



NEYTENDASTOFA

Ákvörðun nr. 35/2014

Auglýsingar Gagnaveitu Reykjavíkur ehf.

I.

Erindið

Neytendastofu barst erindi Símans hf. með bréfi, dags. 27. nóvember 2013, þar sem kvartað er yfir auglýsingum Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. á heimasíðu og í fjölmiðlum. Í bréfinu segir að Gagnaveita Reykjavíkur hafi birt á heimasíðu sinni samanburð á Ljósneti Símans og Ljósleiðarapakka Vodafone. Einnig hafi samsvarandi auglýsingar verið birtar á öðrum netmiðlum, á prenti og í sjónvarpi. Hafi markaðsherferðin valdið Símanum umtalsverðu tjóni.

Síminn hafi skrásett Ljósnet sem vörumerki og lagt hefur verið í gríðarlegan kostnað við markaðsfærslu á vörumerkinu m.a. í auglýsingum í öllum helstu miðlum, þ.m.t. sjónvarpi.

Síminn telji að vöru þeirri sem fyrirtækið hafi selt og markaðssett undir heitinu Ljósnet, sé vísitandi og með ófyrirleitnum hætti sýnd lítilsvirðing og þannig kastað rýrð á þjónustuna. Þannig séu með myndrænum hætti birtar myndir af bíldrúslu í tengslum við vöruheitið Ljósnet en glæsibifreið í tengslum við vöruheitið Ljósleiðarann. Jafnframt sé birt mynd af fasteign með skeifulaga munnsvip þegar Ljósnet Símans eigi í hlut en brosandí þegar Ljósleiðarinn eigi í hlut, augljóslega til að skapa hughrif hjá neytandanum. Þá sé neytandanum í lok samanburðarins gefinn kostur á að velja hæga tengingu í tilviki Ljósnets, sem sögð er byggja á gamalli tækni. Tæknin sé þvert á móti ný og í örri þróun. Á síðustu árum hafi tækni við nýtingu koparheimatauga sk. xDSL tækni og nú síðast xVDSL fleygt fram og lengt líftíma, nýtingu og gagnahraða koparheimatauga umtalsvert. Sjónvarpsauglýsingum Gagnaveitu Reykjavíkur sé jafnframt greinilega ætlað að koma til skila þessum sömu afar neikvæðu hughrifum gagnvart vöru Símans.

Ágreiningslaust ætti að vera að um samanburðarauglýsingu sé að ræða enda sé beinlínis tekið fram að verið sé að bera saman Ljósnet Símans og Ljósleiðarapakka Vodafone en síðar nefnda varan nýti ljósleiðara Gagnaveitu Reykjavíkur. Liggi því fyrir að Gagnaveita Reykjavíkur sé að



vísa til Símans á afar neikvæðan og ósanngjarnan hátt. Geti þessi neikvæði samanburður ekki farið framhjá neytendum enda sé samanburðinum greinilega ætlað að hafa afar neikvæð hughrif.

Þessi framsetning sé brýnt og augljóst brot á e. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, þar sem augljóslega sé kastað rýrð á vörumerki, vöruheiti, önnur auðkenni, vöru, þjónustu, starfsemi eða aðstæður Símans og þeim sýnd lítilsvirðing. Hér sé einnig um að ræða óréttmæta viðskiptahætti í brýnni andstöðu við 5. gr. laganna.

Þá telji Síminn ýmislegt í samanburði á Ljósneti Símans og Ljósleiðarapakka Vodafone að öðru leyti en rakið hafi verið að framan orka tvímælis sbr. skjal sem sýni hinar margvíslegustu hraðahindranir í fjarskiptum og hve framsetning Gagnaveitu Reykjavíkur byggji á mikilli einföldun. Þannig sé einsýnt að ljósleiðari í aðgangsnétinu og sá hraði sem auglýstur sé tryggji ekki einn og sér betri upplifun neytandans heldur sé upplifunin háð mörgum öðrum þáttum sem sumir hverjir séu alls ekki undir stjórn þjónustuveitandans.

II.

Málsmeðferð

1.

Erindi Símans var sent Gagnaveitu Reykjavíkur til umsagnar með bréfi Neytendastofu, dags. 5. desember 2013. Í bréfinu segir að auk ákvæðis e. liðar 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, sem vísað sé til í erindinu, telji stofnunin ákvæði 2. mgr. 6. gr., b. liðar 1. mgr. 9. gr. og 14. gr. sömu laga geta komið til álita í málinu. Svar barst með bréfi, dags. 19. desember 2013. Í bréfinu segir að erindi Símans virðist tvíþætt. Í fyrsta lagi sé því haldið fram að með umræddum auglýsingum sé Ljósneti Símans sýnd lítilsvirðing og kastað rýrð á þá þjónustu sem um ræði og vörumerki Símans. Þetta fari gegn e. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 auk þess að vera í andstöðu við 5. gr. sömu laga. Í öðru lagi sé á það minnst í erindinu að ýmislegt í þeim samanburði sem sé að finna í umræddum auglýsingum „orki tvímælis“. Sé þó ekki gerð nánari grein fyrir því hvaða atriði í samanburðinum standist ekki skoðun en einungis sé vísað til almennrar umfjöllunar í skjali um hraðahindranir í fjarskiptanetum og þess að auglýstur hraði tryggji ekki einn og sér betri upplifun neytandans.

Ljóst sé að auglýsingar séu nauðsynlegur þáttur í að tryggja skilvirkni og samkeppni á markaði til þess að sem mest gagnsæi sé fyrir neytendur. Með 15. gr. laga nr. 57/2005 hafi verið lögfest tilskipun 97/55/EB og þar með efni hennar um samanburðarauglýsingar. Svo sem fram komi í frumvarpi til laganna séu samanburðarauglýsingar taldar ýta undir samkeppni milli þeirra sem bjóði vöru og þjónustu þannig að neytandinn njóti góðs af. Samanburður sé eingöngu heimill á



tegundum vöru sem fullnægi sömu þörfum eða séu ætlaðar til sömu nota og með því sé komist hjá samkeppnishamlandi og ósanngjarnri notkun samanburðarauglýsinga.

Þótt eðlilegt sé að sett séu í lögum almenn skilyrði fyrir efni og framsetningu samanburðarauglýsinga megi ekki ganga of langt í takmörkun slíkra auglýsinga enda sé sanngjarn samanburður talinn leiða til þess að neytandinn njóti góðs af, þar sem slíkt geti örvað samkeppni milli þeirra sem bjóði vöru og þjónustu á sama markaði, auk þess sem samanburðarauglýsingar leiði til þess að auðveldara sé að sýna fram á kosti sambærilegra vörutegunda. Það sé því grundvallaratriði að samanburðarauglýsingar séu samkvæmt lögum 57/2005 og tilskipun EB, taldar eiga rétt á sér til að upplýsa neytendur um hagsmuni þeirra, ef þær beri saman áþreifanlega, sannreynanlega, viðeigandi og dæmigerða eiginleika á þann veg að það teljist ekki vera villandi fyrir neytandann. Sú þjónusta sem mál þetta snúist um sé að mati Gagnaveitu Reykjavíkur einmitt þess eðlis að samanburður þeirrar þjónustu sem í boði sé á samkeppnismarkaðnum eigi fullan rétt á sér. Við sölu á fjarskiptaþjónustu sé auðvelt að láta líta svo út sem um sambærilega þjónustu sé að ræða, sé ekki gætt fyllstu nákvæmni þegar þjónustan sé kynnt, m.a. um tæknileg atriði. Gagnaveita Reykjavíkur hafi talið nokkuð skorta á slíka nákvæmni við markaðssetningu á Ljósneti Símans, svo sem m.a. var vakin athygli á í erindi til Neytendastofu sem afgreitt hafi verið með ákvörðun nr. 40/2010.

Þótt samanburðarauglýsingar séu þannig á margan hátt æskilegar í samkeppnisumhverfi séu þeim hins vegar settar ákveðnar skorður í 15. gr. laga nr. 57/2005, þar sem sett séu fram skilyrði sem eigi að koma í veg fyrir ósanngjarna og samkeppnishamlandi notkun á samanburðarauglýsingum. Þar á meðal sé skilyrði e. liðar 2. mgr. 15. gr., sem segi að samanburðarauglýsingar megi ekki að því er samanburður varði, kasta rýrð á vörumerki, vöruheiti, önnur auðkenni vöru, þjónustu, starfsemi eða aðstæður keppinautar eða sýna þeim lítilsvirðingu.

Af hálfu Gagnaveitu Reykjavíkur sé því mótmælt að umræddar auglýsingar fyrirtækisins fari gegn e. lið 2. mgr. 15. gr. laganna eða öðrum ákvæðum þeirra. Hins vegar skuli tekið fram að Gagnaveita Reykjavíkur hafi ákveðið að hætta birtingu auglýsinganna þar til niðurstaða Neytendastofu liggi fyrir.

Markaðssetning keppinauta á þjónustu sem gangi undir heitinu Ljósnet, sem og eðli þeirrar þjónustu sem um ræðir, sé fullt tilefni til samanburðar í auglýsingum á umræddri þjónustu. Sé það nauðsynlegt neytendum til hagsbóta og til þess að bregðast við mjög misvísandi auglýsingum Símans þar sem heiti vörunnar, Ljósnet, sé augljóslega sett fram með það í huga að telja notendum trú um að um sé að ræða sambærilega vöru.

Markmið Gagnaveitu Reykjavíkur með þessum auglýsingum sé að upplýsa markaðinn um styrkleika ljósleiðaranets sem lagt sé alla leið inn á heimili notanda (Fiber To Home FTTH) fram



yfir VDSL kerfi sem Síminn og önnur fjarskiptatæki kalli Ljósnet. Markaðskannanir sem Gagnaveita Reykjavíkur hafi látið framkvæma hafi sýnt fram á að Símanum hafi tekist að blekkja markaðinn. Þannig sýni niðurstöður kannananna að langstærstur hluti þeirra sem kaupir Ljósnet telji að um sé að ræða samskonar ljósleiðaratækni og liggi til grundvallar Ljósleiðara Gagnaveitunnar. Við þessu hafi Gagnaveitan vilja bregðast með þeim auglýsingum sem Síminn kvartar yfir nú.

Lögð hafi verið áhersla á tvennt í þessum markaðsaðgerðum. Í fyrsta lagi að benda á augljósan mun í flutningsgetu kerfanna og í öðru lagi að benda á að þrátt fyrir þennan mun í flutningsgetu væri Ljósleiðarinn mjög samkeppnishæfur í verðsamanburði. Þetta hafi verið gert undir slagorðinu „*hvort mundir þú velja – ef það kostaði það sama?*“ með myndvísun sem hafi tilvísun í gamla tækni annars vegar og nýja tækni hins vegar.

Það sé erfitt að setja fram samanburð á tveim vörum í auglýsingaefni án þess að vera með tilvísanir í staðgengdarvöruna eða hag neytenda af því að velja aðra vöruna umfram hina. Markmiðið hafi verið að valda jákvæðum hughrifum hjá neytendum gagnvart vöru Gagnaveitu Reykjavíkur sem sé markmið flestra markaðsaðgerða fyrirtækja. Að halda því fram að önnur varan sé betri en hin þurfi ekki að varpa rýrð á vörumerki keppinautar heldur hluti af eðlilegri samkeppni á markaði og til þess fallið að skýra raunverulega kosti þjónustunnar fyrir neytendum.

Þar að auki hafi tilvísanir auglýsinganna til Ljósnets verið almenns eðlis enda markaðssetji önnur fjarskiptafyrirtæki VDSL þjónustu undir sama nafni t.a.m. Vodafone, Hringdu og Hringiðan.

Þannig telji Gagnaveitan að umræddar auglýsingar séu ekki til þess fallnar að kasta rýrð á vörumerki Símans, heldur séu þær þvert á móti til þess fallnar að skýra fyrir neytendum raunverulega kosti þeirrar þjónustu og þeirrar tækni sem um ræðir, en slíkt sé einmitt nauðsynlegt þegar um þess háttar þjónustu sé að ræða ekki síst þegar markaðskannanir sýni að neytendur hafi látið misvísandi auglýsingar hafa áhrif á mat sett á gæði þjónustu.

Við mat á því hvort auglýsing feli í sér brot á e. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 og hvaða mörk beri að setja fyrirtækjum í þessu sambandi sé Neytendastofu nauðsynlegt að líta til þeirrar umfjöllunar sem átt hafi sér stað um tjáningarfrelsi í auglýsingum og mörk þess m.a. gagnvart e. lið 2. mgr. 15. gr.

Í 1. másl. 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar komi fram að hver maður eigi rétt á að láta í ljós hugsanir sínar en hann verði að ábyrgjast þær fyrir dómi. Lögáðilar njóti verndar ákvæðisins þó að henni verði ekki jafnað til verndar einstaklinga. Samkvæmt 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar megi aðeins setja tjáningarfrelsi skorður með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til



verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum.

Mannréttindadómstóll Evrópu hafi jafnframt slegið föstu að lögaðilar njóti verndar 10. gr. mannréttindasáttmálans, sbr. lög nr. 64/1994, en í ákvæðinu sé fjallað um rétt til tjáningarfrelsis. Dómstóllinn hafi jafnframt skorið úr um það með ótvíræðum hætti að viðskiptaleg tjáning falli undir 10. gr. mannréttindasáttmálans.

Þrátt fyrir að vernd tjáningarfrelsis lögaðila geti að einhverju leyti verið lakara en einstaklinga þá sé ljóst að lögaðilar njóti verndarinnar. Í dómi Hæstaréttar, Hrd. 1999 bls. 781 (415/1998) hafi dómurinn afdráttarlaust komist að þeirri niðurstöðu að auglýsingar féllu undir vernd 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.

Við mat á því hvort skerðing tjáningarfrelsis sé nauðsynleg skipti máli í hvaða samhengi tiltekin ummæli hafi verið sett fram, hvert sé eðli þeirra og tilgangur og jafnframt á hvaða vettvangi tjáningin komi fram. Innbyrðis vægi þessara þátta geti verið misjafnt. Dómstólar hafi gjarnan beitt meðalhófsreglunni við úrlausn á því hvort of langt sé gengið í takmörkunum á tjáningarfrelsi. Í dómi Hæstaréttar, Hrd. 1995:408 hafi sérstaklega verið tekið fram að fyrirtæki, sem bjóði almenningi þjónustu sína, verði að þola gagnrýni um þá starfsemi í meiri mæli en aðrir. Sú gagnrýni á fyrirtæki sem felist í samanburði þeim sem hér sé til skoðunar eigi rétt á sér og byggist á staðreyndum. Um sé að ræða samanburð á þjónustu sem sett sé fram í þeim tilgagni að gera almenningi kleift að taka upplýsta ákvörðun. Því megi velja því fyrir sér hvaða hagsmunum það þjóni að skerða tjáningarfrelsi Gagnaveitu Reykjavíkur að þessu leyti.

Við mat á því hvort innihald umræddra auglýsinga brjóti gegn e. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, sé ljóst að hafa verði í huga að um stjórnarskrárvarinn rétt fyrirtækisins sé að ræða sem og það rúma svigrúm sem til staðar sé þegar þjónusta fyrirtækja sé gagnrýnd.

Að mati Gagnaveitu Reykjavíkur standist sá samanburður sem settur sé fram í auglýsingunum fyllilega skoðun enda hafi Síminn ekki bent á neitt tiltekið atriði sem sé rangt, villandi eða ósannngjarnt þannig að fari í bága við 2. mgr. 6. gr., 9. gr. eða 14. gr. laga 57/2005. Síminn vísi eingöngu til þess að ýmislegt í samanburðinum „orki tvímælis“ og vísi auk þess til umfjöllunar í skjali um áhrif ýmissa hraðahindrana í fjarskiptanetum.

Það sé almennt viðurkennt innan ljósleiðarageirans að það ljósleiðaranet sem Gagnaveita Reykjavíkur hafi byggt upp hafi umtalsvert forskot á VDSL tækni. Það sjáist best á mismun í auglýstri flutningsgetu kerfanna. Síminn auglýsi „allt að“ 50 Mb/s í niðurhal og „allt að“ 25 Mb/s í upphal.



Um Ljósleiðarann geti notendur nú keypt 400 Mb/s í niðurhal og 400 Mb/s í upphal á sama tíma. Það sé mikill munur á flutningsgetu kerfanna og fullkomlega réttmætt og nauðsynlegt gagnvart neytendum að draga þennan mun fram í auglýsingunum. Megi benda á í því sambandi að í reglulegri tölfraðigreiningu Póst- og fjarskiptastofnunar um fjarskiptamarkaðinn sé fjarskiptatenging með VDSL tækni ekki skilgreind sem ljósleiðaratenging. Því sé alfarið hafnað að þær upplýsingar sem fram komi í auglýsingunum eða framsetning þeirra sú rangar og villandi, enda hafi ekki verið bent á neina fullyrðingu í samanburðinum sem ekki standist skoðun.

Síminn vísi til umfjöllunar í skjali um hraðahindranir í ljósleiðarakerfi og um aðra þætti sem hafi áhrif á upplifum notenda. Í þessu sambandi sé nauðsynlegt að taka fram að öll fjarskiptafélög sem selji tengingar við Internetið séu að selja ákveðna bandvídd frá heimilinu og að tengiskilum fjarskiptafyrirtækja við Internetið. Ekkert fjarskiptafyrirtæki geti selt ákveðna bandvídd gegnum Internetið sjálft þar sem þau hafi enga stjórn á slíkum þáttum. Þetta sé einn af grunneiginleikum Internetsins sem sé vel þekktur. Það eina sem fjarskiptafyrirtæki geti tryggt sínum viðskiptavinum sé að umferð frá þeim komist á uppgefnum hraða frá heimili og að tengiskilum fyrirtækisins við Internetið. Þetta sé alþekkt og umfjöllun um aðra þætti hafi engin áhrif á þá staðreynd að framsetning auglýsingarinnar sé hvorki röng, villandi né ósanngjörn.

Önnur atriði sem geti haft áhrif á upplifun viðskiptavinar s.s. þráðlaust net á heimilum eða álag á útlandasambönd eigi því jafnt við þjónustuveitur sem selji þjónustu yfir kerfi Gagnaveitunnar sem og önnur fjarskiptafélög þ.m.t. Símann og Ljósnetið. Þessi atriði hafi því engin áhrif á þann samanburð sem eigi sér stað í umræddri auglýsingu.

Í erindi Símans sé fjallað á almennan og villandi hátt um hugtakið yfirbókun (over subscription). Yfirbókun sé notuð í þeim tilfellum þar sem ekki sé gert ráð fyrir að öll tengd heimili noti hámarks bandvídd á sama tíma. Öll fjarskiptafyrirtæki nýti sér yfirbókun þ.m.t. Síminn. Hugtakið sé þekkt í fjarskiptageiranum og grunnurinn undir hagkvæman rekstur fjarskiptaneta. Rekstri á ljósleiðarakerfi Gagnaveitunnar sé þannig háttað að viðskiptavinir lenda aldrei í því að „hraðahindrun“ sé í ljósleiðarakerfi Gagnaveitunnar enda séu sambönd stækkuð áður en til þess komi. Umfjöllun Símans sé því bæði röng og villandi og dragi ekki á neinn hátt úr réttmæti þess samanburðar sem eigi sér stað í hinum umþrættu auglýsingum.

Vísað sé til mælinga frá bresku eftirlitsstofnuninni Ofcom í þessu samhengi. Ekki sé hins vegar ljóst hvers vegna vísað sé í þessar tölur þar sem ekki sé um mælingar yfir Ljósleiðaranet Gagnaveitu Reykjavíkur að ræða og því ekki hægt að draga neinar ályktanir af þessum upplýsingum.



2.

Bréf Gagnaveitu Reykjavíkur var sent Símanum með bréfi Neftendastofu, dags. 7. janúar 2014, og óskað athugasemda eða skýringa fyrirtækisins. Svar Símans er dags. 15. janúar 2014. Þar segir að því skuli haldið til haga að kvörtun Símans sé afmörkuð og lúti eingöngu að brýnu og augljósu broti Gagnaveitu Reykjavíkur á e. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, þar sem augljóslega sé kastað rýrð á vörumerki, vöruheiti, önnur auðkenni, vöru, þjónustu, starfsemi eða aðstæður Símans og þeim sýnd lítilsvirðing. Ennfremur sé um að ræða óréttmæta viðskiptahætti í andstöðu við 5. gr. laganna.

Gerð sé alvarleg athugasemd við að auglýsing birtist enn á heimasíðu Gagnaveitu Reykjavíkur efnislega í því horfi sem kvartað hafi verið yfir. Í stað bíldrúslu hafi nú verið komið fyrir fjörgamalli tölvudruslu sem líti út fyrir að vera frá árdögum tölvutækninnar og hún borin saman við tölvu af nýjustu gerð. Þá sé neytandanum í lok samanburðarins enn gefinn kostur á að velja „hæga tengingu“ í tilviki ljósnetts sem sögð sé byggja á gamalli tækni. Auglýsingin sé því enn efnislega í því horfi sem kvörtun Símans hafi lotið að, þrátt fyrir fullyrðingar um hið gagnstæða, enda enn ljóslega verið að kasta rýrð á vörumerkið Ljósnet.

Mótbárur Gagnaveitu Reykjavíkur gegn því að verið sé að kasta rýrð á vörumerkið Ljósnet séu með öllu haldlausar. Þannig sé alls ekki einungis verið að skapa jákvæð hughrif um vöru Gagnaveitu Reykjavíkur heldur beinlínis haldið áfram að skapa neikvæð hughrif um vörumerki Símans.

Að sama skapi sé haldlaust að vísa til þess að tilvísanir til Ljósnetts séu almenns eðlis, enda hafi Síminn einn skrásett vörumerkið Ljósnet. Samanburðurinn geti því eingöngu beinst að Símanum.

Ekki fáist séð hvaða tilgangi kafla í athugasemdum Gagnaveitu Reykjavíkur um stjórnskipulega vernd viðskiptalegrar tjáningar þjóni. Fyrir liggir að þrátt fyrir að auglýsingar falli undir vernd 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, hafi dómstólar heimilað skerðingu á þeirri vernd sbr. HRD. 415/1998.

Sé því hafnað að beiting e. liðar 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 gegn auglýsingum af þessu tagi feli í sér brot á ákvæðum stjórnarskrár og Mannréttindasáttmála Evrópu. Þá sé tilvísun Gagnaveitu Reykjavíkur í Hrd. 1995:408 langsótt enda hafi það mál snúið að ærumeiðingum sem settar hafi verið fram í blaðagrein og sakfelld hafi verið fyrir. Þannig hafi verið viðurkennt að löggjafinn geti ákveðið skerðingar á tjáningarfrelsinu.



Þaðan af síður fáist séð að sjónarmið Gagnaveitu Reykjavíkur geti sótt stoð í ákvörðun Neytendastofu nr. 40/2010. Þvert á móti hafi Neytendastofa staðfest í því máli að þó svo ljósleiðarakerfi Símans sé að vissu leyti ólíkt ljósleiðarakerfi Gagnaveitu Reykjavíkur og notist að hluta til við svokallaða koparheimtaug sé ljóst að kerfið byggi að mestu leyti á ljósleiðara. Meðal annars þess vegna taldi Neytendastofa ekki ástæðu til aðgerða í málinu. Skjóti ákvörðunin því enn frekari stoð undir að fullyrðingar Gagnaveitu Reykjavíkur um hæga tengingu í tilviki Ljósnets sem sögð er byggja á gamalli tækni.

3.

Bréf Símans var sent Gagnaveitu Reykjavíkur til umsagnar með bréfi Neytendastofu dags. 22. janúar 2013. Svar fyrirtækisins er dags. 6. febrúar 2014. Þar segir að Gagnaveitan hafi talið fulla ástæðu til að að fjalla í umsögn sinni bæði um ætlað brot fyrirtækisins gegn e. lið 2. mgr. 15. gr. laga 57/2005 sem fælist í því að kasta rýrð á vörumerki Símans og samanburð á VDSL tækni og ljósleiðaraneti. Ástæðan sé í fyrsta lagi sú að vikið hafi verið að því í erindi Símans að „ýmislegt“ í samanburði á þessu tvennu stæðist ekki skoðun. Því hafi verið nauðsynlegt að mati Gagnaveitu Reykjavíkur að rökstyðja að sá samanburður sem settur hafi verið fram stæðist skoðun. Þá hafi í öðru lagi sérstaklega verið til þess vísað í bréfi Neytendastofu frá 5. desember 2013, að auk 15. gr., sbr. 5. gr. kæmu jafnframt til álita 2. mgr. 6. gr., b. liður 9. gr. og 14. gr. sömu laga. Hafi Gagnaveitu Reykjavíkur því talið sér skylt og eðlilegt að fjalla um hvort umrædd auglýsing kynni að vera röng, villandi eða ósanngjörn í skilningi þessara ákvæða. Af þeim sökum hafi Gagnaveitan fjallað um þessi atriði á tveim blaðsíðum í umsögn sinni.

Það megi ljóst vera að umfjöllun um þann samanburð sem raunverulega hafi átt sér stað í umræddri auglýsingu hafi ekki eingöngu þýðingu varðandi mat á því hvort brot á 2. mgr. 6. gr., b. lið 9. gr. og 14. gr. laga 57/2005 hafi átt sér stað. Slík umfjöllun hafi líka þýðingu varðandi hvort í reynd verði talið að kastað sé rýrð á vörumerki keppinauta í auglýsingu. Hér þurfi ekki að deila um það að dómstólar hafi heimilað skerðingu á þeirri vernd. Sú staðreynd að viðskiptaleg tjáning njóti stjórnskipulegrar verndar hafi einmitt allt að segja. Þegar metið sé hversu langt megi ganga við að takmarka slíka tjáningu. Tilgangur umfjöllunar um stjórnskipulega vernd viðskiptalegrar tjáningar þjóni einmitt þeim tilgangi að vekja sérstaklega athygli á því að það væri ekki í samræmi við lög nr. 57/2005 að heimila takmarkanir á tjáningu í auglýsingum án þess að hafa í huga að slík tjáning njóti stjórnskipulegrar verndar. Sú umfjöllun hafi því raunverulega og praktíska þýðingu.

Með viðskiptalegri tjáningu sé átt við þá tjáningu sem eingöngu sé gerð í hagnaðarskyni en gott dæmi um viðskiptalega tjáningu sé einmitt auglýsing fyrirtækis þar sem hvatt sé til kaupa á tiltekinni vöru. Það hafi lengi verið hið almenna viðhorf að slíkar auglýsingar féllu utan verndar tjáningarfrelsis en í kringum 1990 hafi fallið dómur hjá mannréttindadómstóli Evrópu sem hafi borið með sér tiltekna vernd slíkrar tjáningar og liggi nú fyrir að auglýsingar falli undir vernd 73.



gr. stjórnarskrárinnar og 10 gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Vitaskuld sé sú vernd ekki takmarkalaus ekki frekar en tjáningarfrelsi einstaklinga sem ekki megi ganga á önnur réttindi eða önnur réttindi sem njóti stjórnskipulegrar verndar, heldur hafi dómstólar heimilað skerðingu á þeirri vernd. Sú staðreynd að viðskiptaleg tjáning sé þarna vernduð segi okkur hins vegar að beita þurfi varfærnara mati en ella þegar heimilaðar séu takmarkanir á tjáningu í auglýsingum. Í sinni einföldustu mynd megi e.t.v. segja að takmarkanir þurfi að vera réttlætanagerar í meginatriðum og í réttu hlutfalli. Verði því að veita fyrirtækjum í markaðssókn ákveðið frelsi til þess að setja fram auglýsingar sínar hvort sem er með listrænum, skoplegum eða frumlegum hætti á einhvern hátt til þess að ná athygli neytenda en ekki eingöngu til þess að birta hlutlausar upplýsingar þó vitaskuld án þess að kastað sé rýrð á vörumerki keppinauta.

Að mati Gagnaveitu Reykjavíkur tengist þannig þessir tveir þættir í erindi Símans. Það ætti að vera óumdeilt að ljósleiðarar hafi yfir að ráða mun meiri flutningsgetu en sú VDSL tækni (ljósnet) sem til samanburðar sé í umræddri auglýsingu. Að mati Gagnaveitu Reykjavíkur megi líkja muninum á þessum tveim kerfum hvað flutningsgetu varði við gamla tölvu í samanburði við nýja tölvu eða við eldri farsíma í samanburði við snjallsíma. Því hafi þessar myndir verið notaðar í samanburðinum. Með því hafi ætlunin ekki verið að kasta rýrð á það vörumerki sem Síminn hafi sett á markað til kynningar á flutningsneti sínu með VDSL tækni heldur sé ætlunin að tákna þann mun sem sé á milli þessara tveggja tæknilausna og ætti að vera óumdeildur.

Í athugasemdum Símans séu settar fram grafalvarlegar ásanir um ranga skýrslugjöf til stjórnvalds. Þeim ásökunum sé harðlega mótmælt af hálfu Gagnaveitu Reykjavíkur. Í umsögn Gagnaveitu Reykjavíkur frá 19. desember 2013 hafi verið tekið fram að hætt yrði birtingu auglýsingarinnar í því horfi sem kvörtun Símans lúti að, þar til niðurstaða Neytendastofu lægi fyrir. Í framhaldinu hafi öllum auglýsingum hætt sem innihéldu umræddan samanburð.

Allt viðmót heimasíðu Gagnaveitu Reykjavíkur sé hins vegar hannað í kringum hugmyndina „Hvort myndir þú velja – ef það kostaði það sama“. Sú hönnun og uppsetning síðunnar með þessum hætti hafi kostað Gagnaveituna mikla fjármuni. Það sé engan veginn réttmætt krafa á hendur fyrirtækinu að öllu viðmóti síðunnar verði breytt. Kvörtun Símans hafi fyrst og fremst lotið að því að kastað hafi verið rýrð á vörumerki Símans með því að birta „bíldrúslu“ fyrir ofan upplýsingar um ljósnet. Því hafi sú mynd verið fjarlægð og aðrar myndir setta í staðinn sem hafi þótt tákna þann mun sem væri á flutningsgetu þessara tveggja kerfa auk þess sem fleiri breytingar hafi verið gerðar með myndum með samanburðinum t.d. á húsunum. Hér skal ítrekað að umræddur samanburður eigi fullan rétt á sér gagnvart neytendum sem virðist hafa staðið í þeirri trú að um sambærileg kerfi hafi verið að ræða. Ekki megi takmarka viðskiptalega tjáningu það mikið að ekkert svigrúm sé til að birta í auglýsingum táknrænar myndir með samanburði sem ella geti orðið nokkuð flókinn fyrir neytendur. Gagnaveita Reykjavíkur telji enga þessara



mynda kasti rýrð á vörumerki Símans heldur aðeins sýna þann mun sem sé á flutningsgetu og hraða þessara kerfa.

Þannig telji Gagnaveita Reykjavíkur umræddar breytingar hafa verið gerðar í samræmi við þær athugasemdir sem fram hafi komið í kvörtun Símans.

4.

Með bréfi Neytendastofu til málsaðila, dags. 9. apríl 2014, var tilkynnt að gagnaöflun í máli þessu væri lokið. Með bréfinu fylgdi listi yfir gögn málsins.

III.

Niðurstaða

1.

Í máli þessu kvartar Síminn hf. yfir auglýsingum Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. á heimasíðu og í fjölmiðlum. Auglýsingarnar hafa að geyma samanburð á Ljósneti Símans og Ljósleiðara Gagnaveitu Reykjavíkur. Í auglýsingunum eru birtar myndir af bíldrúslu sem tákn Ljósnets Símans og svo glæsibifreið sem tákn Ljósleiðara Gagnaveitu Reykjavíkur. Á sama hátt er birt mynd af fasteign með skeifulaga munnsvip sem tákn Ljósnetsins og brosandí fasteign sem tákn Ljósleiðarans. Með samanburði af þessu tagi telur Síminn að kastað sé rýrð á vörumerkið og þjónustu Símans sýnd lítilsvirðing. Tilgangur samanburðarins sé að vekja hughrif hjá neytandanum. Þá sé neytandanum í lok samanburðarins gefinn kostur á að velja „hæga tengingu“ í tilviki Ljósnets, sem sögð er byggja á gamalli tækni. Tæknin sé þvert á móti ný og í örri þróun. Þessi framsetning sé brot á e. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, þar sem kastað sé rýrð á vörumerki, vöruheiti, önnur auðkenni, vöru, þjónustu, starfsemi eða aðstæður Símans og þeim sýnd lítilsvirðing. Hér sé einnig um að ræða óréttmæta viðskiptahætti í andstöðu við 5. gr. laganna.

Af hálfu Gagnaveitu Reykjavíkur er því mótmælt að umræddar auglýsingar fyrirtækisins fari gegn e. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 eða öðrum ákvæðum þeirra. Í athugasemdum Gagnaveitu Reykjavíkur segir að þótt eðlilegt sé að sett séu í lögum almenn skilyrði fyrir efni og framsetningu samanburðarauglýsinga megi ekki ganga of langt í takmörkun slíkra auglýsinga enda er sanngjarn samanburður talinn leiða til þess að neytandinn njóti góðs af, þar sem slíkt geti örvað samkeppni milli þeirra sem bjóða vöru og þjónustu á sama markaði, auk þess sem samanburðarauglýsingar leiði til þess að auðveldara sé að sýna fram á kosti sambærilegra vörutegunda. Þá verði við mat á því hvort að innihald umræddra auglýsinga brjóti gegn e. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, að hafa verði í huga að um stjórnarskrárvarinn rétt fyrirtækisins sé að ræða.



2.

Erindi Símans í máli þessu snýr fyrst og fremst að því að framsetning samanburðarauglýsinga Gagnaveitu Reykjavíkur á Ljósneti Símans og Ljósleiðara Gagnaveitu Reykjavíkur brjóti gegn 5. gr. og e. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005. Í bréfi Neytendastofu var til þess vísað að stofnunin teldi ákvæði 2. mgr. 6. gr., b. liðar 1. mgr. 9. gr. og 14. gr. sömu laga, einnig geta komið til álita í málinu.

Í 5. gr. laga nr. 57/2005 kemur fram að óréttmætir viðskiptahættir séu bannaðir. Bannið gildi áður en, á meðan og eftir að viðskipti með vöru fara fram eða þjónusta er veitt. Hvað teljist til óréttmætra viðskiptahátta er nánar tilgreint í III. – V. kafla laganna.

Í 2. mgr. 6. gr. segir:

„Auglýsingar og aðrar viðskiptaaðferðir skulu ekki vera ósanngjarnar gagnvart keppinautum eða neytendum vegna forms þeirra eða sökum þess að skírskotað er til óviðkomandi mála.“

Í greinargerð með frumvarpi þar sem ákvæðið kom fyrst fram segir um það að upplýsingar sem fram komi í auglýsingum eða öðrum viðskiptaaðferðum geti talist brot á ákvæðinu enda þótt þær séu efnislega réttar og sannar.

Í 9. gr. er um það fjallað að viðskiptahættir teljist villandi ef þeir eru líklegir til að blekkja neytendur, t.d. með almennri framsetningu þó gefnar séu upp réttar staðreyndir, eða ef neytendum eru veittar rangar upplýsingar í þeim tilgangi að hafa áhrif á ákvörðun þeirra um að eiga viðskipti. Í a.–g. lið málsgreinarinnar eru tilgreindar þær röngu upplýsingar sem átt er við. Í erindi Símans var sérstaklega vísað til b. og d. liða. Þar segir að átt sé við rangar upplýsingar um:

„b. helstu einkenni vöru eða þjónustu, t.d. notkun, samsetningu eða árangur sem vænta má af notkun hennar“

14. gr. laganna hljóðar svo:

„Óheimilt er að veita rangar, ófullnægjandi eða villandi upplýsingar í auglýsingum eða með öðrum hætti eða beita öðrum slíkum viðskiptaaðferðum sem sama marki eru brenndar gagnvart keppinautum, enda séu upplýsingar þessar og viðskiptaaðferðir til þess fallnar að hafa áhrif á eftirspurn eða framboð vara, fasteigna, þjónustu eða annars þess sem haft er á boðstólum í atvinnustarfsemi sem lög þessi taka til.“



Lagagreinin felur í sér vernd á hagsmunum keppinauta vegna háttsemi fyrirtækja í atvinnurekstri.

Í 1. mgr. 15. gr. er fjallað um að samanburðarauglýsingar séu allar þær auglýsingar þar sem beint eða óbeint er vísað til keppinauta eða vöru eða þjónustu sem keppinautur býður. Hugtakið samanburðarauglýsing er skilgreint rúmt svo allar tegundir samanburðar heyri þar undir. Samanburðarauglýsingar eru leyfðar að uppfylltum nánari skilyrðum sem tilgreind eru í a.-h. lið 2. mgr. 15. gr. Í e. lið ákvæðisins segir:

„Samanburðarauglýsingar skulu, að því er samanburð varðar, leyfðar að uppfylltum eftirtöldum skilyrðum:[...]

e. ekki sé kastað rýrð á vörumerki, vöruheiti, önnur auðkenni, vöru, þjónustu, starfsemi eða aðstæður keppinautar, eða þeim sýnd lítilsvirðing.“

3.

Engum vafa er undirorpið að auglýsingar þær sem hér um ræðir eru samanburðarauglýsingar. Þeim er ætlað að vekja athygli á þeim mismun sem er á Ljósneti Símans og Ljósleiðara Gagnaveitu Reykjavíkur. Í þeim er bent á að Ljósleiðari Gagnaveitunnar er mun hraðvirkari en Ljósnet Símans og spurt hvora leiðina neytandi myndi velja ef hvort tveggja stæði til boða og kostaði það sama. Að mati Neytendastofu er hér um að ræða samanburð á kostum sambærilegra vörutegunda, settar fram til að upplýsa neytendur. Ekki verður annað séð að hér sé um réttan samanburð að ræða enda honum ekki verið mótmælt af Símanum. Neytendastofa telur það því ekki brjóta gegn ákvæðum laga nr. 57/2005 að bera saman þjónustu Símans og Gagnaveitu Reykjavíkur.

Myndir samfara auglýsingunum sýna annars vegar bíldrúslu sem tákn um Ljósnet Símans og hins vegar glæsilegan nýjan sportbíl sem tákn Ljósleiðara Gagnaveitu Reykjavíkur. Þá er mynd af sorgmæddu húsi sem tákn Ljósnets Símans og til samanburðar brosmildu húsi sem tákn Ljósleiðara Gagnaveitu Reykjavíkur og loks mynd af gamalli tölvu, líklega frá árdögum væðingar heimatölvunnar sem tákn Ljósnets Símans og mynd af nýjustu gerð tölvu sem tákn Ljósleiðara Gagnaveitu Reykjavíkur. Í gögnum Gagnaveitu Reykjavíkur í máli þessu er því haldið fram að nauðsynlegt hafi verið að draga fram sterkan myndrænan samanburð til þess að bregðast við mjög misvísandi auglýsingum Símans þar sem heiti vörunnar, Ljósnet, sé augljóslega sett fram með það í huga að telja notendum trú um að um sé að ræða sambærilega vöru og Ljósleiðari Gagnaveitu Reykjavíkur.

Að mati Neytendastofu er fullyrðing þessi ekki nægilega rökstudd, einkum með tilliti til niðurstöðu ákvörðunar Neytendastofu nr. 40/2010, þar sem markaðssetning Símans á Ljósneti Símans var ekki talin villandi.



Þó svo að hraði Ljósleiðara Gagnaveitunnar sé nokkuð meiri en Ljósnets Símans telur Neytendastofa myndlíkingasamanburð af þessu tagi ekki réttlætánlegan. Þrátt fyrir að upplýsingar í auglýsingum Gagnaveitu Reykjavíkur, annars vegar, og Símans, hins vegar, sýni að hraði á tengingum félaganna sé ólíkur er Ljósnet Símans mjög hraðvirkt miðað við eldri tengingar og samkvæmt gögnum málsins er tækni koparheimatauga í örri þróun. Að mati Neytendastofa eru myndlíkingarnar til þess fallnar að kasta rýrð á vörumerki Símans, Ljósnet, og jafnframt sýni Gagnaveita Reykjavíkur með þessu þjónustu eða starfsemi keppinautar lítilsvirðingu Þá er neytendum í lok auglýsingarinnar, með húsasamlíkingum, boðið að velja hæga tengingu.

Að mati Neytendastofu eru framangreindar myndrænar samlíkingar Gagnaveitu Reykjavíkur á Ljósleiðara fyrirtækisins og Ljósneti Símans og tilboð til neytenda um hæga tengingu með Ljósneti Símans, til þess fallnar að vera ósanngjarnar gagnvart keppinauti, að hafa áhrif á viðskipti og kasta rýrð á vörumerki keppinautar og því brot á 2. mgr. 6. gr., b. lið 1. mgr. 9. gr., 14. gr. og e. lið 2. mgr. 15. gr., sbr. 5. gr., laga nr. 57/2005.

Ótvírætt er að umræddar auglýsingar njóta verndar 73. gr. stjórnarskrárinnar. Í dómaframkvæmd Hæstaréttar og mannréttindadómstóls Evrópu hefur verið gengið út frá því að rúmt svigrúm sé til mats á nauðsyn takmörkunar slíkrar tjáningar. Ljóst er að lög nr. 57/2005 hvíla að verulegu leyti á samevrópskum reglum um bann við óréttmætum viðskiptaháttum sem fela m.a. í sér margvíslegar takmarkanir á auglýsingum. Að mati Neytendastofu er hér um að ræða mjög ósanngjarnar samanburðarauglýsingar svo þær standast ekki þær kröfur sem gerðar eru til tjáningarfrelsis skv. 73. gr. stjórnarskrárinnar og kemur því til kasta ákvæða laga nr. 57/2005.



IV.

Ákvörðunarorð:

„Gagnaveita Reykjavíkur ehf., Bæjarhálsi 1, Reykjavík, hefur með birtingu þriggja myndrænna samlíkinga á Ljósneti Símans hf. og Ljósleiðara Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. og bjóða neytendum hæga tengingu Símans, brotið gegn 2. mgr. 6. gr., b. lið 1. mgr. 9. gr., 14. gr. og e. lið 2. mgr. 15. gr., sbr. 5. gr., laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.

Með heimild í 2. mgr. 21. gr. b. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, bannar Neytendastofa Gagnaveitu Reykjavíkur birtingu framangreindra samlíkinga og boði til neytenda um hæga tengingu Símans. Bannið tekur gildi við birtingu ákvörðunarinnar.“

Neytendastofa, 29. júlí 2014

Tryggvi Axelsson
forstjóri

Þórunn Anna Árnadóttir