

ÚRSKURÐUR

ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 20/2012 OG 22/2012.

Kæra Eðalvara ehf. á ákvörðun Neytendastofu 31. október 2012 og kæra sama félags á grundvelli 4. mgr. 9. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 vegna ætlaðra tafa á afgreiðslu málsins.

1. Þann 12. júní 2013 eru tekin fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 20/2012: Kæra Eðalvara ehf. á grundvelli 4. mgr. 9. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 vegna ætlaðra tafa á afgreiðslu máls og nr. 22/2002: Kæra Eðalvara ehf. á ákvörðun Neytendastofu [nr. 44/2012](#) frá 31. október 2012. Í málunum úrskurða Eiríkur Jónsson, Egill Heiðar Gíslason og Ingiríður Lúðvíksdóttir.
2. Með kæru, sem barst áfrýjunarnefnd neytendamála þann 30. nóvember 2012, hefur kærandi kært til nefndarinnar ákvörðun Neytendastofu nr. 44/2012 frá 31. október 2012, um að ekki sé ástæða til aðgerða af hálfu stofnunarinnar vegna kvörtunar kæranda yfir umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. utan um Rautt kóreskt ginseng. Kærandi gerir eftirfarandi kröfu fyrir áfrýjunarnefndinni: „Aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að umbúðir Rauðs Kóresks Ginsengs verði innkallaðar og þeim breytt þannig að þær valdi ekki ruglingi við Rautt Eðal Ginseng. Ennfremur að Eggert Kristjánsson hf. færi sönnur fyrir því að Rautt kóreskt Ginseng sé ræktað í Kóreu. Til vara að ákvörðuninni verði vísað til nýrrar meðferðar Neytendastofu.“ Áður en framangreind ákvörðun Neytendastofu nr. 44/2012 var tekin hafði Eðalvörur ehf. kært ætlaðan óhæfilegan drátt á afgreiðslu málsins fyrir stofnuninni, með kæru sem barst áfrýjunarnefndinni 16. október 2012. Ákvað áfrýjunarnefnd neytendamála að sameina umrædd tvö mál fyrir nefndinni.
3. Kæruheimild vegna ákvörðunar Neytendastofu nr. 44/2012 er í 2. mgr. 4. gr. laga um Neytendastofu og talsmann neytenda nr. 62/2005, sbr. 4. mgr. 4. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, og kæruheimild vegna ætlaðra tafa á afgreiðslu málsins er í 4. mgr. 9. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993.

MÁLAVEXTIR

4. Forsaga málsins er sú að í ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að Eggert Kristjánsson hf. hefði með notkun umbúða utan um Rautt Royal ginseng brotið gegn þágildandi ákvæðum 5. og 12. gr. laga nr. 57/2005. Að mati Neytendastofu voru umbúðirnar svo líkar umbúðum kæranda að mjög mikil hætta væri á ruglingi þannig að neytendur gætu álitid að um sömu vöru eða jafnvel sama framleiðanda væri að ræða. Var Eggerti Kristjánssyni hf. bannað að nota umræddar umbúðir. Eftir birtingu ákvörðunarinnar mun Eggert Kristjánsson hf. hafa breytt útliti umbúðanna.
5. Með tölvubréfi til Neytendastofu, dags. 1. febrúar 2010, kvartaði kærandi yfir því að Eggert Kristjánsson hf. hefði sniðgengið framangreinda ákvörðun með auglýsingum fyrir Rautt kóreskt

ginseng. Laut kvörtun kæranda m.a. að því að í sjónvarpsauglýsingum Eggerts Kristjánssonar hf. væri líkt eftir auglýsingum kæranda og að notuð væru breytileg heiti yfir vöru Eggerts Kristjánssonar hf. í því skyni að rugla neytendur. Undir rekstri málsins kom jafnframt fram sú málsástæða að breytingar sem gerðar hefðu verið á umbúðum Rauðs kóresks ginsengs í kjölfar ákvörðunar Neytendastofu nr. 8/2007 hafi ekki verið nægjanlegar.

6. Neytendastofa komst í kjölfarið að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til aðgerða, sbr. ákvörðun Neytendastofu 13. ágúst 2010 (36/2010). Þeirri ákvörðun skaut kærandi til áfrýjunarnefndar neytendamála. Með úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010) var ákvörðunin felld úr gildi að hluta. Nánar tiltekið var sá hluti ákvörðunarinnar er varðaði kvörtun kæranda yfir núverandi umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. utan um Rautt kóreskt gingseng felldur úr gildi og vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar hjá Neytendastofu. Í því sambandi var af hálfu áfrýjunarnefndarinnar tekið fram að á áfrýjunarstigi hefði rekstur málsins að verulegu marki lotið að umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. og meintri líkingu þeirra og umbúða kæranda. Aðilar hefðu fært fram röksemdir sem að þessu lytu og ný gögn komið fram sem ekki hefðu legið fyrir við meðferð málsins hjá Neytendastofu. Í ljósi atvika málsins og rannsóknarreglu stjórnisýsluréttar, sbr. 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, yrði að taka þennan lið kvörtunar kæranda til frekari athugunar, afla nánari upplýsinga um núverandi umbúðir og sjónarmið aðila, og taka rökstudda afstöðu til þessa liðar í kvörtun kæranda.
7. Með bréfi Neytendastofu til Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 15. mars 2011, var vísað til áðurnefnds úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála og því lýst að kvörtun kæranda yfir umbúðum fyrirtækisins hefði verið vísað til nýrrar meðferðar stofnunarinnar. Var tekið fram að Neytendastofa teldi 5. gr. 15. gr. a og IX. kafla laga nr. 57/2005 geta komið til álita í málinu svo og 13. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009 um viðskiptahætti sem í öllum tilvikum teljast óréttmætir. Var óskað eftir athugasemdum og skýringum Eggerts Kristjánssonar hf. vegna erindisins.
8. Svar barst með bréfi lögmanns Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 25. mars 2011. Þar kemur fram að í ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) hafi stofnunin komist að þeirri niðurstöðu að ruglingshætta væri á milli umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. og umbúða kæranda. Eftir ákvörðunina hafi fyrirtækið breytt umbúðum sínum umtalsvert. Engar athugasemdir, hvorki frá kæranda né öðrum, hafi borist Neytendastofu eftir að hinar breyttu umbúðir komu á markað fyrir en með kvörtun kæranda í febrúar 2010. Með ákvörðun 13. ágúst 2010 (36/2010) hafi Neytendastofa m.a. komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til þess að gera athugasemdir við hinar nýju umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. Þá hafi Neytendastofa talið að meint líking væri ekki nægjanlega rökstudd af hálfu kæranda og því ekki fjallað frekar um þann kvörtunarlið í ákvörðun sinni. Umræddri ákvörðun Neytendastofu hafi verið skotið til áfrýjunarnefndar neytendamála. Með úrskurði nefndarinnar hafi kvörtun kæranda hvað varði umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. verið vísað til nýrrar meðferðar hjá Neytendastofu og sé greinargerð félagsins til komin vegna þeirrar málsmeðferðar.

9. Í bréfi Eggerts Kristjánssonar ehf. segir síðan að í framhaldi af ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) hafi félagið sem fyrr segir gert töluverðar breytingar á umbúðum sínum utan um Rautt kóreskt ginseng. Við mat á því hvort fyrirtækið brjóti með einhverjum hætti gegn meintum réttindum kæranda, eins og haldið sé fram í kærðu, verði því að bera saman hinar nýju umbúðir og umbúðir kæranda. Í kvörtun kæranda sé því haldið fram að umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. séu eftirlíkingar af umbúðum félagsins utan um Rautt Eðal ginseng. Sé þar bæði vísað til lögunar og útlits umbúðanna sjálfra, pakkningar á hylkjunum og textans á umbúðunum. Sé ástæða til þess að fara sérstaklega yfir hvern og einn þátt. Þegar umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. og kæranda séu bornar saman megi strax sjá að grunnlitur þeirra, uppsetning og myndform sé annað. Grunnlitur á framhlið umbúða kæranda sé að meginstefnu til rauður með gylltum ramma og átta gylltum þunnum röndum beggja vegna við miðju. Fyrir miðju sé svo eins konar gæðainnsigli í hringlaga formi og fyrir neðan tvískiptan gylltan sporöskjulaga flöt þar sem heiti vörunnar „Rautt eðal ginseng frá Kóreu“ komi fram ásamt kóresku lettri. Fyrir neðan séu upplýsingar um fjölda hylkja og þyngd hvers hylkis. Upplýsingar um framleiðanda og framleiðslustað séu svo neðst á framhlið pakkningarinnar á gylltum bakgrunni.
10. Grunnlitur á framhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. sé hins vegar tvískiptur, rauður og gylltur, og sé gyllti liturinn í fyrirrúmi. Hinn gyllti litur sé tvenns konar og myndi hann mynstur. Rautt mynstur á gylltri línu myndi ramma utan um framhlið umbúðanna. Heiti vörunnar „Rautt kóreskt ginseng“ í gylltu lettri sé efst fyrir miðju á rauðum grunni. Þá sé kóreskt letur í gylltu lóðrétt vinstra megin á umbúðunum. Hægra megin sé mynd af ginseng rót og sé mynd þessi mjög afgerandi þegar litið sé á umbúðirnar. Fyrir neðan myndina sé vörumerki framleiðanda vörunnar, Ginseng & Food Co. Ltd. (hér eftir vísað til „GNF“), Royal. Neðst fyrir miðju megi jafnframt sjá upplýsingar um fjölda hylkja, þyngd hvers hylkis og upplýsingar um að varan sé fæðubótarefni. Tekið skuli fram að Eggert Kristjánsson hf. selji bæði 300 mg. hylki sem og 500 mg. hylki. Hylkin séu alltaf 100 stykki í hverri pakkningu. Kærandi selji hins vegar aðeins 300 mg. hylki en hægt sé að fá mismunandi fjölda hylkja í hverri pakkningu. Hylkin séu þannig ekki alltaf 100 stykki.
11. Hliðar umbúða kæranda séu alfarið gylltar. Hliðar umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. séu hins vegar rauðar með gylltum röndum að ofan og neðan. Bakhlið umbúða kæranda sé jafnframt gyllt. Bakhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. sé hins vegar rauð með gylltum og rauðum mynstruðum ramma. Fyrir miðju á bakhlið umbúða kæranda sé hið svokallaða gæðainnsigli í hringlaga formi. Þar fyrir neðan sé nafn vörunnar og upplýsingar um innihald, notkun og skömmtun í svörtu lettri innan í svörtum ramma. Nafn vöru Eggerts Kristjánssonar hf. sé hins vegar efst á bakhlið umbúða fyrirtækisins, í gylltu lettri, og hið kóreska letur sé jafnframt á bakhlið umbúðanna í gylltum lit. Upplýsingar um vöruna, notkun og innihald sé í svörtu lettri og neðst á pakkningunni sé vörumerki framleiðandans, GNF, og Royal vörumerki hans. Leturgerð á umbúðum kæranda annars vegar og Eggerts Kristjánssonar hf. hins vegar sé önnur, bæði á framhlið og á bakhlið. Þá séu hvorki hinn rauði eða gyllti litur sem notaður sé á umbúðunum sá sami, þar sem rauði liturinn á umbúðum kæranda sé dekkri og gylltu litirnir eilítið meira út í gult. Með vísan í framangreint megi þannig sjá að umbúðir kæranda og Eggerts Kristjánssonar hf. séu mjög ólíkar, jafnvel þótt þær séu samskonar í laginu og í sömu þremur grunnlitum, svörtum,

rauðum og gylltum. Í því samhengi beri þó jafnframt að líta til þess að séu umbúðir utan um kóreskt ginseng skoðaðar megi sjá að umræddir litir, svartur, rauður og gylltur, séu ráðandi grunnlitir á umbúðum flestallra þeirra ginsengvara sem upp komi með einfaldri leitaráðgerð á veraldarvefnum, sbr. fylgiskjöl sem meðfylgjandi séu bréfinu.

12. Í bréfinu er næst vikið að texta á umbúðum varanna. Í kvörtun kæranda sé því haldið fram að umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. hafi að geyma sama texta og finna megi á umbúðum kæranda hvað varði ábendingar og notkun. Sé textinn aftan á umbúðum beggja vara borinn saman megi sjá að textinn sé mjög ólíkur og uppsetningin allt önnur. Á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. sé efst á bakhlið vörunnar almennar upplýsingar um áhrif Rauðs kóresks ginsengs en þar segi: „Rautt kóreskt ginseng er gott sem fyrirbyggjandi og uppbyggjandi efni fyrir líkamlega og andlega heilsu. Einnig gott gegn örmögnun, þreytu, streitu og skorti á einbeitingu.“ Umræddur texti hafi verið saminn með hliðsjón af umsögn Alþjóða heilbrigðisstofnunarinnar (WHO) um ginseng þar sem segi: „Radix Ginseng is used as a prophylactic and restorative agent for enhancement of mental and physical capacities, in cases of weakness, exhaustion, tiredness, and loss of concentration, and during convalescence.“ Ekki sé sambærileg almenn lýsing efst á umbúðum kæranda, eins og á vörum Eggerts Kristjánssonar hf., en undir liðnum „notkun“ komi fram: „Við streitu, þreytu, afkastarýrnun og einbeitingarskort. Einnig gott fyrir aldraða.“
13. Með vísan til framangreinds megi sjá að ekki sé með nokkrum hætti hægt að halda því fram að umræddur texti á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. sé stæling á umbúðum kæranda. Í framhaldi af hinum almennu upplýsingum á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. séu upplýsingar um notkun og innihald. Upplýsingar þær sem þar megi finna séu með allt öðrum hætti en finna megi á umbúðum kæranda. Neðst á bakhlið vörunnar séu svo upplýsingar um hvernig geyma skuli vöruna og ábendingu þess efnis að fæðubótarefni komi ekki í stað fjölbreyttrar fæðu. Sambærilegar upplýsingar séu ekki á umbúðum kæranda. Með hliðsjón af ofangreindu sé því algjörlega hafnað að texti Eggerts Kristjánssonar hf. um ábendingar og notkun á vörunni sé með einhverjum hætti stæling á þeim texta sem sé á umbúðum kæranda.
14. Í bréfinu er næst vikið að innpökkun hylkjanna. Kærandi hafi haldið því fram að fyrirsvarsmaður hans hafi aldrei fyrr, nokkurs staðar í heiminum, séð aðrar vörur en Rautt Eðal ginseng sem séu pakkaðar inn í álþynnur, eins og hylki þau sem kærandi selji, sem séu svo pakkaðar inn í álumbúðir innan í pakkanum. Í fyrsta lagi skuli tekið fram að pökkunaraðferð þessi sé mjög algeng og séu myndir af pakkingum af ginseng vörum skoðaðar á veraldarvefnum megi strax sjá að flestar ef ekki allar þær ginseng vörur sem þar megi finna með einfaldri leitaráðgerð séu pakkaðar inn með þessum hætti, sbr. nokkur dæmi í fylgiskjali með bréfinu. Umrædd pökkunaraðferð sé jafnframt mjög algeng á hvers konar lyfjum og öðrum fæðubótarefnum. Í öðru lagi skuli tekið fram að pökkunaraðferðin snúist um að varðveita sem best innihald vörunnar. Kærandi hafi engan einkarétt á þessari pökkunaraðferð og komi pökkunaraðferðin sem slík á engan hátt til skoðunar við mat á ruglingshættu neytenda milli vöru kæranda og vöru Eggerts Kristjánssonar hf.
15. Í bréfinu er vísað til þess að það sé mat Neytendastofu að einkum 5., 15. gr. a og IX. kafli laga nr. 57/2005 sem og 13. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009 um viðskiptahætti sem í öllum tilvikum

teljast óréttmætir, komi til skoðunar í málinu. Samkvæmt 15. gr. a laga nr. 57/2005 sé sérhverjum óheimilt að nota auðkenni, sem hann eigi tilkall til, á þann hátt að leitt geti til þess að villst verði á því og öðru auðkenni sem fyrirtæki noti með fullum rétti. Í ákvæði þessu felist almenn vernd auðkenna sem sé til fyllingar vörumerkjavernd. Í 5. gr. laga nr. 57/2005 komi svo fram að óréttmætir viðskiptahættir séu bannaðir. Í 13. tölul. 1. gr. tilvitnaðrar reglugerðar nr. 160/2009 segi að það feli í sér óréttmæta viðskiptahætti að koma á framfæri vöru sem líkist vöru frá tilteknum framleiðanda á þann hátt að neytandinn sé vísvitandi blekkur til þess að trúa að varan sé frá þeim framleiðanda þótt svo sé ekki.

16. Réttur kæranda til umbúðanna sem félagið noti byggi á vörumerkjarétti kæranda, sbr. vörumerkja-skráningu nr. 1192/1999, sbr. fylgiskjal með bréfinu. Vörumerki kæranda sé myndmerki af umbúðum hans í heild sinni. Við mat á því hvort umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. brjóti gegn vörumerkjarétti kæranda, sbr. 15. gr a laga nr. 57/2005, beri að líta til þess hvort ruglingshætta sé á milli umbúðanna. Við mat á ruglingshættu beri að líta til heildarútlits umbúðanna. Eins og rakið hafi verið sé umtalsverður munur á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. og kæranda. Lita-samsetning og leturgerð á umbúðunum sé önnur, uppsetning texta sé töluvert frábrugðin o.s.frv. Allt séu þetta atriði sem hafi mikil áhrif við mat á ruglingshættu, sbr. t.d. ákvörðun Neytendastofu 23. desember 2010 (55/2010). Þá sé á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. mynd af ginseng rót sem telja verði að feli í sér ríkjandi þátt á umbúðum fyrirtækisins. Í fræðiriti Jóns L. Arnalds, Vörumerkjaréttur, sé umfjöllun um áhrif mynda við mat á ruglingshættu, en þar segi: „Við samanburð ber að athuga hvort vörumerkið hafi að geyma áberandi eða ríkjandi þátt sem heldur athyglinni frá öðrum þáttum merkisins. Þetta getur verið orð eða mynd í merkinu, t.d. áberandi orð í merki með mörgum orðum eða orð í myndmerki. Slíkur ríkjandi þáttur er jafnan mikilvægur við mat á heildaráhrifum vörumerkisins.“ Með vísan til þess hversu ólíkar umbúðirnar séu verði því að ganga út frá því að engin ruglingshætta sé á milli umbúðanna. Neytendur eigi því ekki að geta villst á umbúðunum. Þar af leiðandi sé ekki hægt að tala um brot á vörumerkjarétti kæranda, sbr. 15. gr. a laga nr. 57/2005.
17. Í áðurnefndum 13. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009 komi fram að það feli í sér óréttmæta viðskiptahætti að koma á framfæri vöru sem líkist vöru frá tilteknum framleiðanda á þann hátt að neytandinn sé vísvitandi blekkur til þess að trúa því að varan sé frá þeim framleiðanda þótt svo sé ekki. Eins og rakið hafi verið séu umbúðir kæranda og Eggerts Kristjánssonar hf. í verulegum atriðum ólíkar. Þannig sé ekki hægt að halda því fram að slík líkindi séu með umbúðunum að líklegt sé að Eggert Kristjánsson hf. sé með vísvitandi hætti að reyna að blekkja neytendur til þess að kaupa vörur sínar. Í þessu samhengi sé jafnframt mikilvægt að líta til þess að hinar nýju umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. byggi á fyrirliggjandi hönnun framleiðanda vörunnar sem fyrirtækið selji, GNF. Á fylgiskjölum með bréfinu megi sjá myndir af þeim vörum sem GNF hafi m.a. til sölu í fjölmörgum löndum um allan heim. Það sé því augljóst hver fyrirmynd hinna nýju umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. hafi verið og hafi umbúðir kæranda hvergi komið þar nærri. Sú fullyrðing að umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. sé ætlað að blekkja neytendur í því skyni að fá neytendur til þess að kaupa vöru fyrirtækisins, teljandi sig vera að kaupa vöru kæranda, sé því fjarstæðukennd og eigi sér enga stoð. Eggert Kristjánsson hf. flytji inn og selja ginsengvörur sem seldar séu víðsvegar um heiminn. Vörur Eggerts Kristjánssonar hf. njóti mikilla vinsæla og þurfi

fyrirtækið ekki að stóla á meinta viðskiptavild kæranda eða annarra félaga þegar komi að markaðssetningu og sölu á vörum þess.

18. Því sé hafnað, með vísan til framangreinds, að umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. utan um Rautt kóreskt ginseng feli í sér eftirlíkingar af umbúðum kæranda eða brjóti með einhverjum hætti á rétti hans. Umbúðir fyrirtækisins byggja á hönnun á umbúðum framleiðanda vörunnar, GNF, eins og sjá megi af framlögðum fylgiskjölum. Sú staðhæfing að hönnun umbúða fyrirtækisins hafi byggt á umbúðum kæranda eigi sér því enga stoð. Séu umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. annars vegar og kæranda hins vegar bornar saman megi augljóslega sjá hversu ólíkar þær séu. Þannig sé grunnlitur umbúðanna annar, leturgerðir aðrar, textauppygging önnur, myndform annað o.s.frv. Það sé því ekki hægt að tala um að heildarútlit þeirra sé svo líkt að líkur séu á því að neytendur geti ruglast á vörunum. Þvert á móti verði að telja umbúðirnar það frábrugðnar að engin ruglingshætta sé fyrir hendi. Eggert Kristjánsson hf. hafni því algjörlega þeim fullyrðingum að umbúðir fyrirtækisins feli í sér brot gegn lögum nr. 57/2005. Það sé von fyrirtækisins að ákvörðun Neytendastofu í þessu máli muni binda endi á tilhæfulausar ásakanir kæranda um brot þess gegn lögum nr. 57/2005.
19. Með bréfi Neytendastofu, dags. 29. mars 2011, var kæranda kynnt svarbréf Eggerts Kristjánssonar hf. og honum gefinn kostur á að koma að athugasemdum við það. Svar barst með tölvubréfi kæranda, dags. 26. apríl 2011. Þar er tekið fram að bréfi lögmanns Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 26. mars 2011, sé ætlað að vera viðbragð við ósk Neytendastofu um skýringar fyrirtækisins í framhaldi af úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála á grundvelli nýrra gagna í málinu. Þar sem áfrýjunarnefndin sé ekki rannsóknarstjórnvald hafi hún lagt fyrir Neytendastofu að rannsaka málið áður en ný ákvörðun yrði tekin. Hin nýju gögn í málinu varði ekki bara vörumerkið heldur miklu frekar brot á lögum nr. 57/2005 ásamt tilskipunum Evrópusambandsins, sbr. 13. gr. reglugerðar nr. 160/2009 um viðskiptahætti sem teljast undir öllum kringumstæðum óréttmætir. Lög þessi séu mun ítarlegri og í raun viðbótarréttur við vörumerkjalögin. En þótt Neytendastofa nefni þessi lög sérstaklega reyni lögmaður Eggerts Kristjánssonar hf. að skauta framhjá málsatvikum sem varði þau og beina umræðunni í aðrar áttir. Þegar dæma skuli hvort ruglingshætta sé fyrir hendi skuli meta umbúðir í heild sinni. Því hafi kærandi sent fyrstu og aðra útgáfu af umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. fyrir svokallað Rautt kóreskt ginseng og auk þess umbúðir utan um Rautt Eðal ginseng frá Kóreu. Þetta hafi kærandi gert því betra sé að meta þetta af umbúðunum en misjafnlega góðum ljósritum. Þrátt fyrir eindregin mótmæli Eggerts Kristjánssonar hf. blandist engum hugur um að fyrstu umbúðirnar hafi verið hannaðar sem eftirlíking af Rauðu Eðal ginsengi. Það sé því hafið yfir vafa að fyrirtækið hafi komist inn á markað með því að valda ruglingshættu við vöru kæranda og nýta sér þannig gott orðspor hennar. Þegar báðar útgáfurnar séu skoðaðar sjáist að Eggert Kristjánsson hf. hafi breytt nýju útgáfunni eins lítið og fyrirtækið hafi talið sig komast upp með.
20. Í þessu samhengi hafi kærandi bent á í bréfi til áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 23. október 2010, að vörumerkjarétturinn hafi verið innleiddur í íslenskan rétt eins og siglingalögin, en þar hafi rauði þráðurinn verið sá að ef tvö skip væru í árekstrarstefnu „skyldi það skip sem var í rétti halda stefnu og ferð“, en hitt skipið án tafar framkvæma verulega stefnubreytingu. Allir sjái að

Þetta sé bæði skynsamlegt og sanngjarnt. Verði bið á því að skipið sem sé í órétti geri viðeigandi ráðstafanir eigi þörfun fyrir stefnubreytingu að vera brýnni. Vörumerkjarétturinn geri ekki ráð fyrir því, frekar en siglingalögin, að eigandi vörumerkis þurfi að breyta því til að forðast rugling við eftirlíkingu. Í umræddu bréfi til áfrýjunarnefndar neytendamála hafi ennfremur komið fram að fyrirsvarsmáður kæranda, sem um áratuga skeið hafi flutt inn Rautt Eðal ginseng og farið fjölda ferða á ginsengsráðstefnur og sýningar, m.a. í Kóreu, hafi haldið því fram að hann hafi aldrei fyrr, nokkursstaðar í heiminum, séð aðrar umbúðir en Rauðs Eðal ginsengs með sömu lögun, ábendingum/notkun, eða álþynnur utan um hylkin pakkaðar í álumbúðir innan í pakkanum. Hann hafi margskorað á Eggert Kristjánsson hf. að leggja fram erlendar umbúðir, án árangurs. Gegn þessari fullyrðingu standi yfirlýsing frá lögmanni Eggerts Kristjánssonar hf. um að umbúðirnar séu þær sömu og „GINSENG & FOOD Co; Ltd“ noti, en þær séu einungis íslenskaðar.

21. Á öllum stigum málsins, m.a. fyrir áfrýjunarnefnd neytendamála, hafi fyrirsvarsmáður kæranda skorað á Eggert Kristjánsson hf. að leggja fram erlendar umbúðir og upplýsa hvar þær séu markaðssettar. Í bréfi Eggerts Kristjánssonar hf. til áfrýjunarnefndar neytendamála frá 12. nóvember 2010 segist fyrirtækið hafa endurhannað umbúðir sínar til að hlíta úrskurðinum og bendi á heimasíðu framleiðandans með gömlu og nýju íslensku umbúðunum sem fyrirmyndir íslensku umbúðanna. Til að hnykkja á þessu hafi Eggert Kristjánsson hf. ennfremur sagt að: „fjarstæða væri að ætla að framleiðandinn sérhannaði umbúðalínu fyrir framleiðslu fyrirtækisins enda lítið framleitt í einu af vörunni og slík sérhönnun og sérpökkun myndi því ekki svara kostnaði“. Til viðbótar skýringum Eggerts Kristjánssonar hf., sem fyrirtækið hafi aldrei fallið frá, um að umbúðirnar séu að öllu erlendar en einungis þýddar á íslensku, hafi nýlega komið fram að sá hluti textans, sem líkist texta á umbúðum Rauðs Eðal ginsengs, þ.e. um notkun, sé „útbúinn af auglýsingastofu með tilvísun í umsögn Heilbrigðisstofnunar WHO“. Séu þessar fullyrðingar réttar eigi ekki að vera erfitt fyrir Eggert Kristjánsson hf., með dyggri aðstoð auglýsingastofunnar, að finna einhvern annan pakka en Rautt Eðal ginseng með svipaðri áletrun.
22. Eggert Kristjánsson hf. hafi auglýst ginseng sitt sem sömu vöru og Rautt Eðal ginseng. Það sé ekki rétt. Með því að fletta upp orðinu vörusvik á heimasíðu Neytendasamtakanna megi sjá að nokkur fjöldi neytenda hafi keypt Rautt kóreskt ginseng frá Eggerti Kristjánssyni hf. og orðið fyrir vonbrigðum. Af þessu tilefni hafi Neytendasamtökin fengið faggilta rannsóknarstofu til að rannsaka vöruna með þremur mismunandi aðferðum sem allar hafi gefið sömu niðurstöðu: Ekkert ginseng væri í vörunni. Lyfjafræðideild Háskóla Íslands hafi sagt að rannsóknarstofan njóti fyllsta trausts og sama megi segja um mælingarnar og staðlana sem notaðir hafi verið. Rautt Eðal ginseng hafi aftur á móti staðist allar mælingar.
23. Í tölvubrési kæranda er næst tekið fram að heiti vörunnar sé afgerandi þáttur í umbúðunum, þ.e. Rautt kóreskt ginseng. Mjög ólíklegt sé að ginsengið sé ræktað í Kóreu og til þess séu mjög margar vísbendingar. Í fyrsta lagi sé kóreskt ginseng mun dýrara en kínverskt ginseng og varla fari menn að kosta meiru en þurfi í eftirlíkingar. Í öðru lagi séu ýmis smáfyrirtæki í Kóreu að kaupa ginseng frá Kína og flytja út frá Kóreu til Vesturlanda. Í þriðja lagi hafi Eggert Kristjánsson hf. sagt á heimasíðu sinni og eins í bæklingum að varan sem fyrirtækið selji, Rautt kóreskt ginseng frá Royal, sé ræktað á svæði frá 33.-48. gráðu norðlægrar breiddar. Í fjórða lagi hafi

fyrirsvarsaður kæranda spurst fyrir um þessa vöru í Kóreu án árangurs. Í fimmta lagi sé heimasíða fyrirtækisins einungis á japönsku og ensku. Þessir þættir skipti gríðarlegu máli vegna þess að áhersluþættirnir í markaðssetningunni hafi verið á þessi tvö orð, þ.e. „rautt“ og „Kórea“. Orðin séu lýsandi um eðli og innihald auk þess að vera hluti af nafni vörunnar. Þess vegna sé ranglátt gagnvart neytendum og samkeppnisaðila að kínverskt ginseng sé selt sem kóreskt. Af þeirri ástæðu sé eðlilegt að ganga úr skugga um uppruna vörunnar. Auðvitað læri upplýstir neytendur að þekkja hafrana frá sauðunum með tíð og tíma. Hitt sé samt því miður alltof algengt að sérstaklega gamalt fólk kaupi vöru Eggerts Kristjánssonar hf. og telji sig vera að kaupa Rautt Eðal ginseng á tilboðsverði, jafnvel extra sterkt eins og standi á öðrum pakknum, þó innihaldið sé sama hvíta ginsengið í báðum pökkunum.

24. Í tölvubréfinu er næst vikið að framangreindu bréfi Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 26. mars 2011. Tekur kærandi fram að þar sem vara Eggerts Kristjánssonar hf. hafi upphaflega verið markaðssett sem sama vara og Rautt Eðal ginseng og í nánast sömu pakkningum sé enn mikilvægara en ella að breytingin sé afgerandi. Slík breyting hafi ekki verið gerð, heldur þvert á móti, auk þess sem kóreskt letur sé notað og grunnlitir þeir sömu og lögurinn sú sama. Lögurinn sé ráðandi þáttur og í raun einstök, sem bendi eindregið til þess að fyrirmyndin sé enn sem fyrr Rautt Eðal ginseng. Ruglingshætta skuli heldur ekki vera til staðar þó pakkarnir standi ekki hlið við hlið. Uppistaða sölunnar séu hundrað hylkja pakkarnir en jafnvel þó þeir standi hlið við hlið telji sumir að vara Eggerts Kristjánssonar hf. sé „extra sterk“ útgáfa af Rauðu Eðal ginsengi eins og fyrr segi.
25. Kærandi kveðst lýsa undrun sinni á krákustígavegferð Eggerts Kristjánssonar hf. Í stað þess að sýna fyrirmyndina, sem allan tímann hafi verið haldið fram að sé til staðar og segja hvar hún sé seld, slái fyrirtækið inn leitarorð á veraldarvefnum sem kalli á hundruð þúsunda síðna, aðallega ólæsilegar. Hugsanlega séu þarna einhver hylki sem innihaldi rautt ginseng en mestan partinn sé þetta ólæsilegt. Innan um megi hins vegar finna myndir af vöru kæranda, rótum, drottningar-hunangi, drykkjum, pagina og extracti, svo dæmi séu nefnd af handahófi. Lögmaður Eggerts Kristjánssonar hf. láti hins vegar engar skýringar fylgja með myndunum og geri kærandi það ekki heldur. Ekki taki betra við þegar leit á veraldarvefnum sé stillt á „extract capsules“ eða „Pagin yin ginseng“ og „extract gold“. Þessi undarlega vegferð vekur upp ýmsar spurningar, s.s. hvaða vörur þetta séu og hvar vara kæranda sé. Vara Eggerts Kristjánssonar hf. sé seld sem kóresk rauð ginseng hylki eða „Korean red ginseng capsules“. Séu þessi leitarorð slegin inn í leitarvélina google.com birtist ýmsar útgáfur af umbúðum frá birgja kæranda, bæði gular og rauðar, en ekkert sem líkist vöru Eggerts Kristjánssonar hf.
26. Vissulega sé rétt að texti á umbúðum Rauðs Eðal ginsengs og vöru Eggerts Kristjánssonar hf. sé mjög líkur í ljósi þess að kærandi hafi farið sínar eigin leiðir og markaðssett ginseng hér með ólíkum hætti og gert sé í Skandinavíu og víðar þar sem mest áhersla hafi verið á orku, „giver energi“. Ef menn sjái þetta ekki í fljótu bragði láti kærandi bækling fyrirtækisins um Rautt Eðal ginseng fylgja með, en þar standi efst á útsíðu: „Frá Kóreu Rautt Eðal Ginseng“. Alþjóða heilbrigðisstofnunin (WHO) staðfesti eftirfarandi í skrám sínum: „Ginseng er notað sem fyrirbyggjandi og heilsubætandi efni til eflingar andlegs atgerfis vegna veikinda, örmögnunar,

þreytu og þverrandi einbeitingarhæfileika auk þess að stuðla að góðum bata“. Það sé því alls ekki rétt í greinargerð lögmanns Eggerts Kristjánssonar hf. að um sé að ræða orðréttu þýðingu úr monografi WHO. Þarna komi t.d. ekki fyrir orðið streita. Kærandi spyr hvort það geti verið að það sé komið frá umbúðum Rauðs Eðal ginsengs.

27. Kærandi tekur næst fram að allur kafli bréfs Eggerts Kristjánssonar hf. um innpökkun hylkjanna beri með sér að lögmaðurinn hafi einungis fengið ljósrít af pökkunum og treyst þess í stað á veraldarvefinn eða takmarkaðar upplýsingar frá umbjóðanda sínum. Kærandi láti pakkana fylgja bréfinu og þegar þeir séu opnaðir komi í ljós álumslag utan um blisterhylkin, sem sé einstakt. Í bréfi Eggerts Kristjánssonar hf. sé bent á tvær myndir af vörum frá fyrirtækinu GNF á fylgiskjölum. Myndirnar séu af ekstrakti og tei en hvorug þessara vara sé seld hér á landi. Fróðlegt væri að vita hvort svokallað kóreskt rautt ginseng í hylkjum sé selt í Kóreu og af hverjum. Lögmaður Eggerts Kristjánssonar hf. fari fögrum orðum um frægð og gæði vörunnar. Vísar kærandi í því sambandi til fullyrðingar um að Eggert Kristjánsson hf. flytji inn og selji ginseng vörur sem seldar séu víðsvegar um heiminn. Vörur félagsins njóti mikilla vinsælda og þurfi fyrirtækið ekki að stóla á meinta viðskiptavild kæranda eða annarra félaga þegar komi að markaðssetningu og sölu á vörum þess. Kærandi velti fyrir sér hvort lögmaðurinn viti að markaðssetti einhver vöruna sem rautt ginseng í Þýskalandi yrði sá hinn sami sviptur starfsleyfi. Líklega sé til of mikils mælt að lögmaðurinn upplýsi hvar þessi víðfræga vara sé seld sem rautt ginseng frá Kóreu. Lögmaðurinn segi í bréfi sínu að ekki eigi að dæma Eggert Kristjánsson hf. fyrir að hafa vísvitandi blekk neytendur. Félagið hafi kannski ekki gert það vísvitandi en neytendur hafi verið og séu blekkir.
28. Í niðurlagi tölvubréfsins viku kærandi að því að á heimasíðu Neytendasamtakanna komi fram að samtökin hafi fengið fjölda kvartana frá neytendum sem hafi talið sig vera að kaupa Rautt Eðal ginseng. Tekur kærandi fram að bæði Neytendastofa og aðilar málsins þekki dæmi þess að starfsfólk heilsubúða rugli pakkningunum saman. Við þetta bætist að Eggert Kristjánsson hf. hafi ýtt undir ruglingshættu með auglýsingum, t.d. með því að klippa út texta af heimasíðu kæranda og setja á sína heimasíðu. Þessar ólögmetu auglýsingar ásamt því hvað pakkarnir séu líkir hafi stuðlað að ruglingi, sem sé óréttlátur gagnvart neytendum og kæranda hvort sem um vísvitandi verknað sé að ræða eða ekki. Eggert Kristjánsson hf. hafi margsinnis haldið því fram að fyrirtækið hafi einungis þýtt erlendar umbúðir og nú hafi lögmaður félagsins staðfest fyrir þess hönd að þessi vara njóti gríðarlegra vinsælda víða um heim. Kærandi velti því fyrir sér hvort ekki væri betra fyrir alla aðila að Eggert Kristjánsson hf. héldi sig við erlendu umbúðirnar sem lögmaðurinn hafi staðfest að njóti vinsælda um víða veröld í stað þess að valda ruglingshættu við Rautt Eðal ginseng. Kjarni málsins sé afar einfaldur. Hann sé sá hvort ruglast megi á umbúðum kæranda og Eggerts Kristjánssonar hf. þannig að ósanngjarnt megi teljast gagnvart kæranda sem keppinaut eða neytendum. Að mati kæranda sé svarið einfalt og felist í samanburði á umbúðunum sem séu nauðalíkar. Þessir viðskiptahættir séu óréttlátir og feli í sér skýlaust brot á ákvæðum 5. gr., 2. mgr. 6. gr. og 15. gr. laga nr. 57/2005.
29. Með bréfi Neytendastofu til lögmanns Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 16. júní 2011, sem lögmaður kæranda fékk jafnframt afrit af, var félaginu kynnt framangreint tölvubréf kæranda,

dags. 26. apríl 2011. Voru félaginu einnig kynntir fimm tölvupóstar sem kærandi hafði sent stofnuninni vegna málsins þann 18. febrúar, 28. febrúar, 31. mars 2011, 26. apríl og 4. maí 2011. Í fyrsta tölvubréfinu, dags. 18. febrúar 2011, tekur kærandi fram að hann hafi jafnan haldið því fram að hann hafi aldrei séð neinar umbúðir fyrir ginseng sem líkist Rauðu Eðal ginsengi. Eggert Kristjánsson hf. hafi þó haldið því fram að fyrirtækið sé bundið af erlendri fyrirmynd bæði hvað varði heildaryfirbragð umbúða, þ.m.t. lit, lögum, texta o.s.frv. Því sé réttmætt og nauðsynlegt að Neytendastofa krefjist þess að fyrirtækið leggi fram þessar fyrirmyndir og upplýsi jafnframt um hvar þær séu seldar. Fari svo ólíklega að fyrirtækið neiti að gefa umbeðnar upplýsingar geti Neytendastofa engu að síður aflað sér upplýsinga með því að spyrja kóresk yfirvöld hvort ginsengið sé kóreskt. Í tölvubréfinu frá 28. febrúar 2011 vísar kærandi til tiltekinna mynda af bæklingum úr Heilsuhúsinu í Lágmúla og óskar eftir því að Neytendastofa beiti úrræðum laga nr. 57/2005. Vísar kærandi m.a. til þess hversu langt sé liðið frá því að ákvörðun var tekin, að um ítrekanir sé að ræða og til 65. mgr. í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 12/2010, þar sem áréttuð hafi verið valdheimild Neytendastofu ef slík auglýsing birtist aftur. Er þess jafnframt óskað að málinu verði flýtt í ljósi aðstæðna.

30. Í þriðja tölvubréfi kæranda, dags. 31. mars 2011, tekur kærandi fram að 16. mars 2011 hafi Neytendastofa sent Eggerti Kristjánssyni hf. bréf þar sem fyrirtækinu var gefinn kostur á að bregðast við „ítarlegri rökstuðningi sem nánar er lýst í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 12/2010“. Kæranda hafi borist bréf frá Neytendastofu þar sem honum sé boðið að gera athugasemdir við fjölda ljósrita og bréf frá lögmanni Eggerts Kristjánssonar hf. Í síðarnefnda bréfinu hafi þó ekki verið gerð minnsta tilraun til að svara neinni af þeim ábendingum og ítarlegri rökstuðningi sem orðið hafi tilefni áfrýjunarnefndar til endurupptöku, nema ef vera skyldi með einni undantekningu, þ.e. varðandi þann kafla bréfsins þar sem lögmaðurinn þykist misskilja að álþynnurnar séu pakkaðar í álpoka. Kærandi vilji ólíkt Eggerti Kristjánssyni hf. halda sig við efni málsins, sem fram hafi komið m.a. fyrir áfrýjunarnefndinni. Óumdeilt sé að vara þessi hafi í upphafi verið markaðssett sem eftirlíking, þrátt fyrir að Eggert Kristjánsson hf. segist vera bundinn af erlendum texta og umbúðum. Kærandi hafi bent á fjölmörg atriði og rökstutt að eftirlíkingastarfsemin hafi haldið áfram. Engin ástæða sé því til að bregðast við bréfi lögmanns Eggerts Kristjánssonar hf. en áréttuð sé krafa um að fyrirtækið upplýsi hvort og hvernig sama vara sé seld.
31. Í tölvubréfinu frá 26. apríl 2011 biðst kærandi afsökunar á því hvað það hafi tekið hann langan tíma að senda stofnuninni viðeigandi gögn. Engar umbúðir á Norðurlöndunum, sem séu sama markaðssvæði og Ísland, líkist Rauðu Eðal ginsengi. Kærandi viti ekki til þess að rautt ginseng sé selt í Danmörku eða öðrum Norðurlandanna. Embættismenn hafi gjarnan litið til Norðurlandanna eftir fordæmum. Matvælastofnun hafi lent í vandræðum þegar málið hafi komið á hennar borð, en starfsmaður stofnunarinnar hafi af stakri samviskusemi hringt til Danmörkur og verið upplýstur um að enginn munur væri á hvítu og rauðu ginsengi, hvort tveggja væri unnið úr rót.
32. Að síðustu fylgdi ofangreindu bréfi Neytendastofu tölvupóstur frá kæranda, dags. 4. maí 2011. Þar vísar kærandi til Hrd. 2006, bls. 2436 (447/2005) og tekur fram að þar hafi Hæstiréttur fjallað um mál sem líkist þessu máli að ýmsu leyti. Hæstiréttur hafi talið það ýta undir ruglingshættu að

viðkomandi nöfn væru lík og því væri ástæða til að umbúðirnar væru ólíkari, enda báðar notaðar til auðkenningar á sömu vöru. Hæstiréttur hafi líka talið einsýnt að Arnarvík hefði gengið langt í að nýta þá viðskiptavild sem Celsus hefði skapað.

33. Bréfi Neytendastofu var svarað með bréfi lögmanns Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 23. júní 2011. Þar er tekið fram að greinargerð kæranda gefi tilefni til þess að ítreka hvað það sé sem skipti máli við úrlausn Neytendastofu í málinu. Við mat á því hvort umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. teljist fela í sér brot á meintum vörumerkjarétti kæranda eða lögum nr. 57/2005 verði að bera saman hinar nýju umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. og umbúðir kæranda. Eldri umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. komi ekki til skoðunar í málinu enda liggi fyrir ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007), þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að ruglingshætta væri á milli þeirra umbúða og umbúða kæranda. Í framhaldi af þeirri ákvörðun hafi Eggert Kristjánsson hf. stöðvað notkun á hinum eldri umbúðum og tekið í notkun breyttar umbúðir. Aðeins hinar nýju og breyttu umbúðir komi hér til skoðunar. Hvað varði samanburð þeirra við umbúðir kæranda vísist til greinargerðar Eggerts Kristjánssonar, dags. 26. mars 2011.
34. Í bréfinu er næst vikið að Hrd. 2006, bls. 2436 (447/2005). Í því máli hafi báðir aðilar notað vörumerkið „LIFE EXTENSION“. Hvað umbúðirnar snerti hafi það verið mat Hæstaréttar, með vísan til niðurstöðu héraðsdóms, að umbúðirnar væru það líkar að um ruglingshættu væri að ræða. Mat á ruglingshættu verði að skoða sjálfstætt í hverju máli fyrir sig. Úr dóminum megi lesa að þær umbúðir sem deilt var um hafi verið mjög líkar, sbr. eftirfarandi lýsingu í dómi héraðsdóms: „Stefnandi selur fæðubótarefni sitt í litlum hvítum plastglösum. Á merkimiða þeirra er að finna bæði mynd og texta. Efst stendur LIFE EXTENSION. Í línu þar fyrir neðan stendur á sænsku: Dett lilla extra för Dig över trettio. Þar fyrir neðan kemur mynd af bleikum, gulum og rauðum blómum á grænum stilkum raðað saman í vönd. Undir myndinni, milli tveggja strika, stendur BIOCARE · MEDICAL. Undir neðra strikinu er heimilisfang og neðst stendur 120 Tabletter. Fæðubótarefni það sem stefndi selur er í nánast samskonar plastglösum og stefnandi selur sitt efni í. Á merkimiða er einnig að finna mynd og texta. Efst á miðanum stendur LIFE EXTENSION. Í línu þar fyrir neðan stendur á dönsku: Kosttilskud til dig over trediva. Þar fyrir neðan kemur mynd af blómvendi í brúnum, rauðum og gulum litum. Undir myndinni, milli tveggja strika, stendur Life Care Denmark. Undir neðra strikinu er heimilisfang og neðst stendur 120 Tabletter.“
35. Staðan sé hins vegar ekki sambærileg þegar komi að því að meta umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. og kæranda. Hvað samanburð á þeim varði vísist aftur til greinargerðar Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 26. mars 2011. Ástæða sé til þess að ítreka að umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. byggi á fyrirliggjandi hönnun framleiðanda þeirrar vöru sem fyrirtækið selji, GNF, eins og sjá megi af fylgiskjölum með greinargerð fyrirtækisins, dags. 26. mars 2011. Sé umsögn Alþjóða heilbrigðisstofnunarinnar (WHO) um ginseng skoðuð megi jafnframt sjá að texti á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. sé nánast samhljóma þeirri umsögn. Það komi því ekki til að fyrirtækið sé að stæla með nokkrum hætti umbúðir kæranda. Kærandi nefni það sérstaklega í greinargerð sinni að streita sé ekki eitt af þeim einkennum sem talin séu upp í umsögn WHO um ginseng. Sé orðinu streita flett upp í íslenskri orðabók megi hins vegar sjá að það hafi sömu merkingu og þreyta, sem sé einmitt eitt af þeim einkennum sem nefnt sé í umsögn WHO (e. tiredness). Auk þess fáist ekki

séð að kærandi hafi einkarétt til notkunar á orðinu streita þegar komi að því að lýsa hvaða einkennum ginseng geti dregið úr.

36. Í máli þessu komi ekki til skoðunar meintar ásakanir kæranda er lúti að gæðum þess ginsengs sem notað sé í vörum þeim sem Eggert Kristjánsson hf. selji. Neytendastofa hafi áður fjallað um slíkar ásakanir og komist að þeirri niðurstöðu, í ákvörðun Neytendastofu 19. ágúst 2008 (23/2008), að ekki sé hægt að líta svo á að markaðssetning og merking á umbúðum fyrirtækisins á Rauðu kóresku ginsengi brjóti í bága við ákvæði laga nr. 57/2005. Neytendastofa hafi því ekki talið ástæðu til að aðhafast frekar í málinu. Hvers konar fullyrðingar kæranda um meint vörusvik Eggerts Kristjánssonar hf. feli því í sér aðdróttanir sem eigi sér enga stoð og fyrirtækið sé orðið langþreytt á að þurfa að svara slíkum ásökunum sem Neytendastofa hafi þegar lagt mat á.
37. Í niðurlagi bréfsins er tekið fram að mál þetta snúist um meinta ruglingshættu milli þeirra umbúða sem Eggert Kristjánsson hf. noti utan um ginseng sitt og umbúða kæranda. Neytendastofa hafi áður tekið ákvörðun sem lúti að eldri umbúðunum sem Eggert Kristjánsson hf. notaði og hafi notkun á þeim umbúðum verið hætt. Þær komi því ekki til skoðunar í þessu máli heldur lúti það eingöngu að því að meta hvort hinar nýju umbúðir fyrirtækisins brjóti með einhverjum hætti gegn meintum rétti kæranda. Séu umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. annars vegar og kæranda hins vegar bornar saman megi augljóslega sjá hversu ólíkar umbúðirnar séu. Þannig sé grunnlitur umbúðanna annar, leturgerðir aðrar, textauppygging önnur, myndform annað o.s.frv. Það sé því ekki hægt að tala um að heildarútlit þeirra sé svo líkt að líkur séu á því að neytendur geti ruglast á vörunum. Þvert á móti verði að telja umbúðirnar það frábrugðnar að engin ruglingshætta sé fyrir hendi. Eggert Kristjánsson hf. hafni því algjörlega að umbúðir fyrirtækisins feli í sér eftirlíkingar af umbúðum kæranda eða brjóti með einhverjum hætti á rétti kæranda. Af þeim sökum sé því hafnað að um brot gegn 5. og 15. gr. a laga nr. 57/2005 geti verið að ræða. Ekki fáist séð hvernig 2. mgr. 6. gr. sömu laga geti átt við í þessu máli líkt og kærandi byggir á í greinargerð sinni. Mál þetta sé búið að taka langan tíma og sé það von Eggerts Kristjánssonar hf. að Neytendastofa taki ákvörðun í málinu sem fyrst, enda sé fyrirtækið orðið langþreytt á að þurfa að svara ásökunum kæranda.
38. Með bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 7. júlí 2011, var kæranda kynnt framkomið erindi Eggerts Kristjánssonar hf. Tilkynnti stofnunin jafnframt að gagnaöflun málsins væri þar með lokið og það yrði tekið til ákvörðunar stofnunarinnar. Með bréfi til Neytendastofu, ódagsettu en móttæknu 20. júlí 2011, tók kærandi fram að þegar áfrýjunarnefnd neytendamála hefði sent málið til Neytendastofu til nýrrar ákvörðunar hafi hún tekið fram að nýjar upplýsingar hefðu komið fram og beðið stofnunina að rannsaka málið enda væri hún rannsóknarstjórnvald, sem áfrýjunarnefndin sé ekki. Það liggi fyrir Neytendastofu að úrskurða um hvort ruglingshætta sé milli Rauðs Eðal ginsengs frá Kóreu og Rauðs kóresks ginsengs. Reyndar gangi þessi vara enn undir nafninu Rautt Royal ginseng og sé kynnt með nokkrum setningum úr gömlum bæklingi kæranda. Vísar kærandi í þessu sambandi til upplýsinga í bæklingi kæranda á heimasíðunni femin.is.
39. Kærandi tekur næst fram að það veki undrun hans að Eggert Kristjánsson hf. skuli fá lögmannsstofu til að gefa Neytendastofu ítarlegar leiðbeiningar um hvaða upplýsingar hún megi nota. Vísar

kærandi þar til eftirfarandi setningar í bréfi lögmanns fyrirtækisins: „Aðeins hinar nýju og breyttu umbúðir koma til skoðunar í þessu máli“. Spyr kærandi hvort fyrirtækið ætlist til þess að málefnalegar röksemdir kæranda komi ekki til skoðunar ef þær rúmist ekki innan þess ramma sem fyrirtækið reyni að ákvarða. Neytendastofa sé sjálfstætt stjórnvald, sem geti tekið mál upp að eigin frumkvæði, eða að frumkvæði neytenda eða aðila sem eigi lögvarinna hagsmuna að gæta og rannsakað þau. Stjórnvaldið úrskurði lögum samkvæmt í samræmi við bestu vitneskju sína. Auðvitað geti mörg atriði magnað hvert annað upp, líkar umbúðir og markaðssetning, þ.m.t. auglýsingar og framsetning. Neytendastofa hafi fengið fjölda vísbendinga og raunar sannana úr ólíkum áttum um að neytendur og starfsfólk heilsuvörubúða ruglist á vörumerkjunum sem hér um ræði. Krafa Eggerts Kristjánssonar hf. um að öll vitneskja sem Neytendastofa kunni að hafa undir höndum hafi ekki áhrif á niðurstöðuna sé fráleit og eigi sér enga stoð í lögum.

40. Hrd. 2006, bls. 2436 (447/2005) sýni í fyrsta lagi að viðskiptavild vörumerkis njóti verndar á afmörkuðum markaði, þ.e. Íslandi. Sé ruglingshætta á milli vara, hvort sem hún sé af ásettu ráði eða óviljaverk, varði hún við lög. Engu breyti þótt umbúðirnar séu hannaðar erlendis, jafnvel þó þær eigi fyrirmynd, nema að því leyti að þá sé hægt að bera fyrir sig fákunnáttu. Séu umbúðir beinlínis hannaðar til að líkjast annari vöru svipti það hulunni af þeim einbeitta ásetningi að láta neytendur halda að um sömu vöru sé að ræða eða jafnvel frá sama framleiðanda. Á þetta hafi verið bent og þrátt fyrir eindregna neitun Eggerts Kristjánssonar hf. sé fyrirtækið svo margsaga og ótrúverðugt að þetta liggi svo gott sem fyrir. Dómurinn fjalli að mörgu leyti um sambærileg atvik þó hlutur Eggerts Kristjánssonar hf. sé verri og brotaviljinn augljósari. Það komi því ekki á óvart þó þeir setji upp þykk sólgleraugu við lestur dómsins.
41. Þann 23. júní 2011 hafi Eggert Kristjánsson hf. sent bréf til Neytendastofu. Í bréfinu komi fram misskilningur á framangreindum dómi Hæstaréttar sem nauðsynlegt sé að gera grein fyrir. Þar standi: „Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að ruglingshætta, í skilningi vörumerkjaréttar, væri á milli tiltekins vörumerkis og tiltekinnar umbúða sem Celsus ehf. og Arnvík heildverslun ehf. notuðu“. Þetta sé villandi því samkvæmt dómi Hæstaréttar séu umbúðirnar og vörumerkið einn og sami hluturinn. Hæstiréttur tjái sig með orðunum „augljós ruglingshætta“. Í bréfinu sé því ranglega haldið fram að báðir aðilar hafi notað vörumerkið LIFE EXTENSION. Hér verði að staldra við. Kærandi eigi vörumerkið Rautt Eðal ginseng frá Kóreu, nafn og pakkann í heild sinni án takmarkana til ársins 2019. Eggert Kristjánsson hf. hafi a.m.k. þrjú skrásett vörumerki en hafi annað hvort ekki sótt um skráningu fyrir vöru sem innihaldi ginseng eða verið hafnað. Celsus ehf. hafi reynt að fá skráningu fyrir nafninu LIFE EXTENSION en verið hafnað um skráningu. Báðir aðilar hafi því haft sama rétt til að nota nafnið, enda hafi lögbannskröfu varðandi nafnið verið hafnað í héraðsdómi og niðurstaðan verið staðfest í Hæstarétti. Hæstiréttur kalli LIFE EXTENSION því réttilega ekki vörumerki heldur nafn vörunnar.
42. Í bréfi Eggerts Kristjánssonar hf. votti fyrir hneykslun á því hvað umbúðirnar séu líkar og vísað sé í texta á dönsku og sænsku, en sé hann þýddur á íslensku komi í ljós að hann sé ekki sá sami. Þetta séu svipuð vinnubrögð og á seinni umbúðunum í þessu máli, en í kynningarefni hafi iðulega ekki verið haft fyrir að breyta neinu. Í dómi Hæstaréttar standi: „Á hinn bóginn var fallist á að vörumerki aðaláfrýjanda væri mjög líkt merki gagnáfrýjanda og að hætta væri á að menn rugluðu

merkjunum saman, enda bæði notuð til auðkenningar á samskonar vöru“. Með þessu sjáist að það sé Eggerti Kristjánssyni hf. ekki til málsbóta að hér sé um sambærilega vöru að ræða, jafnvel þótt rétt væri. Skuli næst vikið að þeirri fullyrðingu í bréfinu að þarna sé ólíku saman að jafna. Til að Neytendastofa geti glöggvað sig betur á vörunni sendi kærandi tvær litmyndir þar sem vörunnar voru auglýstar. Textinn sé ekki á sama tungumáli og í þýðingu sé hann ekki heldur sá sami. Grunnflöturinn sé hvítur í báðum tilvikum en hvít plastglös hafi alla tíð verið mjög algeng hér á landi. Myndin sé heldur ekki sú sama, hvorki að lögun né lit.

43. Pakki kæranda sé einstakur að lögun eins og áður hafi komið fram, þannig að það hafi verið talsverð fyrirhöfn hjá Eggerti Kristjánssyni hf. „að hanna og endurhanna“ þessar umbúðir svo notuð séu orð Eggerts Kristjánssonar hf. í greinargerð hans. Eftirlíkingin frá fyrirtækinu með 300 mg. hylkjunum sé af sömu stærð og lögun og sambærilegur pakki frá kæranda. Pakkinn með 500 mg. hylkjunum sé eins að lögun nema lítið eitt þykkari. Hann innihaldi sömu vöru en sé sagður innihalda extra sterkt ginseng. Reynslan hafi sýnt að ruglingshættan sé engu minni af þessum pakka einkum ef hann stendur einn og sér við hlið vöru kæranda, því þá haldi fólk að það sé að kaupa extra sterka útgáfu af Rauðu Eðal ginsengi frá Kóreu. Innri umbúðirnar séu svo fágætar að kærandi hafi hvorki séð né haft spurnir af sambærilegum umbúðum. Eina svarið við þessari ábendingu sé að Eggert Kristjánsson hf. hafi fengið lögmann sinn til þess að senda bréf og láti sem hann skilji ekki hvað við sé átt. Þá hafi neytendur kvartað undan því að pakkarnir glampi nákvæmlega eins. Í vel upplýstri hillu skeri pakkarnir sig því úr. Að þessu leyti sé því mun meiri líking. Þetta séu þrjú sérstök atriði sem fræðilega séð geti verið tilviljun en hvert um sig sé líklegt til að valda ruglingi á skrásettu vörumerki kæranda og umbúðum sem Eggert Kristjánsson hf. hannaði og endurhannaði. Ruglingshættan aukist við þá líkingu sem sé í nafninu enda bæði notuð til auðkenningar á samskonar vöru eins og Hæstiréttur hafi komist að orði í framangreindum dómi.
44. Kærandi tekur næst fram að í bréfi Eggerts Kristjánssonar hf. standi að hönnunin sé framleiðandans. Fyrirtækið sé orðið svo margsaga í þessu máli að það hafi fullt í fangi með að deila við sjálft sig og ætli kærandi ekki að blanda sér í það. Þá sé því haldið fram í bréfinu að ekki sé verið að stæla texta kæranda. Upphaflega hafi Eggert Kristjánsson hf. sagst vera bundinn af texta vörunnar í Kóreu og að einungis væri um orðréttu þýðingu að ræða. Seinna hafi Eggert Kristjánsson hf. haldið því fram að fyrirtækið styddist við texta frá Alþjóða heilbrigðisstofnuninni (WHO). Samkvæmt bréfinu hafi reynst nauðsynlegt að aðlaga texta WHO að textanum sem kærandi noti enda hafi orðið streita svipaða merkingu og orðið þreyta „samkvæmt íslenskri orðabók“. „Auk þessa fáist ekki séð að kærandi hafi einkarétt á orðinu „streita“.
45. Í bréfinu sé vikið að „meintum ásökunum“ kæranda sem komi ekki til skoðunar. Kærandi taki undir að hér sé ekki um ásakanir að ræða heldur einungis ætlaðar ásakanir sem ekki þurfi að skoða. Hins vegar megi draga þá ályktun af álitni lyfjafræðideildar Háskóla Íslands að ólíklegt sé að varan sé markaðssett um „víða veröld“ sem rautt ginseng. En hvað sem líði gæðum vörunnar eigi kærandi lögvarinn rétt á því að ekki sé sköpuð ruglingshætta með því að kynna þessa vöru sem sömu vöru og Rautt Eðal ginseng frá Kóreu. Kærandi sé ekki sammála því að málið fjalli um „meinta ruglingshættu“. Ruglingshættan sé augljós. Sú hönnun og endurhönnun sem Eggert

Kristjánsson hf. hafi gert á umbúðum kæranda, til að skapa sér markað með því að nýta sér viðskiptavild Rauðs Eðal ginsengs, blasi við þrátt fyrir mótsagnakennd og ótrúverðug andmæli. Mun meiri hætta sé á ruglingi sé eftirlíkingin „fyrst hönnuð og síðan endurhönnuð“, þ.e. breytt smátt og smátt heldur en sé „endurhönnunin“ gerð strax. Fólki taki síður eftir breytingum sem gerðar séu í áföngum. Allavega telji kærandi það m.a. skýringu á þeim ruglingi sem til staðar sé og komi meðal annars fram í því að starfsfólk heilsubúða hafi oft ruglast á vörunum eins og Eggerti Kristjánssyni hf. og reyndar Neytendastofu líka sé kunnugt um.

46. Sókn Celsus fyrir héraðsdómi og í Hæstarétti hafi verið byggð á því að eytt hefði verið miklu fjármagni í auglýsingar og ljóst sé að dómarnir séu grundvallaðir á ólögumatri hagnýtingu. Þær upphæðir sem þar séu nefndar séu aðeins örlítið brot af markaðskostnaði við Rautt Eðal ginseng enda muni allir landsmenn á miðjum aldri eftir sjónvarps-, blaða- og tímaritaauglýsingum með Rauðu Eðal ginsengi frá Kóreu. Mál þetta snúist um ruglingshættu á umbúðum með austrænu yfirbragði, svipaða stafagerð og kóreska stafi sem sagðar séu innihalda sömu vöru. Áður hafi komið fram að lögunin sé einstök, kantarnir gylltir. Kærandi hafi aldrei séð aðrar umbúðir en Rautt Eðal ginseng með sömu lögun, ábendingum/notkun, eða álþynnur utan um hylkin pakkaðar í álumbúðir innan í pakkanum. Ekki treysti kærandi sér til að dæma um hversu mikil samlegðar-áhrif ólöglegar auglýsingar hafi haft til að magna þá miklu ruglingshættu sem sannarlega sé til staðar. Það verði samt mikill áfellingdómur yfir því fólki sem í þágu Eggerts Kristjánssonar hf. hafi lagt sig fram, meðvitað eða ómeðvitað, um að „kópera“ auglýsingar, heimasíðu og bæklinga kæranda sem dreift hafi verið með hinni endurhönnuðu vöru, ef það hefði engin ruglingsáhrif.
47. Kærandi hafi margsinnis skorað, án árangurs, á Eggert Kristjánsson hf. að leggja fram erlendar umbúðir. Samkvæmt umfjöllun Morgunblaðsins 11. ágúst 2005 hafi framkvæmdastjóri Arnvíkur sagt fyrir dómi að hann hafi verið í góðri trú. Það hafi ekki breytt niðurstöðu dómsins. Þetta mál sé miklu grófara og menn geti velt því fyrir sér hvort það sé vegna þess að meiri hagsmunir séu í húfi eða að starfsmenn og verktakar Eggerts Kristjánssonar hf. hafi gert röð mistaka. Niðurstaðan breyti ekki því að ruglingshætta sé til staðar. Eggert Kristjánsson hf. hafi gerst sekur um að nýta sér viðskiptavild kæranda með ýmsum hætti, bæði með eftirlíkingu vörunnar sem og með annarri markaðssetningu, framsetningu og kynningu. Þótt Neytendastofa telji að hvert og eitt athæfi fyrir sig teljist ekki brot á lögum nr. 57/2005 sé í öllu falli alveg ljóst að þessi tilvik í heild myndi skýlaust brot á lögnum. Samkvæmt stjórnarsýslu- og dómaframkvæmd skuli matið vera heildstætt.
48. Með bréfi Neytendastofu, dags. 22. júlí 2011, var Eggerti Kristjánssyni hf. kynnt ofangreint bréf kæranda og fyrirtækinu gefinn kostur á að koma að athugasemdum sínum og skýringum. Svar barst með bréfi lögmanns Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 29. júlí 2011. Í bréfinu er tekið fram að þann 7. júlí 2011 hafi Neytendastofa sent aðilum málsins tilkynningu þess efnis að gagnaöflun málsins væri lokið og að málið yrði tekið til ákvörðunar stofnunarinnar. Það veki því furðu fyrirtækisins að kærandi sé enn að senda inn greinargerðir í málinu og frekari athugasemdir, og að Neytendastofa taki á móti slíkum gögnum. Í greinargerð Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 23. júní 2011, sé vísað til þess að mál þetta sé búið að taka langan tíma og að skorað hafi verið á Neytendastofu að taka ákvörðun í málinu sem fyrst. Það valdi fyrirtækinu því vonbrigðum að enn sé verið að draga málið á langinn með þessum hætti. Bréf kæranda, sem Neytendastofu hafi borist

20. júlí 2011, varði einkum Hrd. 2006, bls. 2436 (447/2005). Í greinargerð Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 23. júní 2011, hafi verið farið yfir það af hverju fyrirtækið telji þann dóm ekki fordæmisgefandi í því máli sem hér um ræði og vísist til þess sem þar segi.

49. Þegar komi að mati á ruglingshættu sé ljóst að hvert mál sé einstakt og ávallt verði að meta líkindi þeirra vara/umbúða sem um ræði í hverju tilviki fyrir sig. Í þessu máli sé það verkefni Neytendastofu að bera saman þær umbúðir sem Eggert Kristjánsson hf. noti utan um ginseng vörur sínar og umbúðir kæranda. Að mati fyrirtækisins sé heildarútlit umbúðanna svo ólíkt að ekki séu líkur á því að neytendur geti ruglast á vörunum. Vísað sé til þess sem áður hafi komið fram um það efni í greinargerðum fyrirtækisins, dags. 23. júní 2011 og 26. mars 2011. Með vísan til 1. mgr. 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, þar sem fram komi að ákvarðanir í málum skuli teknar svo fljótt sem unnt sé, sé þess krafist að Neytendastofa taki ákvörðun í málinu hið fyrsta.
50. Með bréfi Neytendastofu, dags. 3. ágúst 2011, var kæranda kynnt svarbréf Eggerts Kristjánssonar hf. Þá var kæranda tilkynnt að gagnaöflun málsins væri þar með lokið og málið yrði tekið til ákvörðunar stofnunarinnar. Þann 8. ágúst 2011 barst Neytendastofu hins vegar annað tölvubréf frá kæranda. Þar kemur fram að hér sé tekist á um það hvort kærandi eða Eggert Kristjánsson hf. þurfi að breyta umbúðum sínum til að aflétta ruglingshættu. Báðir aðilar telji sig hafa lýst hversu umbúðirnar séu líkar og eins hvað beri á milli. Neytendastofa hafi ekki talið sig þurfa að kanna í Kóreu hvort varan sé seld þar eða annarsstaðar, eins og Eggert Kristjánsson hf. hafi haldið fram. Kannski vegna þess að brotalamir í málflutningi fyrirtækisins og vilji þess til að skapa ruglingshættu sé augljós. Allavega telji kærandi sig hafa leitt þær í ljós og eins ruglinginn, bæði hjá neytendum og starfsfólki verslana. Varla geti Neytendastofa ætlað Eggerti Kristjánssyni hf. slíkan aulaskap að allar tilraunir til ruglings stafi af mistökum sem engum árangri skili. Þó þetta sé skilningur kæranda geti hann ekki tekið áhættu á því að sá skilningur sé misskilningur. Sé ennþá efi í huga viðtakanda tölvubréfsins verði hann að biðja viðkomandi að spyrjast fyrir um málið, t.d. hjá Neytendasamtökunum eða hjá þeim verslunum sem kærandi hafi nefnt. Þetta kunni að vera erfiðleikum bundið en hagsmunirnir séu of miklir til þess að undan þessu verði vikist sé einhver vafi fyrir hendi. Bréfi kæranda fylgdi yfirlýsing frá starfsmanni Heilsuhússins, dags. 15. ágúst 2011, þar sem fram kemur að viðskiptavinum þyki umbúðir kæranda og Eggerts Kristjánssonar hf. sláandi líkar. Litaval og lögun pakkana geri það að verkum að fólk þekki tegundirnar ekki í sundur og hafi keypt annað en það hafi ætlað að kaupa.
51. Í tölvubréfi kæranda er næst tekið fram að bréf lögmanns Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 29. júlí 2011, sé að mestu endurtekið efni en í því komi fram megn óánægja með að kærandi hafi sent inn umbúðir varanna og sýnt fram á að Eggert Kristjánsson hf. gangi mun lengra í að líkja eftir umbúðum Rauðs Eðal ginsengs en Arnvík gerði varðandi Celsius. Þá hafi ýmsar villur verið í túlkun lögmannsins á dómnum sem nauðsynlegt sé að leiðrétta. Fyrirtækið hafi talið að gagnaöflun væri lokið. Í þessu sambandi sé rétt að rifja það upp að mál þetta sé til rannsóknar hjá rannsóknarstjórnvaldi fyrir tilstuðlan æðra setts stjórnvalds og það sé ekki rekið sem einkamál, þar sem hægt sé að útiloka gögn komi þau ekki útanlega eða frá réttum aðila. Þvert á móti sé ætlast til þess að embættismenn kanni mál eftir því sem þeir hafi tök á og úrskurði samkvæmt bestu vitund. Þá sé rétt að halda því til haga að það sé kærandi sem sé brotapolinn í málinu. Tafir á

málinu skaði því hagsmuni kæranda, sem vilji aflétta ruglingshættunni sem fyrst. Slæm rannsókn, sem leiddi til rangrar niðurstöðu, myndi hins vegar koma Eggerti Kristjánssyni hf. mjög vel. Þegar málshraðareglan skarist á við rannsóknarhagsmuni skuli þeir síðarnefndu hafa forgang.

52. Eggert Kristjánsson hf. krefjist þess af Neytendastofu með vísan til 1. mgr. 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 að hún taki ákvörðun í málinu hið fyrsta. Krafa þessi komi frá aðila sem hafi tafið málið með því að senda hundruð blaðsíðna inn í málið sem komi því ekkert við, svo sem monograf frá WHO, og neitað að leggja fram fyrirmyndir sem sagðar séu vera til eða hvaðan varan sé upprunnin. Við þetta bætist að skýringar Eggerts Kristjánssonar hf. séu svo mótsagna-kenndar að jafnvel með góðum vilja geti kærandi ekki trúað báðum eða öllum skýringum. Í almennum hegningarlögum nr. 19/1940 sé skýrt kveðið á um refsingar fyrir að gefa stjórnvaldi rangar upplýsingar einkum ef þeim upplýsingum sé ætlað að afvegaleiða stjórnvaldið eða leiða til rangrar niðurstöðu sem varði hagsmuni. Eggerti Kristjánssyni hf. standi nær að líta til þessara laga í stað þess að vera með kröfu á stjórnsýsluna varðandi málshraða. En jafnvel þó Neytendastofa hafi ekki frumkvæði að því að kæra rangar og þar með ólöglegar yfirlýsingar Eggerts Kristjánssonar hf. og ýmissa lögmannna fyrir hönd fyrirtækisins verði hún að meta trúverðugleikann.
53. Neytendastofu barst annað tölvubréf frá kæranda þann 16. september 2011. Þar kemur fram að neytendur hafi oft fengið afgreitt Rautt kóreskt ginseng í misgripum fyrir Rautt Eðal ginseng frá Kóreu. Þegar Neytendastofa hafi tekið ákvörðun 27. mars 2007 (8/2007) og bannað fyrstu eftirlíkingu af Rauðu Eðal ginsengi hafi nöfnin verið meðal þeirra atriða sem líkleg voru til ruglingshættu. Þegar Eggert Kristjánsson hf. hafi endurhannað eftirlíkinguna af Rauðu Eðal ginsengi hafi fyrirtækið breytt nafninu. En vegna mistaka starfsmanna, verktaka og verslana hafi nöfnum varanna áfram verið ruglað á heimasíðum, bæklingum, auglýsingum o.s.frv. Á Eggerti Kristjánssyni hf. hafi mátt skilja að öll þessi mistök sem skapi rugling hafi komið kæranda til góða. Kjarni málsins sé sá að kærandi eigi lögvarinn rétt á því að ekki sé ruglingshætta við Rautt Eðal ginseng á innlendum markaði, sama hver valdi ruglingnum. Þegar öll þessi mistök leggist við að umbúðirnar séu nauðalíkar aukist ruglingurinn enn frekar. Tölvubréfi kæranda fylgdu 16 myndir af umbúðum Rauðs Eðal ginsengs og Rauðs kóresks ginsengs.
54. Neytendastofu barst enn tölvubréf frá kæranda þann 21. september 2011. Þar tók kærandi fram að við endurhönnun umbúðanna hafi mörgum af helstu einkennum Rauðs Eðal ginsengs, þ.m.t. hinni sérkennilegu lögun verið haldið. Því sé haldið fram að umbúðirnar séu nákvæmlega eins og „kóreska fyrirmyndin“ sem seld sé víða um heim. Nýlega hafi Eggert Kristjánsson hf. fullyrt í bréfi til Neytendastofu, og ekki í fyrsta sinn, að allt gamalt söluefni hafi verið tekið úr umferð. Í lauslegri athugun sem kærandi hafi sjálfur gert komi í ljós að varan Rautt kóreskt ginseng sé seld í öllum Krónu- og Nóatúnsubúðum í bökkum frá Eggerti Kristjánssyni hf., sem kyrfilega séu merktir Rautt kóreskt Royal ginseng. Jafnframt séu samhljóða hillumerkingar í öllum búðum. Það sem sögð hafi verið tilfallandi mistök auglýsingastofu sé þvert á móti allsherjarregla. Þetta kæmi ekki að sök nema vegna þess hvað umbúðirnar séu líkar.
55. Með bréfi Neytendastofu, dags. 23. september 2011, voru Eggerti Kristjánssyni hf., kynnt ofangreind tölvubréf kæranda. Var fyrirtækinu boðið að koma að athugasemdum sínum vegna

þeirra. Ekkert svar barst frá Eggerti Kristjánssyni hf. Með bréfi Neytendastofu, dags. 16. nóvember 2011, var kæranda tilkynnt að gagnaöflun málsins væri lokið og að málið yrði tekið til ákvörðunar stofnunarinnar. Með bréfi stofnunarinnar, dags. 14. mars 2012, var kæranda hins vegar tilkynnt að vegna mikils málafjölda hjá stofnuninni væru fyrirsjáanlegar tafir á afgreiðslu málsins en vonast væri til að erindið yrði afgreitt innan tveggja mánaða.

56. Með bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 12. apríl 2012, vísaði stofnunin til þess að undir rekstri málsins hafi kærandi einnig kvartað yfir því að Rautt kóreskt ginseng Eggerts Kristjánssonar hf. sé í raun ekki ræktað í Kóreu heldur Kína og að heiti vörunnar sé villandi. Var kæranda bent á að þar sem ginseng teldist vera fæðubótarefni gildi reglugerð Evrópusambandsins nr. 1924/2006 um næringar- og heilsufullyrðingar er varði matvæli um innihaldslýsingar og merkingar á pakkningum. Reglugerðin hafi verið innleidd hér á landi með reglugerð nr. 406/2010 sem sett sé með heimild í 31. gr. a laga nr. 93/1995 um matvæli. Samkvæmt bæði lögum nr. 93/1995 sem og reglugerð nr. 406/2010 hafi Matvælastofnun eftirlit með næringar- og heilsufullyrðingum tengdum matvælum. Samkvæmt framangreindu verði kvörtun kæranda um uppruna Rauðs kóresks ginsengs Eggerts Kristjánssonar hf. ekki tekin til meðferðar hjá Neytendastofu heldur heyri hún undir Heilbrigðiseftirlit Reykjavíkur sem sjái um markaðseftirlit Matvælastofnunar. Þar sem kvörtun kæranda hafi verið send Neytendastofu ásamt svari í máli vegna útlits umbúða Rauðs kóresks ginsengs sé ekki unnt að framsenda erindið til heilbrigðiseftirlitsins heldur sé kæranda bent á að senda nýtt erindi til Heilbrigðiseftirlits Reykjavíkur ásamt fylgigögnum.
57. Með bréfi, dags. 23. apríl 2012, bar kærandi fram kæru til áfrýjunarnefndar neytendamála vegna þeirrar niðurstöðu Neytendastofu að kvörtun kæranda vegna uppruna Rauðs kóresks ginsengs Eggerts Kristjánssonar hf. yrði ekki tekin til meðferðar hjá stofnuninni. Með úrskurði, dags. 29. júní 2012, var kærinni vísað frá áfrýjunarnefnd neytendamála með vísan til 2. mgr. 26. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993.
58. Með tölvubréfi, dags. 17. október 2012, barst áfrýjunarnefnd neytendamála kæra frá kæranda á grundvelli 4. mgr. 9. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 vegna ætlaðs óhæfilegs dráttar á afgreiðslu málsins hjá Neytendastofu.
59. Með tölvubréfi til Neytendastofu, dags. 26. október 2012, fór kærandi þess á leit að hann og Eggert Kristjánsson hf. fengju stuttan fund með stofnuninni til þess að reyna að ná sátt um gögn málsins. Þá lýsti kærandi því að hann vildi koma að frekari gögnum til áfrýjunarnefndar neytendamála. Svar barst með tölvubréfi Neytendastofu, dags. 29. október 2012. Þar er tekið fram að vænta megi ákvörðunar stofnunarinnar í sömu viku. Varðandi viðbótargögn verði kærandi að taka ákvörðun um hvort hann vilji leggja þau fram. Það muni tefja málið því Neytendastofu beri að senda öll gögn til umsagnar gagnaðila og báðir aðilar þurfi að fá og vita um þau gögn sem liggja fyrir í málinu og fá kost á að tjá sig. Framlagning gagnanna geti því tafið málið um a.m.k. 3-4 vikur. Neytendastofa geti ekki tjáð sig um hvort kærandi geti lagt viðbótargögnin fram hjá áfrýjunarnefndinni. Telji kærandi ástæðu til að leggja gögnin fram í málinu fyrir Neytendastofu sé eðlilegt að kæra vegna málshraða stofnunarinnar verði afturkölluð.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

60. Hinn 31. október 2012 tók Neytendastofa hina kærðu ákvörðun nr. 44/2012, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til aðgerða í málinu. Í niðurstöðukafla ákvörðunarinnar er fyrst gerð grein fyrir því að mál þetta varði umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. utan um Rautt kóreskt ginseng og tekið fram að kærandi telji þær ólögmeta eftirlíkingu af umbúðum hans utan um Rautt Eðal ginseng. Tekið er fram að við meðferð málsins hafi kærandi einnig gert athugasemdir við auglýsingar Eggerts Kristjánssonar hf., sem varði gæði ginsengsins sem félagið bjóði upp á, þ.e. hvort það sé hvítt eða rautt, og við það hvar ginsengið sé framleitt, auk þess sem röksemdir og gögn úr máli stofnunarinnar nr. 8/2007 hafi verið endurtekin þrátt fyrir að umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. hafi verið breytt í kjölfar þeirrar ákvörðunar. Neytendastofa muni í þessu máli einungis fjalla um núverandi umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. utan um Rautt kóreskt ginseng, sbr. úrskurðarorð í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010).
61. Með ákvörðun Neytendastofu 19. ágúst 2008 (23/2008) hafi stofnunin komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til aðgerða af hálfu stofnunarinnar vegna markaðssetningar og merkinga á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. í tilefni af kvörtun yfir því að um væri að ræða hvítt ginseng en ekki rautt. Ákvörðunin hafi ekki verið kærð til áfrýjunarnefndar neytendamála og teljist því máli þar með lokið hjá stofnuninni. Í ákvörðun Neytendastofu 13. ágúst 2010 (36/2010) hafi ekki verið talin ástæða til að bregðast við auglýsingum Eggerts Kristjánssonar hf. og sú ákvörðun hafi verið staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010). Kæranda hafi nú þegar verið leiðbeint um að erindi vegna uppruna ginsengsins skuli beint til Heilbrigðis-
eftirlits Reykjavíkur. Í ákvörðun þessari komi því einungis til álita hvort Eggert Kristjánsson hf. hafi brotið gegn ákvæðum laga nr. 57/2005 og reglugerðar nr. 160/2009 vegna líkinda umbúða Rauðs kóresks ginsengs og Rauðs Eðal ginsengs.
62. Í ákvörðuninni er næst vikið með almennum hætti að efni 5. gr. og 15. gr. a laga nr. 57/2005 svo og 13. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009. Neytendastofa hafi með ákvörðun 27. mars 2007 (8/2007) komist að þeirri niðurstöðu að umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. utan um Rautt Royal ginseng væru það líkar umbúðum kæranda utan um Rautt Eðal ginseng að valdið gæti ruglingi. Í kjölfar ákvörðunarinnar hafi Eggert Kristjánsson hf. breytt umbúðum sínum og nafni ginsengsins úr „Rauðu Royal ginsengi“ í „Rautt kóreskt ginseng“. Þegar umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. og kæranda séu skoðaðar séu þær að mati Neytendastofu líkar að lögun, þ.e. báðar í ferhyrindum pökkum, en umbúðir Rauðs kóresks ginsengs séu þó stærri. Um svipaða liti sé að ræða á umbúðunum, þ.e. rauðan og gylltan, þó að litirnir séu ekki í sama litatóni. Grunnlitur á framhlið umbúða kæranda sé rauður með gylltum ramma og gylltum röndum. Grunnlitur á framhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar sé tvískiptur, rauður og gylltur með gulu mynstri. Á brún umbúðanna sé gylltur rammi með rauði mynstri í. Heiti vörunnar sé á miðjum umbúðum kæranda með svörtu letri á gylltum grunni en efst á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. með gylltu letri á rauðum grunni. Þá sé áberandi mynd af ginseng rót á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. Báðar umbúðirnar séu með kóresku letri, annars vegar láréttu letri í svörtum lit fyrir miðjum umbúðum undir heiti vörunnar á umbúðum kæranda, en hins vegar lóðréttu letri í gylltum lit við vinstri brún á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf.

63. Fyrir ofan heiti vöru kæranda sé hringlaga gyllt, rautt og svart merki, nokkurs konar gæðavottun þar sem segi RAUTT GINSENG og GÆÐAINNSIGLI KGC. Í hægra neðra horni á framhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. sé sporöskjulaga merki, nokkurs konar gæðavottun, þar sem á bláum ramma segi ROYAL KOREAN GINSENG PREMIUM QUALITY og á rauðum innri fleti ROYAL í stílfærðu letri. Á framhlið beggja vara séu upplýsingar um fjölda hylkja og stærð þeirra auk þess sem á vöru Eggerts Kristjánssonar hf. komi fram að um fæðubótarefni sé að ræða og á vöru kæranda segi FRAMLEITT AF KOREA GINSENG CORP. LÝÐVELDIÐ KOREA. Hliðar og bakhlið umbúða kæranda séu í gylltum lit en rauðum á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. Á einni hlið umbúða kæranda sé sama kóreska letur og á framhlið umbúðanna. Á bakhlið umbúða kæranda sé sama hringlaga merki og á framhlið þeirra, efst fyrir miðju. Úr miðju merkinu og að botni umbúðanna sé svartur rammi þar sem í svörtu letri sé heiti vörunnar, lýsing á innihaldi hennar, notkun og skömmtnun. Á rauðri bakhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. sé gylltur rammi með rauðu mynstri, sambærilegur þeim ramma sem sé á framhlið umbúðanna. Efst fyrir miðju sé nafn vörunnar í gylltu letri auk þess sem kóreskt letur af framhlið sé lóðrétt í gylltu letri til vinstri á bakhliðinni. Í svörtu letri sé lýsing á vörunni, upplýsingar um notkun, innihald og nettóþyngd auk varnaðarorða. Öll notkun lita og myndræn framsetning þeirra svo og upplýsingar séu þó að mati Neytendastofu ólíkar þegar á heildina sé litið.
64. Þegar umbúðirnar séu opnaðar komi í ljós álumbúðir sem vörunni sé pakkað inn í. Hylkin sjálf séu á lyfjaspjaldi. Í gögnum kæranda sé sérstaklega vísað til ruglingshættu umbúðanna vegna austræns yfirbragðs þeirra, svipaðra stafagerða, kóreskra stafa og innihaldslýsinga. Í gögnunum sé ekki gerð grein fyrir því hvað átt sé við með austrænu yfirbragði, öðru en því að kóreskt letur sé utan á vörunni. Leturgerð á umbúðum beggja sé nokkuð áþekkt. Auk þess sem allur texti á framhlið þeirra sé í hástöfum þá sé kóreskt letur á báðum umbúðum. Eins og fram komi í lýsingu á umbúðunum sé ekki sami litur á letri þeirra. Innihalds- og notkunarlýsing á vöru kæranda sé svohljóðandi: „INNIHALD Hreint náttúrulegt rautt ginseng, mulið úr 6 ára ginseng rótum, besta gæðaflokks, undir ströngu ríkiseftirliti Lýðveldisins Kóreu. NOTKUN við streitu, þreytu, afkastarýrnun og einbeitingarskort. Einnig gott fyrir aldraða“.
65. Á bakhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. segi: „Rautt kóreskt ginseng er gott sem fyrirbyggjandi og uppbyggjandi efni fyrir líkamlega og andlega heilsu. Einnig gott gegn örmögnun, þreytu, streitu og skorti á einbeitingu. NOTKUN: Takið tvö til þrjú hylki að morgni með vökva. Undir miklu álagi er leyfilegt að taka allt að fimm hylki daglega í stuttan tíma. INNIHALD: 100% hreint rautt ginsengduft frá Lýðveldinu Kóreu“. Báðar vörur innihaldi rautt kóreskt ginseng. Þrátt fyrir að kærandi hafi gert athugasemdir við að vara Eggerts Kristjánssonar hf. sé ekki frá Kóreu og að um sé að ræða hvítt en ekki rautt ginseng hafi Neytendastofa ekki forsendur til annars en að ganga út frá að í báðum tilvikum sé um rautt kóreskt ginseng að ræða. Þar sem báðar vörur innihaldi rautt kóreskt ginseng telji Neytendastofa ekkert óeðlilegt að báðir aðilar hafi vísun til uppruna hennar með kóresku letri. Þá telji Neytendastofa afar eðlilegt að umbúðirnar hafi skírskotun til vörunnar með rauðum lit, sem vísi til heitis hennar, auk þess sem gyllti liturinn virðist vísa til ginseng rótarinnar sjálfrar. Þá verði einnig að líta til þess að á umbúðum utan um rautt ginseng virðist umræddir litir almennt vera ráðandi grunnlitir. Um sé að ræða vöru sem

kennd sé við rauðan lit og þurfi því að liggja fyrir veigamikil rök ef banna eigi notkun á rauðum lit við kynningu hennar.

66. Í ákvörðuninni er næst tekið fram að lýsingar á innihaldi og eiginleikum varanna séu áþekkar. Neytendastofa telji kæranda þó ekki hafa sýnt fram á það með óyggjandi hætti að lýsingar á vöru félagsins hafi legið til grundvallar lýsingu á vörum Eggerts Kristjánssonar hf. eða að slíkt leiði til ruglingshættu á milli varanna. Neytendastofa bendi á að þar sem um sambærilegar vörur sé að ræða, með sambærilega eiginleika, sé ekki óeðlilegt að lýsing á vörunum sé áþekk. Neytendastofa fái ekki séð að innri umbúðir vörunnar hafi áhrif við mat á ruglingshættu enda sé ákvörðun neytenda um viðskipti byggð á ytri umbúðum hennar og verði innri umbúðir raunar ekki ljósar fyrir en varan hafi verið keypt.
67. Að teknu tilliti til ofangreinds og að virtu heildarmati á lettri, litum, texta og öðrum einkennandi eiginleikum umbúðanna sé það mat Neytendastofu að umbúðirnar séu það ólíkar að það skapi ekki hættu á að neytendur villist á þeim. Bendi Neytendastofa í því sambandi einnig sérstaklega á mynd á framhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. sem auki sérstöðu vörunnar gagnvart vöru kæranda. Þrátt fyrir að um líka liti og lögun umbúða sé að ræða sé mynstur og uppsetning ólík. Mál þetta snúist um umbúðir ætlaðar íslenskum neytendum á íslenskum markaði og sé því sjálfstætt ákvörðunarefni samkvæmt íslenskum lögum. Skipti því ekki máli hvort umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. séu að erlendri fyrirmynd eða ekki. Útlit umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. á Rauðu kóresku ginsengi brjóti því ekki gegn ákvæðum 5. gr. og 15. gr. a laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu eða 13. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009 um viðskiptahætti sem teljist undir öllum kringumstæðum óréttmætir. Með vísan til alls ofangreinds telji Neytendastofa ekki ástæðu til að aðhafast frekar í málinu.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

68. Líkt og áður greinir barst áfrýjunarnefnd neytendamála þann 17. október 2012 kæra á grundvelli 4. mgr. 9. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 vegna ætlaðs óhæfilegs dráttar á afgreiðslu málsins hjá Neytendastofu. Er málið nr. 20/2012 hjá áfrýjunarnefndinni. Áður en vikið verður að kæru á hinni efnislegu ákvörðun Neytendastofu nr. 44/2012, sbr. mál nr. 22/2012 fyrir áfrýjunarnefndinni, verður gerð grein fyrir sjónarmiðum kæranda og Neytendastofu í máli nr. 20/2012. Í umræddri kæru er m.a. tekið fram að Rautt Eðal ginseng sé ekki ódýrt í innkaupum og því sé hagnaðarvon á eftirlíkingu veruleg. Rautt Eðal ginseng sé eina söluvara kæranda og því sé ruglingur á umbúðum ekki bara skaðlegur fyrir kæranda heldur leiði hann til rekstrartaps. Frá úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010) hafi kærandi nokkrum sinnum frestað að taka ákvarðanir varðandi hugsanlega stöðvun rekstrar, málshöfðun eða að skipta um umbúðir til þess að aflétta ruglingi, allt vegna þess að Neytendastofa hafi gefið í skyn að stutt væri í ákvörðun. Kærandi telji nauðsynlegt að rannsaka fyrir dómi þær ítrekuðu staðhæfingar Eggerts Kristjánssonar hf. að til sé erlend fyrirmynd vöru þeirra sem fáist „víða um heim“. Hætt sé við að aldur málsins skaði rannsóknarhagsmuni fyrir dómi og auðveldi ekki að fá tjón bætt fyrir atbeina dómstóla. Kærandi hafi fyrir stuttu sent fyrirspurn til Neytendastofu um hvenær þessum þætti málsins ljúki og hafi hann fengið sömu svör og í janúar, að verið væri að vinna í málinu og að vonandi ljúki því sem

fyrst. Við þessar aðstæður þyki kæranda ekki verjandi að reyna ekki allt til að flýta málinu, þ.m.t. að nýta kæruehimild 4. mgr. 9. gr. stjórnssýslulaga, sem gagnast geti Neytendastofu við forgangsröðun verkefna, enda vilji hún ljúka málinu sem fyrst.

69. Með bréfi, dags. 18. október 2012, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 1. nóvember 2012. Þar er þess aðallega krafist að málinu verði vísað frá áfrýjunarnefnd neytendamála en til vara að nefndin komist að þeirri niðurstöðu að Neytendastofa hafi ekki brotið málshraðareglu stjórnssýslulaga. Aðalkröfu sína byggir Neytendastofa á því að ákvörðun hafi verið tekin í máli kæranda, sbr. ákvörðun Neytendastofu 31. október 2012 (44/2012). Varakröfu sína byggir stofnunin á því að töf á málinu megi að miklu leyti rekja til atriða er varði kæranda. Einnig byggir stofnunin á því að í málinu hafi legið fyrir umfangsmikil og óskýr gögn sem mörg hver hafi ekki varðað það álitæfni sem ákvörðunin hafi lotið að. Í kæru komi fram að kærandi hafi sent Neytendastofu tölvupóst og óskað eftir upplýsingum um hvenær þessum þætti málsins ljúki og fengið sömu svör og í janúar, að verið væri að vinna í málinu og vonandi ljúki því sem fyrst. Í tölvupósti sem Neytendastofa sendi kæranda þann 9. janúar 2012 hafi kærandi verið upplýstur um að verið væri að vinna að ákvörðun en það myndi taka einhvern tíma til viðbótar.
70. Með bréfi, dags. 14. mars 2012, hafi aðilum málsins verið tilkynnt að sökum mikils málafjölda hjá stofnuninni væru fyrirsjáanlegar tafir á afgreiðslu málsins en það yrði afgreitt innan tveggja mánaða. Það hafi ekki einungis verið í máli kæranda sem tilkynning um töf hafi verið send heldur einnig í fleiri málum þar sem gagnaöflun var lokið hjá stofnuninni og töf fyrirsjáanleg. Í kjölfar bréfsins hafi kærandi sent Neytendastofu ítrekað á ný gögn sem þegar hafi legið fyrir í málinu og farið yfir, bæði í símtölum og með tölvupóstum, mikilvægi þess að skorið yrði úr um hvort ginseng gagnaðila málsins væri kóreskt eða kínverskt. Stofnunin hafi því tekið þá ákvörðun að leiðbeina kæranda með hvert rétt væri að beina þeirri kvörtun. Með bréfi, dags. 12. apríl 2012, hafi kæranda verið leiðbeint um að þar sem ginseng væri fæðubótarefni heyrðu upplýsingar á umbúðunum undir Heilbrigðiseftirlit Reykjavíkur sem sjái um markaðseftirlit í umboði Matvæla- stofnunar. Framangreindar leiðbeiningar hafi verið kærðar til áfrýjunarnefndar neytendamála. Stofnunin hafi ekki séð sér fært að vinna að ákvörðun í máli kæranda á meðan þessi hluti málsins væri til meðferðar hjá áfrýjunarnefnd neytendamála þar sem niðurstaða nefndarinnar gæti haft áhrif á til hvaða atriða skyldi taka afstöðu til í ákvörðuninni. Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála hafi legið fyrir þann 29. júní 2012. Á þeim tíma hafi verið miklar annir hjá stofnun- inni vegna sumarleyfa en vinnsla við ákvörðunina hafi hafist að þeim loknum. Ákvörðun í máli kæranda hafi verið lokið þann 31. október 2012 og birt kæranda sama dag.
71. Með tölvubréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 1. nóvember 2012, var kæranda gefinn kostur á að koma að athugasemdum sínum við greinargerð Neytendastofu. Svar barst með tölvu- bréfi kæranda, dags. 12. nóvember 2012. Þar kemur m.a. fram að dráttur málsins og ónákvæmar upplýsingar Neytendastofu um framvindu þess hafi verið afdrifaríkar fyrir kæranda. Þó það bæti ekki hans stöðu líti kærandi á það sem borgaralega skyldu sína að vekja athygli áfrýjunarnefndar neytendamála og annarra á því til að koma í veg fyrir að aðrir lendi í því sama. Neytendastofa segi í greinargerð sinni að í málinu hafi verið umfangsmikil og óskýr gögn sem mörg hver varði ekki

málið. Ekki sé útilokað að stofnunin hafi tekið við óljósum gögnum í gustukaskyni. Sannarlega hafi kærandi verið í góðri trú því hann hafi aldrei fengið neinar spurningar. Hann vænti þess að Neytendastofa tilgreini hvaða gögn séu svona óskýr og óskiljanleg svo kærandi fari ekki að leggja slík gögn fyrir áfrýjunarnefnd eða dóm. Auk þess sé ekki hægt að útiloka að kæranda takist að skýra eitthvað betur. Það geti komið sér vel bæði fyrir kæranda og áfrýjunarnefndina.

72. Kærandi geti ekki varist þeirri hugsun að Neytendastofa hafi fyrst byrjað að vinna í málinu eftir að málshraðakæran kom fram, enda hafi úrskurðurinn verið unnin í rosalegu hasti. Eitt skýrasta dæmið um það sé að kærandi hafi kvartað undan ruglingi á tveimur áfangabreyttum umbúðum sem séu nánast eins í laginu og Rautt Eðal ginseng og hafi sömu grunnliti. Á öðrum umbúðunum standi merkingin „Extra sterkt“ þó sama efnið sé í þeim báðum. Ítarlegar lýsingar á báðum þessum pökkum sé að finna í gögnum bæði frá kæranda og lögmönnum Eggerts Kristjánssonar hf. Þegar kærandi hafi lagt fram yfirlýsingu frá starfsmanni Heilsuhússins hafi Neytendastofa tjáð honum að ekki þyrfti fleiri vitna við, yfirlýsingin væri skýr og afdráttarlaus. Þegar Neytendastofa vitni svo í yfirlýsinguna sé hún afbökud. Orðrétt segi í yfirlýsingunni: „Mér og viðskiptavinum þykja umbúðirnar sláandi líkar. Litaval og lögun pakkans gera það að verkum að fólk þekkir tegundirnar ekki í sundur og hefur keypt annað en það ætlar að kaupa“. Túlkun Neytendastofu á þessari yfirlýsingu sé eftirfarandi: „Með bréfinu fylgdi yfirlýsing frá starfsmanni Heilsuhússins, þar sem fram kemur að viðskiptavinum þyki umbúðirnar sláandi líkar“. Í tímhrakinu hafi Neytendastofa sleppt kjarna málsins sem sé sá að starfsmaður Heilsuhússins votti að sér finnist erfitt að aðgreina vörurnar og neytendur kaupi annað en þeir ætli.
73. Verður nú vikið að kæru á hinni efnislegu ákvörðun Neytendastofu nr. 44/2012, sbr. mál nr. 22/2012 fyrir áfrýjunarnefndinni. Í kæru, sem barst áfrýjunarnefnd neytendamála með tölvubréfi þann 30. nóvember 2012, er tekið fram að mál þetta snúist um ólögsmæta hagnýtingu á viðskiptavild Rauðs Eðal ginsengs með vísan til laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, einkum vegna þess hversu líkar umbúðirnar séu. Úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010) um að fella úr gildi hluta fyrri ákvörðunar Neytendastofu og vísa til nýrrar meðferðar hafi verið stór ákvörðun því engum vafa sé undirorpið að það, hversu líkar umbúðir Rauðs kóresks ginsengs og Rauðs Eðal ginsengs séu, sé þungamiðja í margháttaðri viðleitni Eggerts Kristjánssonar hf. eða vangá sjálfstæðra verktaka á vegum þess fyrirtækis til að nýta viðskiptavild Rauðs Eðal ginsengs með því að skapa rugling á þessum tveimur vörum. Kærandi fallist að sjálfsögðu fúslega á það með áfrýjunarnefndinni að vangá ýmissa söluaðila „gefi ekki ein og sér tilefni til aðgerða af hálfu Neytendastofu gegn Eggerti Kristjánssyni hf.“. Í úrskurði nefndarinnar 31. janúar 2011 (12/2010) sé fjallað um það brot Eggerts Kristjánssonar hf. að kalla vöru sína Rautt Eðal ginseng í sjónvarpsauglýsingum. Í úrskurðinum hafi verið vikið að nýjum gögnum í málinu og Neytendastofu falið að rannsaka umbúðirnar með tilliti til laga nr. 57/2005. Þau lög séu veruleg útfærsla á vörumerkjarétti eins og hann hafi verið skilgreindur áður en tilskipunin hafi verið innleidd í íslensk lög.
74. Á grundvelli þessa úrskurðar hafi kærandi reynt að afla sér upplýsinga um þessa vöru sem hafði verið auglýst sem sama vara og Rautt Eðal ginseng. Neytendastofu hafi verið vel kunnugt um að Eggert Kristjánsson hf. hafi beitt ýmsum lygum og þögn. Það beri öll gögn málsins með sér.

Kærandi hafi mikla samúð með Neytendastofu, sem átti sig á lögbrotum gegn henni sjálfri, sem felist í rangri skýrslugjöf, og sé ef til vill hrædd við að fara inn á verksvið lögreglu. Það sé samt óréttlátt gagnvart rannsóknarhagsmunum brotþola að taka við gögnum sem varði brot á lögum nr. 57/2005 til þess eins að geyma þau einungis vegna þess að þau feli líka í sér brot á hegningarlögum og/eða reglum heilbrigðiseftirlitsins.

75. Í kærinni er næst vikið að kaflanum „málsmeðferð“ í hinni kærðu ákvörðun. Tekur kærandi fram að í kaflanum, sem sé 10,5 síður, séu raktar sumar af röksemdum málsaðila. Verulega skorti á að sjónarmiðum séu gerð nægjanlega vel skil þannig að meiningin missi marks. Því sé ekki hægt að stytta sér leið til að fá innsýn í sjónarmið kæranda í þessum kafla. Dæmi um þetta séu sjónarmið Eggerts Kristjánssonar hf. í tengslum við Hrd. 2006, bls. 2436 (447/2005) um að „báðir aðilar hafi notað vörumerkið LIFE EXTENSION“. Þann 20. júlí 2011 hafi kærandi svarað þessari og fleiri rangtúlkunum á dómi Hæstaréttar, en eitt af því fáa sem Neytendastofa hafi tekið eftir var að bréfið var ekki dagsett. Í svari kæranda hafi meðal annars komið fram í tengslum við umræddan dóm að báðir aðilar hafi haft fullan rétt á að nota nafnið LIFE EXTENSION enda hafi nafnið ekki verið skrásett vörumerki og hafi lögbannskröfu því verið hafnað. Þá hafi komið fram að þarna hafi heildarútlit vörunnar notið vörumerkjaverndar vegna hefðar. Þá hafi það ekki verið Arnvík til málsbóta að um sambærilega vöru væri að ræða. Þvert á móti hafi Hæstiréttur talið meiri hættu á ruglingi „enda bæði notuð til að auðkenna sams konar vöru“. Áfrýjunarnefnd neytendamála sé hvött til að kynna sér sjálf framangreindan hæstaréttardóm og fordæmisgildi hans.
76. Neytendastofa byggir ákvörðun sína á því að „einungis“ skuli fjalla um núverandi umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. Þarna taki Neytendastofa mögulega undir þrengsta skilning fyrirtækisins á úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010). Þetta „einungis“ standi ekki í úrskurði áfrýjunarnefndar heldur sé vísað til laga nr. 57/2005. Séu þau lög skoðuð megi umbúðirnar ekki vera það líkar að samverkandi áhrif auglýsinga, markaðssetningar og framsetningar vörunnar geri það að verkum að villst sé á vörunum. Eggert Kristjánsson hf. hafi fengið aðlögunartíma en breytingin hafi ekki verið meiri en svo að starfsmenn Heilsuhússins hafi í febrúar og mars 2011 talið sig geta notað gamlan bækling sem hafi innihaldið ólöglegar fullyrðingar til sölu á Rauðu kóresku ginsengi þó myndirnar af vörunni hafi verið af eldri útgáfunni. Í bæklingnum sé einnig að finna lýsingu á eiginleikum Rauðs kóresks ginsengs sem vegna veðurfarsskilyrða séu sögð þau sömu og Rauðs Eðal ginsengs.
77. Í áðurnefndu bréfi til Neytendastofu hafi kærandi tekið fram að hann sé ekki sammála því að málið fjalli um „meinta ruglingshættu“. Ruglingshættan sé augljós. Sú hönnun og endurhönnun sem Eggert Kristjánsson hf. hafi gert á umbúðum kæranda, til að skapa sér markað með því að nýta sér viðskiptavild Rauðs Eðal ginsengs, blasi við, þrátt fyrir mótsagnakennd og ótrúverðug andmæli. Mun meiri hætta sé á ruglingi ef eftirlíking sé „fyrst hönnuð og síðan endurhönnuð“, þ.e. breytt smátt og smátt heldur en þegar „endurhönnunin“ sé gerð strax. Fólk taki síður eftir breytingum sem gerðar séu í áföngum. Allavega telji kærandi það m.a. skýringu á þeim ruglingi sem til staðar sé og komi meðal annars fram í því að starfsfólk heilsuþáða hafi oft ruglast á vörum, eins og Eggerti Kristjánssyni hf. og reyndar líka Neytendastofu sé kunnugt um.

78. Hvorki Eggert Kristjánsson hf. né Neytendastofa véfengi þessa röksemd kæranda eða reyni að koma með aðra betri skýringu á ruglingi. Þvert á móti virðist Eggerti Kristjánssyni hf. hafa tekist að sannfæra Neytendastofu um að í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 31. ágúst 2011 (12/2010) felist bann við því sem og öðrum sjónarmiðum sem kunni að valda ruglingi og vilji helst af öllu að koma út úr málinu gögnum sem sýni rugling eða að ekki verði á nokkurn hátt tekið tillit til þeirra. Fráleitt sé að slík krafa hafi verið sett fram af áfrýjunarnefnd neytendamála í nefndum úrskurði. Þvert á móti sé farið fram á rannsókn umbúðamálsins með vísan til laga nr. 57/2005, sem hafi víða skírskotun. En jafnvel þótt svo hafi verið, sem ekki sé í þessu tilviki, geti lægra sett stjórnvald breytt ákvörðun æðra stjórnvalds á grundvelli nýrra upplýsinga.
79. Eggert Kristjánsson hf. hafi verið gripinn glóðvolgur við að líkja eftir umbúðum og markaðssetningu kæranda. Eftir að félaginu hafi verið gert að breyta umbúðunum hafi það gert það eins lítið og það telji sig komast upp með, notað sama söluefnið og auglýst jafnvel vöru sína sem Rautt Eðal ginseng. Fyrirtækið hafi ekki hikað við að réttlæta líkingu umbúðanna fyrir áfrýjunarnefnd neytendamála með því að fullyrða að um væri að ræða kóreska hönnun „enda væri of dýrt að sérframleiða fyrir íslenskan markað“. Fyrst Eggert Kristjánsson hf. geti að eigin sögn sparað sér stórfé með því að nota fyrirleggjandi erlenda hönnun spyr kærandi hvort fyrirtækinu sé þá nokkur vorkunn. Jafnframt velti kærandi fyrir sér hvar þessar erlendu umbúðir séu sem Eggert Kristjánsson hf. hafi sagt að njóti vinsælda víða um heim.
80. Í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála sé vísað til þess að fyrir nefndinni hafi komið fram nýjar upplýsingar sem hafi ekki áður legið fyrir. Þessar upplýsingar hafi einkum varðað að í margvíslegu kynningarefni sem Eggert Kristjánsson hf. hafi staðið fyrir hafi vöru félagsins verið lýst með nákvæmlega sömu eiginleika og Rautt Eðal ginseng. Notuð hafi verið „copy paste“ aðferðin af heimasíðu kæranda, www.ginseng.is, sem lýsi eiginleikum Rauðs Eðal ginsengs, og sú lýsing yfirfærð á Rautt kóreskt ginseng. Með eftirfarandi lýsingu sé ranglega gefið í skyn að um sömu vöru sé að ræða og Rautt Eðal ginseng: „Þannig eru sólskinsdagar 180 miðað við 120-130 á öðrum svæðum svipaðrar breiddar, sem þýðir að ræturnar verða þéttari og rótin tekur upp fleiri virk efni og er eftirsóttari“. Þetta sé lýsingin á Rauðu Eðal ginsengi sem ræktað sé á 37. breiddargráðu í Kóreu. Á heimasíðu birgja þeirra standi aftur á móti að varan sé frá 33-48. breiddargráðu, sem líklega sé nær sanni. Eftirlíkingastarfsemin auk þessa hróplega misræmis gefi tilefni til að spyrja hvar þessi vara, sem auglýst sé sem sama vara og Rautt Eðal ginseng, sé ræktað.
81. Um sé að ræða kóreska vöru með íslensku strikamerki, sem fullyrt sé að seljist víða um heim. Neytendastofa fái ekki tækifæri til að spyrja eða a.m.k. setja sönnunargagnið í málið því „einungis skuli fjallað um núverandi umbúðir“. Gögnin virðist samt hafa verið geymd í hálf tannað ár en þá hafi stofnunin leiðbeint kæranda um að spyrja heilbrigðiseftirlitið. Ekki hafi verið hægt að framsenda gögnin til heilbrigðiseftirlitsins vegna þess að þau voru hluti af væntanlegri ákvörðun í máli nr. 44/2012 en séu samt ekki þar. Mikilvægustu skjölin séu niðurbönd á myndum af pakkningum og upplýsingar um ræktunarsvæði á heimasíðu GNF, birgis Eggerts Kristjánssonar hf. í Kóreu. Kærandi hafi beðið Neytendastofu um að hala þessu niður því stofnunin hafi góða ljósritunarvél og hafi hún verið svo vinsamleg að gera það. Þessi hjálp komi nú í góðar þarfir

þegar GNF sé nýbúið að eyða öllum slóðum á gamalt efni og sé í óðaönn að framleiða umbúðir á ensku sem svipi til umbúða Eggerts Kristjánssonar hf.

82. Sjálfsagt minnug leiðbeininganna frá Eggerti Kristjánssyni hf. ítreki Neytendastofa aftur þrönga túlkun á úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010). Ekki komi til mála að spyrja Eggert Kristjánsson hf. hvaðan þessi vara sé, þar sem Neytendastofa eigi einungis að fjalla um umbúðirnar. Neytendastofa hafi á þessum tíma búið yfir mun betri upplýsingum um málið en Heilbrigðiseftirlit Reykjavíkur. Kærandi byggi kröfu sína um upplýsingar á úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010) því hann eigi enga aðra aðkomu að málinu. Umbúðir vörunnar gefi til kynna að hún sé kóresk og hún hafi sömu eiginleika og Rautt Eðal ginseng. Í bæklingum og víða á Netinu sé því haldið fram að varan sé ræktuð á sama stað og Rautt Eðal ginseng og sé þess vegna með sömu eiginleika og sú vara. Þetta stangist á við upplýsingar frá birginum sem segi vöruna vera frá mun víðfeðmara svæði. Öllum þeim upplýsingum birgisins hafi nú verið eytt eða þær faldar á netinu á síðustu tveimur vikum. Neytendastofa hafi farið fram á að áfrýjun kæranda varðandi þennan lið yrði vísað frá þar sem um hafi verið að ræða leiðbeiningu en ekki ákvörðun. Nú liggi ákvörðun fyrir án þess að Eggert Kristjánsson hf. hafi verið spurður um ræktunarsvæði ginsengsins. Þeirri ákvörðun sé áfrýjað enda öðlist brot á lögum nr. 57/2005 ekki lögmati við það eitt að vera ef til vill líka brot á heilbrigðisreglugerð.
83. Í 13. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009 segi að eftirfarandi viðskiptahættir séu undir öllum kringumstæðum villandi: „Að koma á framfæri vöru sem líkist vöru frá tilteknum framleiðanda á þann hátt að neytandinn sé vísvitandi blekktur til að trúa því að varan sé frá þeim framleiðanda þótt svo sé ekki“. Í verslunum séu sölubakkarnir hluti af umbúðunum og þar sé nafnið ennþá Rautt Royal ginseng. Tiltölulega nákvæm lýsing Neytendastofu breyti ekki því að það fyrsta sem neytandinn sjái þegar hann líti í ginsenghilluna sé guli og rauði grunnflöturinn í samskonar (einstökum) kassa sem glitti á í ljósi. Stafagerðin sé það svipuð að þegar pakki merktur „extra kröftugt“ standi einn og sér við hlið Rauðs Eðal ginsengs hafi verið brögð á því að eldra fólk hafi ruglast og talið sig vera að kaupa extra kröftugt Rautt Eðal ginseng. Um þessi atriði hafi kærandi skrifað Neytendastofu en henni hafi yfirsést þetta og taki ekki afstöðu til þess. Rautt ginseng hafi áratugum saman verið flutt inn í grænum umbúðum, fyrst af versluninni Ístorg og síðar af Náttúrulækningabúðinni, og í fáein ár í orange lituðum, en kærandi hafi verið sá fyrsti til að nota rauðan lit á rautt ginseng. Heilsuhúsið hafi áður selt hvítt ginseng, Ginsana G115, í rauðum og svörtum umbúðum og Röd Gerimax sem sé hvítt ginseng en umbúðirnar skærrauðar. Þetta segi kærandi ekki vegna þess að hann vilji eigna sér litinn á nokkurn hátt heldur til að sýna fram á að tilgátan sé einfaldlega tilhæfulaus. Rótin sé ekki ólík gulrófu á litinn en það hafi ekkert með gyllingu eða glampa á pakka að gera. Þetta sé skemmtileg en röng tilgáta Neytendastofu og á henni sé hin kærða ákvörðun byggð.
84. Kærandi vísar næst að fullyrðingu Neytendastofu um að Rautt kóreskt ginseng og Rautt Eðal ginseng séu sambærilegar vörur með sömu eiginleika. Neytendastofa telji það röksemd fyrir því að vörunar séu líkar í útliti, lýsingu og textagerð. Þarna hefði Neytendastofa betur lesið dóm Hæstaréttar í stað þess að treysta á umsögn um dóminn, en þar segi að merkin megi ekki vera of lík enda hafi verið um sams konar vöru að ræða. Aldrei hafi kærandi séð svona ginsengkassa,

aldrei svona innri umbúðir og aldrei þennan sama texta. Allt séu þetta bútar en saman skapi þeir mynd. Neytendastofa hafi tekið að sér að svara þessu með innri umbúðirnar og raunar sagt að þær verði ekki ljósar fyrr en varan sé keypt. Varðandi textann þá sé Eggert Kristjánsson hf. svo margsaga að það verði ekki talið upp í einu bréfi. Fyrirtækið hafi fundið orðabók þar sem streita hafi sömu merkingu og þreyta.

85. Kærandi tekur næst fram að meðfylgjandi tölvubréfi hans sé stórglæsilegur bæklingur sem hann hafi nýlega fengið frá kóreska útflutningsráðinu KOTRA í Svíþjóð um Royal ginseng frá GNF. Þar séu sýndar fallegar hvítar ginsenghylkjaumbúðir, bæði fyrir rautt og hvítt ginseng, sem seldar séu víða um heim. Eggert Kristjánsson hf. haldi því fram bæði fyrir Neytendastofu og áfrýjunarnefnd neytendamála að vörur hans, fyrst Rautt Royal ginseng og síðan Rautt kóreskt ginseng, séu hvað varði lit og lögun texta afsteypa af umbúðum GNF annars staðar. Spyr kærandi hvar þær umbúðir séu. Fyrst hafi fyrirtækið sagt að þeir hafi fengið textann hjá framleiðandanum, svo auglýsingastofu, næst WHO. Sú tilvitnun sé á bæklingi kæranda, en þá hafi vantað orðið streita. Kærandi hafi án árangurs ótal sinnum skorað á Eggert Kristjánsson hf. að leggja fram umbúðir sem líkist íslensku umbúðunum hvað varði t.d. lögun, innri umbúðir og texta. Tilgáta kæranda sé að fyrirtækið geti það alls ekki. Neytendastofa, sem falið hafi verið að rannsaka málið, hafi ekki gert það en komið með eftirfarandi tilgátu: „Neytendastofa telur kæranda þó ekki hafa sýnt fram á það með óyggjandi hætti að lýsingar á vöru félagsins hafi legið til grundvallar lýsingu á vöru Eggerts Kristjánssonar hf.“ Rautt Eðal ginseng sé í íslenskum umbúðum sem eigi sér hvergi hliðstæðu. Neytendastofa sjái enga ruglingshættu en telji samt upp ýmsar ástæður fyrir því að einmitt þessi hönnun sé heppileg fyrir íslenska neytendur. Mátalilbúnaður Eggerts Kristjánssonar hf. í þessu máli sé eins og málstaðurinn. Honum verði hvorki bjargað með tilgátum né því að ekki skipti máli hvort umbúðirnar séu að erlendri fyrirmynd.
86. Með bréfi, dags. 3. desember 2012, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 18. desember 2012, þar sem þess er krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Í greinargerðinni er fyrst vikið að sjónarmiðum aðila og sérstaklega tekið fram að kærandi hafi gert athugasemdir við að Neytendastofa hafi ekki kært til lögreglu meintar rangar fullyrðingar Eggerts Kristjánssonar hf. í máli sem leiddi til ákvörðunar Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007). Neytendastofa vekur athygli á því að með umræddri ákvörðun hafi Eggert Kristjánssyni hf. verið gert að breyta umbúðum sínum þar sem þær hafi talist líkjast um of umbúðum kæranda. Sú skýrslugjöf sem kærandi vísi til hafi því ekki haft áhrif á niðurstöðu málsins. Þá vilji stofnunin benda á að samkvæmt upplýsingum frá Samkeppniseftirlitinu hafi það einungis í einu tilviki talið rangan framburð gefa tilefni til kærur til lögreglu og hafi sú kærur ekki leitt til ákæru á grundvelli hegningarlaga.
87. Næst vikur Neytendastofa að athugasemdum kæranda þess efnis að einungis sumar af röksemdum málsaðila séu raktar í þeim kafla hinnar kærðu ákvörðunar sem fjalli um málsmeðferð. Neytendastofa bendi á að þessar athugasemdir kæranda séu að einhverju leyti teknar upp í málsmeðferðar-kafla ákvörðunarinnar. Þrátt fyrir að þær séu ekki orðrétt teknar upp þýði það ekki að þær séu ekki teknar til skoðunar þegar komist sé að niðurstöðu í málinu. Þegar vísað sé til sömu sjónarmiða og áður hafi verið rakin eða þegar tekið sé upp úr opinberum gögnum, s.s. dómum Hæstaréttar, sé

algennt að taka þau ekki orðrétt upp úr bréfum málsaðila. Ómögulegt sé fyrir stofnunina að tiltaka öll gögn sem starfsmenn hennar kynni sér þegar tekin sé ákvörðun í máli. Þannig sé litið til sjónarmiða úr fylgigögnum, þegar við á, og sjálfstætt mat stofnunarinnar byggt á þeim. Því geti gögnin komið til álita og haft áhrif á heildarmat stofnunarinnar þótt þau séu ekki tekin upp eða vísað til þeirra með beinum hætti. Rétt sé að benda á að umræddur hæstaréttardómur sem kærandi vísi til, og starfsmenn Neytendastofu hafi lesið við meðferð málsins, hafi varðað brot á lögum um vörumerki nr. 45/1997 en ekki lögum um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005. Af þeim sökum sé ekki hægt að byggja á honum með beinum hætti þótt sömu sjónarmið varðandi ruglingshættu geti komið til álita. Þá sé vakin athygli á því að stofnunin sendi öll gögn málsins til áfrýjunarnefndar neytendamála þegar mál séu til meðferðar þar.

88. Neytendastofa viku næst að athugasemdum kæranda þess efnis að stofnunin hafi fallist á þröngan skilning Eggerts Kristjánssonar hf. á úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010). Neytendastofa hafni framangreindri röksemdafærslu auk þess sem stofnunin hafni því að reynt hafi verið að líta fram hjá eða „koma út úr málinu“ gögnum sem sýni fram á rugling. Í úrskurðarorðum áfrýjunarnefndarinnar komi fram að stofnunin skuli taka til meðferðar þann hluta ákvörðunarinnar sem snúi að útliti umbúðanna. Önnur atriði hafi stofnunin áður tekið til meðferðar. Með framangreindum úrskurði hafi áfrýjunarnefndin staðfest þann hluta ákvörðunar Neytendastofu 13. ágúst 2010 (36/2010) er laut að auglýsingum Eggerts Kristjánssonar hf. Stofnunin geti ekki tekið til meðferðar á ný kvartanir sem varði atriði sem hún hafi þegar tekið ákvörðun um. Í undantekningartilvikum sé það hægt liggi ný gögn til grundvallar kvörtun, sem komi ekki til álita í þessu máli.
89. Varðandi notkun Heilsuhússins á gömlum bæklingum hafi Neytendastofa nú þegar tekið þá kvörtun til meðferðar og hafi hún verið afgreidd með bréfi, dags. 31. mars 2011. Í bréfinu hafi verið vakin athygli á málskotsheimild til áfrýjunarnefndar neytendamála sem kærandi hafi ekki nýtt. Þær myndir, sem kærandi vísi til, séu þær sömu og legið hafi til grundvallar við afgreiðslu framangreinds máls hjá Neytendastofu. Stofnunin geti sent áfrýjunarnefnd neytendamála gögn málsins sem leitt hafi til ákvörðunar í bréfi dags. 31. mars 2011, sé þess óskað. Við mat á ruglingshættu hafi verið litið til þeirra gagna sem lágu frammi í málinu og þar á meðal gagna kæranda varðandi rugling starfsmanna heilsubúða. Heildarmat Neytendastofu á gögnum málsins hafi leitt til þess að ekki væri ruglingshætta milli umbúða kæranda og Eggerts Kristjánssonar hf. á rauðu ginsengi.
90. Kærandi vísi til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála komi fram að fyrir nefndinni hafi nýjar upplýsingar legið fyrir sem ekki hafi legið fyrir áður. Þær upplýsingar snúi að því hvort ginseng Eggerts Kristjánssonar hf. sé kóreskt eða kínverskt og því beri Neytendastofu að taka þann þátt kvörtunar kæranda til meðferðar. Neytendastofa vísi til greinargerðar sinnar í máli áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 6/2012 varðandi þann þátt er snúi að leiðbeiningum stofnunarinnar til kæranda um að snúa sér til Heilbrigðiseftirlits Reykjavíkur. Samkvæmt lögum nr. 93/1995 sem og reglugerð nr. 406/2010 hafi Matvælastofnun eftirlit með næringar- og heilsufullyrðingum tengdum matvælum. Undir eftirlit samkvæmt framangreindum lögum falli einnig fæðubótarefni. Samkvæmt upplýsingum frá starfsmanni Matvælastofnunar séu það heilbrigðiseftirlit í

viðkomandi sveitarfélagi sem sjái um að framfylgja þessari eftirlitsskyldu og hafi kæranda því verið bent á að beina erindinu til Heilbrigðiseftirlits Reykjavíkur þar sem erindið hafi beinst að fyrirtæki í Reykjavík. Neytendastofa vilji einnig benda á að það sé rangt sem fram komi í kæru að ekki hafi verið haft samband við Matvælastofnun vegna erindisins. Starfsmaður Neytendastofu hafi haft samband símleiðis við sérfræðing hjá Matvælastofnun til þess að taka af allan vafa um það hvort erindið heyrði undir framangreint eftirlit stofnunarinnar og hafi það verið staðfest.

91. Hjá Matvælastofnun starfi sérfræðingar á því sviði sem hér um ræði og því sé með öllu óeðlilegt að Neytendastofa afli upprunavottorða og annarra gagna varðandi mál sem heyri undir annað stjórnvald þar sem sérþekking liggja fyrir. Bæði geti það tafið fyrir úrlausn málsins og verið kostnaðarsamt fyrir stofnunina því sérfræðingar hennar hafi ekki í öllum tilvikum þekkingu til að lesa úr þeim gögnum sem lögð séu fram. Megi sem dæmi nefna að í máli Neytendasamtakanna gegn Eggerti Kristjánssyni hf., sem leitt hafi til ákvörðunar Neytendastofu 9. ágúst 2008 (23/2008), hafi stofnunin þurft að kalla eftir sérfræðiáliti frá Háskóla Íslands og bera af því kostnað. Stofnunin hafi auk þess þurft að óska eftir áliti Matvælastofnunar á gögnum í málinu. Hafi meðferð málsins tafist um fjóra mánuði vegna þessa. Því sé með öllu óeðlilegt að mál sé ekki tekið til meðferðar hjá því stjórnvaldi sem löggjafinn hafi tilnefnt sem eftirlitsaðila og hafi sérþekkingu á því sviði sem um ræði. Telji Neytendastofa það ekki hafa áhrif þó sambærileg mál hafi ekki komið áður til álita eða að upplýsingar innflytjenda hafi verið vefngdar, eins og rakið sé í kæru. Eins og sjá megi af framangreindu snúist þessi ákvörðun Neytendastofu ekki að því, eins og kærandi haldi fram, að „einungis“ sé fjallað um núverandi umbúðir heldur sé um að ræða álitafni sem heyri undir annað stjórnvald.
92. Varðandi þau gögn sem kærandi telji Neytendastofu hafa prentað út þá liggja þau ekki fyrir í því máli Neytendastofu sem nú sé kært. Þá vilji stofnunin einnig benda á að kærandi hafi fengið senda gagnaskrá auk allra bréfa sem send voru Eggert Kristjánssyni hf. Honum hafi því verið mögulegt á ýmsum stigum málsins að gera athugasemdir teldi hann vanta gögn í málið. Kærandi ítreki í kæru þau rök sem fram hafi komið við meðferð málsins um líkindi umbúða kæranda og Eggerts Kristjánssonar hf. Neytendastofa vilji ítreka að við meðferð málsins hafi verið litið til þessara atriða og metið á hlutlausan hátt hvort núverandi umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. væru það líkar umbúðum kæranda að það ylli ruglingi. Hafi það verið niðurstaða Neytendastofu að svo væri ekki. Við það mat hafi ekki haft úrslitaáhrif hvort umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. væru að erlendri fyrirmynd heldur hafi verið litið til heildarmats á útliti umbúðanna. Umbúðirnar séu ætlaðar íslenskum neytendum á íslenskum markaði og því komi ekki til álita hvort þær séu að erlendri fyrirmynd eða ekki. Með vísan til framangreinds telji Neytendastofa að staðfesta beri hina kærðu ákvörðun.
93. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 20. desember 2012, var kæranda send greinargerð Neytendastofu og óskað eftir afstöðu hans til hennar innan 15 daga. Með tölvubréfi, dags. 7. janúar 2013, óskaði kærandi eftir frekari fresti. Var fresturinn framlengdur um 10 daga með tölvubréfi áfrýjunarnefndar neytendamála sama dag. Með tölvubréfi, dags. 15. janúar 2013, óskaði kærandi á ný eftir frekari fresti til þess að koma að athugasemdum við greinargerð Neytendastofu. Var honum veittur frestur til 25. janúar 2013, en þann dag barst áfrýjunarnefnd

neytendamála tölvubréf frá kæranda. Þar kemur fram að í þessu máli takist á hagsmunir Eggerts Kristjánssonar hf., sem vilji selja sína vöru í sem allra líkustum umbúðum og Rautt Eðal ginseng, og eiganda þess vörumerkis. Helst af öllu hefði fyrirtækið viljað selja sína vöru í sömu umbúðum og Rautt Eðal ginseng en fyrst það hafi ekki verið hægt skuli þær vera svo líkar að það valdi ruglingi starfsmanna, neytenda og innkaupastjóra verslana. Og skyldi eitthvað örlítið vanta upp á hafi að minnsta kosti allt verið reynt í markaðssetningu til að blekkja neytendur til að halda að um sömu vöru og Rautt Eðal ginseng sé að ræða.

94. Ólíkt Eggerti Kristjánssyni hf. sjái kærandi sér ekki hag í að selja sína vöru í jafnlíkum umbúðum, meðal annars vegna þess að vara Eggerts Kristjánssonar hf. hafi verið markaðssett sem sama vara. Neytendastofa hafi opinberað hugmyndir sínar um æskilegt útlit rauðs ginsengs sem augljóslega séu mótaðar af Rauðu Eðal ginsengi. Hefði Neytendastofa verið hlutlaus og heiðarleg hefði hún a.m.k. gefið kæranda kost á að aflétta ruglingnum í stað þess að koma af stað rökræðu, sem stofnunin hafi dottað yfir í tvö ár en þá hafi hún skyndilega áttað sig á að kærandi hefði sent fjöldann allan af torkennilegum skjölum sem vörðuðu ekki málið. Spyra megi hvort þetta sé trúleg skýring hjá Neytendastofu. Neytendastofa hafi komið því skýrt á framfæri að hún hafi verið mjög óánægð með að Neytendasamtökin skyldu kæra Eggert Kristjánsson hf. fyrir Neytendastofu vegna sölu á vöru sem faggilt þýsk rannsóknarstofa og lyfjafræðideild Háskóla Íslands töldu vera hvítt ginseng en Matvælastofnun taldi geta verið rautt ginseng.
95. Líklega sé það rétt hjá Neytendastofu að Neytendasamtökin hafi átt að beina þessari kvörtun beint til Matvælastofnunar eða til landbúnaðarráðuneytisins. Þessa reiði hafi Neytendastofa síðan yfirfært á kæranda og sé engu líkara en þetta sitji verulega í stofnuninni, sbr. ýmsar tilvitnanir í greinargerðinni. Fleira komi til. Ágreining Neytendastofu og kæranda megi að miklu leyti rekja til þess að Neytendastofa hafi aldrei viljað kæra ranga skýrslugjöf Eggerts Kristjánssonar hf. Neytendastofa hafi aldrei svarað bréfi kæranda frá 9. ágúst 2007 þar sem stofnunin sé hvött til að kæra lögbrot sem beinist gegn henni sjálfri. Stofnunin geti ekki borið á móti því að Eggert Kristjánsson hf. hafi gefið ranga skýrslu vegna þess að það komi skýrt fram í rökstuðningi ákvörðunar Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007). Eggerti Kristjánssyni hf. hafi ekki fundist málstaður sinn betri en svo að fyrirtækið hafi margítrekað gripið til ósanninda án viðbragða frá Neytendastofu. Á endanum hafi kærandi spurt innanríkisráðuneytið hvort heimilt væri að skrökva að Neytendastofu. Skömmu síðar hafi úrskurður Neytendastofu legið fyrir en áður hafi innanríkisráðuneytið fundað með forsvarsmönnum stofnunarinnar.
96. Neytendastofa byrji greinargerð sína með því að réttlæta að hún hafi ekki kært árið 2007 með tilvísun í að kæra Samkeppniseftirlitsins í öðru máli hafi ekki leitt til ákæru. Kærandi hafi ekki fengið upplýsingar frá Samkeppniseftirlitinu um hvort það hafi talið umrædda kæru vanreifaða eða fyrnda. Einungis fréttatilkynningu. Án slíkra upplýsinga sé samanburður til lítils gagns. Fyrir liggja yfirlýsing frá lögreglu/ákærvaldinu um að þessi mál séu ólík og það eina sem standi í vegi fyrir rannsókn málsins sé að engin ósk hafi um það borist frá Neytendastofu. Það sé lögleysa að reyna að tefja mál eða reyna að ná fram rangri niðurstöðu með því að gefa ranga skýrslu fyrir stjórnvaldi. Það sé því fyllsta ástæða fyrir stjórnvald að greiða götu réttvísinnar, því annars sé hætt við að óprúttir aðilar gangi á lagið eins og dæmin sýni. Rannsóknarlögreglan myndi væntanlega

rannsaka málið, t.d. með því að spyrja Eggert Kristjánsson hf., en það hafi Neytendastofa aldrei viljað gera.

97. Neytendastofa geri enga tilraun til að skýra af hverju hún hafi ekki gert Eggerti Kristjánssyni hf. að sýna fram á að vara sem fyrirtækið selji innihaldi „Extra kröftugt“ ginseng þó það standi á umbúðunum. Fullyrðingin sé ólögmat, ósönnuð og röng. Kvörtun um þessar umbúðir hafi skýrlega verið komið á framfæri en viðbrögðin verið engin. Neytendastofa skauti yfir samlegðar-áhrif líkra umbúða og að varan hafi verið auglýst undir nafninu Rautt Eðal ginseng. Neytendastofa geri engar athugasemdir við að innkaupastjóri Samkaupa/Nettó hafi farið fram á verðlækkun á Rauðu Eðal ginsengi vegna þess að það hafi verið ódýrara í Krónunni. Neytendastofa hafi séð afar vandaðan bækling GNF sem sýni rautt og hvítt ginseng hylki bæði í hvítum glösum. Stofnunin hafi ekki upplýst af hverju henni finnist slík glös óheppilegri að öðru leyti en að útilokað sé að þau myndu valda ruglingi við Rautt Eðal ginseng.
98. Kærandi tekur næst fram að það kunni hugsanlega að hafa heilsufarslega þýðingu í hvaða landi matvara sé ræktuð en í þessu tiltekna máli hafi það markaðslega þýðingu. Athygli Neytendastofu hafi margsinnis verið vakin á því að upplýsingum framleiðandans og innflytjandans beri alls ekki saman. Það sé hvorki sanngjarnt né lögmætt gagnvart neytendum og samkeppnisaðila að innflytjandi, sem segi sína vöru ræktaða á sama stað og með nákvæmlega sömu eiginleika og tiltekin önnur vara, komist upp með að leggja engar sannanir fram um hvar varan sé ræktuð. Þrautavaramálsvörn Neytendastofu fyrir Eggert Kristjánsson hf. í greinargerðinni sé alveg ný af nálinni, þ.e. að engu máli skipti hvort umbúðirnar séu af erlendri fyrirmynd eða ekki. Þetta sé allt annað en Eggert Kristjánsson hf. haldi fram, t.a.m. 12. nóvember 2010, þegar félagið hafi tekið fram: „Fjarstæða væri að ætla að framleiðandinn sérhannaði umbúðalínu fyrir okkar framleiðslu enda lítið framleitt í einu af vörunni og slík sérhönnun og sérpökkun myndi ekki svara kostnaði“. Fyrirtækið hnykki á þessu 26. mars 2011 og segist vera að flytja inn og selja ginseng vörur sem njóti vinsælda og séu seldar víðsvegar um heiminn. Neytendastofa efist um dómgreind neytenda og starfsfólks heilsuþúða sem finnist umbúðirnar líkar og ítrekað hafi verið ruglast á þeim eins og sýnt hafi verið fram á í máli og myndum. Nauðsynlegt sé að spyrja Neytendastofu hvaðan hún fái þá hugmynd, sem Eggert Kristjánsson hf. hafi lýst sem fjarstæðukenndri, að umbúðirnar séu sérframléiddar fyrir Ísland. Að öðru leyti ítreki kærandi öll sjónarmið sem fram hafi komið í málinu.
99. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 31. janúar 2013, voru lögmanni Eggerts Kristjánssonar hf. sendar báðar ofangreindar kærur og önnur fyrirbyggjandi gögn á kærustigi í málunum tveimur og óskað eftir afstöðu félagsins til þeirra. Með tölvubréfi, dags. 13. febrúar 2013, óskaði lögmaðurinn eftir viku fresti til þess að skila inn athugasemdum fyrirtækisins. Var fresturinn framlengdur með tölvubréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 13. febrúar 2013. Með bréfi, dags. 19. febrúar 2013, bárust síðan athugasemdir Eggerts Kristjánssonar hf. Þar er fyrst tekið fram að fyrirtækið harmi að þurfa enn á ný að sitja undir óverðskulduðum ásökunum kæranda. Í kæru sé þannig m.a. vísað til þess að Eggert Kristjánsson hf. hafi beitt lygum og gefið rangar upplýsingar undir rekstri málsins. Að mati fyrirtækisins svari það hins vegar hvorki tíma né kostnaði að svara umræddum ásökunum kæranda. Með vísan til úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010), sbr. einkum 71. mgr. úrskurðarins, og hinnar kærðu

ákvörðunar, sbr. einkum lið 1 í niðurstöðukafla, sé skýrt að mál þetta varði aðeins meinta ruglingshættu á milli núverandi umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. og umbúða kæranda.

100. Fyrirtækið taki undir það mat Neytendastofu að heildarútlit umbúðanna sé það ólíkt að ekki sé hættu á að neytendur ruglist á þeim. Eggert Kristjánsson hf. hafi á fyrri stigum málsins rakið í löngu máli af hvaða ástæðum ekki sé til staðar ruglingshætta á umræddum umbúðum og sjái fyrirtækið ekki ástæðu til þess að endurtaka það sem áður hafi komið fram. Þess í stað vísi fyrirtækið í fyrri bréf sín, einkum bréfa til Neytendastofu, dags. 26. mars 2011 og 23. júní 2011. Þá taki fyrirtækið jafnframt undir þá niðurstöðu Neytendastofu að málið snúist um umbúðir sem ætlaðar séu íslenskum neytendum og því sé það sjálfstætt ákvörðunarefni á grundvelli íslenskra laga hvort ruglingshætta sé á milli umbúðanna í skilningi laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005. Eggert Kristjánsson hf. sjái þannig ekki ástæðu til þess að leggja fram frekari gögn. Með vísan til framangreinds sé þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.
101. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 25. febrúar 2013, var kæranda kynnt framangreint bréf Eggerts Kristjánssonar hf. og honum gefinn kostur á að tjá sig um bréfið og fylgigögn þess. Svar barst með tölvubréfi kæranda, dags. 1. mars 2013. Þar er tekið fram að engar nýjar upplýsingar eða áður óframkomnar varnir komi fram í bréfi Eggerts Kristjánssonar hf. Öll fylgiskjölin hafi legið fyrir í málinu. Engu síður sé rétt að vekja athygli áfrýjunarnefndar neytendamála á þeirri ósvífni félagsins, að halda því fram í nefndu bréfi, að ásakanir um rangar upplýsingar þess undir rekstri málsins séu óverðskuldaðar. Með þessu bréfi sé því ótvírætt og blygðunarlaust verið að staðfesta að fyrri skýrslur félagsins undir rekstri þessa máls séu réttar.
102. Með bréfi, dags. 22. mars 2013, sendi áfrýjunarnefnd neytendamála kæranda og lögmanni Eggerts Kristjánssonar hf. tilkynningu á grundvelli 3. mgr. 9. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Þess skal getið að auk áðurgreindra greinargerða og athugasemda kæranda sendi hann áfrýjunarnefnd neytendamála fjölda tölvubréfa vegna málsins á tímabilinu október 2012 til apríl 2013. Í þeim er m.a. áréttað að kærandi hafi efasemdir um uppruna vöru Eggerts Kristjánssonar hf. og hann telji að fyrirtækið markaðssetji vöruna ranglega sem kóreska. Þá kemur fram að Eggert Kristjánsson hf. hafi þótt hafa hannað umbúðir sínar eftir erlendri fyrirmynd og að félagið væri bundið af erlendum texta þeirra. Þessar umbúðir hafi hins vegar aldrei verið lagðar fram. Lögmaður Neytendastofu hafi síðar sagt kæranda að lögmaður Eggerts Kristjánssonar hf. hafi viðurkennt fyrir sér að þessar umbúðir væru ekki til. Kærandi hafi vegna þessa óskað eftir lögregluannsókn á ætlaðri rangri skýrslugjöf Eggerts Kristjánssonar hf. og farið þess á leit við Neytendastofu, forsætisráðuneytið og innanríkisráðuneytið að skýrslugjöfin yrði kærð til lögreglu. Þá hafi hann sent fyrirspurn á Samkeppniseftirlitið og komist að því að þar hefði eitt mál vegna rangrar skýrslugjafar verið kært til lögreglu.
103. Í framangreindum tölvubréfum kæranda til áfrýjunarnefndarinnar kemur einnig m.a. fram að hann hafi farið þess á leit við Heilbrigðiseftirlit Reykjavíkur að uppruni Rauðs kóresks ginsengs verði rannsakaður. Þá er þar fullyrt að Eggert Kristjánsson hf. hafi látið loka erlendri heimasíðu sem geti sýnt fram á að vara fyrirtækisins sé í reynd kínversk, auk þess sem framleiðandi vörunnar,

GNF, hafi gert tilteknað upplýsingar um vöruna á heimasíðu sinni ólæsilegar í þeim tilgangi að eyða sönnunargögnum. Þannig hafi öllum upplýsingum, s.s. upplýsingum um ræktunarsvæði Rauðs kóresks ginsengs, og myndum af vörunni á vefsíðu fyrirtækisins verið eytt. Í tölvubréfum kæranda kemur enn fremur fram að hann hafi, vegna fullyrðinga Eggerts Kristjánssonar hf. um að fyrirmynd vörunnar sé erlend, árangurslaust farið fram á það við Neytendastofu að Eggerti Kristjánssyni hf. yrði gert að leggja fram ginsengpakkningu á öðru tungumáli en íslensku. Þá hafi hann verið í samskiptum við forstjóra kóreska útflutningsráðsins í Svíþjóð og óskað eftir því að hann útvegaði pakkningu af vörunni frá öðru landi til þess að hægt sé að bera saman lýsingu á vörunni. Ekki þykir ástæða til að rekja efni framangreindra tölvubréfa frekar, en til þeirra hefur verið litið við úrlausn málsins.

NIÐURSTAÐA

104. Í máli þessu er annars vegar deilt um ákvörðun Neytendastofu frá 31. október 2012, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til aðgerða af hálfu stofnunarinnar vegna kvörtunar kæranda yfir umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. utan um Rautt kóreskt ginseng. Hins vegar er deilt um það hvort málsmeðferð Neytendastofu í því máli sem endaði með framan- greindri ákvörðun hafi samrýmt málshraðareglu 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, en undir rekstri málsins hjá Neytendastofu lagði kærandi fram kæru til áfrýjunarnefndar neytendamála á grundvelli 4. mgr. 9. gr. nefndra laga vegna ætlaðs óhæfilegs dráttar á afgreiðslu málsins. Líkt og áður greinir hafa mál þessi verið sameinuð fyrir áfrýjunarnefnd neytendamála. Áður en vikið verður að hinni efnislegu ákvörðun Neytendastofu verður gert grein fyrir niðurstöðu áfrýjunar- nefndarinnar að því er varðar ætlaðar tafir á afgreiðslu málsins.
105. Í 4. mgr. 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 kemur fram að dragist afgreiðsla máls óhæfilega sé heimilt að kæra það til þess stjórnvalds sem ákvörðun í málinu verður kærð til. Umrædda kæruheimild verður að skýra svo að hún eigi einungis við í þeim tilvikum þegar mál hefur ekki verið til lykta leitt af lægra settu stjórnvaldi, sbr. m.a. athugasemdir við 9. gr. með því frumvarpi sem varð að stjórnsýslulögum nr. 37/1993, en þar er tekið fram að ákvæðið feli í sér undan- tekningu frá reglu 2. mgr. 26. gr. laganna um að ákvarðanir, sem ekki binda endi á mál, verði ekki kærðar fyrr en málið hefur verið til lykta leitt. Ákvæðinu er enda ætlað að vera úrræði aðila til þess að knýja á um afgreiðslu máls sem þegar er til meðferðar hjá stjórnvaldi, hafi viðkomandi stjórnvald dregið afgreiðslu þess. Líkt og að framan greinir tók Neytendastofa hina efnislegu ákvörðun í málinu þann 31. október 2012 og í ljósi þess verður endurskoðun áfrýjunarnefndar neytendamála ekki reist á framangreindu ákvæði. Þá er ljóst að kærandi byggir kæru sína á hinni efnislegu ákvörðun ekki sérstaklega á drætti á afgreiðslu málsins. Eins og hið sameinaða mál liggur fyrir þykir áfrýjunarnefnd neytendamála engu að síður rétt að taka afstöðu til þess hvernig málsmeðferð Neytendastofu horfi við 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.
106. Í 1. mgr. 9. gr. stjórnsýslulaga kemur fram sú meginregla að ákvarðanir í málum skuli teknar svo fljótt sem unnt er. Í ákvæðinu kemur ekki fram hvaða tímafrestr stjórnvöld hafa til afgreiðslu mála en af ákvæðinu leiðir að aldrei má vera ónauðsynlegur dráttur á afgreiðslu máls. Hvað talist getur eðlilegur afgreiðslutími verður að meta í hverju tilviki fyrir sig. Þannig verður að líta til umfangs

máls og atvika hverju sinni, auk þess sem mikilvægi ákvörðunar fyrir aðila getur einnig haft þýðingu. Líkt og að framan greinir hófst mál þetta í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 31. janúar 2011 (12/2010). Á tímabilinu mars til september 2011 sendi Neytendastofa út all mörg bréf vegna málsins og aðilar lögðu fram ýmis gögn af því tilefni. Með bréfi, dags. 17. nóvember 2011, tilkynnti Neytendastofa að gagnaöflun væri lokið og að málið yrði tekið til ákvörðunar stofnunarinnar. Með bréfi, dags. 14. mars 2012, var kæranda hins vegar tilkynnt að vegna mikils málafjölda hjá stofnuninni væru fyrirsjáanlegar tafir á afgreiðslu málsins en vonast væri til þess að erindið yrði afgreitt innan tveggja mánaða. Hin kærða ákvörðun var hins vegar ekki tekin fyrir en 31. október 2012.

107. Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála verður að fallast á það með Neytendastofu að tafir á málinu megi að einhverju leyti rekja til atriða er varða kæranda. Verður enda ekki framhjá því litið að meðan á málsmeðferðinni stóð sendi hann stofnuninni ítrekað tölvubréf með nýjum athugasemdum og gögnum, sem voru mörg hver til þess fallin að flækja málið frekar. Það breytir því hins vegar ekki að u.þ.b. ár leið frá því að stofnunin sendi kæranda bréf um að gagnaöflun málsins væri lokið og þar til ákvörðun lá fyrir. Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála verður ekki fallist á að þessi dráttur á meðferð málsins eigi eingöngu rætur að rekja til atriða er varða kæranda.

108. Neytendastofa heldur því einnig fram að stofnunin hafi ekki séð sér fært að vinna að ákvörðun í máli kæranda á meðan sá hluti málsins sem varðaði uppruna Rauðs kóresks ginsengs var til meðferðar hjá áfrýjunarnefnd neytendamála, enda gæti niðurstaða nefndarinnar haft áhrif á til hvaða atriða skyldi taka afstöðu í ákvörðuninni. Þá hafi afgreiðsla málsins dregist vegna sumarleyfa starfsmanna. Þótt fallast megi á, að Neytendastofa hafi að nokkru leyti haft ástæðu til að vera í vafa um það til hvaða atriða skyldi taka afstöðu í ákvörðuninni, getur sú skýring ekki réttlætt framangreindan drátt sem varð á afgreiðslu málsins. Í því sambandi athugast að það var eingöngu á rúmlega tveggja mánaða tímabili, frá lok apríl til loka júní 2012, sem dráttur á meðferð málsins varð réttlættur með rökum um að rétt væri að bíða niðurstöðu áfrýjunarnefndar neytendamála. Í lok apríl 2012 höfðu þegar liðið fimm mánuðir án þess að ákvörðun væri tekin í málinu og í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála liðu fjórir mánuðir til viðbótar áður en ákvörðun Neytendastofu lá fyrir. Verður ekki séð að síðarnefndi drátturinn verði réttlættur með vísan til sumarleyfa starfsmanna. Er í því sambandi tekið fram að þótt almennt dragi úr afköstum stjórnvalda yfir sumarmánuði, vegna sumarleyfa starfsmanna, hvílir sú skylda á ríkisstofnunum að haga skiptingu verkefna milli starfsmanna og skipulagi sumarleyfa þannig að hægt sé að afgreiða mál án þess að miklar og ónauðsynlegar tafir verði. Í ljósi framangreinds verður að telja að málsmeðferð stofnunarinnar að þessu leyti hafi ekki fyllilega samrýmst 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Engin efni eru hins vegar til þess að fella hina efnislegu ákvörðun Neytendastofu úr gildi af þeim sökum, enda raunar ekki á því byggt af hálfu kæranda, líkt og fyrir greinir.

109. Verður nú vikið að hinni efnislegu ákvörðun. Nauðsynlegt er að áréttta í upphafi að þau sjónarmið sem kærandi hefur fært fram í málinu snerta ýmis atriði er varða samkeppni aðila allt frá því snemma árs 2007. Þannig hefur áfrýjunarnefnd neytendamála borist fjöldi athugasemda og gagna sem ekki varða hina kærðu ákvörðun með beinum hætti, heldur önnur atriði tengd ágreiningi

aðila. Eðli málsins samkvæmt er úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála, sem felur í sér endurskoðun á niðurstöðu hins lægra setta stjórnvalds, bundinn við þá þætti sem hin kærða ákvörðun laut að. Þannig eru t.a.m. ekki til athugunar ítrekaðar athugasemdir kæranda um að vara Eggerts Kristjánssonar hf. innihaldi hvítt ginseng, sem sé minna að gæðum en rautt ginseng, en um þetta atriði var fjallað í eldri ákvörðun Neytendastofu 19. ágúst 2008 (23/2008), sem ekki var kærð til áfrýjunarnefndar neytendamála og er ekki til endurskoðunar hér. Eins er rétt að að taka fram að sjónarmið kæranda um að Neytendastofu hafi borið að beina kærðu til lögreglu vegna rangrar skýrslugjafar er ekki til athugunar þegar af þeirri ástæðu að hin kærða ákvörðun varðaði ekki það atriði.

110. Í hinni kærðu ákvörðun var tekið til athugunar hvort núverandi umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. utan um Rautt kóreskt ginseng brytu gegn ákvæðum 5. og 15. gr. a laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, eða 13. tölul. 1. gr. reglugerðar um viðskiptahætti sem teljast undir öllum kringumstæðum óréttmætir nr. 160/2009. Ákvæði 5. gr. laga nr. 57/2005 felur í sér almennt bann við óréttmætum viðskiptaháttum. Þar kemur fram að í III.-V. kafla laganna sé nánar tilgreint hvað teljist óréttmætir viðskiptahættir, en 15. gr. a er að finna í V. kafla laganna. Í 15. gr. a segir að óheimilt sé að nota í atvinnustarfsemi firmanafn, verslunarmerki eða því um líkt, sem sá hefur ekki rétt til er notar, eða reka atvinnu undir nafni sem gefur villandi upplýsingar um eignarrétt eða ábyrgð atvinnurekanda. Enn fremur sé sérhverjum bannað að nota auðkenni, sem hann eigi tilkall til, á þann hátt að leitt geti til þess að villst verði á því og öðru einkenni sem annað fyrirtæki noti með fullum rétti. Í 13. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009 kemur fram að eftirfarandi viðskiptahættir teljist undir öllum kringumstæðum óréttmætir: „Að koma á framfæri vöru sem líkist vöru frá tilteknum framleiðanda á þann hátt að neytandinn sé vísvitandi blekkur til að trúa því að varan sé frá þeim framleiðanda þótt svo sé ekki“.

111. Þegar framhliðar umbúða kæranda og Eggerts Kristjánssonar hf. eru bornar saman kemur í ljós að báðar hafa þær ákveðinn grunnlit sem þekur stærstan hluta umbúðanna, og annan lit sem þekur minni hluta. Grunnlitur umbúðanna er hins vegar ekki sá sami. Þannig er grunnlitur framhliðar umbúða kæranda rauður en framhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. er að mestu gyllt. Auk rauða litsins á framhlið umbúða kæranda eru þar 16 gylltar rendur og myndar gyllti liturinn ramma í kringum umbúðirnar. Fyrir miðju er stórt hringlaga merki í gylltum lit þar sem heiti vörunnar kemur fram og fyrir ofan merkið er síðan einhvers konar gyllt og hringlaga gæðavottun. Á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. er gyllti liturinn hins vegar ráðandi. Þannig er stærstur hluti framhliðar umbúðanna gylltur og heiti vörunnar skrifað í gylltum stöfum, en rauði liturinn þekur eingöngu fjórðungshluta framhliðarinnar. Nánar tiltekið er rauði liturinn efst á framhliðinni og myndar bakgrunn þar sem heiti vörunnar kemur fram í gylltu. Fyrir neðan rauða hlutann er síðan stærri hluti framhliðarinnar í gylltum lit. Hægra megin á framhliðinni er mynd af ginseng rót, en slík mynd er ekki á umbúðum kæranda. Þrátt fyrir að um sé að ræða sömu liti, þ.e. rauðan og gylltan, eru litirnir þannig notaðir með mismunandi hætti á framhlið umbúðanna og ráðandi litur hvorra umbúða ekki sá sami. Þá eru „aukalitirnir“, eða þeir litir sem þekja minni hluta framhliðarinnar, notaðir með ólíkum hætti á umbúðunum tveimur.

112. Bakhliðar umbúða aðila eru einnig ólíkar í verulegum atriðum. Er bakhlið umbúða kæranda að meginstefnu gyllt en bakhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. aðallega rauð. Á bakhlið umbúða kæranda er sama gyllta hringlaga merkið og á framhliðinni, en fyrir neðan merkið er heiti vörunnar í stórum stöfum fyrir miðri bakhliðinni og þar fyrir neðan er innihaldslýsing og ábendingar um notkun inni í svörtum ramma. Þekur texti neðri hluta bakhliðarinnar. Á bakhlið umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. þekur texti hins vegar alla hliðina og er myndræn framsetning textans önnur en á umbúðum kæranda. Þannig er nafn vörunnar t.d. í gylltu letri efst fyrir miðju auk þess sem kóreskt letur er lóðrétt á vinstri hliðinni. Þá er gylltur rammi í kringum allan rauða flötinn, sambærilegur við þann sem er á framhlið umbúðanna.
113. Auk framangreinds eru myndræn framsetning umbúðanna og uppsetning texta og innihaldslýsingar í heild sinni önnur, þrátt fyrir austrænt letur og yfirbragð þeirra beggja. Í því sambandi má m.a. nefna að leturgerð texta er önnur og kóreskt letur er notað með ólíkum hætti. Á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. myndar hið kóreska letur t.d. lóðréttu línu við vinstri hlið framhliðarinnar en á umbúðum kæranda eru kóresku stafirnir láréttir fyrir miðju umbúðanna. Líkt og að framan greinir eru grunnlitir beggja umbúðanna hins vegar þeir sömu þótt ráðandi litur hverrar pakkningar sé ekki sá sami. Í því sambandi er þó rétt að taka fram að með einfaldri leit á veraldarvefnum kemur í ljós að umræddir litir virðast vera ráðandi á umbúðum fjölda vara sem innihalda rautt kóreskt ginseng. Rauði liturinn kallast enda á við heiti vörunnar, þ.e. rautt ginseng, auk þess sem hinn gyllti litur virðist ekki fjarri lit ginsengrótarinnar sjálfrar. Verður því að taka undir sjónarmið Neytendastofu í þá veru að veigamikil rök þurfi til svo að banna megji notkun umræddra lita. Auk þessa verður að mati áfrýjunarnefndar neytendamála að líta svo á, jafnvel þótt talið yrði að litaval pakkningar Eggerts Kristjánssonar hf. gæfi út af fyrir sig tilefni til vangaveltna um beitingu 2. másl. 15. gr. a laga nr. 57/2005, að hlutfall og samsetning hvors litar fyrir sig séu það ólík á umbúðunum, svo sem að framan greinir, að ekki gæti talist vera um brot gegn 15. gr. a laga nr. 57/2005 að ræða.
114. Telja verður innihalds- og notkunarlýsingu á umbúðunum áþekkar. Á hinn bóginn verður ekki framhjá því litið að lýster sambærilegri vöru með sömu eiginleika og því óhjákvæmilegt að lýsingarnar séu að nokkru leyti áþekkar. Í ljósi þessa og þess hvernig umræddum texta er háttað er ekki unnt að fallast á að textinn á umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. brjóti gegn 15. gr. a laga nr. 57/2005. Þá verður að fallast á það með Neytendastofu að innri umbúðir vörunnar hafi ekki áhrif við mat á ruglingshættu í skilningi ákvæðisins, enda er ákvörðun neytenda um viðskipti byggð á ytri umbúðum og hinar innri umbúðir verða í reynd ekki ljósar fyrr en varan hefur verið keypt.
115. Í ljósi alls framangreinds er það mat áfrýjunarnefndar neytendamála að ekki sé fyrir hendi ruglingshætta í skilningi 2. másl. 15. gr. a laga nr. 57/2005 á milli þeirra umbúða sem um ræðir og geta hvorki önnur þau sjónarmið sem kærandi hefur fært fram né fyrirbyggjandi gögn í málinu leitt til annarrar niðurstöðu. Af þessari niðurstöðu leiðir jafnframt að ekki verður talið að með umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. hafi verið brotið gegn 13. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009. Verður hin kærða ákvörðun því staðfest að þessu leyti.

116. Undir rekstri málsins hjá Neytendastofu hélt kærandi því einnig fram að vara Eggerts Kristjánssonar hf. væri ekki ræktuð í Kóreu heldur í Kína og að heiti vörunnar, sem á umbúðunum greinir, væri þar með villandi. Vegna þessa sendi Neytendastofa kæranda bréf, dags. 12. apríl 2012, þar sem vísað var til umrædds kvörtunarefnis og tekið fram að þar sem ginseng teldist vera fæðubótarefni gildi reglugerð Evrópusambandsins nr. 1924/2006 um næringar- og heilsu-fullyrðingar er varði matvæli um innihaldslýsingar og merkingar á pakkningum. Reglugerðin hafi verið innleidd hér á landi með reglugerð nr. 406/2010, sem sett sé með heimild í 31. gr. a laga um matvæli nr. 93/1995, og samkvæmt bæði lögum nr. 93/1995 og umræddri reglugerð hafi Matvælastofnun eftirlit með næringar- og heilsufullyrðingum tengdum matvælum. Kvörtun kæranda um uppruna Rauðs kóresks ginsengs verði því ekki tekin til meðferðar hjá Neytendastofu heldur heyri hún undir Heilbrigðiseftirlit Reykjavíkur sem sjái um markaðseftirlit Matvælastofnunar. Kærandi beindi af þessu tilefni kæru til áfrýjunarnefndar neytendamála. Neytendastofa krafðist þess að því máli yrði vísað frá áfrýjunarnefndinni og byggði þá kröfu m.a. á því að umrætt bréf tengdist máli kæranda, sem enn væri til meðferðar hjá stofnuninni, og samkvæmt 2. mgr. 26. gr. stjórnslulaga yrði það ekki kærlegt fyrir en efnisleg niðurstaða málsins lægi fyrir. Áfrýjunarnefnd neytendamála féllst á að vísa málinu frá á grundvelli umrædds ákvæðis, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 29. júní 2012 (6/2012). Samkvæmt þessu var framan- greint kvörtunarefni þáttur í því máli sem lauk með hinni kærðu ákvörðun og um leið þáttur í henni. Kemur umrætt atriði því til endurskoðunar hér, að genginni þeirri ákvörðun sem ekki lá fyrir 29. júní 2012.
117. Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála er tæplega unnt að líta svo á að tilvísun Eggerts Kristjánssonar hf. til þess að varan sé upprunnin í Kóreu feli í sér næringar- og heilsufullyrðingu í skilningi framangreindrar reglugerðar. Tilvísun í kóreskan uppruna vörunnar virðist einvörðungu ætlað að upplýsa hvaðan ginsengið komi, án þess að séð verði að í henni felist eiginleg fullyrðing um tiltekið næringargildi eða innihald vörunnar. Verður enda ekki séð að landið Kórea hafi sem slíkt nokkra sérstaka næringar- eða heilsufarslega skírskotun, hvorki í þessu samhengi né almennt. Í öllu falli verður ekki séð að framangreind reglugerð útiloki afskipti Neytendastofu af kvörtunarefninu, sbr. það sem síðar greinir. Í 1. mgr. 11. gr. laga um matvæli nr. 93/1995 er ákvæði sem snertir með beinni hætti umrætt kvörtunarefni kæranda. Samkvæmt því er óheimilt að hafa matvæli á boðstólum eða dreifa þeim þannig að þau blekki kaupanda að því er varðar uppruna, tegund, gæðaflokkun, samsetningu, magn, eðli eða áhrif. Í 5. gr. reglugerðar um matvæli nr. 503/2005, sem sett er með stoð í lögnum, kemur síðan fram að merking matvæla megi ekki vera blekkjandi fyrir kaupanda eða móttakanda, einkum að því er varði sérkenni matvælnanna, nánar tiltekið eðli þeirra, auðkenni, eiginleika, tegund, samsetningu, þyngd, geymsluþol, uppruna og aðferð við gerð eða framleiðslu.
118. Líkt og Neytendastofa hefur bent á fara heilbrigðisnefndir með eftirlit samkvæmt lögum nr. 93/1995 undir yfirumsjón Matvælastofnunar, sbr. 6. og 22. gr. laganna. Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála þurfa stjórnunar- og eftirlitsheimildir stofnana ríkisins í einstökum málaflokkum hins vegar ekki að koma í veg fyrir að Neytendastofa láti tiltekna háttsemi fyrirtækis til sín taka, heyri háttsemin undir lög eða reglur sem stofnunin hefur eftirlit með. Er enda ljóst að valdheimildir Neytendastofu til íhlutunar á grundvelli laga um eftirlit með viðskiptaháttum og

markaðssetningu nr. 57/2005 eru víðtækar og geta falið í sér aðgerðir er snerta málaflokka sem heyra undir aðrar stofnanir, ef það liggur á annað borð fyrir að viðkomandi athöfn eða athafnaleysi feli í sér óréttmæta viðskiptahætti.

119. Sem fyrr segir var kvörtun kæranda yfir því að vara Eggerts Kristjánssonar hf. væri ekki kóresk og heiti hennar þar með villandi, þáttur í málinu á hinu lægra stjórnarsýslustigi. Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála er ekki útilokað að fullyrðing um uppruna vöru geti varðað við ákvæði laga nr. 57/2005 um bann við villandi viðskiptaháttum. Vísast hér m.a. til úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 21. ágúst 2009 (4/2009), sem snerti í grundvallaratriðum álitamál um það hvort upplýsingar um uppruna vöru teldust villandi og í andstöðu við lög nr. 57/2005. Í því máli sem hér er til úrlausnar tók Neytendastofa hins vegar enga afstöðu til framangreinds kvörtunarefnis m.t.t. laga nr. 57/2005 eða kannaði það frekar með tilliti til laganna, þar sem stofnunin taldi kvörtunarefnið heyra undir annað stjórnvald. Í ljósi framangreinds, rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sem og eftirlitshlutverks Neytendastofu, sbr. lög nr. 62/2005 og lög nr. 57/2005, telur áfrýjunarnefnd neytendamála að framangreint kvörtunarefni kæranda hafi ekki fengið fullnægjandi afgreiðslu hjá Neytendastofu. Í ljósi þess, sem og grunnreglna um stigskiptingu stjórnarsýslunnar og kærümöguleika aðila, er óhjákvæmilegt að vísa þessum þætti málsins til nýrrar meðferðar og ákvörðunar stofnunarinnar, þar sem Neytendastofa taki afstöðu til umrædds kvörtunarefnis með tilliti til ákvæða laga nr. 57/2005 og kalli eftir upplýsingum um uppruna vöru Eggerts Kristjánssonar hf., telji stofnunin vafa leika á því hvort hann sé réttur og að slíkt kunni að fela í sér brot gegn lögnum.

120. Áréttað skal að með þessu hefur engin afstaða verið tekin til umrædds kvörtunarefnis eða hvort og þá hvaða ákvæði laga nr. 57/2005 komi til álita, heldur byggist niðurstaðan eingöngu á því að sú afgreiðsla Neytendastofu á þessum þætti málsins, að vísa til valdheimilda annars stjórnvalds án nokkurrar afstöðu eða rannsóknar m.t.t. laga nr. 57/2005, fái ekki staðist. Með vísan til þess sem áður greinir verður hin kærða ákvörðun að öðru leyti staðfest.

ÚRSKURÐARORÐ:

Kvörtun kæranda vegna uppruna Rauðs kóresks ginsengs Eggerts Kristjánssonar hf. er vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar Neytendastofu, til samræmis við þær forsendur sem að framan greinir.

Að öðru leyti er hin kærða ákvörðun staðfest.

Eiríkur Jónsson

Egill Heiðar Gíslason

Ingiríður Lúðvíksdóttir