



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 14/2015

Kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Nóbél námsbúða ehf.

I.

Erindið

Þann 28. nóvember 2014 barst Póst- og fjarskiptastofnun kvörtun frá [...]¹ þar sem kvartað var yfir óumbeðnum fjarskiptum frá Nóbél námsbúðum ehf. þ.e. tölvupóstfanginu, nobel@nobel.is, í formi tölvupóstsendinga á netfang kvartanda.

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun

Líkt og að framan greinir er kvartað yfir óumbeðnum fjarskiptum í formi tölvupóstsendinga á netfang kvartanda frá Nóbél námsbúðum ehf. þann 25. og 27. nóvember 2014. Kveðst kvartandi aldrei hafa skráð sig á póstlista hjá Nóbél námsbúðum ehf. né verið í neinum viðskiptalegum tengslum við þá. Þá telur kvartandi að Nóbél námsbúðir ehf. hafi óeðlilega vitneskju um hverjir séu nemendur í hvaða námskeiði hjá Háskóla Íslands og stíli tölvupósta sína inn á það.

2.2 Svarbréf Nóbél námsbúða ehf., dags. 12. apríl 2015

Póst- og fjarskiptastofnun óskaði eftir athugasemdum Nóbél námsbúða ehf. við innkominni kvörtun, sbr. bréf stofnunarinnar, dags. 5. desember 2014 og ítrekanir 20. janúar og 30. mars 2015. Í tilefni af innkominni kvörtun var félaginu jafnframt kynnt ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga sem fjallar um óumbeðin fjarskipti.

¹ Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

Stofnuninni barst bréf í tölvupósti frá Sigvalda Fannari Jónssyni, f.h. Nóbél námsbúða ehf., þann 12. apríl sl. Í bréfinu kemur fram að Nóbél námsbúðir hafna alfarið að um brot á lögum nr. 81/2003, um fjarskipti, eða önnur lög sé að ræða. En í bréfinu segir m.a.:

„Af hálfu Nóbél námsbúða er málið skýrt. Ákvæði 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga kveður m.a. á að notkun tölvupó[s]ts fyrir beina markaðssetningu sé einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram. Hins vegar er kveðið svo á í ákvæði 2. mgr. 46. gr. að þrátt fyrir fyrrnefnt ákvæði 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 tölvupóstfangs 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.

Nóbél námsbúðir sendi tölvupóst til [...]² og auglýsti þjónustu Nóbél námsbúða. Í tölvupóstinum var gefinn sá kostur að senda tölvupóst til baka ef viðkomandi andmælti því að fá sendan tölvupóst.

Undirritaður hefur ekki fundið svar [...]³ og kemur það heldur ekki til álita þar sem undirrituðum er ekki kunnugt um að fleiri tölvupóstar hafi verið sendir honum. Tölvupósturinn var því lögmætur póstur sem stenst 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Pósturinn fylgdi leiðbeiningum í athugasemdum að baki 46. gr. þar sem ræðir um að slík andmæli skuli vera gerð á “auðveldan hátt og þeim að kostnaðarlausu” en eins og áður sagði var skýrt tekið fram að tölvupóstur væri nægjanlegur svo ekki fleiri póstar yrðu sendir.“

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. tl. 1. mgr. 3. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Samkvæmt 10. gr. sömu laga skal stofnunin láta kvörtun 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 til þess að stofnunin leysi aðeins 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

² Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

³ Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

persónuupplýsinga og verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta sem felldi úr gildi eldri tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins, nr. 97/66/EB, þar sem sambærilegt ákvæði var að finna í 12. gr. tilskipunarinnar.

Reglur Evrópusambandsins á þessu sviði eiga sér nokkra sögu og hefur verið talin þörf á að grípa til verndarráðstafana svo ekki sé brotið gegn friðhelgi einkalífs. 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, yfirfærðar í sértækar reglur fyrir fjarskiptasviðið og eru ákvæði hennar viðbót og nánari 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 mannlegrar íhlutunar, símbréfatækja, tölvupósts og rafrænna skilaboða. Þá er einnig að finna reglu er varða 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.

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.“

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 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.

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 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 um 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 Gildissvið 46. gr. fjarskiptalaga

Í málum er varða óumbeðin fjarskipti reynir ávallt á skilgreiningu á hugtakinu *bein markaðssetning* sem markar gildissvið ákvæðisins. En líkt og fram kemur í beinu orðalagi 46. gr. er notkun t.a.m. tölvupósts fyrir beina markaðssetningu einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram, sbr. 1. mgr. eða ekki andmælt slíkri notkun, við skráningu tölvupóstfangs, sé um viðskiptavin sendanda að ræða, sbr. 2. mgr. ákvæðisins.

Þótt hvorki sé að finna skilgreiningu á hugtakinu bein markaðssetning í íslenskum lögum né framangreindri tilskipun nr. 2002/58/EB þá hefur hugtakið verið skilgreint með rúmum hætti. Kemur fram í álit nr. 5/2004 fyrrgreinds 29. gr. starfshóps að samkvæmt 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB nái hugtakið yfir hvers kyns markaðsátak, þ.á.m. beina markaðssetningu hjálparstofnana og stjórn málaflokka.⁴ Í álitinu er einnig vísað til álits starfshópsins nr. 3/2003, þar sem samþykktar eru siðareglur FEDMA, þar sem rúm túlkun er lögð í hugtakið. Í reglum segir m.a. að bein markaðssetning feli í sér hvers kyns samskipti, þ.á.m., en ekki einskorðað við, tölvupóst, símbref, símtöl o.fl., er varða hvers kyns auglýsingar eða markaðsefni, sem sent er af markaðsaðila, eða fyrir hans hönd, og sem sérstaklega er beint að einstaklingum.⁵

Á grundvelli framangreinds, og með hliðsjón af skilgreiningu hugtaksins bein markaðssókn í 28. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, komst Póst- og fjarskiptastofnun að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 22/2009, að hugtakið bein markaðssetning feli í sér að söluaðili snýr sér beint að tilteknum aðila, einum eða fleiri, ýmist

⁴ Opinion 5/2004 on unsolicited communication for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC frá 27. febrúar 2004. Bls 7.

⁵ Opinion 3/2003 on the European code of conduct of FEDMA for the use of personal data in direct marketing frá 13. júní 2003. Siðareglunarna, European Code of Practice for the use of personal data in direct marketing, má finna á eftirfarandi slóð: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2003/wp77-annex_en.pdf. (e. *The communication by whatever means (including but not limited to mail, fax, telephone, on-line services etc...) of any advertising or marketing material, which is carried out by the Direct Marketer itself or on its behalf and which is directed to particular individuals.*)

á grundvelli nafns viðkomandi, tölvupóstfangs, símanúmers eða annarra þess háttar upplýsinga og samkvæmt venjulegum málskilningi, sé átt við sölu eða kynningu á vörum eða þjónustu óháð því hver tilgangur markaðssetningarinnar er, sbr. þó lokamálsl. 2. mgr. 28. gr. laga nr. 77/2000, sem kveður á um heimild Persónuverndar til að veita undanþágu frá ákvæðinu.

Þá taldi stofnunin, í ljósi svo rúmrar túlkunar, að taka þurfi til skoðunar hvort ætlast sé til einhvers af viðtakanda fjarskiptanna, þ.e. hvort að markmið þeirra sé að fá hann til að skuldbinda sig með einhverjum hætti. Hafi efni þeirra hvorki að geyma boð um kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu, né að ráða megi af efni þeirra að ætlast sé til þess að viðtakandi bregðist við þeim með tilteknum hætti, telst slíkt ekki vera bein markaðssetning í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Með þessari túlkun taldi stofnunin að verið væri að takmarka beitingu ákvæðisins við skilaboð sem sett eru fram í þágu beinnar markaðssetningar og krefst þar af leiðandi ekki að lagt sé mat á efnislegt innihald skilaboðanna, nema í undantekningartilvikum. Heldur er nægjanlegt að leggja mat á hvort að fjarskiptasendingin hafi verið sett fram í markaðslegum tilgangi.

Eins hefur úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, í úrskurði sínum frá 22. febrúar 2010 í máli nr. 5/2009, fallist á lögskýringu stofnunarinnar en í úrskurðinum segir m.a. að:

„ [...] 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.“⁶

3.4 Undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr.

Líkt og áður segir er í 3. mgr. ákvæðisins lagt bann við fjarskiptum í formi beinnar markaðssetningar nema móttakandi hafi óskað eftir að taka á móti þeim og er hér að finna meginreglu ákvæðisins. Frá þessu banni er að finna tvær undanþágur, sbr. 1. og 2. mgr. greinarinnar. Þar sem í 1. mgr. eru heimilaðar fjarskiptasendingar þegar móttakandi hefur veitt sérstakt samþykki fyrir sendingunum og í 2. mgr. þar sem móttakandi, sem er viðskiptavinur sendanda, hefur ekki andmælt móttöku slíkra sendinga við skráningu tölvupóstfangs.

Í athugasemdum við frumvarp til fjarskiptalaga segir um 2. mgr. 46. gr. laganna að með undanþágunni er heimilað „ [...] 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.“

Ákvæðið byggir á 2. mgr. 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/ESB. Í 41. lið inngangsorða tilskipunarinnar er varpað nánara ljósi á um hvað felst í ákvæðinu. Þar segir m.a:

„Að því er varðar tengsl við viðskiptavini, sem þegar eru fyrir hendi, er sanngjarnt að heimila notkun tölvupóstfanga til að bjóða svipaðar vörur eða

⁶ Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 5/2010.

þjónustu, en einungis af hálfu sama fyrirtækis og aflaði rafrænu upplýsinganna í samræmi við tilskipun 95/46/ESB. “

Í títtnefndu álit 29. gr. starfshópsins nr. 5/2004, er áréttað að um undanþágu sé að ræða sem túlka skuli þröngt. Þá segir í álitinu að í fyrsta lagi eigi undanþágan einungis við um viðskiptavini þess sem sendir út tölvupóstinn enda hafi upplýsingar um tölvupóstfang viðskiptavinar fengist við sölu á vöru eða þjónustu og í samræmi við ákvæði tilskipunar 95/46/EB, sem m.a. setur það skilyrði að upplýsingar um tilgang skráningarinnar séu veittar. Telja verður, að mati PFS, að það séu til að mynda upplýsingar um að tölvupóstfangið verði notað fyrir beina markaðssetningu. Þá telur starfshópurinn að jafnframt verði að líta til þess tíma sem liðinn er frá því samþykki var gefið og þar til tölvupóstur er sendur á umrætt tölvupóstfang. Í öðru lagi á undanþáguákvæðið einungis við ef sami einstaklingur eða lögaðili og safnaði upplýsingunum sendir tölvupósta fyrir beina markaðssetningu. Tekur starfshópurinn sem dæmi að móður- og dótturfélög geti ekki talist sami aðili. Í þriðja lagi þá er ákvæðið bundið við að sambærilegar vörur eða þjónusta sé markaðssett. Viðurkennir starfshópurinn að erfitt geti verið að skilgreina hvað sé sambærileg vara eða þjónusta en ætti þó að vera metið á grundvelli réttmætra væntinga móttakanda fremur en viðhorfi sendanda tölvupóstsins. Þá áréttar starfshópurinn að bjóða þurfi viðskiptavini upp á að skrá sig af hlutaðeigandi lista yfir að fá tölvupóstsendingar.⁷

Vísað er til orðsins *samþykkis* í athugasemdum frumvarpsins sem og má sjá augljósa tengingu við tilvitnuð inngangsorð tilskipunarinnar og álit 29. gr. starfshópsins á hugtakinu.

Ekki er í fjarskiptalögum að finna skilgreiningu á hvað telst vera *samþykki* í skilningi 1. mgr. 46. gr. en í 40. lið inngangsorða tilskipunarinnar kemur þó fram að réttlætlegt 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. tölul. 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 tiltekinna 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 áðurnefndu álit 29. gr. starfshópsins nr. 5/2004, kemur einnig 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 að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu.⁸ Þá telst það heldur ekki í samræmi við skilgreiningu á samþykki að einstaklingur gefi einungis í skyn að fá slíkan tölvupóst, sér í lagi þegar skilgreiningin kveður á um að það skuli innihalda yfirlýstan vilja hans, svo sem þegar slíkt er gert með athafnaleysi. Þannig geta t.d. fyrirfram útfylltir reitir sem viðkomandi þarf að taka merkingu af, ekki talist

⁷ Sjá neðanmálgrein 1. Bls. 9.

⁸ Sjá neðanmálgrein 1. Bls. 5 (e. [...] it would not be compatible with Article 13 of Directive 2002/58/EC simply to ask, by a general email sent to recipients, their consent to receive marketing e-mails, because of the requirement that the purpose be legitimate, explicit and specific. “

uppfylla skilyrði þau sem gerð eru fyrir samþykki.⁹ ¹⁰ Er þetta jafnframt áréttað í álitni hópsins 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.¹¹

IV.

Forsendur og niðurstaða

Ágreiningur máls þessa lýtur að óumbeðnum fjarskiptum Nóbél námsbúða ehf. í formi tölvupóstsendinga til kvartanda þann 25. og 27. nóvember 2014.

4.1 Bein markaðssetning og samþykki móttakanda

Það fyrsta sem leggja verður mat á í máli þessu er hvort móttakandi hafi gefið samþykki sitt fyrir því að nota mætti tölvupóstfang hans fyrir beina markaðssetningu í samræmi við 1. mgr. 46. gr. laganna eða hvort að undanþáguákvæði 2. mgr. eigi við.

Þegar hefur komið fram af hálfu Nóbél námsbúða ehf. að þegar tölvupósturinn hafi verið sendur hafi verið að finna valmöguleika til þess að afboða frekari tölvupóstsendingar og að kvartandi hafi ekki nýtt sér þann valmöguleika skv. skoðun félagsins á sínum gögnum.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar getur það seint talist gild aðferð við öflun samþykkis að bjóða upp á valmöguleika til þess að afþakka frekari tölvupóstsendingar, þegar horft er til túlkunar á því hvað teljist vera samþykki í skilningi ákvæðisins eins og það hefur verið túlkað í álitum 29. gr. starfshóps tilskipunar 95/46/EB. Hefur úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála jafnframt staðfest að líta verði til álita hópsins við túlkun ákvæðisins. Þannig getur athafnaleysi kvartanda, um að afþakka ekki tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu frá Nóbél námsbúðum ehf., ekki talist fela í sér ótvíræða yfirlýsingu af hálfu kvartanda fyrir að heimila slíka notkun á tölvupóstfangi sínu. Þá ber að benda á orðalag ákvæðis 1. mgr. 46. gr. laganna en þar er sérstaklega vikið að því að samþykki sé veitt fyrirfram.

Þá verður ekki séð að undanþáguákvæði 2. mgr. 46. gr. laganna eigi við hér en viðkomandi ákvæði veitir undanþágu fyrir fyrirtæki að senda tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á eigin vörum eða þjónustu til viðskiptavina sinna, að því gefnu að viðskiptavininum hafi verið gefinn kostur á að andmæla slíkri notkun þegar upphafleg skráning á sér stað og í hvert sinn sem slíkur tölvupóstur er sendur hafi hann ekki andmælt notkuninni við skráningu. Ljóst er út frá málavöxtum að kvartandi hefur ekki átt viðskipti við Nóbél námsbúðir ehf., eða veitt samþykki sitt fyrir að vera skráður á lista hjá Nóbél námsbúðum ehf. Sérstök afskráning fyrir frekari tölvupóstsendingum líkt og finna má í tölvupóstsendingum Nóbél námsbúða ehf. getur þannig hvorki talist til samþykkis fyrir að vera skráður á slíkan lista né talið uppfylla andmælarétt kvartanda við skráningu um að tölvupóstfang hans sé ekki notað fyrir beina markaðssetningu. Að mati PFS eru skilyrði undanþáguákvæðisins þar með ekki uppfyllt og var Nóbél námsbúðum ehf. ekki heimilt á grundvelli þess að senda tölvupósta fyrir beina markaðssetningu á tölvupóstfang kvartanda.

⁹ Sjá neðanmálsgrein 1. Bls. 5 (*e. Implied consent to receive such mails is not compatible with the definition of consent of Directive 95/46/EC and in particular with the requirement of consent being the indication of someone's wishes, including where this would be done 'unless opposition is made' (opt-out). Similarly, pre-ticked boxes, e.g., on websites are not compatible with the definition of the Directive either.*)

¹⁰ Sjá einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, nr. 11/2013, um kvörtun vegna óumbeðinna fjarskipta Wow Air ehf.

¹¹ Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011. Bls. 12 og 24-25.

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að Nóbél námsbúðir ehf. hafi brotið gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti, þegar Nóbél námsbúðir ehf. sendu tölvupósta í markaðslegum tilgangi á tölvupóstfang [...] ¹², þann 25. og 27. nóvember 2014, án þess að hafa aflað fyrirfram samþykkis.

Ákvörðunarorð

Tölvupóstar sem sendir voru af Nóbél námsbúðum ehf. (nobel@nobel.is) á tölvupóstfang [...] ¹³, án fyrirfram samþykkis hans, þann 25. og 27. nóvember 2014, brutu gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.

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 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Málskotsgjald fjarskiptafyrirtækis og/eða póstrekanda til úrskurðarnefndar er fjárhæð 150.000 kr., sbr. 6. gr. framangreindrar reglugerðar.

Reykjavík, 25. júní 2015

Hrafnkell V. Gíslason

Maríjon Ósk Nóadóttir

¹² Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.

¹³ Nafn kvartanda afmáð vegna trúnaðar.