

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
í máli nr. 6/2015

Kæra Sjálfstæðisflokksins á ákvörðun PFS nr. 13/2015

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 26. júlí 2015, hefur Sjálfstæðisflokkurinn (kærandi) kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 13/2015, um óumbeðin fjarskipti Sjálfstæðisflokksins.

Í hinni kærðu ákvörðun var kveðið á um að kærandi hefði brotið gegn ákvæðum 1. og 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, nr. 81/2003, en ákvæðið tekur til óumbeðinna fjarskipta. Brot á 1. mgr. fólst í sendingu smáskilaboða fyrir beina markaðssetningu í tiltekið símanúmer þann 31. maí 2016. Brot gegn 5. mgr. fólst í hringingu í sama símanúmer sem merkt var með þeim hætti í símaskrá að ekki var óskað eftir að fá símtöl sem eru liður í markaðssetningu.

Af hálfu kæranda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

PFS krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun sé staðfest.

II. Helstu málsatvik

Upphaf máls þessa má rekja til sendinga kæranda á tveimur smáskilaboðum og símtals frá kæranda til kvartanda. Í öðrum smáskilaboðunum var boðið góðan dag og gleðilegan kjördag. Jafnframt var minnt á að kjörstaðir væru opnir og viðkomandi minntur á að setja x við D. Í hinum smáskilaboðunum var spurt hvort að viðkomandi væri búinn að kjósa og hvenær kjörstöðum yrði lokað, auk hvatningar um að kjósa xD. Hringt var í kvartanda frá kæranda og hann spurður að því hvort að hann væri búinn að kjósa. Kvartandi sendi kvörtun til PFS vegna þessa og tók PFS hina kærðu ákvörðun í kjölfar þess.

III. Helstu sjónarmið aðila og PFS

1.

Í kæru kemur fram að kvartandi hafi skráð sig í aðildarfélag kæranda, Heimdall félag ungra sjálfstæðimanna í Reykjavík, vorið 2003. Við inntöku hafi hann gefið upp símanúmer, en kærandi noti uppgefin símanúmer flokksmanna til að koma ábendingum sem tengist flokksaðildinni á framfæri við flokksmenn. Kærandi hafi sent flokksmönnum hvatningu með smáskilaboðum vorið 2014 í tengslum við sveitarstjórnarkosningar.

Kvartandi hafi einnig fengið símhringingu frá flokknum á kjördag og sé óumdeilt að í því símtali hafi ekki komið fram hvatning um að kjósa kæranda heldur hafi hann aðeins verið spurður um hvort að hann væri búin að kjósa.

Kvartandi hafi ekki komið athugasemdum á framfæri við kæranda vegna þessa heldur hafi hann kvartað til PFS um að smáskilaboðin og símtalið bryti í bága við 46. gr. fjarskiptalaga. Hafi kærandi í kjölfarið fjarlægt símanúmer kvartanda af flokksskrá. Ekki hafi komið fram undir rekstri málsins hjá PFS að kvartandi hafi árið 2012 verið einn af stofnendum annars stjórnmalaflokks, verið á framboðslista til Alþingis fyrir þann flokk árið 2013 og gegnt trúnaðarstörfum fyrir þann flokk.

Kærandi gerir athugasemdir við málavaxtalýsingu PFS í hinni kærðu ákvörðun. Í fyrsta lagi endursögn PFS um að það hafi verið á ábyrgð kæranda að fjarlægja símanúmer kvartanda af út hringilista þar sem kærandi styðjist ekki við opinbera símaskrá heldur einungis félagsskrá sína. Þarna hafi verið um rangfærslur PFS að ræða enda hafi í kvörtun kvartanda hvergi verið minnst á mun á opinberri símaskrá og flokkssímaskrá. Í öðru lagi þá sé í hinni kærðu ákvörðun gerð grein fyrir efnisatriðum í málflutningi kvartanda án þess að getið sé um framkomnar skýringar og mótrök kæranda. Loks sé endursögn PFS á bréfi kæranda, dags. 30. október 2014, ófullnægjandi. Ekki sé rétt að í bréfi kæranda segi að svo virðist sem kvartandi leggi „kynningu á flokknum“, þ.e.a.s. fyrir almenningi eða einhverjum sem ekki eru orðnir félagsmenn, að jöfnu við umrædda sölu eða kynningu um boð um viðskipti. Kærandi telur þetta atriði vera mikilvægan skilsmun og að PFS hafi borið að halda honum til haga við endursögn sína á erindi hans.

Telur kærandi að við túlkun á hugtökunum „bein markaðssetning“ í 1. mgr. og „liður í markaðssetningu“ í 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga beri m.a. að líta til þess hvers eðlis samband sendanda og móttakanda sé. Hafi þau sjónarmið ítrekað verið borin fram af hálfu kæranda.

Málsástæður og rökstuðningur

Kærandi telur að hvorki skilyrði 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga né skilyrði 5. mgr. sömu greinar hafi verið uppfyllt. Að mati kæranda hafi kvartandi með skráningu símanúmers síns óskað eftir að það yrði nýtt til samskipta um málefni kæranda en það samþykki hafi verið gefið í tíð eldri laga. Þá tekur kærandi fram að PFS hafi við túlkun 46. gr. fjarskiptalaga ekki gætt meðalhófs.

1. Sending smáskilaboða:

Kærandi telur að PFS túlki hugtakið „bein markaðssetning“ of rúmt. Í hinni kærðu ákvörðun vísi PFS til greinagerðar með frumvarpi til fjarskiptalaga. Þar komi fram að 46. gr. laganna feli í sér innleiðingu á 13. gr. tilskipunar 2002/58/EB og hafi PFS við túlkun

hugtaksins annars vegar litið til skilgreiningar á 28. gr. frumvarps til laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga og hins vegar til álits svonefnds 29. gr. starfshóps.

Í greinargerð um 28. gr. í frumvarpi til laga um persónuvernd sé skilgreining á beinni markaðssetningu bundin við sókn að einstaklingi í því skyni að selja honum vöru eða þjónustu. Kærandi telur að annars konar samskipti sem stjórn mála flokkur eigi við félagsmenn, eins og í máli þessu, falli ekki undir skilgreininguna. Af áliti starfshópsins megi að mati kæranda ráða að bein markaðssetning myndi taka til góðgerðarsamtaka og stjórn mála félaga, eins og annarra og fjáröflun myndi teljast til beinnar markaðssetningar. Sé það óumdeilt í málinu. Álitið fjalli hins vegar ekki um hvaða aðrar tegundir skilaboða slíkra samtaka, aðrar en vegna fjáröflunar, myndu teljast til beinnar markaðssetningar eða hverjir myndu falla þar utan. Álitið komi því að takmörkuðum notum við skoðun á hvað felist í beinni markaðssetningu.

Í hinni kærðu ákvörðun vísar PFS til ákvörðunar, nr. 22/2009, og telur að skoða þurfi hvort til einhvers sé ætlast af viðtakanda fjarskiptanna. Í ljósi þess sé rétt að mati PFS að takmarka beitingu ákvæðisins með því að undanskilja þau tilvik þar sem hvorki sé um boð um kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu né að ráða megi að ætlast sé til tiltekinnar viðbragða viðtakanda.

Kærandi bendir á að nefna megi fjölmörg dæmi um samskipti sem feli í sér kynningu á starfsemi eða hvatningu til móttakanda án þess að um „beina markaðssetningu“ sé að ræða. Vandséð sé hvað sé verið að markaðssetja þegar stéttarfélag boðar félaga sína til samstöðufundar eða Rótarý-klúbbur sendir meðlimum sínum upplýsingar um næsta fund. Að mati kæranda er sú niðurstaða að Rótarý-klúbburinn væri að kynna starfsemi sína í þeim skilningi að falli undir kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu órökrétt, enda séu meðlimir klúbbsins væntanlega ágætlega kunnugir starfseminni. Þá sé hvatning til starfsmannsins ekki heldur bein markaðssetning, þótt hún teljist til óumbeðinna fjarskipta. Breyti engu um þótt skeytin miði að því að efla þá starfsemi sem um ræði, heldur leiði eðlileg túlkun ákvæðisins til þess að líta skuli til fleiri þátta en eingöngu hvort umrædd boð innihaldi „kynningu“ eða „hvatningu“. Skoða þurfi að mati kæranda hver sé tilgangur viðkomandi starfsemi og þátttöku móttakenda boðanna í henni.

PFS byggir niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar á því að í smáskilaboðum kæranda hafi falist hvatning til athafna og kynningu á staðsetningu kjörstaða, án þess að nokkuð tillit hafi verið tekið til þess að boðin hafi verið send einstaklingi sem hafði gagnert gengið í stjórn mála flokkinn og skráð símanúmer sitt hjá kæranda. Telur kærandi að með svo rúmri túlkun hugtaksins „bein markaðssetning“ sé komið út fyrir þau mörk sem lögskýringaraðferðir setji túlkun lagaákvæðisins.

Kærandi telur rúma túlkun PFS fordæmalausa þrátt fyrir tilvísun PFS til fyrri ákvarðana stofnunarinnar. Kærandi bendir á að stofnunin hafi frá árinu 2004 tekið 33 ákvarðanir auk hinnar kærðu í málum sem varða m.a. óumbeðin fjarskipti. Lúti þær nánast allar, þ.e.a.s. 26 af 28, að þeirri aðstöðu að sendandi og móttakandi áttu ekki í neinu sambandi þegar komið hafi að umræddum samskiptum sem í öllum tilvikum hafi falist í að sendandi hafði sent óumbeðið tölvupóst í netfang sem móttakandi hafði ekki lagt til eða hringt blint í móttakanda. Því sé ekki rétt að mati kæranda að niðurstaða PFS í hinni kærðu ákvörðun sé í samræmi við fjölmargar fyrri ákvarðanir hennar.

Kærandi telur engar upplýsingar liggja fyrir um að í öðrum ríkjum á EES svæðinu hafi fjarskiptayfirvöld gengið jafn langt og PFS geri í hinni kærðu ákvörðun. PFS vísi í hinni kærðu ákvörðun til máls skoska þjóðernisflokksins. Málið hafi þó ekki fjallað um samskipti stjórnmalaflokks við eigin flokksmenn, hvað þá að móttakendur væru fólk sem hefði sjálf leitað til flokksins og skráð símanúmer sín þar. Þess í stað hafi umræddur stjórnmalaflokkur notað sjálfvirkan búnað til að hringja blint í fjöldann allan af almennum kjósendum og spila fyrir þá upptöku af kynningu á helsta hugðarefni flokksins. Aðstæður í því máli séu því að mati kæranda ósambærilegar því máli sem hin kærða ákvörðun lúti að.

Hin kærða ákvörðun sé því að mati kæranda fordæmalaus varðandi þann ágreining sem hún lúti að, þ.e.a.s. hvort við túlkun hugtaksins „bein markaðssetning“ beri PFS að taka tillit til þess hvers eðlis samband sendanda og móttakanda sé, í stað þess að láta nægja að taka afstöðu til þess hvort boðunum sé ætlað að „kynna“ eða „hvetja“. Af þeim sökum telur kærandi að PFS hafi borið að taka efnislega afstöðu til þess hvaða áhrif samband sendanda og móttakanda hafi á túlkun þess hvort þær sendingar sem kvörtunin lúti að teljist vera „bein markaðssetning“ eður ei.

Að mati kæranda mun hin víðtæka túlkun PFS á hugtakinu leiða til þess að nær öll boð frjálsra félaga til félagsmanna sinna myndu teljast til „beinnar markaðssetningar“. Slíkt stríði ekki einungis gegn meðalhófi sem stjórnvaldinu beri að gæta við túlkun sína, heldur gangi það gegn því markmiði að vernda móttakendur fjarskiptaboða fyrir áreiti, markmiðið sé ekki að vernda þá gegn skilaboðum frá félagsskap sem þeir hafi gerst meðlimir í og eigi hægt um vik að óska eftir að fá ekki frekari boð frá eða jafnvel ganga úr. Kærandi telur því að PFS hafi ekki verið stætt að leggja þessa túlkun til grundvallar og því beri að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi.

Félagsmenn í frjálsum félagasamtökum eigi ekki í viðskiptasambandi við þau félög sem þeir gangi í. Þess í stað bindist einstaklingar jafnan samtökum um það sem sameini þá, t.d. sameiginlegar skoðanir og sammælast um að stunda þá iðju eða efla þann tilgang sem sé með starfseminni. Samskipti við félagsmenn um það sem félaginu sé þegar ætlað að gera sé því að mati kæranda ekki „markaðssetning“. Því sé það ótæk niðurstaða að hvers kyns

samskipti félaga við félagsmenn í þeim tilgangi að efla félagið og það sem því hafi verið ætlað að efla geti talist til „beinnar markaðssetningar“, svo sem leiði af hinni kærðu ákvörðun.

Slík niðurstaða myndi að mati kæranda að auki leggja óeðlilegar kvaðir á starfsemi frjálsra félagasamtaka, þ.m.t. stjórnmalafélaga. Kærandi telur að þau smáskilaboð sem kvartanda hafi verið send séu kjarni þeirrar þjónustu sem flokkurinn veiti flokksmönnum sínum.

Að mati kæranda hafi PFS borið við túlkun sína á hugtakinu „bein markaðssetning“ að taka tillit til þess munar sem sé annars vegar á félagsmönnum í félagi og viðskiptavinum fyrirtækis og hins vegar þeim mun sem sé á félagsmönnum í félagi og þeim sem félagið beini markaðssetningu sinni að, þ.e.a.s. óski eftir að gangi til liðs við sig eða styðji að öðru leyti.

2. Símtal til kvartanda var ekki „liður í markaðssetningu“:

Kærandi telur að fyrri ákvarðanir PFS og úrskurðir leiði til annarrar niðurstöðu. Í ákvörðun PFS, nr. 22/2009, hafi PFS talið að ekki væri um brot að ræða þrátt fyrir að efni þeirra sendinga lyti að kynningu á tilteknum málstað. Meginröksemd PFS hafi verið sú að lögð sé rúm merking í hugtakið bein markaðssetning. Úrskurðarnefnd hafi tekið undir sjónarmið PFS um að bein markaðssetning tæki ekki eingöngu til sölu á vöru og þjónustu en hafi bætt við að 46. gr. fjarskiptalaga og afskipti fjarskiptayfirvalda vegna þess ákvæðis séu bundin við það að hin óumbeðnu fjarskipti feli í sér beina markaðssetningu á einhvern hátt.

Kærandi telur því óumdeilt að í símtali sem hin kærða ákvörðun lúti að hafi kvartandi einungis verið inntur eftir því hvort hann hafi nýtt kosningarétt sinn í almennum þingkosningum. Engin tilraun hafi verið gerð til að fá kvartanda til að „kaupa eða vekja áhuga hans til að kaupa vöru eða þjónustu, fá hann til þess að styrkja einhvern málstað eða fá hann til þess að aðhafast eða skuldbinda sig að öðru leyti“. Því geti að mati kæranda símtalið ekki talist til beinnar markaðssetningar.

Kærandi telur rökstuðning PFS vera ófullnægjandi. Til að um beina markaðssetningu sé að ræða verði samkvæmt túlkun PFS annað hvort að hafa falist í símtalinu einhvers konar kynning á kæranda eða einhvers konar hvatning til móttakanda boðanna. Óumdeilt sé þó að í símtalinu hafi ekki komið fram hvatning til kvartanda að kjósa kæranda heldur hafi hann einungis verið spurður hvort hann væri búin að kjósa í kosningunum. Því sé að mati kæranda ljóst að skilyrðinu hafi ekki verið fullnægt. PFS komist þó að þeirri niðurstöðu að símtalið hafi falið í sér brot á ákvæði 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Kærandi telur engin rök færð fyrir þeirri niðurstöðu. Óumdeilt sé að tilgangur skilaboðanna hafi verið að hvetja kvartanda, skráðan félagsmann hjá kæranda, til að leggja flokk sínum lið og kjósa flokkinn.

Kærandi vísar vangaveltum PFS um hvað kunni að hafa búið að baki símtalinu alfarið á bug sem ósönnuðum.

Kærandi bendir á að hann standi fyrir margvíslegri starfsemi sem lúti ekki að því að fá fólk til að kjósa flokkinn. Þannig haldi kærandi úti víðtækri upplýsingamiðlun um framkvæmd kosninga og bjóði kjósendum sem þess þurfi aðstoð við að komast á kjörstað.

3. Samþykki hins skráða var aflað í tíð eldri laga:

Í hinni kærðu ákvörðun komist PFS að þeirri niðurstöðu að kærandi hafi ekki sýnt fram á að hann hafi aflað fyrirfram samþykkis kvartanda fyrir sendingu rafrænna skilaboða fyrir beina markaðssetningu, „né að hann hafi verið upplýstur um slíka mögulega notkun þess við skráningu og honum veittur kostur á að andmæla slíkri notkun“. Fram komi að aðildarríkjum EES hafi verið falið að ákveða með hvaða hætti þau fullnægðu skyldu sinni til að áskilja samþykki áskrifenda fyrir móttöku sendinga í markaðslegum tilgangi. Löggjafinn hér á landi hafi valið að innleiða svokallaða samþykkisreglu (opt-in), þ.e.a.s. að banna óumbeðin fjarskipti til þeirra áskrifenda sem ekki hafi veitt fyrirfram samþykki sitt fyrir slíkum sendingum. Þessi innleiðing hafi átt sér stað með 1. og 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Þegar kvartandi hafi skráð símanúmer sitt hjá kæranda, í apríl 2003, hafi núverandi fjarskiptalög ekki verið í gildi og því hafði framangreind innleiðing ekki átt sér stað. Þess í stað hafi verið í gildi eldri lög um fjarskipti, nr. 107/1999, en í þeim sé ekkert ákvæði samkynja 1. og 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga og því hafi engar þær kröfur um samþykki verið í gildi sem PFS hafi byggt hina kærðu ákvörðun á.

Óumdeilt sé að kvartandi hafi skráð símanúmer sitt hjá aðildarfélagi kæranda samhliða inngöngu sinni í það. Kærandi telur að sú athöfn verði ekki skilin á annan veg en að kvartandi hafi með því ætlast til og samþykkt að kærandi myndi nýta það til þess að eiga samskipti við hann um það sem sé í eðlilegum tengslum við tilgang kæranda sem stjórn málaflokks. Því sé þess vegna hafnað að engin sönnun liggja fyrir um samþykki kvartanda.

Af rökstuðningi PFS megi ráða að þegar samþykki hafi verið gefið hafi það átt að uppfylla skilyrði í lögum sem ekki höfðu tekið gildi. Kærandi andmælir þessari röksemdarfærslu PFS á grundvelli þeirra ólögfestu meginreglna íslensks réttar um að skýra beri lög á þá leið að þeim sé ekki beitt afturvirkir og að yngri lögum verði ekki beitt um stofnun réttinda eða annars ástands þótt samningur sé enn virkur eða ástand vari enn. Telur kærandi að PFS hafi borið að gæta að þessum tengslum eldri og yngri laga að eigin frumkvæði en það hafi stofnunin ekki gert.

2.

Hinn 13. ágúst 2015 var kærán send PFS til athugasemda. Athugasemdir PFS bárust eftir framlengdan frest, hinn 17. september 2015. Þar kemur m.a. fram að krafist sé staðfestingar hinnar kærðu ákvörðunar m.t.t. forsendna hennar. Að mati PFS sé ekkert í kærinni sem hafi áhrif á niðurstöðu stofnunarinnar í hinn kærðu ákvörðun.

PFS rekur kröfur kæranda, þ.e.a.s. að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi þar sem hvorki þau smáskilaboð, sem send hafi verið í farsíma kvartanda, geti talist vera fyrir beina markaðssetningu í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, né geti símtal í síma kvartanda talist vera liður í markaðssetningu í skilningi 5. mgr. sömu greinar. Telur kærandi því lagaskilyrði fyrir niðurstöðu PFS séu ekki fyrir hendi.

PFS fer yfir þær athugasemdir sem kærandi hafi gert við málavaxtalýsingu í hinn kærðu ákvörðun.

Í fyrsta lagi geri kærandi athugasemdir þess efnis að PFS hafi rangt eftir kvartanda er varði meinta ábyrgð kæranda á að fjarlægja símanúmer af úthringi lista áður en kærandi hafi hafið úthringingar. PFS telur að um sé að ræða athugasemdir um orðalag sem hafi með engum hætti áhrif á efnislega niðurstöðu málsins. Þá telji stofnunin að ekki sé um ranga túlkun eða endursögn að ræða af hennar hálfu. Endursögn PFS hafi vísað til „opinberrar símaskrá“ og geti stofnunin ekki séð að hún hafi haft aðra efnislega þýðingu enda ljóst að alla jafna byggji úthringilistar fyrir markaðssetningu á opinberri skráningu rétthafa símanúmera í símaskrá, sbr. 2. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga. Þá bendir PFS á að kærandi hafi sjálfur notað umrætt orðalag í svarbréfi til stofnunarinnar. Samkvæmt 45. gr. fjarskiptalaga beri fjarskiptafyrirtæki sem úthluti símanúmerum, að verða við kröfu áskrifanda um að gefið sé til kynna í símaskrá að upplýsingar sem þar séu skráðar um hann megi ekki nota í tilgangi beinnar markaðssetningar.

Í öðru lagi geri kærandi athugasemdir við endursögn PFS er varði sjálfan úthringilista hans. Að mati PFS sé hér um að ræða athugasemdir frá kæranda sem hafi ekki áhrif á efnislega niðurstöðu málsins. Skýrt komi fram í hinn kærðu ákvörðun að vinnsla persónuupplýsinga heyri ekki undir fjarskiptalög heldur lög um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Því verði ekki tekin afstaða til meintrar óheimilar miðlunar á upplýsingum kvartanda milli Heimdallar og kæranda, en um sé að ræða tvær lögpersónur skv. fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra. Að mati PFS sé samræmi í málavaxtafla hinnar kærðu ákvörðunar.

Í þriðja lagi gerir kærandi athugasemdir við lýsingu PFS á bréfi hans, dags. 30. október 2014 og virðist gagnrýni hans liggja í því að í endursögn PFS sé ekki sérstaklega tilgreint að kynning flokksins hafi verið til flokksmanna hans en ekki annarra. Slík kynning, þ.e.a.s. kynning á starfsemi flokksins til eigin flokksmanna sé ólík kynningu á starfsemi flokksins

til annarra en flokksmanna hans. PFS vill benda á að ekki hafi verið um að ræða efnislegan misskilning af hálfu stofnunarinnar, þótt orðalag endursagnarinnar hefði mögulega getað verið skýrara. Nánar verði fjallað um þessa málsástæðu kæranda í greinargerð PFS.

Málsástæður kæranda og afstaða PFS

1. Sending smáskilaboða fyrir beina markaðssetningu:

Að mati kæranda túlki PFS hugtakið bein markaðssetning í 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga of rúmt. Í kæru sé fjallað um að PFS hafi við skilgreiningu á hugtakinu litið til greinargerðar við 28. gr. frumvarps til persónuverndarlaga og umfjöllunar starfshóps. Kærandi telur túlkun PFS á hugtakinu bein markaðssetning vera komna út fyrir þau mörk sem viðurkenndar lögskýringaraðferðir setji túlkun lagaákvæðis.

PFS hafni fullyrðingu kæranda um að túlkun á hugtakinu bein markaðssetning sé komin út fyrir almennar lögskýringaraðferðir. Að mati stofnunarinnar sé hún einnig í samræmi við fyrri ákvarðanir stofnunarinnar er lúti að túlkun á hugtakinu.

PFS telur rétt að áréttu að meginregla 46. gr. fjarskiptalaga og ákvæði 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB feli í sér bann við óumbeðnum fjarskiptum í formi beinnar markaðssetningar, sbr. 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga og 3. mgr. 13. gr. tilskipunarinnar. Ákvæðinu sé ætlað að vernda friðhelgi einkalífs einstaklinga sem einnig sé vernduð af 71. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944.

PFS telur ljóst og í samræmi við almennar lögskýringarreglur að túlka verði 3. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga með rúmum hætti og með tilliti til markmiðs þess, þ.e.a.s. að tryggja vernd einstaklinga fyrir óumbeðnum fjarskiptum og þar með friðhelgi einkalífs þeirra. Þá sé það í fullu samræmi við almennar lögskýringarreglur að undanþágur frá banninu skuli túlka þröngt. Á grundvelli þessara aðferða hafi PFS sem og evrópsk stjórnvöld túlkað ákvæðið. Hafa verði markmið ákvæðisins að leiðarljósi, þ.e.a.s. að einstaklingar njóti sem mestrar verndar frá óumbeðnum fjarskiptum, en vernd ákvæðisins markist af þeim fjarskiptum sem teljist vera fyrir beina markaðssetningu. Falli viðkomandi óumbeðin fjarskipti ekki undir ákvæðið njóti einstaklingarnir ekki umræddrar verndar.

PFS kveður stjórnvöld hér á landi og í Evrópu hafa túlkað hugtakið bein markaðssetning með rúmum hætti svo framangreint markmið náist og að réttur einstaklings til friðhelgi einkalífs sé tryggður með sem bestum hætti. Þá verði því ekki andmælt að löggjafinn hafi talið þennan rétt veigameiri en aðila, þ.m.t. stjórnmalafélaga, til að nota fjarskipti sem lið í samskiptum sínum og markaðssetningu sinni, enda hafi verið lögfest sérstakt verndarákvæði fyrir einstaklinga í þessum efnum.

PFS geti ekki fallist á þá lögskýringu kæranda um að ekki sé hægt að gagnálykta frá skilgreiningu stofnunarinnar á hugtakinu, né heldur að gagnálykta frá slíkri gagnályktun

og fá þá niðurstöðu að öll tilvik sem uppfylli skilyrði skilgreiningar stofnunarinnar falli undir ákvæðið. Að mati stofnunarinnar gangi þessi tví-gagnályktun kæranda ekki upp.

Óumdeilt sé í málinu að í smáskilaboðum kæranda til kvartanda hafi falist hvatning. Þá sé kærandi sammála því að markaðsátök stjórnmalafélaga falli undir gildissvið 46. gr. fjarskiptalaga. Hins vegar geri kærandi greinarmun á móttakendum fjarskiptanna hvað það varði. Þannig myndu umþrætt fjarskipti falla undir gildissvið ákvæðisins ef þau væru send til einstaklinga sem ekki væru flokksmenn en falla utan þess þegar þau séu send á flokksmenn hans.

Í kæru tilgreini kærandi einnig að túlkun stofnunarinnar sé órökrétt og setji svo fram fjölmörg dæmi um samskipti sem feli í sér kynningu á starfsemi eða hvatningu til móttakanda án þess að um beina markaðssetningu sé að ræða. Að mati PFS sé ekki hægt að fullyrða að umrædd tilvik myndu falla utan gildissviðs ákvæðisins líkt og kærandi virðist gefa sér í rökstuðningi sínum. Fullyrðingar hans séu því að mati PFS haldlausar enda sé það stjórnvalda, t.a.m. PFS að túlka gildissvið ákvæðisins en ekki kæranda að fullyrða um slíkt.

Ef fallist yrði á þessi lögskýringarsjónarmið kæranda er að mati PFS hætt við því að önnur félagasamtök myndu jafnframt telja sér heimilt að nota óumbeðin fjarskipti í markaðssetningu sinni án þess að uppfylla skilyrði 1. eða 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Í slíkum tilvikum þyrfti PFS þá að leggja mat á hvers eðlis samband viðkomandi væri við móttakanda í hverju tilviki fyrir sig. Slík sambönd gætu verið af margvíslegum toga og eðli þeirra mismunandi. Einnig gæti skilningur á eðli sambandsins verið mismunandi eftir móttakendum hinna óumbeðnu fjarskipta.

Uppbygging 46. gr. fjarskiptalaga og núverandi túlkun PFS komi til móts við þennan mismun á afstöðu aðila, sbr. undanþáguákvæði 2. mgr. Með rétttri beitingu þess, þ.e.a.s. að upplýsa viðkomandi aðila, þegar skráning á fjarskiptaupplýsingum hans eigi sér stað, um að nýta eigi þær upplýsingar í þágu markaðssetningar og gefa honum færi á að andmæla slíkri notkun. Með þessum hætti sé réttur einstaklinga til friðhelgi einkalífs virtur með sem bestum hætti og byggji á ákvörðun hans sjálfs en ekki matskenndri ákvörðun stjórnvalds.

Að mati PFS geti 46. gr. fjarskiptalaga ekki verið túlkuð með þeim hætti sem kærandi setji fram enda gangi það gegn uppbyggingu ákvæðisins sjálfs. Nauðsynlegt sé að líta til þess að ákvæðið geri ekki greinarmun á sendendum skilaboða á grundvelli eðli þeirrar starfsemi sem þeir stundi. Þannig sé hugtakið bein markaðssetning túlkað með hlutlægum hætti út frá tilgangi sendingarinnar og eftir atvikum efnisinnihaldi hennar, þ.e.a.s. hvort hún feli í sér kynningu á eða boð um kynningu á vörum eða þjónustu, kynningu á

hugmyndum, skoðunum eða sjónarmiðum og hvort til einhvers sé ætlast af móttakenda sendingarinnar.

Að mati PFS sé túlkun stofnunarinnar á ákvæðinu sett fram með hlutlægum hætti, í samræmi við almennar lögskýringarreglur sem koma í veg fyrir að stjórnvöld þurfi að taka matskenndar ákvarðanir um einstaka sambönd sendanda og móttakanda skilaboða.

Kærandi telur túlkun PFS fordæmalaus. Vísar kærandi til þeirra ákvarðana sem stofnunin hafi tekið í málaflokki óumbeðinna fjarskipta og telur að einungis ákvörðun PFS nr. 6/2015 og ákvörðun, dags. 30. maí 2006, komi til skoðunar þar sem að samband hafi verið á milli sendanda og móttakanda sendinga fyrir beina markaðssetningu. Þá telur kærandi tilvísun til niðurstöðu í mála Skoska Þjóðernisflokksins ekki eiga við þar sem málsástæður væru allt aðrar. Þar hafi stjórn málaflokkur notað sjálfvirkt uppkallskerfi sem hafi hringt í einstaklinga sem ekki hafi verið flokksmenn í viðkomandi flokki.

PFS hafnar málsástæðum kæranda þess efnis að fjarskiptasending hans falli ekki undir beina markaðssetningu og að niðurstaða stofnunarinnar sé fordæmalaus þótt vissulega sé rétt að í hinni kærðu ákvörðun reyni í fyrsta skipti á samskipti stjórn málafélaga við félagsmenn sína.

Fullyrðing kæranda um að stofnunin byggi niðurstöðu sína í málinu á „...*eigin gagnályktun PFS frá þeirri undantekningarreglu sem stofnunin hafi sjálf smíðað...*“ verði að hafna.

Tilvísanir kæranda til þess að niðurstaða stofnunarinnar byggi á rangri forsendu vegna ósambærileika málsins við málsatvik í niðurstöðu breska úrskurðaraðilans verði einnig að hafna. Tilvísun til málsins hafi fyrst og fremst verið ætlað að gefa skýrt fordæmi um að óumbeðin fjarskipti stjórn málaflokka hafi fallið innan gildissviðs ákvæðisins en um það sé ekki deilt í málinu. Löggjöf aðildarríkja EB á þessu sviði byggi allar á sömu persónuverndartilskipun og sé því efnislega sambærileg á þessu sviði. Sömu reglur gildi um sjálfvirk uppkallskerfi og sendingu smáskilaboða. Skilgreining á hugtakinu „bein markaðssetning“ sé því hin sama óháð því hvorri fjarskiptaaðferðinni sé beitt og gildi sömu kröfur um öflun samþykkis fyrir sendingu slíkra fjarskiptasendinga.

Þá sé að mati PFS ljóst að niðurstaða stofnunarinnar grundvallist ekki eingöngu á hinni bresku niðurstöðu heldur fyrst og fremst á framsettri túlkun stofnunarinnar í gegnum fjölmargar ákvarðanir hennar og hugtakið bein markaðssetning hafi allt frá upphafi verið túlkað með rúmunum hætti með hagsmuni einstaklinga að leiðarljósi.

Að mati PFS sýni tilvitnaðar ákvarðanir, ásamt öðrum ákvörðunum stofnunarinnar að ávallt beri að meta hvort fjarskipti teljist vera fyrir beina markaðssetningu eða ekki. Sé það niðurstaða stofnunarinnar að svo sé komi ákvæði 1. og 2. mgr. til skoðunar, þ.e.a.s.

hvort sendandi hafi heimild fyrir sendingunni. PFS telji órökrétt og í algjöru ósamræmi við uppbyggingu ákvæðisins og túlkun innlendra sem erlendra stjórnvalda á því, að meta heimild fyrir fjarskiptasendingu á grundvelli sambands aðila áður en metið sé hvort það feli í sér markaðssetningu eða ekki. Slíkt fái ekki staðist.

Í kærnu mótmælir kærandi að samband stjórnmalafélaga við félagsmenn sé sambærilegt viðskiptasambandi, sbr. 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Kærandi árétti að hið sérstaka samband stjórnmalafélags og annarra félagasamtaka, við félagsmenn sína undanskilji óumbeðin fjarskipti frá gildissvið 46. gr. fjarskiptalaga.

PFS hafnar sjónarmiðum kæranda hvað þetta varði. Túlkun kæranda myndi að mati PFS leiða til þess að hin ýmsu félagasamtök teldu sér mögulega heimilt að hafa samband við félagsmenn og/eða stuðningsmenn sína án þess að hafa fyrir því samþykki hlutaðeigandi. Slíkt telur PFS að myndi leiða til óviðunandi réttaróvissu um gildissvið ákvæðisins á kostnað einstaklinga sem verði fyrir hinum meintu óumbeðnu fjarskiptum.

Eina tilvikið þar sem 46. gr. fjarskiptalaga geri ráð fyrir að litið sé til sambands aðila sé í undanþáguákvæði 2. mgr. Það eigi þó ekki við þegar metið sé gildissvið ákvæðisins eða hvað teljist til beinnar markaðssetningar heldur geri það einungis vægari kröfur við öflun samþykkis fyrir sendingu skilaboða í þessum tilgangi.

Að mati PFS sé því ekki rétt hjá kæranda að vísa til undanþáguákvæðis 2. mgr. í þeim tilgangi að bera það saman við samband hans við félagsmenn sína. Framangreind undanþága feli með engum hætti í sér sjálfstæða heimild fyrir fyrirtæki að stunda óumbeðin fjarskipti fyrir beina markaðssetningu heldur veiti það einungis tilslökun á skilyrðum um upplýst samþykki móttakanda.

PFS telur, líkt og fram komi í hinni kærðu ákvörðun, að stjórnmalafélög geti mögulega nýtt sér þessa undanþágu. Þannig þurfi þau ekki að fá upplýst samþykki sbr. 1. mgr. ákvæðisins, heldur einungis að veita andmælarétt við skráningu fjarskiptaupplýsinga félagsmanna. Með þessum hætti sé PFS í raun að útvíkka gildi undanþágunnar, sem almennt beri að túlka með þröngum hætti, þar sem ákvæðið nái fyrst og fremst til viðskiptalegra sambanda, ólíkt undanþáguákvæði 1. mgr. sem nái til allra aðila, þ.m.t. góðgerðafélaga o.þ.h.

Þá verði að mati PFS ekki fallist á þau sjónarmið kæranda þar sem hann bendi á ósambærileika í sambandi við viðskiptasamband fyrirtækja og viðskiptavini þess og aðild félagsmanna að stjórnmalafélagi. Vill PFS í því sambandi benda á að slík samskipti fyrirtækja og einstaklinga megi ekki fela í sér beina markaðssetningu. Sé um einhvers konar kynningu eða hvatningu að ræða eða ef til einhvers sé ætlast af hálfu móttakanda,

falli atvikið undir ákvæði 46 .gr. og þurfi fyrirtækið þá að hafa uppfyllt ákvæði 1. eða 2. mgr. 46. gr. svo sendingin sé heimil.

Það sama gildi að mati PFS um stjórnmalafélög. Hafi stjórnmalafélag samband við félagsmann sinn með fjarskiptasendingu sem uppfylli framangreind skilyrði, teljist sendingin vera fyrir beina markaðssetningu. Þurfi þá skilyrði undanþáguákvæðanna að vera uppfyllt svo sendingin teljist heimil.

Að mati PFS geti í ákveðnum tilvikum fjarskiptasending stjórnmalafélags fallið utan gildissviðsins. Megi í því samhengi nefna skilaboð er varði einstök atriði er lúti beint að aðild móttakanda að stjórnmalafélaginu eða ef hann hafi t.d. tekið að sér að gegna trúnaðar- eða stjórnunarstörfum fyrir félagið og fjarskiptin lúti eingöngu að þeim störfum.

Vert sé að mati PFS að benda á í þessu sambandi að í þeim tilfellum sem stofnunin hafi komist að þeirri niðurstöðu að fjarskipti feli ekki í sér beina markaðssetningu og falli því ekki undir gildissvið ákvæðisins hafi verið um að ræða atvik er varði hagsmuni móttakanda.

PFS hafnar öllum sjónarmiðum kæranda um að túlkun stofnunarinnar gangi gegn meðalhófi og vegi að stjórnarskrárvörðum rétti félagsins, sbr. 74. gr. stjórnarskrárinnar. Kærandi haldi því fram að hin rúma túlkun PFS á hugtakinu bein markaðssetning leggi óeðlilegar kvaðir á starfsemi m.a. stjórnmalafélaga. PFS geti ekki fallist á þetta enda verði ekki talið að það að afla samþykkis, eða a.m.k. veita andmælarétt, fyrir fjarskiptum fyrir beina markaðssetningu vegi að tilvist stjórnmalafélaga eða feli í sér óeðlileg afskipti stjórnvalda af starfi þeirra. Sér í lagi þegar litið sé til þess að slíkt samþykki skuli veitt af einstaklingnum sjálfum sem einnig hafi stjórnarskrárvarinn rétt til friðhelgi einkalífs.

Þá sé ljóst að löggjafinn, bæði hér á landi sem og innan Evrópusambandsins, hafi sett sérstaka löggjöf til aukinnar verndar einstaklingum og friðhelgi einkalífs þeirra umfram það sem kveðið sé á um í stjórnarskrá Íslands, sem og 7. gr. Mannréttindaskrár Evrópusambandsins þegar komi að óumbeðnum fjarskiptum. Sú vernd liggja í banni við óumbeðnum fjarskiptum nema að til staðar sé samþykki móttakanda eða a.m.k. ekki andmæli hans. Ekki sé að finna neina undanþágu er varði stjórnmalafélag umfram önnur félög sem eða sérstök lagaákvæði sem tryggi stjórnmalafélögum aukin réttindi hvað óumbeðin fjarskipti varði.

Að mati PFS leggi niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar með engum hætti blátt bann við því að stjórnmalafélög eigi ákveðin samskipti við félagsmenn sína með útsendingu fjarskiptasendinga. Aftur á móti verði þau að hafa uppfyllt skilyrði undanþáguákvæða 46. gr. fjarskiptalaga og aflað samþykkis félagsmannsins, eða a.m.k. hafa upplýst hann um slíkar sendingar og veitt honum tækifæri á að andmæla þeim.

2. Símtal sem liður í markaðssetningu:

Kærandi telur óumdeilt að í símtali hans til kvartanda hafi kvartandi einungis verið inntur eftir því hvort hann hafði nýtt kosningarétt sinn í almennum þingkosningum. Að mati kæranda skorti sönnun fyrir niðurstöðu PFS í hinni kærðu ákvörðun og að eingöngu sé vísað til þess að „ljóst sé“ að tilgangur símtalsins hafi verið sá hinn sami og legið hafi að baki sendingu skilaboðanna.

Að mati PFS sé ekki hægt að fallast á framangreind sjónarmið kæranda. Öll sjónarmið sem eigi við um túlkun á hugtakinu bein markaðssetning eigi jafnframt við þegar ákvæði 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga um „lið í markaðssókn“ sé túlkað. Þannig gildi einu hvert samband úthringi aðila sé við móttakanda símtals, slíkt hafi ekki áhrif á skýringu á hugtakinu „liður í markaðssókn“.

Eðli símtala sé ólíkt eðli annarra fjarskiptasendinga með þeim hætti að símtalið sé almennt hvorki til staðar í skjalfestu formi né sé að finna hljóðupptökur af því. Sökum þess hafi stjórnvöld litið til þess hver tilgangur hafi verið með umræddu símtali. Hafi tilgangurinn verið liður í markaðssókn, verði það talið falla undir ákvæðið.

Í ákvörðun PFS, nr. 22/2009, megi sjá að þegar komi að mati á 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, skipti tilgangur símtalsins miklu máli við túlkun á ákvæðinu. Þessi túlkun styðjist jafnframt við orðalag 1. og 3. mgr. 13. gr. tilskipunar EB nr. 2002/58/EB þar sem segi að ákvæðið nái yfir fjarskiptasendingar í „beinum markaðslegum tilgangi“.

Í ljós hafi komið í upphafi símtals, sem hin kærða ákvörðun snúist um, að kvartandi hafði þegar farið á kjörstað og eðli málsins samkvæmt hafi kærandi ekki getað hvatt hann til þess. Það eitt geti að mati PFS ekki leitt til þess að símtalið hafi verið heimilt enda hafi kvartandi verið bannmerktur í símaskrá, þ.e.a.s. hann hafi verið merktur með þeim hætti að hann óski ekki eftir að fá símtöl í símanúmer sitt sem séu liður í markaðssetningu.

Að mati PFS verði ekki efast um að tilgangur símtals kæranda til kvartanda hafi verið að hvetja hann til að taka þátt í þingkosningum sem haldnar hafi verið þennan dag rétt eins og með útsendingu smáskilaboða. Enda hafi kærandi ekki sett fram með skýrum eða sannfærandi hætti hver annar tilgangur hafi verið með umræddu símtali. Hringi aðili, sér í lagi stjórn mála félag, í einstakling til að bjóðast til að keyra hann á kjörstað, sé ljóst að í því felist hvatning um að viðkomandi aðili aðhafist, þ.e.a.s. fari á kjörstað.

3. Gildistíð eldri laga:

Kærandi hafni því að ekki liggi fyrir samþykki kvartanda. Kærandi telur að rökstuðningur PFS verði ekki skilinn öðruvísi en svo að stofnunin telji að þegar samþykki hafi verið gefið hafi það átt að uppfylla skilyrði í lögum sem höfðu þá ekki tekið gildi. Kærandi bendir á að

lögum verði ekki beitt afturvirkir og að yngri lögum verði ekki beitt um stofnun réttinda eða annars ástands þótt samningur sé enn virkur eða ástand vari enn.

PFS bendir á að ákvæði er varði fjarskiptasendingar, aðrar en símtöl hafi verið lögtekið með setningu núgildandi fjarskiptalaga. Aftur á móti hafi verið samhljóða ákvæði 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga í þágildandi lögum nr. 107/1999.

Hvað varði sendingu smáskilaboðanna sé ljóst að mati PFS að ótækt sé að líta svo á að þótt kvartandi hafi gefið upp símanúmer sitt við skráningu að hann hafi ætlast til eða samþykkt að það yrði notað með þeim hætti sem um ræði í þessu máli.

Í fyrsta lagi komi skýrt fram í málgögnum að kvartandi telji sig einmitt ekki hafa veitt slíkt samþykki. Þá sé enn fremur ljóst að við skráningu kvartanda í stjórnmalafélagið hafi verið í gildi lög um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, nr. 77/2000, sem kveði skýrt á um hvað felist í hugtakinu „samþykki“. Ljóst sé að hafi kærandi talið að kvartandi hafi veitt samþykki sitt fyrir notkun fjarskiptaupplýsinga um hann fyrir beina markaðssetningu hljóti það samþykki að hafa þurft að uppfylla kröfur persónuverndarlaga. Að mati PFS sé að svo hafi ekki verið.

Í öðru lagi sé að mati PFS enn síður hægt að fallast á að meint samþykki aðila, sem kærandi telji að kvartendur hafi veitt fyrir gildistíð laganna, geti legið til grundvallar útsendingu fjarskiptasendinga sem sendar séu eftir gildistöku hinna nýju laga. Um leið og slíkt bann sé lögfest þurfi ábyrgðaraðilar sem nýti sér slíkt í markaðssetningu sinni að tryggja að skilyrði fyrir slíku séu fyrir hendi, þ.e.a.s. að umrædd sending, þegar hún eigi sér stað, uppfylli þau skilyrði sem fyrir henni séu sett. Sé þá annað hvort um að ræða upplýst samþykki, sbr. 1. mgr. ákvæðisins. Að mati PFS hafi kærandi ekki getað sýnt fram á slíkt.

Þau „réttindi“ sem kærandi telji sig hafa með því einu að hafa skráð niður símanúmer kvartanda geti ekki gengið framur neitun kvartanda sjálfs á að hafa veitt samþykki sitt né þeim þröngu skilyrðum sem nú, tólf árum eftir gildistöku laganna, þurfi að uppfylla svo slík sending standist lög.

Í ákvörðun PFS nr. 19/2013, hafi það verið niðurstaða stofnunarinnar að gera verði þá lágmarkskröfu til ábyrgðaraðila fjarskiptasendinga að þeir geti sýnt fram á að lagaskilyrði fyrir útsendingu fjarskiptanna séu uppfyllt og að heimild þeirra til útsendingar sé þannig fyrir hendi.

Hvað varði símtal kæranda í númer kvartanda sé ljóst að við inngöngu hans í flokkinn hafi verið í gildi efnislega samhljóða ákvæði og finna megi í 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Hvorki nú, né í eldri lögum, sé að finna lögfesta undanþágu frá því ákvæði sambærilega og finna megi í 1. og 2. mgr. ákvæðisins varðandi aðrar fjarskiptasendingar. Aftur á móti verði að

ætla að réttthafi númera geti veitt aðilum sérstaka heimild til að hafa samband við sig í slíkum tilgangi. Að mati PFS verði, þegar símhringing eigi sér stað, að liggja til grundvallar upplýst samþykki hans þar um í samræmi við ákvæði persónuverndarlaga.

Fyrir liggja í máli þessu að kærandi hafi ekki haft slíkt samþykki kvartanda þegar símtal hans hafi átt sér stað í maí 2013. Kvartandi telji sig ekki hafa veitt slíkt samþykki og þá hafi kærandi ekki getað sýnt fram á að hann hafi upplýst samþykki hans fyrir því að mega hringja í hann í markaðslegum tilgangi. Verði því að mati PFS ekki komist að annarri niðurstöðu en að kærandi hafi brotið gegn 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga í máli þessu.

Á grundvelli alls framangreinds fer PFS fram á að úrskurðarnefnd staðfesti hina kærðu ákvörðun.

3.

Greinargerð PFS var send kæranda til upplýsinga og eftir atvikum athugasemda hinn 8. október 2015. Athugasemdir kæranda bárust hinn 30. nóvember 2015, eftir framlengdan frest. Kærandi gerir þar ítarlegar athugasemdir við greinargerð PFS. Úrskurðarnefnd mun hér á eftir gera grein fyrir athugasemdum kæranda í stuttu máli og eru þær í sömu röð og í greinargerð hans.

Kærandi áréttar að hann hafi ekki stuðst við úthringilista úr símaskrá heldur við símanúmer sem kvartandi hafi sjálfur skráð hjá honum. Kærandi geti ekki ráðið að um handvömm hafi verið að ræða í endursögn PFS á orðum kvartanda, heldur hafi stofnunin með þessu strax í upphafi málsins verið að gefa sér niðurstöðu í málinu, þ.e.a.s. að kæranda hafi borið að fjarlægja símanúmer kvartanda af „úthringilista“ „þar sem flokkurinn styðjist ekki við opinbera símaskrá heldur einungis félagsskrá flokksins“. Verði að mati kæranda að átelja slíka málsmeðferð stjórnslumáls af hendi stofnunarinnar.

Um miðlun upplýsinga vill kærandi áréttar að PFS hafi í hinni kærðu ákvörðun tekið upp efnisatriði frá kvartanda sem hrakin hafi verið undir rekstri málsins. Kvartandi hafi sjálfur fallið frá öðru atriðinu og stofnunin hafi tekið ákvörðun um hvorugt atriðanna í niðurstöðum sínum.

Kærandi fer ítarlega yfir túlkun PFS á hugtakinu „bein markaðssetning“ og telur hana of rúma. Rök PFS fyrir svo rúmri túlkun séu greinargerð með frumvarpi að lögum um persónuvernd og álit svonefnds 29. gr. starfshóps. Kærandi lítur svo á að PFS geri ekki athugasemd við þá niðurstöðu að hvorki greinargerðin né álit starfshópsins styðji við þá skýringu að „bein markaðssetning“ verði skilin svo rúmt að hún taki til annarra samskipta stjórnmalafélaga við félagsmenn sína en þau sem teljast til sölu, söluátaks, fjáröflunar o.s.frv.

PFS ályktar að kærandi hafi lagt til eitthvað sem kallað sé „tví-gagnályktun“ þegar hann gagnrýndi afstöðu PFS um að sérhver boð sem innihalda einhvers konar upplýsingar og hvatningu til athafna teljist vera „bein markaðssetning“. Kærandi telur gagnrýni sína standa óhaggaða og að PFS hafi ekki sýnt fram á að túlka beri hugtakið svo rúmt að undir það falli öll skilaboð sem innihalda upplýsingar um einhverja stafsemi og hvatningu til að bregðast við móttæknum skilaboðum með tilteknum hætti.

Kærandi telur helsta ágreiningsatriði máls þessa felast í túlkun 46. gr. fjarskiptalaga og 13. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB. PFS telur að af meginreglu þessara ákvæða leiði ekki einungis bann við óumbeðnum fjarskiptum í formi beinnar markaðssetningar heldur almennt bann við óumbeðnum fjarskiptum. Því beri að túlka eins rúmt og kostur sé hvað falli undir beina markaðssetningu. Kærandi telur ljóst að PFS telji hugtakið enn rýmra en úrskurðanefnd í máli nr. 5/2009. PFS telji að vernda beri borgarana fyrir öllum óumbeðnum fjarskiptum og frá þeirri meginreglu beri að túlka alla undanþágur þröngt. Kærandi vill í þessu sambandi benda á að stór hluti þeirra samskipta sem almenningur á sín á milli með aðstoð almennra fjarskiptaneta séu óumbeðin. Í umfjöllun um túlkun 13. gr. tilskipunarinnar sé ávallt tiltekið að meginreglan lúti einungis að þeim flokki óumbeðinna fjarskipta sem felldur verði undir beina markaðssetningu, en ekki óumbeðinna fjarskipta almennt.

Kærandi telur að óumdeilt sé í málinu að túlka beri hugtakið bein markaðssetning með rúmunum hætti og að réttur einstaklings til þess að njóta friðar frá beinni markaðssetningu sé veigameiri en réttur þeirra sem hyggist nota fjarskipti sem lið í markaðssetningu sinni. Hins vegar sé ágreiningur um hvort þau samskipti sem hin kærða ákvörðun lúti að hafi verið liður í markaðssetningu eða hefðbundin samskipti milli félagsmanns og félags hans.

PFS hafi ekki bent á nein dæmi þess að evrópsk stjórnvöld túlki 13. gr. tilskipunar 2002/58/EB, með þeim hætti sem gert sé í hinni kærðu ákvörðun, þ.e.a.s. að félagsskapur sem stofnaður sé um að efla framgang tiltekinna stjórnámálaskoðana megi ekki minna sína eigin félagsmenn á almennar kosningar með því að hringja eða senda smáskilaboð í símanúmer sem viðkomandi félagsmenn hafi skráð hjá félagsskapnum, þar sem að slík fjarskiptaboð verði talin til beinnar markaðssetningar. Því verði að mati kæranda að byggja á því að svo sé ekki.

Kærandi bendir á að hann sé stjórnmalafélag, þ.e.a.s. frjáls félagasamtök. Starfsemi hans sé ekki viðskiptalegs eðlis og því eigi ákvæði sem hin kærða ákvörðun byggir á um markaðssetningu, sölu o.s.frv. illa við. Samskiptin sem mál þetta snúist um hafi lotið að öðru en markaðssetningu félagsins, nánar tiltekið að því að veita kvartanda þá þjónustu sem hann hafi almennt ætlast til af félaginu, þ.e.a.s. að hann fengi upplýsingar um hvað

væri á döfinni hjá félaginu og hvatningu til að taka þátt í því. Geti kærandi ekki fallist á að þau samskipti geti talist markaðsátak.

Yrði sú túlkun PFS ofan á að öll samskipti kæranda við félagsmenn sína þar sem vakin væri athygli á starfi félagsins eða þeir hvattir til að taka þátt í starfinu, teldist til beinnar markaðssetningar, væri stofnunin að fella hefðbundna og eðlilega félagsstarfsemi í sama flokk og eiginlega markaðsstarfsemi á vegum flokka. Með þessu væri PFS að takmarka möguleika félagsmanna til að njóta þess sem felist í félagsaðild að stjórnmalafélagi, þ.e.a.s. að fá þær upplýsingar sem félaginu sé falið að miðla til félagsmanna sinna, þannig að þeir fái upplýsingarnar ekki nema þeir skrái sig fyrir móttöku sendinga sem séu liður í beinni markaðssetningu. Telur kærandi að slík oftúlkun leysi engan vanda. Verði PFS áskilin heimild til að túlka beina markaðssetningu með jafn rúmum hætti setji það stofnunina í óeðlilega aðstöðu til að ákveða hvers konar samskipti megi eiga sér stað innan frjálsra félagasamtaka án þess að sótt sé sérstök heimild til þeirra.

Kærandi telur PFS ekki hafa rökstutt að hin kærða ákvörðun sé í samræmi við fjölmargar fyrri ákvarðanir hennar, né sé að finna í greinagerð PFS tilvísanir til ákvarðana fjarskiptayfirvalda í öðrum EES ríkjum þar sem gengið sé jafn langt og PFS í hinni kærðu ákvörðun.

Kærandi áréttar að hann hafi aldrei haldið því fram að samband félags við félagsmenn sína undanskilji óumbeðin fjarskipti frá gildissviði 46. gr. fjarskiptalaga. Kærandi hafi aðeins haldið fram að af eðli frjálsra félagasamtaka leiði, að ekki sé hægt að álykta sem svo að nær öll samskipti þeirra við félagsmenn sína falli undir hugtakið bein markaðssetning svo sem PFS leggi til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun.

Hvað varði ákvæði stjórnarskrár og meðalhóf þá telur kærandi að verulega sé sneitt að stjórnarskrárvörðu réttindum borgaranna til að starfa í stjórnmalafélögum ef viðurkennt verði að PFS hafi vald til að ákveða einhliða að samskipti stjórnmalafélaga við félagsmenn þeirra, teljist til beinnar markaðssetningar með jafn víðtækum hætti og gert sé ráð fyrir í hinni kærðu ákvörðun.

Óumdeilt sé í málinu að í því símtali kæranda sem hin kærða ákvörðun lúti að, hafi kvartandi einungis verið inntur eftir því hvort hann hefði nýtt kosningarétt sinn í almennum þingkosningum. Verði símtalið að mati kæranda því ekki talið til beinnar markaðssetningar. Engin upplýsingagjöf hafi komið fram um kæranda eða starfsemi hans né neins konar hvatning til kvartanda. Því sé að mati kæranda ljóst að jafnvel þótt lögð verði til grundvallar hin óvenjulega rúma skilgreining PFS á hugtakinu bein markaðssókn þá verði umrætt símtal ekki talið falla undir 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga.

Ekkert liggir fyrir í málinu um tilgang símtalsins annað en þær upplýsingar frá kæranda að símtalið kunnir að hafa tengst almennri upplýsingagjöf um framkvæmd kosninga eða þjónustu á borð við akstursþjónustu á kjörstað. Kærandi mótmælir því að PFS hafi haft réttmætt tilefni til að ætla að einhver annar tilgangur hafi verið með umræddu símtali eða að stofnuninni sé heimilt að leggja eigin órökstuddar vangaveltur til grundvallar úrlausn í málinu. Kærandi mótmælir því einnig að störf sjálfboðaliða við upplýsingagjöf um framkvæmd kosninga og veitingu akstursþjónustu verði talin vera tilvísun til óljósra samfélagsmarkmiða.

Kærandi áréttar að núgildandi fjarskiptalög höfðu ekki tekið gildi þegar kvartandi skráði símanúmer sitt hjá honum og verði þeim því ekki beitt um viðkomandi afhendingu, þ.e.a.s. engin kvöð hafi hvílt á kæranda til að afla sérstaks samþykkis fyrir notkun símanúmersins fyrir beina markaðssetningu. PFS bendir á að á þeim tíma hafi verið gengin í gildi lög um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga sem kveði skýrt á um hvað felist í hugtakinu samþykki. Hafi kæranda því borið skylda til að afla slíks upplýsts samþykkis til að vinna með það símanúmer sem kvartandi hafi skráð hjá honum. Kærandi mótmælir þessu. Annars vegar liggir fyrir að telji PFS að brotið hafi verið gegn ákvæðum laga um persónuvernd þá bresti stofnunina valdbærni til að taka ákvörðun þar að lútandi enda heyri undir Persónuvernd, en ekki PFS, að skera úr um hvort vinnslan samrýmist ákvæðum þeirra laga. Hins vegar mótmælir kærandi því að lögmæti vinnslu símanúmersins hafi verið háð því að kvartandi hefði veitt upplýst samþykki sitt fyrir henni. Samkvæmt ákvæðum persónuverndarlaga sé einungis skylt að afla upplýsts samþykkis fyrir vinnslu svonefndra „viðkvæmra persónuupplýsinga“. Símanúmer teljist ekki til slíkra upplýsinga og því sé ekki skylt að afla upplýsts samþykkis fyrir vinnslu þeirra.

4.

Athugasemdir kæranda voru sendar PFS til upplýsinga og eftir atvikum athugasemda. PFS sendi athugasemdir sínar hinn 18. janúar 2016. Þar kemur m.a. fram að stofnunin telji athugasemdir kæranda ekki hafa áhrif á aftöðu PFS í fyrri greinagerð og áréttar það sem þar komi fram.

Hvað varðar opinbera símaskrá þá hafnar PFS gagnrýni kæranda. PFS telur alveg ljóst að það að vera bannmerktur í símaskrá feli í sér að fjarlægja verði bannmerkt símanúmer af úthringilista fyrir beina markaðssetningu. Sé það í raun það sem hin upphaflega kvörtun hafi snúist um. Tilvísun til opinberrar símaskrár breyti ekki því sem efnislega komi fram í kvörtuninni. Hér sé ekki um að ræða álit PFS um að kæranda hafi borið að fjarlægja nafnið heldur kvartanda sjálfs.

Hvað varði athugasemdir kæranda um að PFS hafi ekki fjallað sérstaklega um þær tvær skýringarheimildir sem stofnunin hafi sérstaklega vísað til í hinni kærðu ákvörðun, þ.e.a.s.

greinagerð með lögum um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga og álit starfshóps, þá hafnar PFS þeirri ályktun kæranda. Að mati PFS sé ljóst þegar horft sé til ákvörðunar PFS nr. 22/2009 að hafi skilaboð að geyma kynningu eða sölu á vörum eða þjónustu og að ætlast sé til þess að móttakandi bregðist við þeim með einhverjum hætti, falli slíkt undir hugtakið og þar með gildissvið ákvæðisins. Um það sé í raun ekki deilt í þessu máli, kynning felist í því að senda skilaboð frá stjórnmalafélagi, vísa á heimasíðu þess og hvetja móttakanda til að fara og kjósa. Þá sé eins ljóst út frá úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 5/2009 að hugtakið bein markaðssetning skuli túlka vítt og því þurfi umrædd markaðssetning t.d. ekki að fara fram í hagnaðarskyni, heldur geti t.d. verið um óumbeðin fjarskipti frá góðgerðarfélögum.

Varðandi tví-gagnályktun kæranda þá hafnar PFS fullyrðingum kæranda. PFS hafi hvort tveggja í hinni kærðu ákvörðun og greinagerð sinni sett fram fullgild lagarök sem séu í samræmi við almennar lögskýringaraðferðir á túlkun sinni á 46. gr. fjarskiptalaga. Frá töku ákvörðunar PFS nr. 22/2009, þar sem sett hafi verið fram ákveðin grundvallarsjónarmið á túlkun ákvæðisins, hafi því verið beitt með sambærilegum hætti af hálfu stofnunarinnar. Þau skilaboð sem ekki innihaldi boð um sölu á vöru eða þjónustu eða kynningu um slíkt og feli ekki í sér að viðkomandi bregðist við þeim hafi ekki talist falla undir ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga. Frá þessu sé eðlilegt og rétt að gagnálykta, þ.e.a.s. að hafi boð að geyma slíka kynningu og/eða hvatningu þá falli slíkt undir ákvæðið. Sé slík lögskýringaraðferð vel viðurkennd og þekkt í íslenskum rétti. Kærandi gangi hins vegar einu skrefi lengra þegar hann segi að öll tilvik þar sem einhvers konar kynning á starfsemi eigi sér stað eða ætlast sé til tiltekinna viðbragða, verði að teljast til „beinnar markaðssetningar“. PFS geti ekki tekið undir með kæranda enda sé hér í raun komið að upphaflegri afmörkun stofnunarinnar á hugtakinu sem sett sé fram í ákvörðun PFS nr. 22/2009 og staðfest hafi verið í úrskurði nr. 5/2009. Í því felist ágreiningurinn í málinu og hafni PFS því alfarið að hafa ekki sett fram rök sem styðji þá niðurstöðu sem sett hafi verið fram í hinni kærðu ákvörðun.

Kærandi heldur því fram með ályktun sinni að stór hluti samskipta almennings á fjarskiptanetum sé óumbeðinn. Að mati PFS sé hérna um ákveðinn útúrslúning að ræða enda sé alveg ljóst að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar hafi verið sú að hin óumbeðnu fjarskipti hafi falið í sér beina markaðssetningu og falli þannig undir ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga. Það sé ekkert í hinni kærðu ákvörðun eða greinagerð PFS sem bendi til þess að stofnunin hafi í hyggju að fella öll möguleg óumbeðin fjarskipti undir ákvæðið.

Hvað varði dæmi um sambærilega túlkun hjá evrópskum stjórnvöldum vill PFS benda á að stofnunin hafi það lögbundna hlutverk hér á landi að túlka ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga. Stofnunin verði að komast að niðurstöðu við túlkun á ákveðnu atriði hvort sem að til séu evrópsk fordæmi eða ekki. PFS bendir þó á leiðbeiningar breska stjórnvaldsins sem fer með þennan málaflokk þar í landi en þar komi skýrt fram að ekki einungis sala á vörum

og þjónustu falli undir beina markaðssetningu heldur eigi þar einnig undir kosningarherferðir. Af leiðbeiningunum má sjá að stjórnvöld á Bretlandi hafi túlkað ákvæðið með mjög svo ströngum hætti og leyfi ekki „soft-opt-in“ þegar komi að kosningarherferðum stjórnmalafélaga til félagsmann sinna. Svokallað „soft-opt-in“ sé að finna í 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga en samþykkisregluna (opt-in) sé að finna í 1. mgr. greinarinnar. Öll rök kæranda um að skilaboð hans til kvartanda geti ekki fallið undir hugtakið beina markaðssetningu sökum þess að það starfi ekki á viðskiptalegum grunni og að um eðlilega þjónustu við flokksmenn hafi verið að ræða verði því að hafna.

PFS telur alveg ljóst að ekki sé til fordæmi um algjörlega sambærilegt mál, þ.e. um hvatningarpóst til meðlims í stjórnmalaflokki. Það eitt og sér geti með engum hætti leitt til þess að ákvörðun stofnunarinnar sé röng. Hin kærða ákvörðun sé í samræmi við fyrri ákvarðanir hennar þegar komi að skilgreiningu á hugtakinu „bein markaðssetning“, þ.e. hvað þurfi að felast í fjarskiptum. Þá sé ákvæðum 1. og 2. mgr. ákvæðisins einnig beitt með algjörlega sambærilegum hætti og í fyrri ákvörðunum stofnunarinnar. Niðurstaða stofnunarinnar byggir á almennum lögskýringaraðferðum og uppbyggingu ákvæðisins. Fullyrðingum kæranda í aðra átt sé því hafnað.

Hvað varði ósambærileika þá virðist kærandi telja að PFS hafi lagt til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun að „nær öll samskipti“ stjórnmalafélaga við félagsmenn sína falli undir hugtakið bein markaðssetning. Þessu verði PFS að hafna enda ljóst að hin óumbeðnu fjarskipti verði að fela í sér kynningu eða boð um kynningu á vörum eða þjónustu eða einhvers sé krafist eða ætlast til af móttakanda. Ef ekki sé um slíkt að ræða í hinum óumbeðnu fjarskiptum falli þau ekki undir gildissvið ákvæðisins. Þau skilaboð sem greint sé á um í hinni kærðu ákvörðun uppfylli framangreind skilyrði, teljist því til beinnar markaðssetningar og falli þar með undir gildissvið ákvæðisins. Verði með engum hætti séð að þessi túlkun PFS banni með almennum hætti samskipti milli aðila líkt og kærandi haldi fram. Feli fjarskiptin ekki í sér markaðssókn falli þau ekki undir ákvæðið. Feli þau í sér markaðssókn þá falli fjarskiptin undir ákvæðið og beri því næst að meta hvort ákvæði 1. eða 2. mgr. eigi við. Séu skilyrði annarrar hvorrar þeirra málsgreina uppfyllt séu fjarskiptin í alla staði leyfileg og heimil enda byggir þau á heimild frá móttakanda þeirra.

PFS telur ljóst út frá eldri ákvörðunum stofnunarinnar að sendandi skilaboða verði, þegar sending eigi sér stað, að tryggja að skilyrði fyrir sendingunni séu uppfyllt, sbr. ákvörðun PFS nr. 19/2013 og 6/2015. Gildi einu, að mati PFS, hvort skráning hafi átt sér stað fyrir eða eftir gildistöku nógildandi fjarskiptalaga.

Loks áréttar PFS að sjónarmið kæranda séu að mati stofnunarinnar án allra tilvísana í lög eða aðrar réttarheimildir og byggir fyrst og fremst á hans eigin skoðunum um hvernig samskiptum skuli vera háttað milli stjórnmalafélaga og félagsmanna þeirra en ekki

lagarökum. Túlkun stofnunarinnar sé aftur á móti í samræmi við uppbyggingu lagaákvæðisins sjálfs, fyrri ákvarðana PFS og túlkun á ákvæðinu innan Evrópu.

5.

Athugasemdir PFS voru sendar kæranda til upplýsinga og eftir atvikum frekari athugasemda. Frekari athugasemdir kæranda bárust hinn 31. janúar 2016.

Kærandi áréttar að ekki hafi verið stuðst við úthringilista úr símaskrá heldur við símanúmer sem kvartandi hafi sjálfur skráð hjá flokknum. Þegar upphafleg kvörtun hafi verið skoðuð hafi það reynst rangt hjá PFS, í hinni kærðu ákvörðun, að kvörtunin hefði m.a. verið byggð á því að ástæða þess að kæranda hafi borið að fjarlægja símanúmer kvartanda af úthringilistanum, hafi verið sú að kærandi hafi ekki stuðst við „opinbera símaskrá“ heldur einungis félagsskrá sína. Breyti hér engu um að mati kæranda að PFS telji þetta athæfi ekki hafa haft áhrif á efnislega niðurstöðu málsins.

Hvað varði túlkun á hugtakinu bein markaðssetning þá telur kærandi að skoða verði fleiri atriði en einungis hvort að boð innihaldi kynningu eða hvatningu og leggja verði mat á hver sé tilgangur viðkomandi starfsemi og þátttöku móttakenda boðanna í þeirri starfsemi. Samkvæmt skýringarheimildum PFS, þ.e.a.s. tilskipunar EB og álit 29. gr. starfshópsins séu ekki tiltekin samskipti stjórnmalaflokks við félagsmenn sína, önnur en þau sem teljist til sölu, söluátaks, fjáröflunar o.s.frv. sem falli undir hugtakið bein markaðssetning. Það sé rangt hjá PFS að halda því fram að í málflutningi kæranda sé því borið við að upptalningin í álitinu, t.d. fjáröflun o.s.frv. sé tæmandi. Það sé hvergi gert og ekki það sem málið snúist um. Athugasemd kæranda hafi lotið að því að hin stutta umfjöllun starfshópsins komi einungis að takmörkuðum notum við að ákvarða hvað, annað en fjáröflun, teljist til beinnar markaðssetningar.

Kærandi rekur nánar hvað hafi falist í athugasemdum hans varðandi álit starfshópsins og PFS hafi rangtúlkað að hans mati. Úrskurðarnefnd telur ekki ástæðu til að rekja það nánar enda hafi kærandi komið sjónarmiðum sínum þar að lútandi á framfæri.

Kærandi gerir einnig athugasemdir við túlkun PFS á hugtakinu bein markaðssetning í ákvörðun nr. 22/2009 og niðurstöðu úrskurðarnefndar í máli nr. 5/2009. Sú gagnályktun sem PFS virðist telja færa, sé sú að undir beina markaðssetningu falli öll óumbeðin fjarskipti sem hafi að geyma boð um kynningu eða sölu á vörum og þjónustu, auk allra óumbeðinna fjarskipta þar sem ætlast sé til að móttakandi bregðist við þeim með tilteknum hætti. Kærandi gerir athugasemd við þessa afstöðu stofnunarinnar og telur skilyrði gagnályktunar ekki uppfyllt. Einkum liggja ekkert fyrir um að þau tvö tilteknu tilvik sem PFS hafi lagt til grundvallar í ákvörðun nr. 22/2009, um að þau boð sem þar um ræddi teldust ekki til beinnar markaðssetningar, þ.e. kynning og hvatning séu tæmandi talning á öllum þeim tilvikum sem geti leitt til slíkrar niðurstöðu.

Einnig gerir kærandi ítarlegar athugasemdir við tiltekna athugasemdir í greinargerð PFS og lítur svo á að athugasemdir sem fram hafi komið í greinargerð kæranda standi óhaggaðar.

Kærandi hafi fært rök fyrir því að samskipti félagsmanna í frjálsum félagasamtökum við viðkomandi félög verði ekki alfarið jafnað við samskipti viðskiptavina við atvinnufyrirtæki. Kærandi getur ekki fallist á með PFS að af því leiði að upplýsingar í áframhaldandi samskiptum við flokksmenn, eftir að þeir hafi skráð sig og símanúmer sitt hjá kæranda, svo sem áminning um að almennar kosningar standi yfir, teljist í hvert skipti vera ný „kynning“ á floknum sem verði talin til beinnar markaðssetningar.

PFS tilgreini dæmi um tilvik þar sem stofnunin telji að stjórnmalafélagi kunni að vera heimilt að hafa samband við félagsmenn sína, án þess að hafa fyrirfram aflað sérstaks upplýsts samþykkis þeirra. Kærandi hafi bent á að hvorug þessara dæma PFS snerti neitt af almennri starfsemi stjórnmalafélaga sem lúti að samskiptum við félagsmenn og því sé óþolandi að mati kæranda sú réttaróvissa um hvort PFS telji nokkra slíka starfsemi heimila án sérstaks, fyrirfram upplýsts samþykkis hvers og eins félagsmanns.

Hvað varði ákvæði stjórnarskrár og stjórnsýslulaga um meðalhóf þá telur kærandi að PFS hafi ekki fjallað um þessar málsástæður.

IV. Niðurstöður

1.

Í máli þessu er deilt um inntak og beitingu 46. gr. fjarskiptalaga, nr. 81/2003, og þá sérstaklega 1. mgr. og 5. mgr. greinarinnar. Telur kærandi að þau fjarskipti sem falla undir gildissvið ákvæðanna hafi verið honum heimil, m.a. á grundvelli fyrirfram samþykkis áskrifanda. PFS tók við kvörtun frá áskrifanda (kvartandi) og byggir niðurstöðu sína á því að fyrirfram samþykki hans hafi ekki legið fyrir.

Kærandi sendi kvartanda, sem hafi verið á félaglista hans, smáskilaboð þar sem fram komu áminningar um opnunartíma kjörstaða og hvatning til að kjósa kæranda. Í símtali kæranda til kvartanda hafi hann verið spurður að því hvort að hann væri búin að kjósa.

2.

Ákvæði 46. gr. fjarskiptalaga fjallar um óumbeðin fjarskipti. Ákvæðið er byggt á 13. gr. persónuverndartilskipun EB, þ.e.a.s. tilskipun 2002/58/EB. Í 1. mgr. 46. gr. er kveðið á um að notkun sjálfvirkra uppkallskerfa, símbréfa eða tölvupósts, þ.m.t. hvers konar rafrænna skilaboða (SMS og MMS), fyrir beina markaðssetningu sé einungis heimil þegar áskrifandi hafi veitt samþykki sitt fyrirfram.

Í 2. mgr. 46. gr. er kveðið á um að þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. sé heimilt að nota tölvupóstfang við sölu á vörum og 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 eigi sér stað og sömuleiðis í hvert sinn sem skilaboð séu send hafi viðskiptavinur ekki þegar í upphafi hafnað slíkri notkun.

Samkvæmt 5. mgr. 46. gr. skulu þeir sem nota almenna tal- og farsímaþjónustu sem lið í markaðssetningu, 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 komi sem liggja úthringingu til grundvallar.

3.

Kærandi málsins er stjórnmalaflokkur. Hefur hann haldið því fram að með hinni kærðu ákvörðun PFS séu lagðar óeðlilegar kvaðir á starfsemi félaga m.a. stjórnmalafélaga með vísan til ákvæða stjórnarskrár um tjáningar- og félagafrelsi.

PFS fellst ekki á sjónarmið kæranda, enda verði ekki talið að það að afla samþykkis, eða a.m.k. veita andmælarétt, fyrir fjarskiptum fyrir beina markaðssetningu vegi að tilvist stjórnmalafélaga eða feli í sér óeðlileg afskipti stjórnvalda af starfi þeirra. Sér í lagi þegar litið sé til þess að slíkt samþykki skuli veitt af einstaklingnum sjálfum sem einnig hafi stjórnarskrárvarinn rétt til friðhelgi einkalífs. Fallast má á framangreind sjónarmið PFS sem þó byggjast á þeirri ályktun að fyrirfram samþykki kvartanda lægi ekki fyrir.

Kvartandi gekk í eitt aðildarfélag kæranda árið 2003. Er óumdeilt í málinu að við það tækifæri hafi hann gefið upp símanúmer sitt. Ekki skiptir máli við úrlausn þessa máls hvort um er að ræða aðildarfélög stjórnmalaflokks eða það félag sem í fyrirsvari er fyrir stjórnmalasamtökin í heild sinni. Verður því ekki byggt á því að réttarstaða kvartanda ráðist af því hvort hann hafi skráð sig í ungliðahreyfingu kæranda eða heildarsamtök, enda sé kærandi í fyrirsvari fyrir öll aðildarfélög sín eins og mál þetta er vaxið.

Lagt er til grundvallar í stjórnskipun réttarríkja að stjórnmalaflokkar gegna lykilhlutverki sem helstu gerendur í stjórnmalakerfi lýðræðisríkja. Stjórnmalaflokkar eru frjáls félagasamtök sem stofnuð eru um tiltekin stefnumál eða skoðanir, en ein af forsendum lýðræðisins er að frjáls starfsemi um stjórnmalaskoðanir fái að þrífast. Af þeirri ástæðu og með vísan til 73. gr. og 74. gr. stjórnarskrárinnar njóta stjórnmalaflokkar stjórnskipulegrar verndar sem sérstaklega mikilvægar félagagerðir í lýðræðisríki. Félagsmenn stjórnmalasamtaka eru með lýðræðislegum hætti að reyna að hafa áhrif á samfélagslegar ákvarðanir, stjórn og stefnumótun, bæði á landsvísu og innan einstakra sveitarfélaga.

Ætla verður að þeim sem taka þátt í starfi stjórnmalasamtaka sé ljós tilgangur og sérstök staða slíkra samtaka. Með félagsaðild verður einnig að ætla að stjórnmalaflokkum, sé heimilt að hafa samskipti við félagsmenn sína og að slík samskipti brjóti því almennt ekki í bága við 46. gr. fjarskiptalaga nema annað sér berlega leitt í ljós. Sú vernd sem 46. gr. fjarskiptalaga er ætlað að skapa leysir stjórnvöld ekki undan þeirri skyldu að meta aðstæður í hverju máli. Í hinni kærðu ákvörðun er áréttað að miðlun og vinnsla persónuupplýsinga heyri ekki undir ákvæði fjarskiptalaga og því ekki heldur valdsvið PFS. Telja verður að ekki sé gengið gegn þeirri vernd, sem fjarskiptalögum er ætlað að skapa, þótt þær kröfur séu gerðar til félagsmanna í stjórnmalaflokkum að þeir segi sig úr þeim með skýrum hætti og afturkalli þar með þær heimildir sem veittar hafa verið til samskipta, kjósi þeir svo.

Vegna þessa mikilvægis stjórnmalasamtaka bar PFS að taka til sérstakrar skoðunar og meta á grundvelli 10. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, hvort óyggjandi væri að ekki væri fyrir hendi samþykki kvartanda. Lítur úrskurðarnefndin þá einnig til þess að skráning á sér stað árið 2003 í gildistíð eldri laga og gögn málsins styðja eindregið þá ályktun að kvartandi hafi við það tækifæri veitt símanúmer sitt af fúsum og frjálsum vilja. Gat honum ekki dulist í hvaða tilgangi óskað var eftir upplýsingum um símanúmer. Í málinu hefur ekki verið sýnt fram á með óyggjandi hætti að slíkt samþykki hafi verið afturkallað.

Þá telur úrskurðarnefndin að í ljósi meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, hafi PFS borið að fjalla um starfsemi og sérstaka stöðu kæranda og tilgang hans. Ekki verður talið að þau atvik sem um er deilt í málinu feli í sér starfsemi sem sé í ósamræmi við tilgang og markmið stjórnmalasamtaka.

Þá telur úrskurðarnefndin að 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga verði ekki slitin úr samhengi við önnur efnisákvæði greinarinnar. Ekki sé hægt að líta öðru vísi á nefnda 5. mgr. en að félagsmaður í félagi geti veitt því fyrirfram heimild til að nýta almenna tal- og farsímaþjónustu, jafnvel þótt viðkomandi félagsmaður hafi kosið að nýta heimild 5. mgr. 46. gr. til að komast hjá markaðssetningu þriðja aðila. Kemst PFS að efnislega sömu niðurstöðu í ákvörðun sinni. Að fengu slíku fyrirfram samþykki félagsmanna verður þess ekki krafist af félagasamtökum að þau kanni sérstaklega hvort félagsmenn nýti sér almenna heimild 5. mgr. 46. fjarskiptalaga, til bannmerkinga. PFS telur að kærandi hafi ekki getað sýnt fram á að sérstakt samþykki hafi legið fyrir frá kvartanda, en með vísan til framangreindrar umfjöllunar, sbr. og 10. gr. og 12. gr. stjórnsýslulaga, verður talið að í málinu hafi ekki verið útilokað að kærandi hafi haft samþykki kvartanda og ekki hafi verið sýnt fram á að slíkt samþykki hafi verið afturkallað með óyggjandi hætti.

Telur úrskurðarnefndin þegar af þeirri ástæðu að í málinu hafi ekki verið útilokað að kærandi hafi haft fyrirfram samþykki kvartanda, sem ekki hafi verið afturkallað, fyrir

fjarskiptum, sem falla undir 1. og 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Úrskurðarnefndin telur af þeirri ástæðu verði að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi.

3.

Í málinu greinir kæranda og PFS á um hvort málsatvik séu með þeim hætti að þau feli í sér beina markaðssetningu eða lið í markaðssetningu, samkvæmt 1. og 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, þar sem hvorki hafi verið um beina markaðssetningu að ræða né lið í markaðssetningu. Í ljósi niðurstöðu úrskurðarnefndarinnar kemur sá þáttur ekki til frekari skoðunar.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2008.

V. Úrskurðarorð

Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 13/2015, um óbeðin fjarskipti Sjálfstæðisflokksins, er felld úr gildi.

Málskostnaður nefndarinnar er 1.680.000 kr. og greiðist samkvæmt niðurstöðu málsins að öllu leyti úr ríkissjóði.

Reykjavík, 9. júní 2016

Þórður Bogason

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring