



AKOS

AGENCIJA ZA KOMUNIKACIJSKA
OMREŽJA IN STORITVE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Številka: 06106-111/2018/7

Datum: 11.12.2018

Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (v nadaljevanju: Agencija) izdaja na podlagi drugega odstavka 224. člena Zakona o elektronskih komunikacijah (Uradni list RS, št. 109/12, 110/13, 40/14 - ZIN-B in 54/14 - odl. US, 81/15 in 40/17 - v nadaljevanju ZEKom-1), ob uporabi določb Zakona o inšpekcijskem nadzoru (Uradni list RS, št. 43/2007 – UPB in 40/2014 - v nadaljevanju ZIN) in Zakona o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 24/2006-UPB2, 105/2006-ZUS-1, 126/2007, 65/2008, 47/2009 Odl.US: U-I-54/06-32 (48/2009 popr.), 8/2010 in 82/13 - v nadaljevanju ZUP), v postopku nadzora nad spoštovanjem obveznosti, določenih s 158. členom ZEKom-1, zoper družbo TELEMACH d.o.o., Brnčičeva 49a, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: zavezanica) po uradni dolžnosti izdaja naslednjo

ODLOČBO:

1. Zavezanica družba TELEMACH d.o.o., Brnčičeva 49a, 1000 Ljubljana, mora v roku 15 dni od prejema te odločbe odpraviti ugotovljene nepravilnosti v zvezi s pošiljanjem SMS sporočil z namenom neposrednega trženja in svojo bazo podatkov oziroma poslovanje urediti tako, da bodo takih SMS sporočil deležni zgolj tisti uporabniki, ki so za to prehodno podali soglasje, ne pa tudi tisti, ki takega soglasja niso podali oziroma so pošiljanje tovrstnih sporočil zavrnil.
3. Zavezanica mora najkasneje do izteka roka iz prve točke te odločbe agencijo obvestiti o sprejetih ukrepih v zvezi z izpolnitvijo obveznosti iz prve točke te odločbe.
4. Stroški v tem postopku niso nastali.

Obrazložitev:

Pooblaščenca oseba agencije je v predmetni zadevi obravnavala prijavo v zvezi s sumom kršitve 158. člena ZEKom-1. Prijavitelj je v prijavi navedel, da je sprva dne 2.4.2018 prejeto SMS sporočilo ignoriral, nato pa dne 13.4.2018 ob 13.23 uri iz telefonske številke z oznako Telemach (in končnim podpisom Vas Telemach) na telefonsko številko [REDACTED] (predplačniška številka) znova prejel SMS sporočilo z namenom neposrednega trženja brez njegovega predhodnega soglasja, v katerem ga je zavezanica vabila, da svoj predplačniški račun napolni s storitvijo FREE2GO za 10 EUR, pri tem pa naj bi prejel dodatnih 10 EUR bonusa, a naj uporabnik za prejemanje tovrstnih SMS sporočil nikoli ne bi dal soglasja. Prijavitelj naj bi tudi sicer na svoji številki [REDACTED] večkrat neuspešno telefonsko odjavil od prejemanja komercialnih sms sporočil, preden so ga odjavili.



Pooblaščenca oseba agencije je v postopku nadzora zavezanko pozvala, da se izjasni o prijaviteljevih navedbah in posreduje morebitne dokaze o njegovem soglasju za prejemanje tovrstnih SMS sporočil. Zavezanka je na poziv agencije pravočasno odgovorila, da se je uporabnik strinjal s Pogoji uporabe predplačniškega sistema Telemach z datumom veljavnosti 1.3.2016 oziroma je že s samim dejstvom uporabe storitve podal soglasje, da sme Telemach, vsaj do 25.5.2018, ko je začela uporabljati Splošna uredba EU o varstvu podatkov (GDPR), po lastni presoji uporabljati vse podatke, ki mu jih v okviru tega poslovnega sodelovanja posredujejo/ali pridobi zavezanec sam oziroma jih hraniti, obdelovati in uporabljati v vsebini in za časovno obdobje v skladu z namenom, s katerim jih pridobiva, hrani, obdeluje in uporablja – vsekakor v skladu z veljavnimi predpisi.

Prvi odstavek 158. člena ZEKom-1 določa, da je uporaba samodejnih klicnih in komunikacijskih sistemov za opravljanje klicev na naročnikovo telefonsko številko brez človekovega posredovanja (npr. klicni avtomati, SMS, MMS), telefaksov ali elektronske pošte za namene neposrednega trženja dovoljena samo na podlagi uporabnikovega predhodnega soglasja.

Zavezanka ima v šesti točki priloženih splošnih pogojev določeno, da bo Telemach podatke o uporabnikih zbiral, obdeloval in uporabljal v skladu z Zakonom o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-1) in drugimi predpisi o varovanju osebnih podatkov. Nadalje našteva, da bo pridobljene podatke uporabljal za medsebojno komunikacijo z uporabnikom, pripravo in izdajanje imenikov ob pisnem soglasju uporabnika ter za analize znotraj družbe Telemach in povezanih družb. Zavezanka tudi šteje, da uporabniki s samim dejstvom uporabe storitev tudi soglašajo, da sme Telemach v skladu z lastno presojo vse podatke, katere mu v okviru tega poslovnega sodelovanja posredujejo in/ali katere pridobi sam, pridobivati, hraniti, obdelovati in uporabljati v vsebini in za časovno obdobje v skladu z namenom, s katerim jih pridobiva, hrani, obdeluje in uporablja - vendar v vsakem primeru v skladu z veljavnimi predpisi. Nadalje podatke, ki jih predplačniški uporabnik posreduje Telemachu, da je obveščen o komercialnih akcijah in novostih v ponudbi, zavezanec šteje za poslovno skrivnost in se zavezuje, da jih bo varoval.

Pooblaščenca oseba agencije je po preučitvi vseh dejstev in dokazov odločila, da zavezanka ni prenesla dokaznega bremena glede trditve, da s prijaviteljevim soglasjem za pošiljanje sms sporočil z namenom neposrednega trženja razpolaga oziroma iz okoliščin zadeve izhaja, da zavezanka ne razpolaga z uporabnikovim predhodnim soglasjem za pošiljanje komercialnih sms sporočil. Med predpise, ki varujejo zasebne podatke (zasebnost podatkov), nedvomno spada 158. člen ZEKom-1, ki za zakonito uporabo številke uporabnika oziroma pošiljanje sms sporočil z namenom neposrednega trženja zahteva njegovo predhodno soglasje. Breme dokazovanja v primeru suma kršitve nosi vselej zavezanec sam, ki mora izkazati, da s takim soglasjem razpolaga, poleg tega je zavezančeva dolžnost, da ažurno vodi evidenco uporabnikov, ki so predhodno soglasje k prejemanju takih sporočil podali. Konkretnega dokazila, ki bi predhodno uporabnikovo soglasje za prejemanje sms sporočil z namenom neposrednega trženja, zavezanka v konkretni zadevi ni predložila.

Zavezankina interpretacija lastnih splošnih pogojev (?!), na katere se sklicuje v odgovoru na poziv – češ da sme po lastni presoji uporabljati vse podatke, ki mu jih v okviru poslovnega sodelovanja posredujejo/ali pridobi zavezanec sam oziroma jih hraniti, obdelovati in uporabljati v vsebini in za časovno obdobje v skladu z namenom, s katerim jih pridobiva, hrani, obdeluje in uporablja (v skladu z veljavnimi predpisi), bi lahko pomenila nedovoljeno vsebinsko širjenje interpretacije pojma obdelave osebnih podatkov, ki jo je po naravi stvari, pa tudi sodni praksi treba interpretirati restriktivno. Zavezanka sama ima v splošnih pogojih navedeno, da bo pridobljene osebne podatke uporabnikov uporabljala za medsebojno komunikacijo z uporabnikom, pripravo in izdajanje imenikov ob pisnem soglasju uporabnika ter za analize znotraj družbe Telemach in povezanih družb. Celo ob upoštevanju dejstva, da naj bi uporabniki s samim dejstvom uporabe storitev tudi soglašali, da sme Telemach v skladu z lastno presojo vse podatke, katere mu v okviru tega poslovnega sodelovanja posredujejo in/ali katere pridobi sam, pridobiti, hraniti, obdelovati in uporabljati v vsebini in za časovno obdobje v skladu z namenom, s katerim jih pridobiva, hrani, obdeluje in uporablja (vendar v vsakem primeru v skladu z veljavnimi predpisi), je potrebno upoštevati, da konkretnega namena pošiljanja sporočil z namenom neposrednega trženja ni navedenega med njimi. Na tak način se prijavitelj, pa tudi vsi drugi uporabniki, sploh ni mogel odločiti, ali se s prejemanjem komercialnih sms sporočil strinja. Če bi sprejeli zavezankino logiko, bi to poenostavljeno pomenilo, da lahko sleherna zavezanka, ki ima v splošnih pogojih naveden namen nek uporabe "po lastni presoji" z osebnimi podatki počela, karkoli bi si zaželela (ali bolje "sama presodila"). Kar je, da se razumemo, nedopustno.

Uporabnikovo soglasje za prejemanje sporočil z namenom neposrednega trženja mora biti namreč konkretizirano in ni dopustno, da ga zavezanka (samovoljno) šteje za podano na podlagi (pre)splošne formulacije v splošnih pogojih "po lastni presoji" uporablja osebne podatke, še posebno, kadar konkreten namen obravnave le – teh (uporaba telefonske številke za namen neposrednega trženja) ni izrecno naveden.

Ne glede na dejstvo, da je za obravnavanje kršitev varstva osebnih podatkov primarno pristojen IPRS, tovrstna argumentacija v kontekstu pridobivanja soglasja za prejemanje SMS sporočil s tržno vsebino – v tem okviru je za preganjanje kršiteljev pristojna Agencija - v vsakem primeru ne more prenesti resne presoje, saj ZEKom-1 v prvem odstavku 158. člena izrecno zahteva predhodno pridobljeno (ne domnevano) soglasje. Izjemo dovoljuje pri pošiljanju elektronske pošte z namenom neposrednega trženja (opisano višje), kar pa za uporabo telefonske številke oziroma pošiljanje komercialnih sms sporočil ne velja. Zavezankino ravnanje je tako v neposrednem nasprotju z določili ZEKom-1, samovoljno, onkraj meje dovoljenega pa širi tudi interpretacijo soglasja za uporabo (oziroma tovrstne uporabe osebnega podatka) številke uporabnikov za pošiljanje komercialnih sms sporočil.

Tako je agencija odločila, da je zavezanka s pošiljanjem sms sporočil z namenom neposrednega trženja brez uporabnikovega predhodnega soglasja kršila prvi odstavek 158. člena ZEKom-1 in ji naložila, da mora ugotovljene nepravilnosti odpraviti, v skladu z izrekom odločbe.

Pouk o pravnem sredstvu:

Zoper to odločbo je v skladu s 192. členom ZEKom-1 mogoče sprožiti upravni spor v roku 30 dni od prejema odločbe. Upravni spor se sproži s tožbo, ki se vloži pri Upravnem sodišču Republike Slovenije na sedežu v Ljubljani. Tožbo se lahko pošlje po pošti ali poda ustno na zapisnik pri sodišču. Tožbo se vloži v treh izvodih, priložiti pa je treba to odločbo v izvirniku ali v overjenem prepisu.

Takсна obveznost v skladu z 2. členom Zakona o upravnih taksah (Ur. l. RS, št. 42/2007-UPB3, 126/2007, s kasnejšimi spremembami in dopolnitvami, v nadaljevanju ZST-1) ni nastala.

Marko Mašleša
Pooblaščená oseba agencije



Odločbo vročiti:

-TELEMACH d.o.o., Brnčičeva 49a, 1000 Ljubljana, osebno (91. člen ZUP)