



## PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

### **Ákvörðun nr. 29/2017** **í kvörtunarmáli vegna óumbeðinna fjarskipta af hálfu Flokks fólksins**

#### **I.**

##### **Erindi**

Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) bárust kvartanir frá 36 aðilum, dagana 28. október til 7. nóvember 2017, vegna óumbeðinna fjarskipta á vegum Flokks fólksins varðandi kosningar til Alþingis, sem fram fóru 28. október 2017 (*Mál nr. 2017100079*).

#### **II.**

##### **Málavextir**

*2.1 Kvartanir dags. 28. október til 7. nóvember 2017.*

Á tímabilinu 28. október til 7. nóvember 2017 bárust PFS 36 kvartanir vegna óumbeðinna SMS sendinga sem merktar voru Flokki fólksins, þar sem viðtakendur voru hvattir til að kjósa flokkinn í kosningum til Alþingis sem fram fóru 28. október 2017. Þau afrit sem fylgdu kvörtunum bentu til þess að sendingar hafi borist þann 27. október 2017 seinni part dags og fram á kvöld. Kvartanir beindust að því að um óumbeðin fjarskipti væri að ræða, þ.e. að viðtakendur hefðu ekki veitt samþykki fyrir móttöku slíkra skilaboða frá flokknum. Í nokkrum tilvikum var jafnframt kvartað yfir því að skilaboðin voru send á bannmerkt númer og númer sem áttu ekki að vera skráð í símaskrá.

Skilaboð sem PFS barst afrit af innihéldu eftirfarandi texta:

*„Ertu með kosningarett? – Nyttu rettinn! Afnemum fritekjumark og haekum skattleysismork. Kaer kvedja! Flokkur folksins X-F.“*

Kvartanir bárust frá eftirtöldum aðilum: [*Nöfn fjarlægð vegna trúnaðar*]

## 2.2 Bréf PFS til Flokks fólksins

Þann 31. október 2017 sendi PFS bréf til Flokks fólksins vegna þeirra kvartana sem þá höfðu borist, ásamt afriti af kvörtunum. Í bréfinu var greint frá framkomnum kvörtunum og fylgdi afrit af þeim. Þá var gerð grein fyrir þeim reglum sem gilda um óumbeðin fjarskipti og í því sambandi var vísað til 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 og leiðbeiningabæklings sem PFS hefur gefið út um málefnið.

Með vísan til 1. mgr. 5. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 óskaði stofnunin eftir eftirfarandi upplýsingum frá Flokki fólksins vegna málsins:

1. Óskað er upplýsinga um umfang umræddra sendinga. Hver var fjöldi SMS sendinga sem sendar voru á vegum flokksins? Hver var fjöldi viðtakenda sem sent var til? Voru sendingar sem þessar viðhafðar á öllu landinu eða í tilteknum kjördæmum?
2. Hver annaðist þessar sendingar fyrir flokkinn?
3. Hvaðan fengust upplýsingar um símanúmer? Voru númer, sem ekki eru í símaskrá eða bannmerkt, sérstaklega tilgreind á þeim listum sem notaðir voru?
4. Aflaði flokkurinn fyrirfram samþykkis þeirra sem fengu fjarskiptasendingar?
5. Hver er afstaða flokksins til þess hvort að ofangreindar sendingar hafi verið í samræmi við 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003? Telji flokkurinn að svo sé er óskað eftir rökstuðningi fyrir þeirri afstöðu.

Flokki fólksins var boðið að koma á framfæri athugasemdum og skýringum vegna málsins. Svarfrestur var veittur til og með 13. nóvember 2017 og fram kom að eftir þann tíma mætti búast við að Póst- og fjarskiptastofnun tæki ákvörðun þar sem skorið yrði úr um hvort ofangreindar fjarskiptasendingar hafi verið í samræmi við 46. gr. laga um fjarskipti.

Þann 7. nóvember var Flokki fólksins sent afrit í tölvupósti af einni kvörtun sem barst þann dag.

## 2.3. Svar Flokks fólksins dags. 22. nóvember 2017

Þann 22. nóvember 2017 barst svar í formi tölvupósts frá framkvæmdastjóra Flokks fólksins. Með póstinum fylgdu tvö viðhengi, annars vegar afrit af tölvupóstssamskiptum fyrirtækisins 1819 – Nýr valkostur ehf. (hér eftir 1819) við framkvæmdastjóra flokksins og flokksmennina Pétur Einarsson og Halldór Gunnarsson og hins vegar svör við spurningum PFS. Í tölvupóstinum sagði, auk tilvísana til viðhengja: *Það skal ítrekað að Halldór Gunnarsson og Pétur Einarsson bera fulla og óskoraða ábyrgð á þessum sms sendingum og því ekki rétt sem fram kemur að Halldór Gunnarsson hafi haft meirihluta stjórnar á bakvið sig þegar hann tók þá ákvörðun að senda þessi skilaboð.*

Í tölvupóstsamskiptum sem fylgdu svári Flokks fólksins kemur fram að flokksmennirnir Halldór Gunnarsson og Pétur Einarsson sem skipuðu 1. og 2. sæti á lista flokksins í Norðaustur kjördæmi voru í samskiptum við 1819 og óskuðu eftir að fyrirtækið annaðist SMS sendingar fyrir flokkinn.

Í tölvupósti frá Péttri Einarssyni 25. október 2017 sendir hann upplýsingar um greiðanda vegna verkefnisins og eru þar nafn, kennitala og heimilisfang Flokks fólksins tilgreind.

Í tölvupósti frá Halldóri Gunnarssyni, dags. 27. október 2017, segir: *Staðfesti fyrir hönd Flokks fólksins að ákvörðun um að senda út SMS skilaboð til allra Íslendinga var tekin á fundi með oddvitum og stjórnarmönnum flokksins og undirritaður stjórnarmaður hefur meirihluta stjórnar um að þessi ákvörðun standi óhönguð. Halldór Gunnarsson.*

Þann 27. október 2017 sendir framkvæmdastjóri 1819 tölvupóst til framkvæmdastjóra Flokks fólksins. Með póstinum eru send afrit af tölvupóstsamskiptum 1819 við Halldór Gunnarsson og Pétur Einarsson og vísað til símtals sama dag þar sem framkvæmdastjóri flokksins á að hafa óskað upplýsinga um viðtakendur SMS sendinganna. Þá er í póstinum greint frá því að SMS væru send á ca. 90.000 gsm númer aðila sem eru orðnir 18 ára og eldri og eru ekki bannmerktir í símaskráargrunni frá HÍN.

Í svörum við spurningum PFS kom eftirfarandi fram:

Varðandi umfang sendinga sagði að til hefði staðið að senda til 120 þúsund manns. Hvað mikið var sent er ekki vitað, en Inga Sæland stöðvaði sendingar þegar 22 þúsund höfðu farið út. Síðar var sendingum haldið áfram að fyrirmælum Halldórs Gunnarssonar.

Fram kom að 1819 hafi annast útsendingu skilaboðanna, en ekki sé vitað hvaðan upplýsingar um símanúmer hafi verið fengnar.

Þá kemur fram að flokkurinn hafi ekki aflað fyrirfram samþykkis þeirra sem fengu fjarskiptasendingar.

Þá er lýst þeirri afstöðu að „...smáskilaboð af þessu tagi flokkast ekki undir hugtakið “Markaðssetningu” og alls ekki er um að ræða “sölu á vörum eða þjónustu”. Þvert á móti er hér um að ræða almenn skilaboð um að nýta sér kosningarétt og minnt á ýmis atriði kosninganna með kveðju frá Flokki Fólksins. Þessi skilaboð byggja rétt sinn á 73. gr. Stjórnarskrárinnar, samanber eftirfarandi samantekt á lagareglum um fjöldasendingar smáskilaboða. Fyrrgreindar fjöldasendingar smáskilaboða voru því fyllilega löglegar að öllu leyti.“

Þá er í svarinu að finna úrdrætti úr frumvarpi til laga um fjarskipti (um 46. gr.), úr tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2002/58/EB frá 12. júlí 2002 um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta (13. gr.) og stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (73. gr.). Ekki er gerð nánari grein fyrir því hvernig flokkurinn telur tilvitnaðar lagareglur heimila fjöldasendingar smáskilaboða án samþykkis viðtakenda.

#### 2.4 Fyrirspurn til 1819, dags. 23. nóvember 2017

Í tengslum við erindi frá aðila sem kvartaði undan því að númer hans væri skráð hjá 1819, þrátt fyrir að hann hefði óskað eftir að númerið væri óskráð og að hann hafi fengið SMS sendingu varðandi kosningarnar, var 1819 sent bréf þann 23. nóvember 2017. Þar var m.a. spurt hvort 1819 noti númeraupplýsingar til þess að senda út SMS fjöldasendingar og óskað eftir að upplýst verði hvaða verkefni fyrirtækið hafi annast á því sviði á sl. 6 mánuðum, hversu margar sendingar hafi

verið sendar út í hverju verkefni fyrir sig og hvort fyrirfram samþykkis viðtakenda hafi verið aflað áður en sendingar voru framkvæmdar.

### *2.5 Svar 1819, dags. 5. desember 2017*

Í svari 1819 kom fram að fyrirtækið hafi annast verkefni varðandi SMS sendingar m.a. fyrir Flokk fólksins. Send hafi verið 80.763 SMS fyrir flokkinn. Þá kom fram eftirfarandi afstaða varðandi heimild til sendinga:

*„Þegar fólk skráir sig í símaskrá þá hefur það möguleika á því að vera bannmerkt og teljum við að ef fólk kys ekki að vera bannmerkt sé verið að gefa samþykki.“*

### *2.6 Tölvupóstur til 1819, dags. 15. desember 2017*

Í tilefni af svari 1819 var fyrirtækinu sendur tölvupóstur 15. desember 2017 þar sem greint var frá því að stofnunin hefði til meðferðar mál vegna tuga kvartana sem bárust vegna SMS sendinga á vegum Miðflokksins og Flokks fólksins. Greint var frá því að PFS teldi að skv. 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 þurfi sérstakt samþykki fyrir móttöku markaðsskilaboða sem send eru með SMS og ekki verði talið að þeir sem ekki eru með bannmerkt símanúmer hafi þar með veitt samþykki. Þá var greint frá því að PFS myndi á næstunni birta ákvarðanir þar sem skorið yrði úr um lögmæti ofangreindra fjarskiptasendinga á vegum flokkanna og hygðist stofnunin einnig fjalla um þátt 1819 í þeim. Afstaða 1819 til málefnsins komi fram í fyrirnefndu bréfi dags. 5. desember 2017, en ef félagið vilji koma að frekari athugasemdum sem varða umræddar sendingar fyrir flokkana, þá væri gefinn kostur á að koma þeim á framfæri. Frestur til þess var veittur til 22. desember 2017.

Fram kom á fundi PFS með 1819, 22. desember 2017, að fyrirtækið hefði ekki frekari athugasemdir vegna málsins.

## **III. Lagaumhverfi**

### *3.1 Almenn*

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. Samkvæmt 10. gr. sömu laga skal stofnunin láta kvartanir 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 aðeins til þess að stofnunin leysi 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 stofnunarinnar 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.<sup>1</sup>

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, yfirferðar í sértækar reglur á sviði fjarskipta og eru ákvæði hennar viðbót og ítarlegri umfjöllun um ákvæði síðarnefndu tilskipunarinnar, 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 er þar að finna reglur varðandi beina markaðssetningu í formi sjálfvirkra upphringikerfa án manlegrar íhlutunar, símbréfataekja, tölvupósts og rafrænna skilaboða. Þá er einnig að finna reglu er varðar 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.

---

<sup>1</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins, nr. 2002/58/EB felldi úr gildi eldri tilskipun, nr. 97/66/EB, þar sem sambærilegt ákvæði var að finna í 12. gr. tilskipunarinnar.

Peir 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 fyrir beina markaðssetningu aðila. Er í 3. mgr. greinarinnar sett fram 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 manlegrar íhlutunar, símbrefatækjum, 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.

Framangreindar málsgreinar 46. gr. eru efnislega samhljóða 13. gr. áður nefndrar tilskipunar nr. 2002/58/EB. Í 1. og 2. mgr. 13. gr. hennar er að finna bindandi fyrir mæli 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 líkt og að framan greinir.

### *3.3 Gildisvið 46. gr. fjarskiptalaga og bein markaðssetning*

Ákvæði 46. gr. nær eingöngu til fjarskipta sem varða markaðssetningu og afmarkast gildisvið ákvæðisins við túlkun á því hugtaki, en hvorki er að finna skilgreiningu á hugtakinu bein markaðssetning í íslenskum lögum né í framangreindri tilskipun nr. 2002/58/EB. Hugtakið hefur þó verið skilgreint með rúmum hætti bæði hér á landi og í Evrópu. Fram kemur í áliti, nr. 5/2004, starfshóps um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga sem settur var á fót á grundvelli 29. gr. tilskipunar nr. 95/46/EB, að samkvæmt 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB, nái hugtakið yfir hvers kyns markaðsátaks, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórn málaflokka.<sup>2</sup>

Í fyrri ákvörðunum PFS hefur komið fram að óumbeðin fjarskipti þurfa ekki endilega að vera framkvæmd í hagnaðarskyni til þess að teljast bein markaðssetning. Miðað hefur verið við, að ef markmið þess aðila sem stendur fyrir óumbeðnum fjarskiptum er að fá móttakanda til þess að aðhafast eitthvað eða skuldbinda sig með einhverjum hætti þá falli tilvik undir ákvæðið.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Opinion 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls. 7

<sup>3</sup> Sjá t.d. ákvarðanir PFS nr. 22/2009 og nr. 13/2015 og úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2009.

Bein markaðssetning á ekki eingöngu við um markaðssetningu á vörum eða þjónustu heldur felur bein markaðssetning einnig í sér t.a.m. að koma á framfæri og kynna hlutverk, hugmyndir og starfsemi aðila, svo sem þegar stjórnmalaflokkar setja sig í samband við einstaklinga til að kynna sjónarmið sín eða óska eftir stuðningi hvort heldur er með atkvæði eða styrk. Þessu til stuðnings hefur stofnunin horft til fordæma frá nágrannalöndum og ber í þessu samhengi að nefna mál er varðar Skoska þjóðarflokkinn (e. The Scottish National Party) sem studdist við sjálfvirk uppkallskerfi í framboði sínu til ákveðinna kjósenda fyrir almennar kosningar árið 2005 en líkt og segir í tilskipun 2002/58/EB er óheimilt að framkvæma slík símtöl nema fyrir liggja ótvírætt samþykki fyrirfram. Skoski þjóðarflokkurinn taldi að reglur um beina markaðssetningu ættu ekki við um stjórnmalaflokka í tilvikum sem þessum heldur ætti einungis við um starfsemi sem byggði á viðskiptalegum grunni. Mál þetta endaði fyrir úrskurðaraðila í Bretlandi (e. Information Tribunal),<sup>4</sup> þar sem staðfest var að undir reglur um beina markaðssetningu sem tilgreindar eru í tilskipun 2002/58/EB og í tilskipun nr. 95/46/EB falli einnig kynningarstarfsemi hvort sem um væri að ræða starfsemi aðila í hagnaðarskyni eða ekki (e. non-profit-organisation). Var það mat úrskurðaraðilans að stjórnmalaflokkar þyrftu einnig að fylgja þeim reglum sem tilgreindar eru í tilskipuninum.

### 3.4 Samþykki

Ekki er í fjarskiptalögum að finna skilgreiningu á hvað telst vera samþykki í skilningi 1. mgr. 46. gr. en í 40. lið inngangsorða áðurgreindar tilskipunar 2002/58/EB kemur þó fram að réttlætlanlegt sé að krefjast þess að afdráttarlaust fyrirfram samþykki viðtakanda sé fengið áður en fjarskiptasendingar fyrir beina markaðssetningu 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. tl. 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 tiltekinnar 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 áður nefndu álit 29. gr. starfshópsins, nr. 5/2004, kemur 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. Þannig er það ekki í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar að senda út tölvupóst til að óska samþykkis móttakanda þeirra fyrir heimild til að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu, sbr. einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 19/2013 vegna óumbeðinna fjarskipta Símans hf. Þá telst það heldur ekki í samræmi við skilgreiningu á samþykki að einstaklingur gefi einungis í skyn vilja til að fá slíkan tölvupóst, svo sem þegar slíkt er gert með athafnaleysi. Þannig geta t.d. fyrirfram útfylltir reitir sem viðkomandi þarf að taka merkingu af, ekki talist uppfylla skilyrði þau sem gerð eru fyrir samþykki, sbr. einnig úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta og póstmála í máli

<sup>4</sup> Scottish National Party v Information Commissioner (EA/2005/0021, 15 May 2006)

nr. 2/2013. Er þetta jafnframt áréttað í álitni 29. gr. starfshópsins 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.<sup>5</sup>

Eins og sjá má er ljóst að aðilar þurfa almennt samþykki viðtakanda áður en t.a.m. er sendur markaðssetningartexti í smáskilaboðum, tölvupóstsendingum eða á faksi. Ef ekki liggur fyrir samþykki hefur sá sem sendir rafræn skilaboð gerst brotlegur gagnvart þeim reglum sem heyra undir fyrrnefndar tilskipanir og ákvæði 1-3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.

Þá hefur Póst- og fjarskiptastofnun sett fram þá afstöðu sína að sá sem er ábyrgðaraðili fyrir markaðssetningu beri sönnunarbyrði varðandi það að réttmæts samþykkis hafi verið aflað, sbr. framangreind ákvörðun nr. 19/2013 varðandi óumbeðin fjarskipti Símans hf. Þannig verður útsendingaraðili að geta sýnt fram á heimild sem hann byggir fjarskiptasendinguna á. Geti hann ekki sýnt fram á að samþykkis hafi verið aflað ber hann hallan af því.

#### **IV. Forsendur og niðurstaða**

Fram kemur berum orðum í 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti að notkun rafrænna skilaboða s.s. SMS fyrir beina markaðssetningu er einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram.

Óumdeilt er í máli þessu að aðilar innan Flokks fólksins fengu fyrirtækið 1819 til þess að senda út í nafni flokksins SMS skilaboð til tuga þúsunda farsímanotenda í aðdraganda kosninga til Alþingis 28. október 2017. Samkvæmt upplýsingum frá 1819 verður að miða við að skilaboð hafi verið send til 80.763 viðtakenda.

Flokkur fólksins hefur mótmælt því að um hafi verið að ræða markaðssetningu í skilningi 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti. PFS telur augljóst miðað við efni skilaboðanna að tilgangur þeirra hafi verið að hvetja viðtakendur til þess að kjósa Flokk fólksins. Samkvæmt viðtekinni venju við túlkun á 1. mgr. 46. gr., sem lýst er hér að framan, eru skilaboð frá stjórnmalaflokkum þar sem viðtakandi er hvattur til að styðja flokkinn talin fela í sér markaðssetningu í skilningi ákvæðisins. Í því sambandi er vísað til umfjöllunar í kafla 3.3. þar sem m.a. er vísað til ákvarðana PFS nr. 22/2009 og 13/2015 og úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2009, álits nr. 5/2004 vinnuhóps skv. 29. gr. persónuverndartilskipunarinnar og úrskurðar frá Bretlandi varðandi Skoska þjóðarflokkinn. PFS telur því umrædd skilaboð sem send voru í nafni Flokks fólksins falla undir ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti.

1819 sem sendi skilaboðin fyrir flokkinn hefur upplýst að skilningur fyrirtækisins á reglum um útsendingu SMS skilaboða hafi verið sá að heimilt væri að senda þeim skilaboð sem ekki væru með bannmerki í símaskrá þar sem samþykki felist í því að hafa númer sitt skráð í símaskrá án bannmerkis. Óumdeilt er að sérstaks samþykkis viðtakenda var ekki aflað frá viðtakendum sendinganna, hvorki af hálfu Flokks fólksins né 1819. PFS getur ekki fallist á þennan skilning 1819. Ekkert bendir til þess að samþykki sem áskilið er í 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti geti

---

<sup>5</sup> WP 29 Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25



falist í aðgerðarleysi og því er ekki hægt að álykta að það felist samþykki í því að láta skrá númer sitt í símaskrá án bannmerkis. Um þetta vísast nánar til fordæma og annarra lögskýringargagna sem fjallað er um í kafla 3.4. hér að framan.

PFS telur að fjarskiptasendingar í markaðssetningarskyni séu ávallt á ábyrgð þess aðila sem ákveður að markaðssetja sig með slíkum sendingum og sá aðili beri ábyrgð á að ákvæði 46. gr. laga um fjarskipti séu virt, þrátt fyrir að hann semji við þriðja aðila um að annast slíkar sendingar fyrir sig. Þetta hefur m.a. komið fram í fyrri ákvörðunum PFS nr. 7/2015 og 15/2015. Það var á ábyrgð Flokks fólksins sjálfs að kynna sér gildandi lagaákvæði um slíkar sendingar og það firrir flokkinn ekki ábyrgð að þjónustuaðilinn hafi ekki veitt flokknum upplýsingar um það hvaða reglur giltu.

Því er haldið fram í svari Flokks fólksins (tölvupóstur framkvæmdastjóra, dags. 22. nóvember 2017) að Halldór Gunnarsson og Pétur Einarsson beri fulla og óskoraða ábyrgð á umræddum SMS sendingum og ekki sé rétt að Halldór Gunnarsson hafi haft meirihluta stjórnar á bakvið sig þegar hann tók þá ákvörðun að senda þessi skilaboð. PFS bendir á í þessu sambandi að Halldór Gunnarsson er oddviti flokksins í sínu kjördæmi og stjórnarmaður í flokknum. Halldór óskaði eftir að umræddar sendingar færu fram í nafni flokksins og fólu þær í sér almenna hvatningu til að kjósa flokkinn í öllum kjördæmum. Svo virðist sem sendingarnar hafi komið til umræðu innan flokksins, en ekki hafi allir verið á einu máli um verkefnið. Fram kemur í gögnum málsins að framkvæmdastjóri flokksins hafi átt símtal við 1819 þann 27. október þar sem rætt var um sendingarnar. Ennfremur er í gögnum málsins að finna afrit af tölvupósti framkvæmdastjóra 1819 til framkvæmdastjóra flokksins 27. október þar sem gerð er grein fyrir því hvernig staðið væri að sendingunum sem fram fóru þann sama dag. Þá segir í svari flokksins að sendingar hafi verið stöðvaðar á tímabili af formanni flokksins, en þeim hafi síðar verið haldið áfram að fyrirmælum Halldórs Gunnarssonar. PFS telur að í þeim gögnum sem Flokkur fólksins hefur lagt fram komi ekki fram að yfirstjórn flokksins hafi gert nægilegar ráðstafanir til þess að stöðva sendingar ef það er rétt að sendingarnar hafi það ekki verið samþykktar eftir réttum leiðum innan flokksins. Vísað er til þess í svari flokksins að formaður flokksins hafi stöðvað sendingar, en sú stöðvun hafi aðeins staðið í stuttan tíma. Ekki kemur fram hvenær umrædd stöðvun hafi átt sér stað og ekki kemur fram að sérstaklega hafi verið brugðist við tölvupósti 1819 til framkvæmdastjóra flokksins 27. október 2017. PFS telur að ef það var ótvíræður vilji yfirstjórnar flokksins að stöðva umræddar sendingar þá hefði þurft að lýsa þeim vilja með afgerandi hætti og tryggja að fleiri sendingar færu ekki út. Það verður að teljast á ábyrgð flokksins þegar stjórnarmaður hans óskar eftir þjónustu sem þessari í nafni flokksins og ekki liggja fyrir gögn um afgerandi aðgerðir yfirstjórnar flokksins til að afstýra umræddum sendingum. Ljóst er þó af svörum flokksins að yfirstjórn flokksins var kunnugt um sendingarnar áður en þær höfðu allar verið sendar. Samkvæmt ofangreindu telur PFS Flokk fólksins bera ábyrgð á umræddum sendingum.

PFS telur ekki að ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti stangist á við 73. gr. stjórnarskrárinnar. Ákvæði 1. mgr. 46. gr. bannar ekki að aðilar láti í ljós skóðanir sínar. Ákvæðið bannar aðeins að notendum fjarskiptaþjónustu sé valdið ónæði með markaðssetningu sem fram fer með tilteknum sendingaraðferðum. Sá sem vill nýta stjórnarskrárvarinn rétt sinn til þess að koma skóðunum sínum á framfæri getur gert það eftir öðrum leiðum s.s. með bréfaþósti.

Þrátt fyrir að PFS telji umræddar sendingar vera á ábyrgð Flokks fólksins vill stofnunin samt sem áður árétta að mikilvægt er að fyrirtæki sem taka að sér markaðssetningu með fjarskiptasendingum í verktöku kynni sér til hlítar allar þær reglur sem gilda um slíkar sendingar. Þar sem hluti kvartenda kvartaði yfir því að hafa fengið sendingar í bannmerkt eða óskráð símanúmer skal tekið fram að mikilvægt er að aðilar sem óska eftir að vera óskráðir í gagnagrunni símaskrár og aðilar sem hafa óskað eftir að vera bannmerktir í símaskrá verði ekki skráðir á úthringi- eða útsendingarlista markaðssetningarfyrirtækja, en nokkuð virðist skorta upp á að slíkar óskir séu virtar. Skráningar símanúmera hafa þó ekki áhrif á niðurstöðu í þessu máli, þar sem umræddar SMS sendingar voru í andstöðu við lög, þegar af þeirri ástæðu að samþykkis viðtakenda var ekki aflað fyrirfram, en PFS telur ástæðu til að brýna fyrir fjarskiptafyrirtækjum og fyrirtækjum sem vinna með símanúmer notenda að tryggja að upplýsingar um símanúmer séu ávallt réttar og skráning þeirra í samræmi við vilja notenda.

Samkvæmt ofangreindu verður að telja að Flokkur fólksins hafi brotið gegn 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga með því stjórnarmaður flokksins fól 1819 að senda SMS skilaboð með markaðssetningarefni til farsímanotenda án þess að sérstaks samþykkis viðtakenda væri aflað. Hafi vilji yfirstjórnar flokksins staðið til þess að stöðva umræddar sendingar hefði átt að gera viðhlítandi ráðstafanir til þess að tryggja stöðvun sendinga í nafni flokksins.

#### *Ákvörðunarorð*

**Flokkur fólksins braut gegn 1. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti, með því að láta senda smáskilaboð til kvartenda þar sem viðtakendur voru hvattir til að kjósa flokkinn í kosningum til Alþingis 28. október 2017.**

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 nr. 39/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Neytendum ber þó ekki að greiða umrætt málskotsgjald.

Reykjavík, 29. desember 2017

---

Hrafnkell V. Gíslason

---

Sigurjón Ingvason