



## PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

### Ákvörðun í kvörtunarmáli um ónæði af völdum markaðsetningarstarfsemi 30. maí 2006

#### I. *Kvörtun*

Með tölvupósti, dags. 13. desember 2005, barst Póst- og fjarskiptastofnun erindi A (hér eftir nefnd kvartandi) vegna markaðssetningarstarfsemi viðskiptabanka B. Telur hún að bankinn hafi ekki virt bannmerkingu í símaskrá, sbr. 5. mgr. 46. laga um fjarskipti nr. 81/2003, um að óheimilt sé að hringja í símanúmerið vegna kynningar á vörum ogþjónustu. Í erindi kvartanda er gerð nánari grein fyrir tildrögum málsins, sbr. eftirfarandi:

„Þannig er mál með vexti að við hjónin erum búin að vera með bannmerki við nöfn okkar hjá Hagstofunni frá því ca. 1996 og létum svo setja bannmerki við nöfn okkar í símaskránni árið 2003. Við höfum ítrekað orðið fyrir því að viðskiptabanki okkar [B] hefur brotið gegn þessum merkingum og hringt í okkur á kvöldin (eftir kl.18.00) í einhvers konar markaðsstarfsemi og nú síðast 16.nóvember. Ég hef tjáð þeim óskir okkar um að láta af þessu en fékk síðast þau svör hjá útbússtjóra [B] , [...], að [B] væri í fullum rétti þar sem ég væri í viðskiptum við þá, það væru eingöngu fyrirtæki sem ég væri ekki í viðskiptum við sem ekki mættu hringja. Ég var að sjálfsögðu ekki ánægð með þessi svör hans og vil því gjarnan fá það á hreint hver réttur minn/okkar er. Má fyrirtæki sem ég er í viðskiptum við, hringja í mig þrátt fyrir þessar merkingar? Og hver er skilgreining ykkar á beinni markaðssetningu? Ég vil gjarnan leggja fram formlega kvörtun til ykkar ef það má verða til þess að [B] láti segjast.“

Með erindinu fylgdu tölvupóstsamskipti kvartanda við [...], útbússtjóra bankans í [...]. Í tölvupósti til kvartanda, dags. 17. nóvember 2005, lýsir bankinn afstöðu sinni til málsins, m.a. með eftirfarandi orðum:

„Mér þykir leitt að heyra að þú sért ósátt við að fá hringingar frá okkur og bið þig afsökunar á því. Bannmerki í símaskrá hefur þau áhrif að fyrirtæki sem þú ert ekki í viðskiptum við mega ekki hringja í þig. Öll fyrirtæki hafa hins vegar heimild til að hafa samband við sína viðskiptavini og hefur bannmerking engin áhrif á það.“

#### II. *Bréfaskipti og sjónarmið*

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 15. desember 2005, var B gefinn kostur á því að tjá sig um fram komna kvörtun, auk þess sem stofnunin óskaði sérstaklega eftir skýringum á framangreindri afstöðu bankans.

Í svarbréfi bankans, dags. 31. janúar 2006, segir að starfsmenn hans hafi á árinu 2005 haft samband við kvartanda símleiðis, síðast þann 16. nóvember 2005, í þeim tilgangi að ræða við hana um tiltekna þjónustu sem hún hafði valið sér, bjóða ákveðna hagræðingu og betri kjör. Hins vegar væri bankanum ekki fært að greina stofnuninni nánar frá þessu með

tilliti til reglna um bankaleynd, sbr. 58. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki. Síðan segir m.a. í bréfi bankans:

„Í 5. mgr. 46. gr. 1. nr. 81/2003 segir „Notendur sem nota almenna talsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu skulu virða merkingu í símaskrá sem gefur til kynna að viðkomandi áskrifandi vilji ekki slíkar hringingar í símanúmer sitt.“ Ekki er skilgreint nánar í lögnum hver þýðing orðsins markaðssetning er. Almenn þýðing orðsins hefur verið talin fela í sér sölu eða kynningu á vöru eða þjónustu. Ekki er hægt að túlka nefnt lagaákvæði svo rúmt að það teljist markaðssetning ef viðskiptabanki eða annar aðili sem selur þjónustu, þarf að hafa samband símleiðis eða með öðrum hætti við viðskiptamann sinn sem hann er í föstu viðskiptasambandi við, vegna tiltekinnar þjónustu sem viðkomandi hefur valið sér. Slík samskipti geta ekki talist markaðssetning þótt þau af óhjákvæmilegum ástæðum tengist þeirri þjónustu sem viðkomandi selur með einum eða öðrum hætti.

Í 74. gr. laga nr. 81/2003 er að finna viðurlagaákvæði sem kveður á um að brot gegn IX. kafla laganna sem fjallar um vernd persónuupplýsinga og friðhelgi einkalífs, varði refsingu, sektum eða fangelsi ef sakir eru miklar eða brot ítrekuð. gera verður kröfu til þess að lagaákvæði þar sem slík viðurlög liggja við broti verði að vera skýr og ótvíræð, þannig að ekki leiki vafi á því í hvaða tilvikum um brot er að ræða og hvaða tilvik falli utan ákvæðisins. Ber því að túlka framangreint ákvæði þröngt.

Í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar til bankans er sérstaklega óskað eftir frekari röksemdum við fullyrðingu sem fram kom í tölvubréfi bankans til [A] varðandi þýðingu bannmerkingar í símaskrá. Eins og fram kemur hér að ofan telur bankinn sér heimilt að hafa samband við viðskiptamenn sem hann er í föstu viðskiptasambandi við vegna þeirrar þjónustu sem viðkomandi hefur valið sér. Bannmerkingar í símaskrá eiga ekki að hafa áhrif á slík símtöl enda ekki um ræða beina markaðssetningu, heldur samskipti sem byggja á gagnkvæmu viðskiptasambandi þar sem báðir aðilar bera skyldur hvor gagnvart öðrum. Ákvæði 5. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003 nær ekki til slíkra samskipta að mati bankans. Það skal ítrekað að samskipti bankans við [A] í þeim tilvikum sem kvörtun hennar tekur til voru vegna eðlilegra samskipta við viðskiptamann á grundvelli viðskiptasambands en ekki vegna sérstakrar markaðssetningar einstakra þjónustupáttá.“

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 7. febrúar 2006, var kvartanda boðið að tjá sig um svör bankans. Var sérstaklega óskað eftir því að fram kæmi afstaða hennar til ummæla bankans þess efnis að umrætt samtál við hana hefði varðað tiltekna þjónustusem hún hafði valið sér, boð á ákveðinni hagræðingu og betri kjör. Í tölvupósti til Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 8. febrúar 2006, hafnar kvartandi því eindregið að samtalið hafi varðað tiltekna þjónustu sem hún væri í hjá bankanum, sbr. eftirfarandi:

„Í svarbréfi sínu dagsettu 7. febrúar 2006 segja þeir að tilgangur símhringingar til mín þann 16. nóvember 2005 hafi verið sá að ræða við mig "sérstaklega um tiltekna þjónustu sem ég hefði þegar valið hjá bankanum". Þetta eru hrein ósannindi því tilgangurinn var að selja mér viðbótarlífeyrissparnað sem er ekki þjónusta sem ég er í áskrift að hjá bankanum. Eins hefur okkur hjónunum verið boðið að kaupa [...] sem aftur er ekki þjónusta sem við erum áskrifendur að.“

Í ljósi ágreinings um tilgang og efni umrædds samtals var bankanum gefinn kostur á því að gera athugasemdir varðandi skilning kvartanda þar að lútandi, sbr. bréf Póst- og fjarskiptastofnunar dags. 14. febrúar 2006.

Í svarbréfi bankans, dags. 1. mars 2006, segir að fyrri bréfi stofnunarinnar hafi verið svarað í samráði við þá starfsmenn bankans sem önnuðust samskiptin við kvartanda. Samkvæmt upplýsingum þeirra hafi tilgangurinn með hinu umdeilda símtali verið að

þjóða henni að yfirfara mál hennar í bankanum. Ætlunin hafi verið að fara yfir kjör hennar og þjónustuþætti og þjóða henni til fundar í bankanum til að ræða þau mál. Síðan segir m.a. eftirfarandi:

„Að sögn starfsmanna bankans sem annast úthringingar af þessu tagi geta símtöl við viðskiptamenn þróast í mismunandi áttir og er stundum erfitt fyrir starfsmanninn að stýra því í hvaða farveg samtalið fer. Það veltur allt á því hver viðmælandinn er hverju sinni og viðbrögðum hans. [A] fullyrðir að tilgangurinn með símtalinu hafi verið að selja henni viðbótarlífeyrissparnað. Vera má að samtalið hafi leiðst út á þær brautir en að sögn starfsmanna bankans var tilgangurinn með símtalinu að boða hana til fundar í bankanum til að ræða viðskipti hennar eins og að framan greinir. Ekki er haldið sérstaklega utan um efni hvers símtals né heldur eru símtöl hljóðrituð og er því erfitt að fullyrða um hvernig umrætt símtal nákvæmlega þróaðist.“

### III

#### *Forsendur og niðurstaða*

Í 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 er að finna ákvæði er varðar óumbeðin fjarskipti og á það sér fyrirmynd í 13. persónuverndartilskipunar nr. 2002/58/EB Tilgangur ákvæðisins er að takmarka það ónæði sem notendur fjarskiptaþjónustu geta orðið fyrir vegna beinnar markaðssetningar með hjálp fjarskiptatækni, eins og komist er að orði greinargerð sem fylgdi frumvarpinu sem varð að fyrrnefndum lögum. Hugtakið óumbeðin fjarskipti er ekki skilgreint sérstaklega en af efni ákvæðisins má ráða að það á við þegar skilaboðum er komið á framfæri með símbréfum, tölvupósti og í almennri talsímaþjónustu. Er ákvæðið svohljóðandi:

„Notkun sjálfvirkra uppkallskerfa, símbréfa eða tölvupósts 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.

Notendur sem nota almenna talsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu skulu virða merkingu í símaskrá sem gefur til kynna að viðkomandi áskrifandi vilji ekki slíkar hringingar í símanúmer sitt.“

Eins og ákvæðið ber með sér gilda tvær mismunandi reglur um óumbeðin fjarskipti. Annars vegar er um að ræða svo kallaða *samþykkisreglu* (e. opt-in), sem felur í sér að óheimilt er að stunda beina markaðssetningu gagnvart tilteknum aðila nema að samþykki hans sé fengið fyrir fram. Þessi regla á við um notkun sjálfvirkra uppkallskerfa, símbréfa eða tölvupósts fyrir beina markaðssetningu, sbr. 1. mgr. 46. gr. laganna. Varðandi almenna talsímaþjónustu, sbr. 5. mgr. 46. gr., gildir hins vegar regla sem kenna mætti við *bannskrárreglu* (e. opt-out). Felur hún í sér að bein markaðssetning er óheimil gagnvart þeim aðila sem gefið hefur til kynna með sérstakri merkingu í símaskrá að hann vilji vera laus við slíkt ónæði, sbr. ákvæði 2. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga.

Hefur B vísað til þess að þrátt fyrir ákvæði 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga sé bankanum heimilt að hringja í sína eigin viðskiptavinum. Þess konar undantekningu er að finna í 2. mgr. 46. laganna. Hún veitir hins vegar aðeins undanþágu frá fyrrnefndri samþykkisreglu og er hún svohljóðandi: „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.“

Samkvæmt orðanna hljóðan vísar ákvæðið eingöngu til 1. mgr. 46. gr. og tekur undantekningin, efni sínu samkvæmt, aðeins til notkunar á tölvupósti. Af þessu má ráða að undantekningin nái ekki til markaðssetningar í gegnum almenna talsímaþjónustu, sbr. 5. mgr. ákvæðisins, og að geta þyrfti þess sérstaklega ef víkja mætti frá þeirri reglu sem sú málsgrein hefur að geyma. Verður því ekki talið að undanþága 2. mgr. 46. fjarskiptalaga geti átt við um þau símasamskipti sem B átti við kvartanda eins og þeim hefur verið lýst í gögnum málsins.

Þá er því haldið fram af hálfu B að ekki sé hægt að túlka nefnt lagaákvæði svo rúmt að það teljist markaðssetning ef viðskiptabanki eða annar aðili sem selur þjónustu, þurfi að hafa samband símleiðis eða með öðrum hætti við viðskiptamann sinn sem hann er í föstu viðskiptasambandi við, vegna tiltekinna þjónustu sem viðkomandi hefur valið sér. Slík samskipti geti ekki talist markaðssetning þótt þau af óhjákvæmilegum ástæðum tengist þeirri þjónustu sem viðkomandi selur með einum eða öðrum hætti.

Hvorki er í fjarskiptalögum né í áðurnefndri tilskipun nr. 2002/58/EB er að finna skilgreiningu á hugtakinu *bein markaðssetning*. Samkvæmt venjulegum málsskilningi er augljóst sala eða kynning á vörum og þjónustu hlýtur að falla hér undir. Hins vegar er álitíð að túlka beri hugtakið rúmt þannig að það taki til hvers konar markaðssetningu á vöru og þjónustu hvort sem hún fari fram í hagnaðarskyni eða ekki, sbr. álit svonefnds 29. gr. vinnuhóps (nr. 5/2004), sem starfar samkvæmt tilskipun nr. 95/46/EB, en í 48. gr. formálsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB er vísað til vinnu þessa hóps varðandi túlkun áákvæðum hennar. Í þessu sambandi er ekki fallist á sjónarmið B um að túlka eigi ákvæðið þröngt þar sem tiltekin viðurlög liggja við því að brjóta ákvæðið samkvæmt 74. gr. laganna. Það er í höndum dómstóla að dæma refsingu samkvæmt umræddu ákvæði. Er hér um að ræða úrlausn stjórnisýslumáls og eiga því hefðbundin skýringarsjónarmið í sakamálum ekki við varðandi túlkun á 46. gr. fjarskiptalaga.

Er það skoðun Póst- og fjarskiptastofnunar að gera verði ráð fyrir því að fyrirtækjum sé heimilt, þrátt fyrir ákvæði 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, að hringja í viðskiptamenn sína vegna tiltekinna viðskipta, t.d. til þess að ákveða greiðslufyrirkomulag viðskiptanna eða leysa úr einhverjum vandamálum þeim tengdum, enda sé ekki um að ræða markaðssetningu á annarri eða aukinni þjónustu. Ef tilgangur símatals er að kynna nýjar vörur eða þjónustuleiðir verður að líta á það sem markaðssetningu í skilningi ákvæðisins. Skiptir þá engu máli hvort um er að ræða eigin viðskiptavin fyrirtækis eða ekki.

Í bréfum sínum hefur kvartandi mótmælt því að símtal B hafi varðað tiltekin viðskipti hennar við bankann. Hafi henni til dæmis verið boðin þjónusta á borð við viðbótarlífeyrissparnað og [...] sem hún hafi til þessa ekki nýtt sér. Hefur B hvorki mótmælt þessu né bent á einhver tiltekin viðskipti sem rædd hafi verið við hana. Segir í athugasemdum bankans að ætlunin með símtalinu hafi verið að yfirfara mál hennar í bankanum. Fara yfir þjónustubætti hennar og kjör og kanna hvort gera mætti betur við hana sem traustan viðskiptamann bankans og bjóða henni til fundar í bankanum til að ræða þau mál.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar verður að telja tilgang og efni umræddra símsamskipta B við kvartanda til beinnar markaðssetningar í skilningi 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003. Samkvæmt framansögðu bar bankanum að virða bannmerkingu við símanúmer kvartanda í símaskrá samkvæmt 5. mgr. 46. laganna. Var bankanum því óheimilt að hringja í hana í þeim erindagjörðum sem að framan er lýst.

#### *Ákvörðun ar orð*

B var óheimilt að hringja í bannmerkt símanúmer A, sbr. 5. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, í þeim tilgangi að ræða við hana um viðskiptakjör og aðra þjónustubætti sem henni stæðu til boða sem viðskiptavinur bankans.

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 30. maí 2006*

---

Sigurjón Ingvason

---

Björn Geirsson