

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta-og póstmála
í máli nr. 2/2013,
kæra X¹
á ákvörðun
Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 11/2013.

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Þann 9. júlí 2013 barst úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála kæra X² vegna ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 11/2013, frá 26. júní 2013, vegna óumbeðinna fjarskipta Wow Air ehf. (Wow Air).

Í hinni kærðu ákvörðun er annars vegar kveðið á um að Wow Air hafi brotið gegn ákvæði 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti, þegar félagið sendi kæranda tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang hans þann 14. janúar 2014 eftir að hann hafði afþakkað slíkan póst. Hins vegar var talið að samþykki hans hafi legið fyrir slíkum tölvupóstum sem sendir voru 25. október og 2. nóvember 2012 og ákveðið að með þeim tölvupóstsendingum hafi Wow Air ekki brotið gegn framangreindu ákvæði laga um fjarskipti. Síðarnefndi hluti ákvörðunar PFS er hin kærða ákvörðun í máli þessu.

Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

PFS krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II. Helstu málsatvik

Mál þetta má rekja til tveggja tölvupósta Wow Air á netfang kæranda. Kærandi telur að hann hafi ekki heimilað Wow Air að nota netfang hans fyrir markaðsstarf sitt og að um sé að ræða markaðssetningu sem brjóti í bága við 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti.

Í hinni kærðu ákvörðun er gengið út frá því að upphafleg samskipti aðila hafi komist á í gegnum bókunarferli við bókun kæranda á flugi hjá Iceland Express. Við farmiðakaup í gegnum bókunarkerfi Iceland Express hafi kærandi veitt upplýst samþykki fyrir því að félagið gæti notað tölvupóstfang hans fyrir beina markaðssetningu. Um þetta segir í hinni kærðu ákvörðun að í fylgiskjali við hana megi sjá að sérstaklega þurfi að merkja við reit til að fá send tilboð frá félaginu. Slíkt sé í samræmi við kröfu laga um fjarskipti um upplýst samþykki fyrir að fá sendan tölvupóst sem feli í sér beina markaðssetningu.

¹ Fellt út vegna trúnaðar.

² Fellt út vegna trúnaðar.

Þá kemur fram í hinni kærðu ákvörðun að Wow Air hafi tekið yfir starfsemi Iceland Express og hafi Samkeppniseftirlitið samþykkt þann samruna. Yfirfærsla persónuupplýsinga frá Iceland Express til Wow Air hafi því ekki brotið í bága við ákvæði 46. gr. laga um fjarskipti. Notkun Wow Air á netfangi kæranda fyrir beina markaðssetningu á grundvelli samþykkis sem hann hafi veitt Iceland Express hafi ekki brotið gegn ákvæðum fjarskiptalaga.

III. Helstu málsástæður kæranda

Kærandi neitar því að hafa veitt samþykki sitt fyrir notkun á tölvupóstfangi hans fyrir beina markaðssetningu. Hann kveðst fullviss um að hann hafi aldrei hakað við jáyrði um að verða settur á póstlista hjá Iceland Express. Eina leiðin til að slíkt hafi átt sér stað sé að það hafi verið sjálfgefið, þ.e. fyrirfram hakað í jáið, við farmiðakaup á netinu og að honum hafi láðst að afnema hakið. Slíkt sé óheimilt. Sönnunarbyrði um hvernig þessu hafi verið háttáð hjá Iceland Express á sínum tíma hvíli samkvæmt venjulegum sönnunarreglum á Wow Air en hún hafi ekki tekist. Málsástæðu Wow Air um að samskipti hans við félagið hafi eyðst úr tölvukerfinu 22. janúar 2013, þegar hann hafi verið tekin út af póstlista félagsins, telur kærandi ótrúverðuga og að á henni verði ekki byggt enda sé það alkunna að upplýsingar fari ekki endanlega út úr tölvukerfi þótt þeim sé eytt.

Kærandi telur að PFS hafi mistúlkað svar hans um að hann kynni að hafa samþykkt tölvupóstsendingar með því að hafa ekki tekið eftir fyrirfram hökuðu jáyrði við flugmiðakaup á netinu. Ekki sé um viðurkenningu á því að hann hafi í raun veitt samþykki sitt með „póstitívri“ aðgerð. Mistúlkunin verði síðan undirrót niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar sem kærandi telur ranga.

Loks telur kærandi að kaup á „afmörkuðum innmat félags“ geti aldrei talist samruni tveggja félaga. Með slíkri niðurstöðu sé verið að skapa fordæmi fyrir þeim möguleika, að kaupa aðeins út úr félögum nafnaskrár viðskiptavina, til að geta stundað óumbeðnar sendingar tölvupósta til þeirra og sniðganga þannig lögin. Ljóst sé að Iceland Express hafi ekki verið keypt og sameinað Wow Air enda hafi hið fyrrnefnda félag verið úrskurðað gjaldþrota án þess að það síðarnefnda færi þá einnig til skiptameðferðar.

IV. Helstu málsástæður PFS

Í greinargerð PFS vegna kærunnar, dags 17. september 2013, víkur PFS að forsendum hinnar kærðu ákvörðunar, þ.e. eyðingu gagna hjá Wow Air og yfirfærslu á upplýsingum um tölvupóstfang hans til Wow Air.

Samþykki fyrir skráningu á póstlista og eyðing gagna;

PFS bendir á að samkvæmt upplýsingum frá Wow Air komi fram að hjá Iceland Express hafi verið hægt að skrá sig á þrjá vegu á póstlista félagsins og sé einn möguleiki

skráningar í gegnum bókunarferli. Á skjáskoti af skilmálum Iceland Express við bókun flugs, sem fylgdi hinni kærðu ákvörðun, hafi mátt sjá að við spurninguna um hvort óskað sé eftir tölvupósti frá félaginu sé fyrirfram hakað við valmöguleikann „*Nei mér leiðast tölvupóstar*“ og hafi því ekki verið um að ræða að fyrirfram hafi verið hakað við valmöguleikann um samþykki.

PFS telur að með orðum kæranda, að vera megi að hann hafi „gengið í gildru bókunarferils Iceland Express“ og [sé] það miður“ hafi hann viðurkennt þann möguleika að hafa veitt samþykki sitt fyrir því að móttaka tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu í bókunarferli Iceland Express.

Þau gögn sem legið hafi fyrir við töku hinnar kærðu ákvörðunar sýni að mati PFS að næg sönnun hafi fengist fyrir því að Iceland Express hafi fengið samþykki fyrir útsendingu slíkra sendinga með fullnægjandi hætti og í samræmi við 46. gr. fjarskiptalaga, enda sýni gögn frá Wow Air að öflun samþykkis í bókunarferli Iceland Express hafi verið í samræmi við ákvæðið. Mótmælir PFS því að stofnunin hafi viðhaft rangt sönnunarmat við ákvörðunartöku miðað við þann framburð kæranda sem fyrir hafi legið.

Með vísan til framangreinds telur PFS að eyðing umbeðinna gagna hafi ekki grundvallar þýðingu við sönnunarmat í málinu. PFS hafi ekki forsendur til að efast um réttmæti upplýsinga frá Wow Air um að gögnum um ætlað samþykki kæranda hafi verið eytt þegar hann hafi verið fjarlægður af útsendingarlista félagsins fyrir beina markaðssetningu. Ákvæði fjarskiptalaga leggi ekki þá kröfu á aðila að varðveita slíkar upplýsingar.

Þá telur PFS að með málflutningi kæranda fyrir úrskurðarnefndinni sé kærandi að draga til baka fyrri framburð sinn um að hann hafi mögulega veitt samþykki fyrir móttöku tölvupóstsendinga fyrir beina markaðssetningu. PFS telur málflutning kæranda villandi að þessu leyti og stangast á við þau gögn sem fyrir liggi í málinu og hafi m.a. verið forsenda fyrir niðurstöðu stofnunarinnar. PFS telur það ekki geta staðist að kærandi geti breytt framburði sínum í kærumáli á æðra stjórnarsýslustigi og fengið hina kærðu ákvörðun ógilta.

Yfirfærsla til Wow Air;

PFS kveður ljóst að stofnunin hafi ekki valdheimildir til að kveða á um hvort skilyrði sem ákvæði samkeppnislaga setji fyrir samruna félaga séu uppfyllt eða ekki. Þar til bært stjórnvald, Samkeppniseftirlitið, hafi talið samruna Iceland Express og Wow Air lögmætan. Þá sé Persónuvernd lögbært stjórnvald til að fjalla um yfirfærslu á persónuupplýsingum við lögmætan samruna. PFS geti því ekki efast um gildi ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins um lögmæti samrunans né hvort skilyrði persónuverndarlaga séu uppfyllt enda skorti stofnunina valdheimildir til slíks.

Í ljósi alls framangreinds óskar PFS eftir að úrskurðarnefnd meti lögmæti hinnar kærðu ákvörðunar á grundvelli þeirra gagna sem fyrir hafi legið við töku hennar og staðfesti hana, enda sé ákvörðunin, að mati PFS, ekki haldin neinum annmörkum að lögum sem geti leitt til ógildingar hennar. PFS bendir jafnframt á að forsendur geti verið fyrir kæranda að óska eftir endurupptöku málsins á grundvelli 24. gr. stjórnslulaga enda hafi kæran að geyma nýjar upplýsingar þar sem dregin sé til baka fyrri framburður kæranda sem geti haft verulega þýðingu á niðurstöðu málsins.

V. Afstaða og upplýsingar Wow Air

Í bréfi úrskurðarnefndar til Wow Air, dags. 2. október 2013 er vakin athygli á því að umrætt skjáskot af bókunarferli Iceland Express beri ekki með sér frá hvaða tíma það sé. Óskað var eftir upplýsingum frá félaginu um hvort skráningarmöguleikar í bókunarferli Iceland Express og Wow Air hafi alltaf verið með þeim hætti sem þar komi fram. Ef önnur form hafi verið notuð var óskað eftir upplýsingum um þau, auk þess sem óskað var eftir upplýsingum um núverandi form netbókana.

Í athugasemdum Wow Air, dags. 22. október 2013, kemur m.a. fram að félagið mótmæli málatilbúnaði kæranda og ítreki þau sjónarmið sem áður hafi komi fram. Félagið krefst þess að hin kærða ákvörðun verið staðfest og að kæranda verði gert að greiða málskostnað í samræmi við 12. gr. reglugerðar nr. 36/2009.

Félagið kveðst hafa orðið við öllum beiðnum kæranda og PFS, þ.m.t. beiðni kæranda um að fjarlægja netfang hans af póstlista Wow Air og hafi það verið gert þann 22. janúar sl. Félagið hafi veitt ítarlegar upplýsingar um það skráningarkerfi sem Iceland Express hafi notað og Wow Air noti nú. Wow Air telur umræddar upplýsingar staðfesta að kærandi hafi veitt sérstakt samþykki fyrir því að honum yrðu sendar upplýsingar um þjónustu þegar hann hafi átt í viðskiptum við Iceland Express á netinu. Wow Air hafi tekið yfir og viðhaldið þjónustu við viðskiptavinum Iceland Express sem veitt hafi slíkt samþykki.

Þá telur Wow Air að fyrir liggi hvernig samþykkis viðskiptavina hafi verið aflað hjá Iceland Express og ljóst að það sama hafi gilt um kæranda. Það komi ekki að sök þótt tölvupóstfangi kæranda og áskriftarsögu hans hafi verið eytt í tengslum við afskráningu hans, en slíkt sé iðulega gert þegar viðskiptamenn séu afskráðir og ekkert óeðlilegt við það að mati Wow Air.

Wow Air telur að fyrir liggi að samþykkis kæranda hafi verið aflað fyrir skráningu á póstlista þegar hann hafi pantað flug á netinu í gegnum bókunarferli Iceland Express. Á skjáskoti megi sjá að fyrirfram hafi verið hakað í valmöguleikann „*nei mér leiðast tölvupóstar*“. Viðskiptavinir sem keypt hafi farmiða á netinu hafi orðið að haka sérstaklega í hinn valmöguleikann, þ.e. „*Já ég vil komast í klúbbinn*“, til þess að netföng

þeirra yrðu hluti af póstlistanum. Fullyrðing kæranda um að hann hafi aldrei hakað við jáyrði um að vera settur á póstlista fái því ekki staðist. Að auki hafi kærandi fram til þessa ekki talið sér fært að fullyrða með svo afgerandi hætti um að hann hafi aldrei hakað í þar til gerðan reit fyrir samþykki um að færast á póstlista og sé því um nýja fullyrðingu að ræða líkt og rakið sé í greinargerð PFS. Þá liggi fyrir að kærandi hafi undir rekstri málsins orðið að draga til baka fullyrðingu um óheimila notkun á netfangi eiginkonu sinnar, sem óumdeilanlega hafi reynst röng.

Wow Air tekur undir með PFS, að það sé ekki svo að sönnunarkröfum sé snúið við í málum sem þessum. Félagið vill einnig árétta að kæranda hafi frá upphafi verið mögulegt að afskrá sig með einföldum hætti og sér að kostnaðarlausu, en í hverjum tölvupósti sem hann hafi mótttekið frá Iceland Express og síðar Wow Air, hafi verið að finna tengil sem afskráði viðkomandi sjálfvirkt úr skráningarkerfinu, ef hann var nýttur. Það sé því ljóst að uppfyllt voru bæði skilyrði 2. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga, þ.e. annars vegar að kæranda var gefin kostur á að andmæla notkun tölvupósts hans þegar skráning hafi átt sér stað í upphafi og hins vegar í hvert skipti sem skilaboð voru send til hans.

Hvað varðar fyrirspurn úrskurðarnefndar til Wow Air þá kveðst félagið ekki geta svarað því hvort að skráningarmöguleikar í bókunarferli Iceland Express hafi alltaf verið með þeim hætti og fram kemur í skjáskoti enda hafi félagið ekki upplýsingar um það. Wow Air gerir hins vegar ekki ráð fyrir öðru en að skráningarmöguleikar hafi alltaf verið með þessum hætti hjá Iceland Express. Félagið geti aftur á móti staðfest að skráningarmöguleikar Wow Air hafi verið þeir sömu frá því félagið tók yfir rekstur Iceland Express. Athugasemdum Wow Air fylgdu skjáskot af núverandi formi netbókana hjá félaginu. Áréttað er að samþykki kæranda fyrir þeim sendingum sem um ræði í málinu hafi verið aflað í bókunarferli Iceland Express sem áður hafi verið lýst.

VI. Frekari athugasemdir kæranda

Í frekari athugasemdum kæranda, dags. 8. október sl., ítrekar hann þá afstöðu sína að sá sem stundi markaðssetningu og hafi af henni fjárhagslegan ávinning beri sönnunarbyrðina um að farið hafi verið að réttum leikreglum. Varðveisluskylda á gögnum og full sönnunarbyrði gegn málsatvikum, sem kvörtunarþoli vilji byggja á, hljóti að hvíla á þeim sem markaðssetninguna stundi en ekki á þeim sem hugsanlega sæti broti.

Kærandi kveður það að nokkru leyti rétt að hann hafi ekki fyrr véfengt skjáskotin. Til að taka af allan vafa þá kveðst hann ekki treysta þeim og hafnar þeim þar af leiðandi. Skjáskotin hafi verið illlæsileg en þó hafi mátt greina að þau hafi tilheyrt Wow Air og séu ýmist ódagsett eða dagsett á árinu 2013. Ekkert sanni, að mati kæranda að þau hafi verið svona, þegar upptaka nafns hans á póstlista hafi átt sér stað. Kærandi telur hugsanlegt að

skjámyndinni hafi verið breytt yfir í að hafa neið-ið sjálfgefið, enda ekki ólíklegt að Iceland Express hafi á einhverju stigi betrubætt kerfi sín að þessu leyti. Notkun þessara síðari skjáskota sem fullgildra sönnunargagna í ágreiningsmáli á sviði stjórnsýslunnar telur kærandi fráleita og mótmælir þessum gögnum sem röngum og að engu hafandi. Eina raunverulega sönnunargagnið að mati kæranda væri skjáskot frá því atviki þegar hann er talinn hafa óskað eftir að fara á póstlistann.

Kærandi áréttar að hann hafi aldrei með jákvæðum athöfnum beðið um að hann yrði settur á útsendingaskrár hjá Iceland Express eða Wow Air. Upptaka nafns hans hafi annað hvort farið fram með þeim hætti að honum hafi yfirsést að taka sjálfgefið já af eða þá að starfsmenn félaganna hafi sett hann á skrána með öðrum hætti á grundvelli farmiðakaupa.

Hvað varðar yfirfærslu persónuupplýsinga Wow Air þá lýsir kærandi skilningi á rökstuðningi PFS að því leyti að það ágreiningsefni eigi almennt eftir atvikum undir Persónuvernd, hvort slík gögn megi færast á milli aðila við eiginlegan og lögmætan samruna. Kærandi efast þó um að samruni Wow Air og Iceland Express hafi verið lögmætur enda hafi Iceland Express verið tekið til gjaldþrotaskipta en Wow Air ekki. Eingöngu hafi verið um sölu á innmat, þ.e. persónulegum upplýsingum, að ræða.

VII. Niðurstöður

1.

Í máli þessu er deilt um hvort kærandi hafi veitt samþykki sitt fyrir beinni markaðssetningu Wow Air á tölvupóstfangi sínu eða hjá forvera fyrirtækisins Iceland Express.

Kærandi telur sig ekki hafa veitt samþykki sitt fyrir umræddri markaðssetningu, hvorki til Wow Air né forvera þess Iceland Express og að upplýsingar um netföng geti ekki verið andlag samruna félaga.

PFS telur gögn málsins sýna að Iceland Express hafi með fullnægjandi hætti fengið samþykki fyrir notkun tölvupóstfangs kæranda fyrir markaðssetningu félagsins. Þá telur PFS að með samruna Wow Air og Iceland Express hafi Wow Air öðlast sömu réttindi og Iceland Express hafi áður átt.

2.

Samkvæmt 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti er notkun tölvupósts, þ.m.t. rafrænna skilaboða, SMS og MMS, fyrir beina markaðssetningu, einungis heimil þegar áskrifandi hefur veitt samþykki sitt fyrirfram. Þó 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 viðskiptavinur í upphafi ekki hafnað slíkri notkun. Að öðru leyti eru óumbeðin fjarskipti í formi beinnar markaðssetningar óheimil til þeirra áskrifenda sem óska ekki eftir að taka á móti þeim.

Í máli þessu er óumdeilt að kærandi hefur fengið tölvupósta frá Wow Air þar sem um beina markaðssetningu er að ræða, þ.e. sölu á ferðum með Wow Air. Slíkar sendingar eru því aðeins heimilar að viðtakandi hafi fyrirfram veitt samþykki fyrir þeim. Í hinni kærðu ákvörðun er fjallað um hvað felist í fyrirfram samþykki í skilningi ákvæðisins. Er þar m.a. vísað til tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/58/EB, um vinnslu persónuupplýsinga og verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta. Fram kemur að samþykki sem veitt sé með því að haka í til þess gerðan reit geti talist samþykki í skilningi ákvæðisins. Samþykkið verður því að fela í sér ákveðna athöfn af hálfu viðkomandi. Reitir sem eru útfylltir þannig að viðtakandi verður að eyða merkingu sendanda um samþykki, uppfylla ekki skilyrði fyrir samþykki. Ekki er deilt um þessa túlkun ákvæðisins í máli þessu. Ágreiningurinn í málinu snýr að því hvort samþykki kæranda í framangreindum skilningi hafi legið fyrir.

Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun taldi PFS sannað að kvartandi hefði við farmiðakaup í gegnum bókunarkerfi Iceland Express veitt upplýst samþykki fyrir því að félagið gæti notað tölvupóstfang hans fyrir beina markaðssetningu, sbr. 1. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga. Með því hafi stofnast heimild fyrir Iceland Express fyrir sendingu slíkra tölvupósta á netfang kæranda. Þessi afstaða PFS er ítrekuð í athugasemdum stofnunarinnar til úrskurðarnefndar. Í hinni kærðu ákvörðun er jafnframt vísað til þess að kærandi hafi ekki útilokað að hann hafi í raun veitt samþykki sitt. Þetta sjónarmið er einnig ítrekað í athugasemdum PFS. Þar kemur fram að orð kæranda um að vera meggi að hann hafi „gengið í gildru bókunarferils Iceland Express ehf., og [sé] það miður“, verði ekki skilin öðruvísi en svo að hann viðurkenni þann möguleika að hafa veitt samþykki sitt fyrir móttöku tölvupóstsendinga fyrir beina markaðssetningu í bókunarferli Iceland Express.

Kærandi mótmælir þessari túlkun orða hans. Í þeim felist ekki viðurkenning á því að hafa veitt samþykki sitt með „pósítívri“ aðgerð heldur að honum kunni að hafa láðst að eyða fyrirfram skráðu samþykki í almennum skilmálum bókunarferilsins.

Úrskurðarnefnd telur að við túlkun tilvitnaðra orða kæranda verði ekki litið framhjá fullyrðingu hans í gögnum málsins um að hann hafi ekki veitt samþykki fyrir notkun tölvupóstfangs og að ætlað samþykki hans sé tengt því að breyta þurfi fyrirfram skráðum valmöguleika. Er það mat úrskurðarnefndar að niðurstaða í málinu verði ekki á því byggð að kærandi hafi viðurkennt að hafa veitt samþykki fyrir slíkri notkun hjá Iceland Express.

3.

Kærandi mótmælir því einnig að hafa veitt samþykki sitt fyrir tölvupóstum Wow Air. Liggur því fyrir að skoða gögn málsins m.t.t. þess hvort þær kröfur sem gerðar eru til samþykkis samkvæmt 46. gr. laga um fjarskipti eru uppfylltar, en hér er um að ræða upplýsingar um málsatvik sem hafa verulega þýðingu fyrir úrlausn málsins.

Í hinni kærðu ákvörðun er stuðst við skjáskot af bókunarferli Iceland Express. Um er að ræða almenna skjámynd þar sem annars vegar má sjá hvernig skráningu í netklúbb var háttað og hins vegar hvernig skráning í bókunarferlinu hjá Iceland Express fór fram. Í bréfi frá Wow Air til PFS, dags. 23. janúar 2013, kemur fram að fyrirtækið notist við sama skráningarkerfi.

Af skjáskoti af skráningu í bókunarferli má sjá að í reit, sem ber yfirskriftina „*Já takk, ég vil gjarnan fá send tilboð frá Iceland Express*“, eru gefnir tveir möguleikar: „*Já, ég vil komast í klúbbinn*“ og „*Nei mér leiðast tölvupóstar*“. Á skjáskotinu er búið að haka við síðari valmöguleikann, þar sem tilboð frá Iceland Express eru afþökkuð. Þessar upplýsingar eru lagðar til grundvallar niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar enda sýni þær að kærandi hafi þurft að merkja sérstaklega við að hann veiti samþykki fyrir tölvupóstsendingum á netfang hans. Kröfum 46. gr. laga nr. 81/2003 um upplýst samþykki sé því fullnægt.

Hvorugt skjáskotið er tengt kæranda með beinum hætti, þ.e. myndirnar sýna ekki skráningu kæranda eða bókun hans. Á hvorugu skjáskotinu kemur fram dagsetning sem sýnir frá hvaða tíma þau eru.

Í hinni kærðu ákvörðun er þess getið að gögnum sem varða netfang og áskriftarsögu kæranda hafi verið eytt hjá Wow Air þegar netfang hans var tekið af lista félagsins. Af þeim sökum sé ekki unnt að leggja fram gögn sem sýni samþykki hans fyrir því að fá tölvupóstsendingar. Í ákvörðuninni kemur einnig fram að kærandi hafi ekki mótmælt umræddum skjáskotum og að PFS hafi ekki forsendur til þess að efast um réttleika þeirra. Þar kemur hins vegar ekki fram að PFS hafi óskað eftir staðfestingu á því að umrædd skjáskot stafi frá þeim tíma sem kærandi átti viðskipti við Iceland Express. Úrskurðarnefnd telur að slík upplýsingaöflun hefði samræmst betur rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

PFS lagði framangreindar upplýsingar til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun við mat sitt á því hvort kærandi hefði veitt upplýst samþykki fyrir því að Iceland Express gæti notað tölvupóstfang hans fyrir beina markaðssetningu, sbr. 1. mgr. 46. gr. laga um fjarskipti. Í athugasemdum PFS til úrskurðarnefndar kemur fram það mat stofnunarinnar að með þeim hafi fengist næg sönnun fyrir upplýstu samþykki kæranda í

skilningi ákvæðisins og er því mótmælt að stofnunin hafi viðhaft rangt sönnunarmat í málinu við ákvörðunartöku, miðað við þann framburð kæranda sem lá fyrir í málinu.

Eins og áður segir, fellst úrskurðarnefnd ekki á þá túlkun PFS að kærandi hafi viðurkennt að hafa veitt samþykki sitt fyrir að fá tölvupóstsendingar frá Iceland Express í markaðslegum tilgangi. Verður túlkun PFS að því leyti ekki lögð til grundvallar við mat á umræddum gögnum. Í þessum gögnum er, eins og áður segir, ódagsett almennt sýnishorn af bókunarferli hjá Iceland Express. Er það mat úrskurðarnefndar að þessar upplýsingar sýni ekki með fullnægjandi hætti hvernig óskað var eftir afstöðu kæranda til þess hvort hann óskaði eftir að fá send tilboð frá Iceland Express. Wow Air, sem sendi kæranda tölvupóst í markaðslegum tilgangi, lagði ekki fram önnur gögn um þetta atriði. Gera verður þá kröfu til Wow Air, sem stundar beint markaðsstarf með þeim hætti sem hér um ræðir, að félagið varðveiti samþykki áskrifenda sem þeir byggja rétt sinn til tölvupóstsendinga á. Upplýsingar um að gögnum á tiltekin tölvupóstföng hafi verið eytt hefur ekki áhrif á kröfu um að félagið geti sýnt fram á að samþykki kæranda hafi legið fyrir enda þótt ákvæði fjarskiptalaga leggi ekki slíka kröfu á aðila. Að mati úrskurðarnefndar lá því ekki fyrir við töku hinnar kærðu ákvörðunar hvort jákvætt svar við þeirri spurningu krafðist athafnar af hálfu kæranda.

Svör Wow Air við fyrirspurn úrskurðarnefndar veita ekki frekari upplýsingar um þetta atriði. Þar kemur fram að félagið geti ekki svarað því hvort skráningarmöguleikar í bókunarferli Iceland Express hafi alltaf verið með sama hætti og fram kemur í umræddu skjáskoti. Það geri hins vegar ráð fyrir að skráningarmöguleikar hafi alltaf verið með þeim hætti sem þar komi fram.

Í athugasemdum Wow Air til úrskurðarnefndar er tekið fram að skráningarmöguleikar í bókunarferli hafi verið þeir sömu frá því félagið tók yfir rekstur Iceland Express. Þeim fylgdu skjáskot af núverandi formi netbókana hjá Wow Air. Samkvæmt þeim geta viðskiptavinir við bókun flugs óskað eftir staðfestingu skráningar með smáskilaboðum með því að haka í þar til gerðan reit. Þar er einnig reitur þar sem viðskiptavinir staðfesta að þeir hafi kynnt sér ferðaskilmála. Loks er þar reitur þar sem hakað hefur verið við um skráningu í netklúbb. Á þessu skjáskoti er ekki boðið upp á frekari þjónustu. Þar er því ekki gefinn kostur á að fá send tilboð í tölvupósti eins og fram kom á skjáskoti því sem fyrir lá við töku hinar kærðu ákvörðunar.

Úrskurðarnefnd telur framangreindar upplýsingar sýna að bókunarferli Wow Air hafi ekki alltaf verið það sama og hjá Iceland Express frá því að þeir tóku yfir rekstur þess. Auk þess má sjá á skjáskoti Wow Air að gefa þarf upp netfang þess sem bókar og fyrirfram hefur verið hakað við skráningu í netklúbb félagsins. Þegar haldið er áfram í bókunarferlinu er bókanda á næstu síðu boðið að velja flugsæti, næsta síða þar á eftir er greiðsla og að lokum staðfesting bókunar. Ljóst er að þarna er fyrirfram búið að haka við

samþykki um að ganga í netklúbb Wow Air. Samkvæmt núverandi bókunarferli virðist því þurfa að eyða merkingu um samþykki. Úrskurðarnefnd telur tilefni til að benda á að slíkt fyrirkomulag uppfyllir ekki skilyrði fyrir samþykki samkvæmt 46. gr. laga um fjarskipti. Að mati úrskurðarnefndar sýna þessar upplýsingar því ekki að fullnægjandi samþykki kæranda hafi legið fyrir þegar tölvupósturinn sem um ræðir í hinni kærðu ákvörðun var sendur honum.

Meginregla 46. gr. laga um fjarskipti er bann við tölvupóstsendingum fyrir beina markaðssetningu nema fyrirfram samþykki móttakanda liggi fyrir. Í ljósi þess að athafnaleysi um að afþakka ekki tölvupóstsendingar fyrir beina markaðssetningu felur ekki í sér ótvíræða yfirlýsingu um samþykki og að Wow Air hefur ekki sýnt fram á að kærandi hafi gefið slíkt samþykki, er það mat úrskurðarnefndar að ekki hafi legið fyrir samþykki kæranda fyrir tölvupóstsendingum fyrir beina markaðssetningu frá Wow Air.

4.

Í athugasemdum PFS til úrskurðarnefndar kemur fram að stofnunin telji að ekki fái staðist að málsaðili geti breytt framburði sínum í kærumáli á æðra stjórnarsýslustigi og fengið þannig stjórnvaldsákvörðun ógilta. Þá fer PFS fram á það að úrskurðarnefnd meti lögmæti hinnar kærðu ákvörðunar á grundvelli þeirra gagna sem fyrir lágu við töku hinnar kærðu ákvörðunar og staðfesti hana enda sé hún ekki haldin neinum annmörkum sem leitt geti til ógildingar hennar. PFS bendir jafnframt á að með nýjum framburði kæranda geti verið forsenda fyrir hann að óska eftir endurupptöku málsins en slík ósk verði að koma frá kæranda sjálfum, enda sé heimild til endurupptöku bundin við að fram komi beiðni frá aðila máls.

Með vísan til áðurgreindrar afstöðu úrskurðarnefndar til túlkunar PFS á gögnum málsins, þ.e. um viðurkenningu samþykkis af hálfu kæranda og hvort kærandi hafi samkvæmt skjáskoti veitt samþykki sitt í bókunarferli, verður ekki séð að staðhæfing PFS um að um nýjar upplýsingar sé að ræða eigi við rök að styðjast. Af þessu tilefni telur úrskurðarnefnd einnig rétt að taka fram að það er hlutverk nefndarinnar að leysa úr ágreiningsefnum sem fyrir hana eru lögð. Um meðferð mála hjá nefndinni fer m.a. eftir ákvæðum stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Nefndinni ber því m.a. að sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því, sbr. 10 gr. stjórnarsýslulaga, sbr. og 9. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Auk þess sem úrskurðarnefnd getur lagt annað mat á fyrirliggjandi upplýsingar, kunna við meðferð úrskurðarnefndar á kærumálum að koma fram upplýsingar sem ekki lágu fyrir hjá lægra settu stjórnvaldi. Hafi þær þýðingu fyrir meðferð málsins ber úrskurðarnefnd að leggja þær til grundvallar. Slíkar upplýsingar geta leitt til ógildingar eða endurskoðunar á ákvörðun lægra settra stjórnvaldsins, sbr. 26. gr. stjórnarsýslulaga.

Þá er rétt að taka fram að stjórnarsýslulög og óskráðar meginreglur stjórnarsýsluréttarins veita stjórnvöldum heimildir, aðrar en þá sem felst í rétti aðila máls til endurupptöku, sbr. 24. gr. laganna, til að færa mál í rétt horf telji þau að fram hafi komið upplýsingar sem hafi þýðingu fyrir niðurstöðu máls.

5.

Kærandi dregur í efa lögmæti samruna Iceland Express og Wow Air og telur að í raun hafi aðeins verið um að ræða kaup Wow Air á „afmörkuðum innmat“ Iceland Express. PFS bendir á að stofnunin hafi ekki valdheimildir til að kveða á um hvort skilyrði umrædds samruna séu uppfyllt eða ekki. Samkeppniseftirlitið sem bært stjórnvald hafi talið að um lögmætan samruna væri að ræða og því sé ekki hægt að efast um lögmæti hans.

Í 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 kemur fram að hlutverk PFS sé m.a. að stuðla að samkeppni á sviði póst-og fjarskiptaþjónustu og koma í veg fyrir óréttmæta viðskiptahætti. Síðan er nánar tilgreint með hvaða hætti PFS skuli stuðla að samkeppni á mörkuðum fjarskipta- og póstþjónustu. Samkeppnislög nr. 44/2005 hafa það að markmiði að efla virka samkeppni í viðskiptum og taka lögin til hvers konar atvinnustarfsemi án tillits til þess af hverjum hún er rekin. Af framangreindu má sjá að skörun getur aðeins orðið á verkaskiptingu PFS og Samkeppniseftirlitsins hvað varðar meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála.

Af ákvæðum samkeppnislaga og laga um Póst-og fjarskiptastofnun má sjá að samruni fyrirtækja í flugrekstri, eins og Iceland Express og Wow Air, heyrir undir Samkeppniseftirlitið. Reynir því ekki á leiðbeinandi reglur nr. 265/2001, sem PFS og Samkeppniseftirlitið hafa sett til að tryggja skýra verkaskiptingu hvað varðar meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála. Samkeppniseftirlitið hefur fallist á samrunann svo og að viðskiptasambönd og samningar fylgi þar með. Því tekur úrskurðarnefnd undir með PFS um að stofnunin hafi ekki heimildir til að endurmeta lögmæti samruna Wow Air og Iceland Express og þeim eignum sem með kaupum Wow Air fylgdi.

6.

Að teknu tilliti til alls framangreinds telur úrskurðarnefnd að ekki hafi verið sýnt fram á að samþykki kæranda um móttöku tölvupóstsendinga í markaðslegum tilgangi frá Wow Air hafi legið fyrir. Er það niðurstaða úrskurðarnefndar að Wow Air hafi brotið gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti.

Wow Air krefst þess að kæranda verði gert að greiða málskostnað í samræmi við 12. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála en kostnaður félagsins vegna málsins sé nú orðin um 300.000 kr.

Samkvæmt 1. mgr. 12. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd er málskostnaður kostnaður nefndarinnar sem verður til við kærumeðferð málsins hjá henni, að teknu tilliti til málskotsgjalds. Samkvæmt 2. mgr. skal sá málsaðili sem tapar máli að jafnaði greiða málskostnað nefndarinnar eins og hann er skilgreindur í 1. mgr.. Þó verður notendum fjarskiptaþjónustu og PFS ekki gert að greiða málskostnað. Úrskurðanefnd hefur því ekki heimild til þess að kveða á um að kærandi greiði kostnað annarra aðila. Kröfu Wow Air er því hafnað.

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 nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun.

VIII. Úrskurðarorð

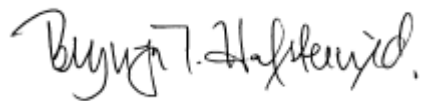
Wow Air braut gegn ákvæði 1. mgr. 46. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti þegar félagið sendi tölvupóst fyrir beina markaðssetningu á netfang kæranda þann 25. október og 2. nóvember 2012.

Málskostnaður nefndarinnar 742.000 kr. greiðist af ríkissjóði

Reykjavík, 31. október 2013.



Margrét Vala Kristjánsdóttir



Brynja I. Hafsteinsdóttir



Kirstín Þ. Flygenring