aðilum hafi verið gert að sæta viðurlögum á grundvelli 74. gr. laga um fjarskipti fyrir óumbeðinnar tölvupóstsendingu í eitt skipti á eitt netfang. Raunar finnist ekki fordæmi þess í ákvörðunum stofnunarinnar og úrskurðum úrskurðarnefndar að sektir hafi verið gerðar vegna brota gegn 46. gr. fjarskiptalaga. [Z]<sup>13</sup> bendi á að slík viðurlög hafi ekki verið ákvörðuð í málum þar sem um hafi verið að ræða umfangsmikil brot gegn 5. mgr. 46. gr. laganna. [Z]<sup>14</sup> mótmæli því harðlega þeirri kröfu kvartanda að félaginu verði gert að sæta nokkrum viðurlögum í máli þessu.

## 2.

### *Athugasemdir kvartanda*

Kvartanda var gefið tækifæri á að tjá sig og koma að athugasemdum varðandi svarbréf [Z]<sup>15</sup> og barst tölvupóstur frá kvartanda, dags. 9. janúar sl. Í tölvupóstinum segir að þau sjónarmið sem fram komi í bréfi [Z]<sup>16</sup>, til varnar þeirri háttsemi sem kvörtunin lúti að, gefi ekki tilefni til sérstakra viðbragða af hálfu kvartanda. Hins vegar beri svarið með sér að fyrirtækið hafi ekki í hyggju að láta af þeirri háttsemi sem kvörtunin lúti að og kvartandi telji það vera umhugsunarefni fyrir stofnunina við úrlausn málsins.

---

<sup>10</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>11</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>12</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>13</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>14</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>15</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

<sup>16</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

### III.

#### Forsendur og niðurstaða

##### 1.

##### *Lagaumhverfi*

Póst- og fjarskiptastofnun er sú stofnun sem með lögum hefur verið falið að annast framkvæmd laga um fjarskipti og hafa eftirlit með fjarskiptum skv. 2. mgr. 2. gr. fjarskiptalaga, sbr. og 1. tl. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun. Á grundvelli þess ákvæðis sker stofnunin úr ágreiningi um túlkun fjarskiptalaga í þeim tilvikum sem kvörtun beinist ekki að fjarskiptafyrirtæki.

Í 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti er að finna ákvæði varðandi óumbeðin fjarskipti og á það sér fyrirmynd í 13. gr. persónuverndartilskipunar nr. 2002/58/EB. Ákvæði 1. mgr. 46. gr. laganna segir m.a. að notkun sjálfvirkra uppkallskerfa, símbréfa eða tölvupósts fyrir beina markaðssetningu sé einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram. Samkvæmt 17. tl. inngangsorða persónuverndartilskipunarinnar er hægt að veita samþykki með hvers kyns viðeigandi aðferð sem gerir óþvingaða, sértæka og upplýsta viljayfirlýsingu notanda mögulega, þ.m.t. að merkja við reit á vefsíðu.

Undantekning er gerð í 2. mgr. ákvæðisins en þar segir að heimilt sé að nota tölvupóstfang viðskiptavinar, sem viðkomandi fær upplýsingar um í sambandi við sölu á vörum eða þjónustu, til þess að markaðssetja eigin vörur eða þjónustu en það skilyrði er sett að viðskiptavinir hafi tækifæri til að andmæla slíkri notkun á auðveldan hátt og þeim að kostnaðarlausu. Möguleikarnir til að andmæla skuli vera fyrir hendi bæði þegar skráning tölvupóstfangs fer fram og í hvert skipti sem tölvupóstur er sendur, hafi viðskiptavinur ekki þegar í upphafi hafnað slíkri notkun.

Í heild sinni er ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga svohljóðandi:

**„Notkun sjálfvirkra uppkallskerfa, símbréfa eða tölvupósts, [þ.m.t. hvers konar rafrænna skilaboða (SMS og MMS)],<sup>1)</sup> 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.]<sup>1)</sup> Feitletrun PFS.

Í greinargerð sem fylgdi frumvarpi laganna kemur fram að tilgangur ákvæðisins sé að takmarka það ónæði sem notendur fjarskiptaþjónustu geta orðið fyrir vegna beinnar

markaðssetningar með hjálp fjarskiptatækni. Geta notendur í þessu samhengi bæði verið einstaklingar og lögaðilar, sbr. 21. tl. 3. gr. fjarskiptalaga.

## 2.

### *Niðurstaða*

[Z]<sup>17</sup> gerir þær kröfur að málinu verði vísað frá vegna aðildarskorts kvartanda þar sem það tölvupóstfang sem umræddur tölvupóstur hafi verið sendur á sé í eigu vinnuveitanda hans en ekki kvartanda. Kvartandi hafi því ekki lögvarða hagsmuni af niðurstöðu þessa máls. Þá hafi tölvupósturinn verið sendur í góðri trú og því sé um gáleysisbrot að ræða.

Fyrst ber að taka það fram að fjarskiptalögin gera ekki kröfu um að ásetningur sé til staðar til að tiltekin háttsemi geti talist brot skv. lögnum. Það breytir því engu hvort tölvupóstur sem sendur er í andstöðu við 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga hafi verið sendur af gáleysi og í góðri trú heldur kemur aðeins til skoðunar hvort háttsemi, sem er í andstöðu við fjarskiptalög, hafi átt sér stað eða ekki.

Eins og áður hefur komið fram á 46. gr. fjarskiptalaga um óumbeðin fjarskipti sér fyrirmynd í 13. gr. persónuverndartilskipunar nr. 2002/58/EB. Í 12. tl. inngangsorða tilskipunarinnar er fjallað um tilgang hennar en þar segir að tilskipuninni sé ætlað að vernda grundvallarréttindi einstaklinga, einkum rétt þeirra til friðhelgi einkalífsins og einnig réttmæta hagsmuni lögaðila. Þá segir að áskrifendur rafrænnar fjarskiptaþjónustu, sem sé öllum aðgengileg, geti verið einstaklingar eða lögaðilar. Verndin sem ákvæði tilskipunarinnar hefur að geyma er því ætlað að ná bæði til lögaðila og einstaklinga.

Í lögnum um fjarskipti og persónuverndartilskipuninni er skýr greinarmunur gerður á *notanda* fjarskiptaþjónustu annars vegar og *áskrifanda* fjarskiptaþjónustu hins vegar. Þetta getur skipt máli þegar áskrifandi og notandi er ekki einn og sami aðilinn. Lögin og tilskipunin hafa að geyma mismunandi réttindi og skyldur eftir því hvort um áskrifanda er að ræða eða notanda. Skilgreiningar á hugtökunum sem er að finna bæði í íslensku lögnum og tilskipuninni gera skýran greinarmun á þessu tvennu.

Í 7. tl. 3. gr. fjarskiptalaga segir að áskrifandi sé einstaklingur eða lögaðili sem sé aðili að samningi við seljanda almennrar fjarskiptaþjónustu um afhendingu slíkrar þjónustu. Samkvæmt 21. tl. 3. gr. laganna er notandi hins vegar einstaklingur eða lögaðili sem notar eða sækir um að nota almenna fjarskiptaþjónustu. Í a.-lið 2. mgr. 2. gr. persónuverndartilskipunarinnar segir að notandi sé einstaklingur sem notar rafræna fjarskiptaþjónustu sem sé öllum aðgengileg, til einkanota eða vegna atvinnureksturs, þótt hann hafi ekki endilega gerst áskrifandi að þjónustunni. Skilgreiningu á hugtakinu áskrifandi er að finna í k-lið 2. gr. rammartilskipunar nr. 2002/21/EB og er hún efnislega samhljóða skilgreiningu fjarskiptalaga.

---

<sup>17</sup> Nafn fyrirtækis afmáð vegna trúnaðar.

Þegar litið er til þessara skilgreininga og notkunar þeirra í fjarskiptalögum og persónuverndartilskipuninni sést glögglega að skýr greinarmunur er gerður á áskrifanda og notanda. Í 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga segir að notkun tölvupósts fyrir beina markaðssetningu sé einungis heimil þegar *áskrifandi* hefur veitt samþykki sitt fyrir fram. Það er því gert að skilyrði að það sé áskrifandi sjálfur sem veiti samþykkið, en ekki notandi þjónustunnar. Það er því áskrifandi þjónustunnar sem nýtur verndar skv. ákvæðinu. Þessi aðgreining á sér einnig stoð í 40. tl. inngangsorða persónuverndartilskipunarinnar en þar segir:

*„Gera verður verndarráðstafanir til að koma í veg fyrir að brotið verði gegn friðhelgi einkalífs áskrifenda með óumbeðnum fjarskiptasendingum vegna beinnar markaðssetningar.“*

Í þessu máli kemur því til skoðunar hver teljist vera áskrifandi að tölvupóstþjónustunni. Fyrir liggur að umræddur tölvupóstur var sendur á netfangið [X]<sup>18</sup>@[Y]<sup>19</sup>. Netfangið er merkt vinnustað og hefur kvartandi fengið það þegar hann hóf störf hjá ráðuneytinu. Kvartandi sjálfur er því *notandi* að þjónustunni en ekki áskrifandi skv. skilningi fjarskiptalaga. Vinnuveitandi hans hefur hins vegar gerst aðili að samningi við seljanda almennrar fjarskiptaþjónustu um afhendingu tölvupóstþjónustunnar og er hann því áskrifandi skv. 7. tl. 3. gr. fjarskiptalaga. Af þessum sökum getur kvartandi ekki talist eiga aðild að máli þessu og yrði það að vera í höndum vinnuveitanda hans að senda inn kvörtun vegna þessa meintu óumbeðnu fjarskiptasendinga.

Rétt er að taka fram að í tilskipun 2009/136/EB um breytingar á persónuverndartilskipuninni hefur verið gerð sú breyting á ákvæði 13. gr. núgildandi tilskipunar að óumbeðin fjarskipti eru ekki leyfð nema, annað hvort liggi samþykki áskrifanda *eða* notanda fyrir, eða áskrifandi *eða* notandi hafi ekki óskað eftir að fá slíkar sendingar. Þar er ákvæðið því látið ná bæði til notanda og áskrifanda. Það er síðan undir aðildarríkjunum að velja hvort kostinn þau taka, en í báðum tilfellum er átt við áskrifanda *og* notanda, sbr. 3. mgr. 7. gr. tilskipunar 2009/136/EB. Af þessari breytingu á ákvæði tilskipunarinnar má draga þá ályktun að verndarhagsmunir ákvæðisins nái ekki til notenda skv. núgildandi EES rétti eins og hann hefur verið innleiddur hér á landi. Hins vegar liggur fyrir að tilskipun þessi muni verða innleidd í íslenskan rétt og má þá fastlega gera ráð fyrir því að verndarandlag ákvæðisins muni rýmka með þeim lagabreytingum sem gerðar verða.

Þrátt fyrir að orðalag í greinargerð sem fylgdi frumvarpi laganna segi að tilgangur ákvæðisins sé að takmarka það ónæði sem *notendur* fjarskiptaþjónustu geti orðið fyrir vegna beinnar markaðssetningar getur það ekki vikið til hliðar þeirri skýru hugtakanotkun sem fram kemur í ákvæði 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, sbr. 13. gr. tilskipunar 2002/58/EB, sbr. og 40. tl. inngangsorða hennar. Í báðum tilvikum kemur skýrt fram að ákvæðinu sé ætlað að veita *áskrifanda* vernd gegn óumbeðnum fjarskiptasendingum.

---

<sup>18</sup> Nafn afmáð vegna trúnaðar.

<sup>19</sup> Nafn ráðuneytis afmáð vegna trúnaðar.

*Ákvörðunarorð*

**Kvartandi telst ekki eiga aðild í málinu þar sem hann er ekki *áskrifandi* í skilningi 1. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Kvörtun er því vísað frá vegna aðildarskorts.**

**Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar.**

Reykjavík, 2. mars 2011

---

Hrafnkell V. Gíslason

---

Margrét Gunnarsdóttir