

**ÚRSKURÐUR**  
**ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA**

---

**MÁL NR. 13/2010**

Kæra Og fjarskipta ehf. á ákvörðun Neytendastofu nr. 38/2010.

1. Þann 31. janúar 2011 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 38/2010: Kæra Og fjarskipta ehf. á ákvörðun Neytendastofu nr. 38/2010 frá 19. ágúst 2010. Í málinu úrskurða Eiríkur Jónsson, Egill Heiðar Gíslason og Eyvindur G. Gunnarsson.
2. Með kæru, dags. 16. september 2010, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu nr. 38/2010 frá 19. ágúst 2010, um að kærandi hafi brotið gegn ýmsum ákvæðum laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, með birtingu nánar tiltekinna auglýsinga. Með vísan til 2. mgr. 21. gr. b laga nr. 57/2005 bannaði Neytendastofa kæranda birtingu auglýsinganna, auk þess sem mælt var fyrir um að hann skyldi fjarlægja umræddar auglýsingar af vefsíðu félagsins. Með heimild í a-lið 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005 var jafnframt lögð stjórnvaldssekt á kæranda að fjárhæð kr. 2.600.000, sem greiðast skyldi eigi síðar en þremur mánuðum frá dagsetningu ákvörðunarinnar. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara krefst hann þess að fjárhæð viðurlaga verði stórlega lækkuð.
3. Kæruheimild 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.

**MÁLAVEXTIR**

4. Með erindi lögmanns Símans hf. til Neytendastofu, dags. 30. nóvember 2009, var kvartað yfir samanburðarauglýsingum kæranda (Vodafone) sem birst hefðu í blöðum, útvarpi og á Netinu dagana á undan. Þess var krafist að Neytendastofa ákvarðaði að kærandi bryti með auglýsingum sínum undir yfirskriftinni „Reiknaðu með raunverulegum reikningum“ gegn ákvæðum 5. gr., 2. og 4. mgr. 6. gr., 8. gr., 9. gr., 10. gr., 14. gr. og 15. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005. Þess var einnig krafist að Neytendastofa beindi þeim tilmælum til kæranda að láta af birtingu umræddra auglýsinga uns ákvörðun Neytendastofu lægi fyrir. Þá var þess krafist að Neytendastofa leggði hæstu stjórnvaldssektir sem heimilt væri að lögum að leggja á kæranda vegna birtingar auglýsinganna. Í ljósi þeirra ríku hagsmuna sem væru í húfi fyrir Símann hf. væri þess að endingu krafist að Neytendastofa veitti málinu flýtimeðferð og hraðaði úrlausn þess svo sem frekast væri kostur.
5. Í kvörtuninni er málavöxtum lýst þannig að föstudaginn á undan hafi kærandi hafið birtingu nýrrar auglýsingaherferðar undir framangreindri yfirskrift. Í stuttu máli gangi auglýsingaherferð kæranda út á samanburð símareikninga nokkurra einstaklinga sem flutt hafi viðskipti sín frá Símanum hf.

til kæranda á síðustu 12 mánuðum. Því sé um samanburðarauglýsingar að ræða í skilningi 1. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005. Í auglýsingum kæranda, sem birst hafi í dagblöðum og á Netinu, séu m.a. símreikningar sem viðskiptavinir Símans hf. hafi mótttekið í lok sl. árs birtir og bornir saman við símreikninga sem sömu viðskiptavinir móttóku frá kæranda nokkru síðar. Auglýsingar kæranda séu sérstaklega settar fram til höfuðs Símanum hf. og beint til viðskiptavina hans. Í blaðaauglýsingunum segi m.a.: „Vodafone Gull er það besta sem við bjóðum og hefur sparað viðskiptavinum okkar tugi þúsunda á ári. Hér er raunverulegt dæmi um hvernig við höfum lækkað reikninga þeirra viðskiptavina sem áður voru í viðskiptum við Símann.“ Í þeim dæmum sem kærandi birti í auglýsingum sínum virðist viðskiptavinir kæranda hafa sparað sér umtalsverðar fjárhæðir við það eitt að flytja viðskipta sín frá Símanum hf. til kæranda.

6. Í auglýsingu í Fréttablaðinu síðastliðinn föstudag hafi reikningur frá Símanum hf. sem gefinn var út í nóvember 2008 verið borinn saman við símreikning frá kæranda sem gefinn hafi verið út í mars 2009. Samanburður kæranda á reikningunum eigi að leiða í ljós að téður viðskiptavinur Símans hf. hafi sparað sér 7.784 kr. við að færa viðskipti sín til kæranda frá Símanum hf., eða lækkað útgjöld sín vegna fjarskipta um hartnær 50% við tilfærsluna. Á laugardaginn hafi einnig birst auglýsing í Fréttablaðinu þar sem sömu tveir símreikningar hafi verið bornir saman. Auk þeirra séu fleiri símreikningar annarra fyrrum viðskiptavina Símans hf. birtir, ásamt símreikningum sömu viðskiptavina sem stafi frá kæranda. Reyndar sé ókleift að sjá frá hvaða tímabili þeir reikningar stafi, en ljóst megi vera að um notkun fyrir ólík tímabil sé að ræða, eðli máls samkvæmt. Á vefsíðu kæranda sé vísað til enn fleiri símreikninga fyrrum viðskiptavina Símans hf. og þeir bornir saman við símreikninga þeirra eftir að þeir hafi fært viðskiptin til kæranda. Ómögulegt sé þó að sjá í hverju hinn meinti sparnaður felist eða hvaða þjónusta hafi verið veitt, sökum smæðar myndanna á vefsíðunni. Engu að síður sé meintur sparnaður þeirra blásinn upp með stóru letri, enda þótt forsendur reikningsgerðarinnar séu algjörlega á huldu.
7. Á grundvelli samanburðar þeirra símreikninga sem vísað sé til í auglýsingum kæranda leitist hann við að telja viðskiptavinum Símans hf. trú um að símreikningar þeirra muni lækka flytji þeir viðskipti sín frá Símanum hf. til kæranda. Í lok blaðaauglýsinga kæranda, og á vefsíðu hans og í útvarpsauglýsingum segi: „Komdu með reikninginn til okkar. Ef þú ert viðskiptavinur Símans þá skorum við á þig að koma með reikninginn í næstu verslun Vodafone eða hringja í 1414 og við hjálpum þér að lækka hann.“ Þeir símreikningar sem kærandi virðist nota til samanburðar séu um það bil eins árs gamlir. Samanburðarauglýsingar séu aðeins heimilar að svo miklu leyti sem þær séu ekki villandi, sbr. a-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005. Verðskrá Símans hf. hafi tekið miklum breytingum síðan sú notkun sem var tilefni viðkomandi reikningsgerðar hafi farið fram. Reikningsgerð Símans hf. fyrir meira en ári síðan sé því ekki nothæf vísbinding um kostnað sama viðskiptavinar vegna sömu notkunar hans í dag. Samanburður verðskrár kæranda Símans hf. fyrir ári síðan og verðskrár kæranda eins og hún líti út í dag sé því ákaflega villandi framsetning á verðsamanburði og brjóti gegn 14. gr. og a-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, en að auki gegn 5., 2. og 4. mgr. 6. gr., 8. gr., 9. gr. og 10. gr.
8. Í kvörtuninni segir næst að kærandi virðist byggja verðsamanburð sinn að öllu leyti á reikningum sem viðskiptavinum kæranda í áskriftarleiðinni „Gull“ séu gerðir. Skilyrði þess að viðskiptavinir

kærandi fái notið þeirra kjara sem í boði séu í þeirri áskriftarleið séu að keypt sé heimasímaþjónusta, Internetþjónusta og farsímaþjónusta. Sömu skilyrði séu ekki fyrir hendi hjá Símanum hf. Þjónusta Símans hf. og verð fyrir hana og þjónusta kærandi og verð fyrir hana séu því ólík og ekki hæf til samanburðar. Auglýsingarnar brjóti því gegn 14. gr. og b- og c-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005. Þar sem skilyrði fyrir notkun þjónustunnar séu ekki tilgreind brjóti auglýsingarnar einnig gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr., 2. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 10. gr. sömu laga. Vakin skuli sérstök athygli á því að verð fyrir „Gull“ áskriftarleið kærandi sé fyrst og fremst háð mánaðarlegum greiðslum fyrir þjónustu, óháð notkun. Með auglýsingum sínum virðist kærandi þannig auglýsa þau mánaðarlegu gjöld, án þess þó að taka það fram að verð þjónustunnar sé háð fyrrgreindum skilyrðum. Í ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009) hafi kærandi sérstaklega verið bannað að auglýsa föst gjöld umræddrar áskriftarleiðar án þess að fram kæmu einnig þau skilyrði sem fylgdu henni. Með auglýsingum sínum hafi kærandi brotið gegn ákvörðuninni og því sé ótvírætt tilefni til beitingar stjórnvaldssekta vegna brotsins.

9. Í kvörtuninni segir næst að þeir reikningar sem kærandi vísi til, til rökstuðnings því að símareikningar viðskiptavina Símans hf. muni lækka flytji þeir viðskipti sín til kærandi, séu gefnir út vegna símnótkunar sem sé eðli máls samkvæmt ólík milli mánaða og tímabila. Símnótkun hvers og eins notanda sé enda ólík milli mánaða og það velti á aðstæðum hverju sinni í hvers konar símanúmer sé mest hringt og hversu lengi. Jafnvel þótt sú þjónusta sem borin sé saman í auglýsingum kærandi teldist sambærileg, sem hún sé þó ekki, sé ljóst að reikningarnir hafi ekkert forspárgildi fyrir hugsanlegan sparnað hins almenna neytanda. Einstaklingar tali aldrei nákvæmlega jafn mikið í símann hverju sinni, auk þess sem hringimynstur notenda breytist milli mánaða. Verðsamanburður símareikninga fyrir ólík tímabil sé því fullkomlega villandi fyrir neytendur. Sem dæmi um það hversu villandi slíkur verðsamanburður geti verið megi benda á að nóvembermánuður inniheldur 30 daga en febrúarmánuður 28 daga. Engu að síður beri kærandi saman símnótkun notanda á þeim tímabilum og leggi að jöfnu til rökstuðnings því að ódýrara sé fyrir viðskiptavinum Símans hf. að vera í viðskiptum við kærandi. Ólíkir hlutir séu einfaldlega bornir saman í þessu tilliti, Símanum hf. og neytendum til tjóns. Samanburðurinn brjóti gegn 14. gr. og b- og c-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, en einnig 5. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr., 2. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 10. gr. sömu laga.
10. Í kvörtuninni segir næst að af auglýsingum kærandi sjáist ekki hvaða þjónusta sé að baki þeim símareikningum sem félagið vísi til í auglýsingum sínum til stuðnings fullyrðingum um meintan sparnað viðskiptavina Símans hf. Geti því allt eins verið að mun minni notkun viðskiptavina kærandi hafi átt sér stað eftir að þeir fluttu viðskipti sín til hans, en átti sér stað þegar þeir voru í viðskiptum við kærandi. Í auglýsingarnar skorti allar þær upplýsingar sem séu neytendum í raun nauðsynlegar til að þeir geti áttá sig á því hvort ódýrarara sé fyrir þá að eiga viðskipti við kærandi eða Símann hf. Í því ljósi sé verðsamanburðurinn sem kærandi beri á borð fráleitur. Framsetningin sé ákaflega villandi og ósanngjörn gagnvart Símanum hf. og viðskiptavinum hans og brjóti gegn 14. gr., a- og c-lið 15. gr. laga nr. 57/2005, auk 5. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr., 2. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 10. gr. sömu laga. Þá sjáist ekki á auglýsingum kærandi hvort netþjónusta hans sé jöfn að gæðum og afköstum og sú netþjónusta Símans hf. sem sæti samanburði. Ljóst sé að verðsamanburður á slíkri þjónustu geti aðeins farið fram að um sé að

ræða fyllilega sambærilega þjónustu og það sé skylda kæranda að sýna fram á að sambærileg þjónusta sé borin saman, sbr. 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005.

11. Í kvörtuninni er næst tekið fram að í auglýsingu kæranda í Fréttablaðinu þann 27. nóvember 2009 segi orðrétt: „ATH. Í Ofurheimasímanum eru símtöl innifalin í farsíma og heimasíma, innanlands sem utan.“ Samkvæmt upplýsingum sem fram komi á vefsíðu kæranda sé ofangreint þó háð því skilyrði að símtöl í farsíma og erlend símanúmer séu aðeins innifalin í mánaðargjaldi Gulláskriftar að því leyti sem slík notkun fari ekki umfram 6.000 kr. í hverjum mánuði. Þessarar takmörkunar sé ekki getið í auglýsingu kæranda og því megi ráða af fullyrðingunni að öll símtöl í slík númer séu innifalin í „Ofurheimasímanum“. Fullyrðingin sé því villandi og brjótí gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr., 2. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 10. gr. laga nr. 57/2005. Næst segir í kvörtuninni að auglýsingar kæranda og markaðsherferð fyrirtækisins í heild sinni gangi út á að telja viðskiptavinum Símans hf. trú um að símreikningar þeirra muni lækka á sama hátt og þeir símreikningar sem slegið sé upp, enda þótt engar forsendur séu fyrir hendi til að líta þannig á málið, aðrar en heildartölur reikninga vegna ólíkrar þjónustu sem veitt sé í mismiklu magni og á mislögum tíma. Á grundvelli þeirra forsendna skori kærandi á viðskiptavinum Símans hf. og haldi því blákafli fram að félagið muni hjálpa þeim að lækka símreikninga þeirra. Í þeirri fullyrðingu felist óvirk loforð til allra viðskiptavina Símans hf. um að hag þeirra verði betur borgið hjá kæranda, þar sem símreikningar þeirra muni lækka við tilflutninginn, óháð hringimynstri eða símnotkun þeirra í dag að öðru leyti.
12. Ljóst sé að kærandi geti ekki með nokkru móti haldið því fram að símreikningar viðskiptavina Símans hf. muni lækka einungis fyrir tilstuðlan kæranda, enda hringimynstur hvers og eins notanda ólíkt og velti á notkun hverju sinni. Þessi skilningur hafi verið margstaðfestur af Neytendastofu. Fullyrðingar kæranda þar um séu því villandi og ákaflega ósanngjarnar í garð Símans hf. og viðskiptavina hans og færðar fram gegn betri vitund kæranda. Séu þær sérstaklega varhugaverðar í ljósi þess að þær séu settar fram í skjóli raunverulegrar reikningagerðar fyrirtækjanna á mismunandi tímabili. Mikil hætta sé á að neytendur leggi aukinn trúnað á fullyrðingar kæranda vegna þessa og auglýsingar kæranda séu nokkuð óskammfeilin tilraun til að vinna viðskiptavinum Símans hf. til lags við kæranda á röngum forsendum. Af framangreindum orsökum, auk hinna fyrrgreindu, brjótí auglýsingar kæranda gegn 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr., 2. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 10. gr. laga nr. 57/2005, auk 14. gr. og a-liðar 2. mgr. 15. gr. sömu laga. Þá sé ljóst að kærandi brjótí með auglýsingum sínum gegn því sem ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009) hafi lotið að. Því sé fullt tilefni til að leggja hæstu lögleyfðu stjórnvaldssektir á félagið vegna brota þess.
13. Í niðurlagi kvörtunarinnar segir loks að horfa verði til þess að auglýsingaherferð kæranda sé beint sérstaklega gegn Símanum hf. og hafi á þeim stutta tíma sem hún hafi lifað valdið honum tilfínanlegu fjárhagslegu tjóni, auk þess að skaða ímynd hans verulega gagnvart viðskiptavinum hans og öðrum neytendum. Á síðasta rúma ári hafi kærandi brotið oft og á margvíslegan hátt gegn hinum ýmsum ákvæðum laga nr. 57/2005 með fjölda villandi, óréttmætra og ósanngjarnra auglýsinga. Nýjasta auglýsingaherferð kæranda lýsi nú enn grófara athæfi en kærandi hafi hingað til sýnt. Í ljósi fyrri afskipta Neytendastofu af félaginu geti auglýsingaherferð þess nú varla verið

sett fram í góðri trú um lögmæti hennar og staðreyndir máls. Fyrri ákvarðanir Neytendastofu vegna auglýsinga félagsins virðist því ekki hafa borið tilætlaðan árangur. Ljóst sé að ákvæði laganna nái ekki á nokkurn hátt þeim markmiðum sínum að auka neytendavernd nema hæstu lögleyfðu stjórnvaldssektir verði lagðar á kæranda og reynt að stemma stigu við athæfi hans með skilvirkum hætti. Kvörtuninni fylgdu afrit af auglýsingum kæranda.

14. Með bréfi Neytendastofu, dags. 1. desember 2009, var kæranda kynnt framkomið erindi og óskað eftir skýringum eða athugasemdum hans við það. Í bréfinu kom fram að Neytendastofa gæti ekki orðið við beiðni Símans hf. um flýtimeðferð, vegna mikils fjölda fyrirliggjandi mála hjá stofnuninni og annarra anna, en málsmeðferð yrði þó hraðað eins of frekast væri unnt. Svar við bréfi Neytendastofu barst með bréfi lögmans kæranda, dags. 7. desember 2009. Þar kemur fram að í erindi Símans hf. sé vísað til auglýsinga kæranda birtra á Netinu, í blöðum og í útvarpi en meðfylgjandi erindinu séu smækkuð ljósrit af blaðaauglýsingum kæranda, auk smækkaðrar skjámyndar af vefsíðu. Ekki sé hins vegar gerð frekari grein fyrir því hvaða útvarpsauglýsingar Síminn hf. telji brjóta í bága við lög nr. 57/2005. Af hálfu kæranda sé þess farið á leit að þeim hluta erindisins verði vísað frá ex officio. Í annan stað sé það álit kæranda að auglýsingarnar sem vísað sé til í erindi Símans hf. brjóti ekki í bága við ákvæði laga nr. 57/2005. Með vísan til þess sé þess jafnframt krafist að öðrum kröfum Símans hf. verði hafnað.
15. Í bréfinu kemur síðan fram að forsaga málsins sé sú að Síminn hf. hafi fimmtudaginn 26. nóvember 2009 hafið að auglýsa að farsímaþjónusta fyrirtækisins væri sú ódýrasta á markaði, sbr. erindi lögmans kæranda til Neytendastofu, dags. 27. nóvember 2009. Í útvarpsauglýsingum Símans hf. hafi neytendur verið hvattir til að gera raunverulegan samanburð á þjónustu fjarskiptafyrirtækja. Í framangreindu erindi kæranda sé gerð grein fyrir því að auglýsingar Símans hf. hafi byggt á óstaðfestum vinnugögnum Póst- og fjarskiptastofnunar og jafnframt að stofnunin hafi farið þess á leit við Símann hf. að birting umræddra auglýsinga yrði stöðvuð þar sem ekki væri um endanlegar niðurstöður af hálfu stofnunarinnar að ræða. Allt að einu hafi Síminn hf. haldið áfram birtingu umræddra auglýsinga helgina 28. til 29. nóvember 2009. Í ljósi þessa hafi kærandi brugðið á það ráð að birta auglýsingar þar sem sé að finna raunverulegan samanburð á reikningum Símans hf. og kæranda.
16. Að mati kæranda standist umræddar auglýsingar fyllilega þær kröfur sem ákvæði laga nr. 57/2005 geri til samanburðarauglýsinga. Hann hafni því að auglýsingarnar séu villandi. Um sé að ræða samanburð á reikningum vegna þjónustu sem ætluð sé til sömu nota. Með því að birta útgefna reikninga sé verið að bera saman áþreifanlegar, viðeigandi og sannreynanlegar staðreyndir. Í umræddum reikningum sé hvorki að finna rangar, ófullnægjandi eða villandi upplýsingar í skilningi 14. gr. laga nr. 57/2005. Því sé hafnað að birting umræddra reikninga sé á nokkurn hátt ósanngjörn gagnvart Símanum hf. og/eða neytendum eða að reikningarnir feli í sér ósannaðar fullyrðingar í skilningi 6. gr. laga nr. 57/2005. Því sé jafnframt vísað á bug að um brot á 5. gr., 8. gr., 9. gr. og 10. gr. laganna sé að ræða.
17. Í framangreindum auglýsingum kæranda sé einfaldlega vísað til þess, í ljósi áskorunar Símans hf. um að viðskiptavinir geri raunverulegan samanburð, að fjölmörg dæmi séu um að viðskiptavinir

kæranda sem áður hafi verið í viðskiptum við Símann hf. hafi lækkað reikninga sína eftir að hafa skipt um þjónustuveitanda. Birtir hafi verið raunverulegir reikningar umræddra viðskiptavina þessu til staðfestu. Síminn hf. hafi ekki gert að því skóna að reikningarnir séu ekki réttir eða hafnað því að um raunverulega reikninga sé að ræða. Kvörtun Símans hf. virðist þannig einkum byggja á því að leturgerð umræddra auglýsinga sé of smá þannig að starfsmenn Símans hf. hafi ekki getað lesið þær með fullnægjandi hætti. Í annan stað virðist Síminn hf. byggja á því að verðskrá fyrirtækisins og þjónustuframboð séu svo flókin að samanburður við verð og þjónustu kæranda sé ekki tækur. Að mati kæranda feli tilvitnuð ákvæði laga nr. 57/2005 ekki í sér áskilnað um tiltekna leturgerð í auglýsingum. Mat á því hvort auglýsingar á vefsíðu séu læsilegar hljóti þannig t.d. að ráðast af sjónstyrks hvers og eins eða upplausnar tölvuskjás. Það sem máli skipti í því tilfalli sem hér um ræði sé að birtir séu raunverulegir reikningar. Kærandi telji framsetningu þeirra til þess fallna að neytendur geti kynnt sér efni þeirra á vefsíðunni. Síminn hf. hafi ekki haldið því fram að um rangar upplýsingar sé að ræða. Verði þannig ekki séð að brotið sé gegn ákvæðum laga nr. 57/2005.

18. Í bréfinu er jafnframt tekið fram að kærandi leggi áherslu á að með umræddum auglýsingum sé verið að sýna neytendum raunveruleg dæmi um viðskiptavinum sem hafi lækkað reikninga sína með því að færa viðskipti sín til kæranda. Jafnframt felist í auglýsingunum loforð félagsins til viðskiptavina Símans hf. um að kærandi skuldbindi sig til þess að finna leiðir til að lækka símreikninga þeirra viðskiptavina sem þess óska. Síminn hf. hafi ekki sýnt fram á að kærandi hafi ekki eða muni ekki standa við umrætt loforð og því sé hafnað af hálfu kæranda að framsetningin sé villandi. Kærandi leggi jafnframt áherslu á að í umræddum auglýsingum sé verið að gera samanburð á milli sannanlegra útgefna reikninga fyrirtækjanna. Ekki sé verið að bera saman verðskrár eða þjónustuleiðir heldur raunveruleg dæmi um útgefna reikninga, enda hafi Síminn hf. með auglýsingum sínum kallað eftir slíkum samanburði. Í umræddum auglýsingum sé gerð grein fyrir því hvernig tilteknir viðskiptavinir kæranda hafi lækkað símkostnað sinn. Kærandi hafi valið til birtingar reikninga þar sem um sé að ræða áskriftir að þjónustu sem ætluð sé til sömu nota, þ.e. fastlínu, Netþjónustu og farsíma. Neytendum sé síðan falið að meta á grundvelli þessara upplýsinga hvort þeir sjái sér hag í því að skipta um þjónustuveitanda miðað við sínar eigin þarfir.
19. Að því er varðar auglýsingu kæranda sem birtist í Fréttablaðinu 27. nóvember 2009 fellst kærandi á að óheppilegt hafi verið að tilvísun í skilmála áskriftarleiðarinnar Ofurheimasímans hafi fallið út en með vísun í símtöl sem innifalin séu í Ofurheimasíma hafi verið leitast við að skýra muninn á þeim reikningum sem þar hafi verið birtir. Hafi birtingu umræddrar auglýsingar verið hætt. Í samantekt bréfsins segir að í ljósi framangreinds sé það mat kæranda að auglýsingar hans brjóti ekki í bága við ákvæði laga nr. 57/2005. Jafnframt sé fullyrðingum Símans hf. um að kærandi hafi brotið oft og á margvíslegan hátt gegn ákvæðum laganna á undanfögnu ári vísað á bug sem röngum og órökstuddum. Lögð sé áhersla á að Síminn hf. hafi haft frumkvæði að því að hvetja neytendur til raunverulegs samanburðar á verði fyrir fjarskiptaþjónustu og auglýsingaherferðin fyrst og fremst verið hugsuð til að svara þeirri áeggjan enda hafi ólögmetar auglýsingar Símans hf. verið til þess fallnar að baka kæranda tjón. Auglýsingar kæranda hafi verið settar fram í góðri trú og byggðar á raunverulegum dæmum. Beri því að hafna kröfu Símans hf. um að tilefni séu til

álagningar stjórnvaldssekta í málinu. Bréfinu fylgdu afrit af blaðaauglýsingum kæranda í raunstærð.

20. Með bréfi Neytendastofu til lögmanns Símans hf., dags. 9. desember 2010, var félaginu kynnt framkomið svarbréf kæranda og gefinn kostur á að koma að skýringum eða athugasemdum við það. Svar barst með tölvubréfi lögmanns félagsins, dags. 22. desember 2009. Þar kemur fram að ekki sé ástæða til að svara athugasemdum kæranda sérstaklega, þar sem þær innihaldi í raun einungis útrúninga á kvörtun Símans hf. Þá er bent á að handrit að útvarpsauglýsingum kæranda hafi ekki fylgt með kvörtun Símans hf. þar sem þær hafi aðeins verið auglýstar í miðlum 365 hf., en 365 hf. hafi ekki viljað afhenda afrit af auglýsingunum. Þó sé vakin athygli á að því sé ekki mótmælt af hálfu kæranda að útvarpsauglýsingarnar innihaldi þann boðskap sem sagður sé ólögmatúr. Með bréfi Neytendastofu til lögmanns Símans hf., dags. 16. apríl 2010, sem lögmaður kæranda fékk jafnframt afrit af, baðst Neytendastofa velvirðingar á því að vegna mikils fjölda fyrirbyggjandi mála hafi ekki verið unnt að ljúka meðferð málsins. Gagnaöflun sé lokið og aðilar megi vænta niðurstöðu innan fjögurra vikna frá dagsetningu bréfsins.
21. Hinn 20. apríl 2010 sendi Neytendastofa lögmanni kæranda hins vegar tölvubréf þar sem fram kom að við nánari skoðun málsins teldi stofnunin nauðsynlegt að fara fram á að kærandi legði fram þær útvarpsauglýsingar sem vísað væri til í erindi Símans hf. og birst hefðu í fjölmiðlum um það leyti sem kvörtunin hafi borist. Með vísan til rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og 1. mgr. 20. gr. laga nr. 57/2005 færi Neytendastofa fram á að kærandi leggði umræddar útvarpsauglýsingar fram í málinu. Svar barst með tölvubréfi lögmanns kæranda, dags. 23. apríl 2010, þar sem hljóðskrár með útvarpsauglýsingunum voru sendar sem viðhengi. Með bréfi Neytendastofu til lögmanns kæranda, dags. 27. apríl 2010, var efni útvarpsauglýsinganna rakið, en í þeim sagði meðal annars: „Lára og Halldór spara 7.784 krónur á mánuði með því að færa viðskiptin sín frá Símanum yfir til Vodafone. [...] Anna Björgvinsdóttir og fjölskylda spara 3.657 krónur á mánuði með því að færa viðskiptin frá Símanum yfir til Vodafone“. Í bréfinu sagði síðan að Neytendastofa færi fram á að kærandi færði sönnur á þær fullyrðingar sem fram kæmu í útvarpsauglýsingunum. Þá færi stofnunin fram á að fá afhent þau gögn sem lögju að baki fullyrðingum um sparnað.
22. Svar barst með bréfi lögmanns kæranda, dags. 7. maí 2010. Þar kemur fram það mat kæranda að umræddar auglýsingar standist fyllilega þær kröfur sem ákvæði laga nr. 57/2005 geri til samanburðarauglýsinga. Kærandi hafni því að auglýsingarnar séu villandi. Um sé að ræða samanburð á reikningum vegna þjónustu sem ætluð sé til sömu nota. Með því að birta útgefna reikninga sé verið að bera saman áþreifanlegar, viðeigandi og sannreynanlegar staðreyndir. Meðfylgjandi bréfinu voru afrit af reikningum þeirra viðskiptavina sem fjallað var um í auglýsingunum ásamt útreikningum á umræddum sparnaði. Kærandi tekur fram í bréfinu að líkt og fram komi í meðfylgjandi excel-skjali sé um samanburðarhæfa þjónustu að ræða og ljóst sé að umræddir reikningar staðfesti þá fullyrðingu sem felist í auglýsingunum. Lögð sé áhersla á að Síminn hf. hafi haft frumkvæði að því að hvetja neytendur til raunverulegs samanburðar á verði fjarskiptaþjónustu og umrædd auglýsingaherferð hafi fyrst og fremst verið hugsuð til að svara þeirri áeggjan, enda hafi ólögmatúr auglýsingar Símans hf. verið til þess fallnar að baka kæranda

tjón. Auglýsingar kæranda hafi verið settar fram í góðri trú og byggðar á raunverulegum dæmum. Með bréfi Neytendastofu til lögmanns Símans hf., dags. 11. maí 2010, sem lögmaður kæranda fékk afrit af, voru framkomin gögn kynnt og tilkynnt að gagnaöflun málsins væri lokið.

### ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

23. Hinn 19. ágúst 2010 tók Neytendastofa hina kærðu ákvörðun nr. 38/2010. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn ýmsum ákvæðum laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, honum bannað að birta viðkomandi auglýsingar og stjórnvaldssekt lögð á hann, svo sem nánar verður nú rakið.
24. Í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar er meginsjónarmiðum Símans hf. og kæranda fyrst lýst og síðan vikið að efni ýmissa ákvæða laga nr. 57/2005, þ.e. 5. gr., 2. mgr. 6. gr., 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr., 2. mgr. 9. gr., 10. gr., 14. gr. og 15. gr. Þar kemur síðan fram að í bréfi kæranda komi fram að tilefni auglýsinga hans hafi verið áskorun í auglýsingum Símans hf. til neytenda um að gera raunverulegan samburð á verði fyrirtækjanna. Neytendastofa hafi þegar tekið ákvörðun í máli vegna nefndra auglýsinga Símans hf. og því verði ekki nánar fjallað um þær í þessari ákvörðun. Stofnunin vilji áréttta að fyrirtæki verði ávallt að fylgja ákvæðum laga og reglna í auglýsingum sínum óháð því hvernig auglýsingar keppinauta séu. Telji fyrirtæki auglýsingar keppinauta brjóta gegn lögum beri að vísa kvörtun eða ábendingu þar um til þar til bærst stjórnvalds. Í auglýsingum kæranda séu bornir saman reikningar viðskiptavina Símans hf. við reikninga sömu einstaklinga í viðskiptum við kæranda. Annars vegar sé borinn saman heildarkostnaður þjónustunnar og hins vegar kostnaður við hvern lið hennar, þ.e. farsíma, Internet og fastlínu. Samanburðurinn taki bæði til mánaðargjalda sem og kostnaðar fyrir notkun. Í lögum nr. 57/2005 séu samburðarauglýsingum settar miklar skorður eins og báðum aðilum málsins megi vera full ljóst, m.a. vegna fjölda mála sem áður hafi verið til meðferðar hjá Neytendastofu. Skorður laganna við slíkum auglýsingum eru síðan nánar raktar í ákvörðuninni.
25. Í ákvörðuninni er næst vísað til þess að í ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009) hafi m.a. verið fjallað um almennar fullyrðingar kæranda um sparnað flytji neytendur viðskipti sín í áskriftarleiðina Vodafone Gull. Um það segi í ákvörðuninni: „Eðli málsins samkvæmt er mánaðarlegur kostnaður neytenda fyrir símtöl, og jafnvel Internet, mjög breytilegur enda veltur hann á notkun hvers og eins á hverjum mánuði. Þó hægt sé að bera saman föst gjöld er ekki hægt að bera saman heildarfjárhæð reikninga og því er ekki hægt að fullyrða að almennur sparnaður fái af því að vera í áskrift Vodafone Gull.“ Af þessu sé ljóst að Neytendastofa hafi þegar tekið afstöðu til þess að stofnunin telji samburð á heildarfjárhæð reikninga fyrir þjónustu sem sé breytileg milli mánaða eftir notkun ekki tækan. Þegar af þeirri ástæðu séu vef- og dagblaðaauglýsingar kæranda villandi gagnvart neytendum og ósanngjarnar gagnvart Símanum hf. þar sem ekki sé um raunsannan verðsamburð að ræða. Auglýsingarnar brjóti því gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005.
26. Í ákvörðuninni segir næst að í erindi Símans hf. sé m.a. kvartað yfir því að upplýsingar skorti í auglýsingar kæranda. Þannig sé í auglýsingu sem birtist í Fréttablaðinu þann 27. nóvember 2009



fullyrt að með Ofurheimasímanum greiði viðskiptavinir kæranda ekki fyrir símtöl í farsíma eða heimasíma innanlands og erlendis án þess að greint sé frá því að slík notkun sé háð hámarki. Í ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009) hafi verið fjallað um sömu tilvísun kæranda. Um það segi í ákvörðuninni: „Að mati Neytendastofu geta skilyrði áskriftarinnar haft áhrif á ákvörðun neytenda um að eiga viðskipti við Vodafone. Í auglýsingum kom ekki fram að fast mánaðargjald væri háð hámarksnotkun, þó því hafi verið breytt við meðferð málsins. Að mati Neytendastofu hefur hinn almenni neytandi ekki getað gert sér grein fyrir því miðað við þær forsendur sem fram koma í auglýsingunum um að mánaðargjaldið væri háð hámarksnotkun. Í blaða- og sjónvarpsauglýsingum var verð ofurheimasíma stjórnumerkt þar sem skilyrði koma fram án þess að greint hafi verið frá því að verðið sé háð hámarksnotkun. Að mati Neytendastofu er um að ræða upplýsingar sem beri að geta í auglýsingum. Þar sem ekki var greint frá þeim í hinum upphaflegu auglýsingum eru þær blekkjandi og til þess fallnar að hafa veruleg áhrif á fjárhagslega hagsmuni neytenda. [...] Vodafone hefur því brotið gegn ákvæðum 5. gr., 1. mgr. 8. gr., d. lið 1. mgr. 9. gr., 2. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 10. laga nr. 57/2005 með því að tilgreina ekki skilyrði fasts mánaðargjalds í auglýsingum sínum fyrir áskriftarleiðina Vodafone Gull. Þar sem endanlegt verð er háð hverjum og einum notanda er að mati Neytendastofu ekki um að ræða brot gegn f. lið 1. mgr. 10. gr. laganna.“

27. Þá segi í ákvörðunarorðum umræddrar ákvörðunar: „Og fjarskipti ehf. [...] hefur, með því að tilgreina ekki í auglýsingum sínum að fast mánaðargjald heimasíma í áskriftarleiðinni Vodafone Gull sé háð skilyrðum, brotið gegn ákvæðum 5. gr., 1. mgr. 8. gr., d. lið 1. mgr. 9. gr., 2. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 10. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.“ Með birtingu fullyrðingar í dagblaðaauglýsingum um að með Ofurheimasíma væri ekki greitt fyrir símtöl í farsíma eða heimasíma innanlands og erlendis án þess að fram kæmu skilyrði þeirrar notkunar hefði kærandi því brotið gegn framangreindri ákvörðun Neytendastofu.
28. Í ákvörðuninni segir næst að í erindi Símans hf. sé einnig kvartað yfir því að ekki komi fram upplýsingar um að verð áskriftarþjónustunnar Vodafone Gull sé háð því skilyrði að viðkomandi sé með farsíma, Internet og fastlínu hjá kæranda. Samkvæmt d-lið 1. mgr. 9. gr. séu viðskiptahættir villandi ef veittar séu rangar eða villandi upplýsingar um verð vöru eða hvort um sértíloboð sé að ræða sem háð sé skilyrðum. Þá teljist viðskiptahættir einnig villandi skv. 2. mgr. 9. gr. ef ekki sé greint frá þeim upplýsingum. Ljóst sé í máli þessu að neytendum hafi með auglýsingunum ekki verið veittar upplýsingar um að hið auglýsta verð væri háð því skilyrði að neytendur væru með farsíma, Internet og fastlínu hjá kæranda. Vef- og dagblaðaauglýsingarnar brjóti því gegn 5. gr., 8. gr., d. lið 1. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005.
29. Í ákvörðuninni er næst vísað til þess að Síminn hf. kvarti einnig yfir því að þjónusta aðilanna sé ekki samanburðarhæf þar sem þjónusta kæranda sé háð því að viðskiptavinir séu skráðir í Vodafone Gull og þar með þurfi þeir að vera skráðir með farsíma, Internet og fastlínu. Þjónusta Símans hf. sé hins vegar ekki háð slíkum takmörkununum. Að mati Neytendastofu geti samanburður á þjónustu sem háð sé kaupum á annarri þjónustu, við þjónustu sem ekki sé háð sömu skilyrðum, verið villandi og ósamanburðarhæfur, eins og fjallað sé um í ákvörðun Neytendastofu 4. desember 2009 (33/2009). Í auglýsingunum sem birst hafi m.a. í Fréttablaðinu

27. og 28. nóvember 2009 séu bornir saman reikningar frá Símanum hf. og kæranda fyrir fastlínu- og Internetþjónustu. Af þeim reikningi kæranda sem fram komi í auglýsingunum sé ekki að sjá að viðkomandi sé einnig með farsímaþjónustu hjá kæranda eða hvort hann sé skráður í áskriftarþjónustuna Vodafone Gull. Efni auglýsinganna beri hins vegar með sér að tilgangur auglýsinganna sé að kynna þau sérkjör sem viðskiptavinir í áskriftarleiðinni Vodafone Gull njóti og því telji stofnunin að gera megi ráð fyrir því að viðskiptavinurinn sé í áskriftarleiðinni Vodafone Gull. Að mati Neytendastofu sé fastlínu- og Internetþjónusta Símans hf., sem ekki sé háð því skilyrði að viðskiptavinurinn kaupði einnig farsímaþjónustu af Símanum hf., ekki samanburðarhæf við fastlínu- og Internetþjónustu kæranda, sem háð sé því skilyrði að einnig sé keypt farsímaþjónusta af félaginu. Samanburðurinn í vef- og dagblaðaauglýsingum brjóti því gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a- og b-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005.
30. Í ákvörðun Neytendastofu segir næst að í erindi Símans hf. sé kvartað yfir því að borin sé saman notkun einstaklinga fyrir misjöfn tímabil. Auk þess sé ekki unnt að sjá á hvaða grundvelli samanburðurinn eigi sér stað eða hvaða þjónusta sé að baki reikningunum. Þá sé símnotkun einstaklinganna ólík og mismikil milli mánaða og ekkert í auglýsingunum gefi til kynna að hún sé sambærileg. Neytendastofa tekur fram samanburðarauglýsingar megi ekki vera villandi, sbr. a-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005. Til þess að samanburðarauglýsing teljist ekki villandi verði upplýsingar sem fram komi í henni að vera réttar og viðeigandi á þeim tíma sem auglýsingin sé sett fram. Af hálfu Símans hf. hafi verið á það bent að verðskrá félagsins hafi tekið miklum breytingum frá þeim tíma sem reikningar Símans hf. sem fram komu í auglýsingunum hafi verið gefnir út. Af hálfu kæranda hafi verið bent á að um raunverulega reikninga sé að ræða. Neytendastofa telji ljóst að verðupplýsingar sem fram komi í reikningunum í auglýsingum kæranda hafi verið réttar á þeim tíma sem reikningarnir hafi verið gefnir út. Hins vegar hafi ekki verið færðar sönnur á að þær verðupplýsingar hafi við birtingu auglýsinganna verið viðeigandi og réttar vegna breytinga á verðskrá og þjónustuliðum Símans hf.
31. Í ákvörðun Neytendastofu 4. desember 2009 (33/2009) hafi verið fjallað um samanburð á Netþjónustu án þess að fjallað sé um hvað felist í þjónustunni. Á bls. 8 í niðurstöðum ákvörðunarinnar segi m.a.: „Að mati Neytendastofu getur internetþjónusta Tals talist staðgönguvara internetþjónustu Símans þó þjónustuliðir séu ekki allir nákvæmlega sambærilegir. Í slíkum tilvikum verður þó, með vísan til 2. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005, að greina frá því ef þjónustan er ekki sambærileg. Við val neytenda á internettingum kemur auk verðs til álita hver hraði tengingarinnar er og hversu miklu gagnamagni áskrifandi getur halað niður. Sé ekki greint frá því að munur sé á þjónustu aðilanna er samanburðurinn villandi, til þess fallin að hafa áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda og þannig á eftirspurn þjónustunnar. Með vísan til alls framangreinds, er um að ræða brot gegn ákvæðum 5. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 þar sem ekki er greint frá því í samanburði Tals, að þjónustan sé ekki sambærileg.“
32. Samanburður verði að taka til vöru eða þjónustu sem sé samanburðarhæf, sbr. b-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005. Í auglýsingum kæranda, sem hafi m.a. birst í Fréttablaðinu 27. og 28. nóvember 2009 og á vefsíðu félagsins, megi sjá sundurliðun á notkun einstaklingsins hjá Símanum hf., en

slíka sundurliðun sé ekki að sjá á reikningum frá kæranda. Í báðum auglýsingum sé um sömu reikninga að ræða. Af reikningi Símanum hf. sé ljóst að hæsti kostnaðarliður vegna notkunar séu símtöl til útlanda með 1100. Kostnaður vegna þeirra símtala sé kr. 6.776,36 og kostnaður vegna annarra símtala til útlanda kr. 1.088,21. Viðkomandi hafi því fyrir þann tiltekna mánuð hringt símtöl til útlanda fyrir kr. 7.864,57. Samkvæmt upplýsingum um Vodafone Gull á vefsíðu kæranda geti viðskiptavinir í þjónustuleiðinni hringt símtöl til útlanda án þess að greiða sérstaklega fyrir hvert símtal fyrir að andvirði kr. 6.000. Kostnaður vegna þeirra símtala sé hluti af mánaðargjaldi. Hafi viðkomandi einstaklingur hringt til útlanda fyrir sömu fjárhæð hjá kæranda og hann gerði hjá Símanum hf. sé því ljóst að auk mánaðargjalds hefði hann greitt kr. 1.864,57 fyrir notkun. Þó beri að hafa í huga að misjafnar verðskrár félaganna geti gert það að verkum að ekki sé greitt sama verð fyrir jafn langt símtal hjá Símanum hf. annars vegar og kæranda hins vegar. Af þessu telji Neytendastofa ljóst að notkun á þeim reikningum sem bornir séu saman í auglýsingunum sé ekki hin sama og því sé fjárhæð þeirra ekki samanburðarhæf.

33. Með vísan til þess sem fram hafi komið hafi kærandi brotið gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr., a- og b-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 með birtingu auglýsinga þar sem bornir voru saman reikningar fyrir mismunandi tímabil án þess að sýnt hafi verið fram á að verð væri rétt á þeim tíma sem auglýsingarnar voru birtar, með því að greina ekki frá því hvort þjónustan væri nákvæmlega sambærileg og ef ekki í hverju mismunurinn væri falinn, auk þess sem félagið hefði brotið gegn framangreindum ákvæðum með því að bera saman ósamanburðarhæfa notkun. Í erindi Símanum hf. væri einnig kvartað yfir því að auglýsingar kæranda væru villandi og ósanngjarnar. Með vísan til alls framangreinds telji Neytendastofa auglýsingar kæranda villandi gagnvart neytendum og ósanngjarna gagnvart kæranda og því brjóti þær einnig gegn 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005.
34. Í ákvörðun Neytendastofu segir næst að í útvarpsauglýsingum kæranda sem kvörtun Símanum hf. snúi að sé með almennum hætti vísað til þess að tilteknir einstaklingar spari nákvæmar fjárhæðir við það að flytja viðskipti sín frá Símanum hf. til kæranda. Þrátt fyrir að í útvarpsauglýsingunum komi ekki fram sá samanburður sem fram komi í vef- og dagblaðaauglýsingum félagsins, og fjallað hafi verið um að framan, séu fullyrðingar í útvarpsauglýsingunum byggðar á sömu gögnum. Þeir einstaklingar sem sagðir séu spara háar fjárhæðir í útvarpsauglýsingunum séu hinir sömu og eigi þá reikninga sem bornir séu saman í vef- og dagblaðaauglýsingum kæranda. Með vísan til alls framangreinds sé það því mat Neytendastofu að útvarpsauglýsingar kæranda séu sama marki brenndar og vef- og dagblaðaauglýsingarnar. Þær séu því villandi gagnvart neytendum, feli í sér samanburð sem sé villandi og ekki gerður á sambærilegri þjónustu, og séu ósanngjarnar gagnvart Símanum hf. Útvarpsauglýsingarnar brjóti því gegn 5. gr., 2. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a- og b- lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005.
35. Í ákvörðun Neytendastofu segir loks að líkt og rakið hafi verið að framan hafi kærandi með birtingu dagblaðaauglýsinga, þar sem fullyrt hafi verið að ekki væri greitt fyrir símtöl í aðra heimasíma, innanlands sem utan, með Ofurheimasíma, án þess að greint væri frá því að hámark væri á þjónustunni, brotið gegn ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009). Neytendastofa telji því nauðsynlegt að nýta þær viðurlagaheimildir sem stofnuninni séu veittar í lögum nr.

57/2005. Auglýsingar kæranda með framangreindri fullyrðingu hafi birst sem heilsíðuauglýsing í Fréttablaðinu þann 27. nóvember 2009 og sem opnauglýsing í Fréttablaðinu þann 28. sama mánaðar. Samkvæmt verðskrá Fréttablaðsins sé kostnaður við birtingu auglýsinga af þeirri stærð og í þeim blaðahlutum sem auglýsingar kæranda birtust um kr. 1.300.000. Að teknu tilliti til þessa og þeirra stjórnvaldssekta sem stofnunin hafi beitt í sambærilegum málum telji Neytendastofa, með vísan til a-liðar 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005, rétt að leggja stjórnvaldssekt á kæranda sem nemi tvöföldum kostnaði við birtingu auglýsinganna. Kærandi skuli því greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 2.600.000 fyrir brot á ákvörðun stofnunarinnar.

36. Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar er svohljóðandi:

„Og fjarskipti ehf., Skútuvogi 2, Reykjavík, hafa með birtingu vef-, útvarps- og dagblaðaauglýsinga þar sem borin er saman heildarfjárhæð símreikninga viðskiptavina Vodafone annars vegar og Símans hins vegar brotið gegn ákvæðum 5. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.

Og fjarskipti ehf., hafa með birtingu vef-, útvarps- og dagblaðaauglýsinga þar sem ekki kemur fram að auglýst verð séu háð því skilyrði að viðskiptavinir séu skráðir í farsíma-, fastlínu- og Internetþjónustu hjá Vodafone, brotið gegn ákvæðum 5. gr., 1. mgr. 8. gr., d. lið 1. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.

Og fjarskipti ehf., hafa með samanburði á þjónustu Vodafone sem háð er því skilyrði að viðskiptavinur sé skráður í farsíma-, fastlínu- og Internetþjónustu hjá Vodafone við þjónustu Símans sem ekki háð sömu skilyrðum, brotið gegn ákvæðum 5. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a. og b. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.

Og fjarskipti ehf., hafa brotið gegn ákvæðum 5. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a. og b. lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, með birtingu vef-, útvarps- og dagblaðaauglýsinga þar sem: bornir eru saman reikningar fyrir mismunandi tímabil án þess að sýnt hafi verið fram á að verð séu rétt á þeim tíma sem auglýsingarnar voru birtar, ekki er greint frá því hvort þjónustan sé nákvæmlega sambærileg og ef ekki í hverju mismunurinn er falinn, og borin er saman ósamanburðarhæf notkun.

Og fjarskipti ehf., hafa með birtingu vef-, útvarps- og dagblaðaauglýsinga sem eru villandi og ósanngjarnar gagnvart þeim keppinauti sem auglýsingarnar beinast gegn, brotið gegn ákvæði 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.

Og fjarskipti ehf., hafa með birtingu fullyrðingar um að með Ofurheimasíma sé ekki greitt fyrir símtöl í farsíma eða heimasíma innanlands og erlendis án þess að fram komi skilyrði þeirrar notkunar, brotið gegn ákvörðun Neytendastofu nr. 7/2009.

Með vísan til 2. gr. 21. gr. b. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, er Og fjarskiptum ehf. bönnuð birting auglýsinganna. Bannið tekur gildi við birtingu ákvörðunarinnar. Skal félagið jafnframt fjarlægja umræddar auglýsingar af vefsíðu félagsins.

Með heimild í a. lið 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, leggur Neytendastofa stjórnvaldssekt á Og fjarskipti ehf. að fjárhæð kr. 2.600.000- (tværmilljónirogsexhundruðþúsundkrónur). Sektina skal greiða í ríkissjóð eigi síðar en þremur mánuðum frá dagsetningu ákvörðunar þessarar.“

## **RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR ANNARRA**

37. Í kæru, dags. 16. september 2010, er tekið fram að kærandi telji hina kærðu ákvörðun skorta lagastoð og því vera ógilda ex officio. Telji áfrýjunarnefndin engu að síður að lagastoð sé fyrir hendi telji kærandi rökstuðningi og rannsókn Neytendastofu verulega ábótavant, auk þess sem stofnunin hafi ekki gætt að meðalhófi við töku ákvörðunarinnar. Hér sé um að ræða verulega ágalla á hinni kærðu ákvörðun sem valdi ógildi hennar.
38. Í kærinni er fyrst vikið að reglum stjórnarsýsluréttar. Lögmætisreglan sé grundvallarregla í íslenski stjórnskipan og í henni felist að það sé löggjafinn sem hafi vald til að mæla fyrir um það í lögum, innan þeirra marka sem stjórnarskrá heimili, að hvaða leyti og með hvaða hætti stjórnvöldum sé heimilt að íþyngja almenningi með ákvörðunum sínum og athöfnum. Kærandi telji hina kærðu ákvörðun, sem verði að teljast íþyngjandi, ekki styðjast við fullnægjandi lagastoð eins og nánar verði vikið að síðar. Þá telji kærandi rökstuðningi hinnar kærðu ákvörðunar verulega áfátt. Víkur kærandi í þeim efnunum fyrst nokkuð að tilgangi rökstuðnings og hvað í honum þurfi að felast, en stjórnvöld eigi að taka allar málsástæður sem aðilar færi fram, og geti haft þýðingu fyrir málið, til rökstuddrar úrlausnar. Kærandi telji skorta á að Neytendastofa hafi með tilhlýðilegum hætti tekið tillit til sjónarmiða kæranda um að tilefni auglýsinga hans hafi verið áskorun í auglýsingum Símans hf. til neytenda um að gera raunverulegan samanburð á verði. Þrátt fyrir að Neytendastofa hafi fjallað um þessar auglýsingar Símans hf. í sérstöku máli hafi stofnuninni borið að taka til sérstakrar skoðunar og rökstuðnings hvort umræddar auglýsingar, sem stofnunin hafi fallist á að væru ólögmætar, hefðu gefið tilefni til tiltekinna viðbragða af hálfu keppinauta. Að mati kæranda hafi verið fullt tilefni til að taka afstöðu til þessara sjónarmiða kæranda enda hafi stofnunin m.a. komist að þeirri niðurstöðu að auglýsingar kæranda væru ósanngjarnar gagnvart Símanum hf.
39. Í kærinni er næst vísað til efnis 12. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Í þessari mikilvægu reglu felist að stjórnvaldi beri að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra sem ákvörðun beinist gegn og velja það úrræði sem vægast sé, þar sem vöð sé fleiri úrræða sem þjónað geti því markmiði sem að sé stefnt. Meðalhófsreglan komi ávallt til skoðunar þar sem efni ákvörðunar sé að einhverju leyti komið undir mati stjórnvalds. Kærandi telji að Neytendastofa hafi í engu virt meðalhófsreglu stjórnarsýsluréttarins við meðferð málsins. Þar vegi einna þyngst sú ákvörðun stofnunarinnar að sleppa með öllu mati á því hvort útvarpsauglýsingar Símans hf. gæfu tilefni til viðbragða af hálfu kæranda þrátt fyrir að Neytendastofa hefði með ákvörðun Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2010)

komist að þeirri niðurstöðu að auglýsingarnar brytu gegn ákvæðum laga nr. 57/2005. Þessi vanræksla leiði að mati kæranda til þess að óhjákvæmilegt sé að ógilda hina kærðu ákvörðun. Ljóst sé að efni ákvörðunarinnar sé að verulegu leyti komið undir mati stjórnvalds, en allt að einu hafi Neytendastofa ekki tekið tillit til hagsmuna og réttinda kæranda. Hér sé um að ræða verulegan ágalla á ákvörðuninni. Við þetta megi bæta að meðalhófsreglan teljist til grundvallarreglna EES-réttarins, en ákvæðum laga nr. 57/2005 sé ætlað að innleiða EES-gerðir í íslenskan rétt. Neytendastofu beri því einnig skylda til að gæta meðalhófs að EES-rétti.

40. Í kærinni er næst nánar vikið að hinni kærðu ákvörðun. Þar er rökstuðningur stofnunarinnar að nokkru leyti rakinn, sem lýst var í 25., 29. og 33. mgr. að framan, m.a. tilvísanir Neytendastofu til fyrri ákvarðana. Kærandi telji að umræddar niðurstöður Neytendastofu skorti viðhlítandi lagastoð og að rökstuðningi sé verulega ábótavant. Beri þar helst að telja að tilvísun Neytendastofu til fyrri ákvarðana feli ekki í sér fullnægjandi rökstuðning fyrir meintu broti kæranda gegn tilvitnuðum ákvæðum laga nr. 57/2005 í þessu máli. Þær auglýsingar sem til umfjöllunar séu í hinni kærðu ákvörðun feli hvorki í sér fullyrðingar um almennan sparnað né felist í þeim samanburður á mismunandi þjónustu. Í þeim sé eingöngu vísað til þess að tilteknir aðilar hafi sparað tilteknar fjárhæðir með því að færa viðskipti sín til kæranda og vísað til raunverulegra dæma, þ.e. útgefina reikninga, því til staðfestu. Hér sé því um að ræða auglýsingar sem séu frábrugðnar þeim sem voru til umfjöllunar í tilvitnuðum ákvörðunum Neytendastofu. Þegar af þeirri ástæðu verði að gera kröfu um að Neytendastofa framkvæmi sjálfstætt mat á efni auglýsinganna og rökstyðji með fullnægjandi hætti að hvaða leyti þær brjóti í bága við ákvæði laga nr. 57/2005.
41. Kærandi rekur næst efni 15. gr. laga nr. 57/2005, sem fjallar um samanburðarauglýsingar. Að mati kæranda eigi túlkun Neytendastofu á skilyrðum samanburðar samkvæmt ákvæðinu, sem birtist í hinni kærðu ákvörðun, hvorki stoð í ákvæðinu sjálfu samkvæmt orðanna hljóðan né lögskýringargögnum. Hafa beri í huga að ákvæðum laga nr. 57/2005 sé m.a. ætlað að innleiða EES-gerðir á sviði neytendamála, svo sem tilskipun 2005/29/EB. Í 3. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993 sé kveðið á um að skýra beri lög og reglur eftir því sem við eigi til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Það felist einnig í 6. gr. EES-samningsins sem og 2. mgr. 3. gr. samningsins um eftirlitsstofnun og dómstól að taka beri mið af dómafordæmum EB-dómstólsins þegar um sé að ræða ákvæði Rómarsamningsins sem séu efnislega samhljóða ákvæðum EES-reglna. Í 3. gr. EES-samningsins sé kveðið á um að samningsaðilar skuli gera allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningnum leiði. Í þessu felist að stjórnvöldum beri ávallt að hafa í huga skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum við beitingu innlendra réttarheimilda. Þessi skylda komi sérstaklega til skoðunar þegar um sé að ræða ákvæði sem sett séu í lög til innleiðingar skuldbindinga að EES-rétti.
42. Kærandi vísar til þess, að því er varðar mat á því hvort auglýsingarnar teljist villandi, að í lögum nr. 57/2005 sé ekki að finna skilgreiningu á villandi viðskiptaháttum. Beri því að líta til ákvæða tilskipunar 2005/29/EB enda feli hún í sér allsherjarsamræmingu líkt og vísað sé til í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 50/2008 um breytingu á lögum nr. 57/2005. Í 6. gr. tilskipunarinnar sé að finna ákvæði um villandi viðskiptahætti. Samkvæmt ákvæðinu skuli

viðskiptahættir teljast villandi ef þeir feli í sér rangar upplýsingar og séu því ótrúverðugir eða ef þeir blekkja, eða eru líklegir til að blekkja, meðalneytandann í tengslum við tiltekna eiginleika vöru og réttindi neytanda, líkt og nánar sé útlistað í ákvæðinu. Að mati kæranda sé fráleitt að telja að auglýsingar hans hafi verið settar fram með þeim hætti að þær feli í sér blekkingar eða séu líklegar til að blekkja meðalneytanda á fjarskiptamarkaði. Í umræddum auglýsingum sé athygli neytenda einfaldlega vakin á því að tilteknir aðilar hafi lækkað kostnað vegna fjarskiptaþjónustu með því að skipta um þjónustuaðila og neytendur hvattir til að kynna sér málin nánar. Að auki hafi verið tilvísanir til viðeigandi skilyrða varðandi þjónustu kæranda í auglýsingunum.

43. Hvað varði mat Neytendastofu á skilyrðum samanburðarhæfrar þjónustu telji kærandi að hin þrönga túlkun stofnunarinnar á b-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 samrýmist ekki orðalagi ákvæðisins, né heldur tilgangi og markmiðum laganna og þeirra EES-gerða sem lögnum sé ætlað að innleiða. Kærandi vísi í því sambandi til þess að í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 50/2008 sé vísað til athugasemda með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000, þar sem tiltekið hafi verið að samanburðarauglýsingar geti örvað samkeppni á milli þeirra sem bjóði vöru og þjónustu þannig að neytandinn njóti góðs af. Túlkun Neytendastofu á framangreindu ákvæði leiði hins vegar til þess að samanburðarauglýsingar milli fjarskiptafyrirtækja séu nánast útilokaðar, enda séu skilmálar og þjónustuleiðir fjarskiptafyrirtækja mismunandi og fjarskiptanotkun áskrifenda taki breytingum frá mánuði til mánaðar. Allt að einu fallist kærandi ekki á að umræddar auglýsingar feli í sér samanburð á mismunandi þjónustu. Að mati kæranda hafi Neytendastofu borið að leggja mat á hvort auglýsingar kæranda fullnægðu skilyrðum c-liðar 2. mgr. 15. gr. um áþreifanlega, viðeigandi, sannreynanlega og dæmigerðra eiginleika, enda hafi birting reikninga sem voru áþreifanlegir, viðeigandi, sannreynanlegir og dæmigerðir uppfyllt þau skilyrði. Í hinni kærðu ákvörðun sé hins vegar ekki að finna neitt slíkt mat og skorti því verulega á fullnægjandi rökstuðning hvað það varði.
44. Í kæru er næst vísað til þess að í hinni kærðu ákvörðun komist Neytendastofa að þeirri niðurstöðu að auglýsingar kæranda hafi verið ósanngjarnar gagnvart Símanum hf. með vísan til 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Líkt og áður segi hafi Neytendastofa hafnað því að taka til greina röksemdir kæranda um að þær auglýsingar sem voru til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun hafi fyrst og fremst verið birtar sem varnarviðbrögð kæranda við auglýsingum Símans hf. Í ákvörðun Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2010) komi fram að Síminn hf. hafi birt auglýsingar þar sem gefið hafi verið til kynna að Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) hefði „reiknað út dæmi um GSM kostnað“ og að „samkvæmt útreikningum PFS“ væri ódýrast að vera með GSM áskrift hjá Símanum í lok nóvember 2009. Neytendastofa hafi komist að þeirri niðurstöðu að umræddar auglýsingar Símans hf. hefðu brotið í bága við 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a-lið 15. gr. laga nr. 57/2005. Líkt og fram komi í ákvörðuninni hafi Neytendastofa hafnað flýtimeðferð í málinu og ákvörðun stofnunarinnar fyrst verið birt í maí 2010.
45. Umræddar auglýsingar Símans hf. hafi haft veruleg áhrif á viðskiptahagsmuni kæranda enda hafi þar verið vísað til þess, að ósekju, að opinber stofnun hefði komist að þeirri niðurstöðu að tiltekin fjarskiptaþjónusta Símans hf. væri sú ódýrasta á markaði. Í raun hafi verið um sérstaklega

alvarlegt brot af hálfu Símans hf. að ræða þar sem fyrirtækið hafi freistað þess að nýta sér í auglýsingaskyni bráðabirgðaniðurstöður reiknivélar PFS sem þá hafi enn verið í smíðum. Þar sem Neytendastofa hafi hafnað íhlutun í málinu hafi kærandi brugðið á það ráð að birta auglýsingar þar sem neytendur voru hvattir til að gera raunverulegan samanburð á kostnaði vegna fjarskiptaþjónustu, þ.e. til að bera saman reikninga kæranda og Símans hf. Óumdeilt sé að reikningar þeir sem kærandi birti og voru útgefnir af Símanum hf. hafi verið raunverulegir og réttir. Að mati kæranda sé það sérstaklega ámælisvert að Neytendastofa hafi virt að vettugi þau sjónarmið kæranda að líta bæri til birtingar hinnar umdeildu auglýsinga Símans hf. við mat á því hvort auglýsingar kæranda brytu í bága við 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Að sama skapi leiði skortur á slíku mati til þess að rökstuðningi Neytendastofu fyrir hinni kærðu ákvörðun sé svo verulega ábótavant að það varði ógildi hennar að stjórnarsýslulögum.

46. Kærandi geti ekki fallist á þá túlkun Neytendastofu að í umræddum auglýsingum hafi falist samanburður á þjónustu kæranda annars vegar og Símans hf. hins vegar þannig að kæranda hafi borið að geta allra mismunandi skilmála og skilyrða þjónustunnar og vekja athygli á mismunandi fjarskiptanotkun. Í auglýsingunum hafi eins og áður segir einvörðungu falist áskorun til neytenda um að gera raunverulegan samanburð á kostnaði vegna fjarskiptaþjónustu, ásamt fyrirheitum um að kærandi myndi aðstoða neytendur við að ná fram lækkun á slíkum kostnaði. Þannig hafi hvorki Síminn hf. né Neytendastofa gert að því skóna að kærandi hafi ekki staðið við þau fyrirheit líkt og áskilið sé samkvæmt ákvæðum laga nr. 57/2005. Kærandi telji það felast í tilgangi og markmiðum laga nr. 57/2005, sbr. tilskipun nr. 2005/29/EB, að lögunum sé ætlað að stuðla að bættri neytendavernd og örva samkeppni á markaði. Þrátt fyrir að lögin feli einnig í sér ákvæði sem ætlað sé að vernda keppinauta fyrir óréttmætum viðskiptaháttum beri ávallt að hafa meginmarkmið þeirra í huga. Við mat á því hvort um óréttmæta viðskiptahætti gagnvart keppinauti sé að ræða verði að leggja heildstætt mat á framferði beggja á markaði enda alþekkt að auglýsing eins aðila á markaði kalli á viðbrögð annarra.
47. Allt að einu geti kærandi ekki fallist á að túlka beri 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 á þá lund að hún útiloki að birtir séu raunverulegir og staðreynanlegir reikningar keppinauta í auglýsingu. Kærandi leggi enn og aftur áherslu á að með umræddum auglýsingum hafi kærandi ekki verið að freista þess að bera saman þjónustu Símans hf. og kæranda heldur einvörðungu að hvetja neytendur til þess að gera samanburð á verði fyrir þessa þjónustu, með vísan til þess að tilteknir einstaklingar hefðu náð fram tilteknum sparnaði. Auglýsingar kæranda undir heitinu „reiknaðu með raunverulegum dæmum“ hafi þannig kallast á við auglýsingar Símans þar sem staðhæft hafi verið að PFS hafi „reiknað“ að farsímaþjónusta Símans hf. væri sú ódýrasta hér á landi. Þá veki það furðu að í ákvörðun Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2010) hafi stofnunin talið að ekki væri um brot gegn 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 að ræða, þrátt fyrir að skírskotun til meintrar niðurstöðu PFS kunni vissulega að vera ósanngjörn gagnvart keppinautum, enda hafi komið á daginn að hún hafi verið óviðkomandi málinu. Kærandi telji þannig verulega skorta á að gætt sé jafnræðis að þessu leyti af hálfu Neytendastofu.
48. Í kærðu er næst tekið fram að í hinni kærðu ákvörðun vísi Neytendastofa til þess að birting kæranda á dagblaðaauglýsingu um svokallaðan Ofurheimasíma feli í sér brot gegn ákvörðun Neytendastofu



6. apríl 2009 (7/2009). Kærandi hafi þegar með bréfi sínu til Neytendastofu þann 7. desember 2009 fallist á að birting auglýsingar þann 27. nóvember 2009, þar sem fallið hafði niður tilvísun í skilmála þjónustuleiðarinnar, hafi verið óheppileg og jafnframt lýst því strax yfir að birtingu þeirrar auglýsingar hefði verið hætt. Kærandi geti hins vegar ekki fallist á að auglýsing sú er birtist hinn 28. nóvember hafi falið í sér auglýsingu á þeirri þjónustuleið þannig að kæranda hafi borið að geta þeirra skilmála sérstaklega. Allt að einu telji kærandi að ákvörðun Neytendastofu um viðurlög skorti viðhlítandi rökstuðning auk þess sem ekki sé gætt meðalhófs. Einungis sé vísað til þess að samkvæmt upplýsingum stofnunarinnar sé birtingarverð auglýsinganna tiltekin fjárhæð. Ekki hafi verið kallað eftir upplýsingum frá kæranda um þetta atriði og ekki sé að finna neina frekari tilvísun í t.d. verðskrá sem styðji þessa fullyrðingu stofnunarinnar. Þá telji kærandi að ekki sé gætt meðalhófs við beitingu viðurlaganna enda hafi kærandi, líkt og áður segir, þegar fallist á að hætta birtingu hinnar umdeildu auglýsingar, sem einungis hafi verið birt einu sinni. Með tilliti til þessa og að virtum ákvörðunum Neytendastofu í sambærilegum málum telji kærandi skorta verulega á að gætt hafi verið jafnræðis og meðalhófs.

49. Í samantekt í kæru segir loks að með vísan til framangreinds sé það krafa kæranda að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara sé þess krafist að fjárhæð viðurlaga verði stórlega lækkuð. Kærandi telji að Neytendastofa hafi ekki sýnt fram á að hin kærða ákvörðun njóti viðhlítandi lagastoðar. Þá sé það og mat kæranda að rannsókn og rökstuðningi ákvörðunarinnar sé verulega ábótavant og að ekki hafi verið gætt jafnræðis og meðalhófs við töku hennar. Í kæru er jafnframt gerð krafa um að málið verði flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni, enda verði málið að hans mati kæranda ekki reifað með fullnægjandi hætti fyrir nefndinni nema til komi munnlegur málflutningur.
50. Með bréfi, dags. 22. september 2010, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 6. október 2010, þar sem þess er krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Þar er því hafnað að brotið hafi verið gegn þeim reglum stjórnslunnar sem kærandi vísi til. Af kærinni virðist sem helsta ástæða þess að kærandi telji að fella skuli ákvörðunina úr gildi sé að Neytendastofa hafi ekki tekið tillit til þess hver ástæða birtingar auglýsinganna hafi verið. Neytendastofa bendi á að í upphafi þriðja kafla í niðurstöðum hinnar kærðu ákvörðunar komi með mjög skýrum hætti fram afstaða stofnunarinnar til þess að fyrirtæki verði ávallt að fylgja ákvæðum laga og reglna í auglýsingum sínum óháð því hvernig keppinautar hagi sér. Stofnunin geri ekki athugasemdir við að fyrirtæki birti auglýsingar sem beint sé gegn keppinautum eða að fyrirtæki svari auglýsingum keppinauta en slíkt verði þó ávallt að gera með þeim hætti að ákvæði laga nr. 57/2005 séu virt. Stofnunin fallist ekki á að fyrirtæki geti farið á svig við þær reglur sem þar séu settar þótt auglýsingum sé ætlað að svara auglýsingum keppinauta.
51. Vegna þeirra ummæla í kæru, að Neytendastofa hafi hafnað íhlutun vegna kvörtunar kæranda yfir áðurnefndum auglýsingum Símans hf. þar sem kæranda hafi verið neitað um flýtimeðferð málsins, vilji stofnunin koma því á framfæri og leggi ríka áherslu á, að rangt sé að stofnunin hafi hafnað íhlutun í málinu. Kæranda hafi verið gerð grein fyrir því að vegna mikils fjölda fyrirliggjandi mála hjá stofnuninni gæti hún ekki orðið við þeirri beiðni að veita málinu flýtimeðferð. Í því felist ekki

að íhlutun eða afskiptum af málinu sé hafnað. Stofnunin telji það ekki hafa áhrif á mál þetta en vilji þó vegna athugasemda kæranda benda á að í bréfi hennar til Símans hf., dags. 11. mars 2010, vegna kvartana kæranda og Nova yfir þeim auglýsingum sem kærandi vísi til, hafi þeim tilmælum verið beint til Símans hf. að láta af birtingu auglýsinganna meðan á meðferð málsins stæði. Stofnunin hafi ekki heimildir til að taka bráðabirgðaákvörðanir og hafi því ekki getað bannað birtingu auglýsinganna áður en ákvörðun lægi fyrir í málinu.

52. Neytendastofa tekur næst fram að kærandi geri athugasemdir við að röksemdir í hinni kærðu ákvörðun byggji m.a. á tilvísunum til eldri ákvarðana Neytendastofu. Þrátt fyrir að ekki sé um að ræða sömu fullyrðingar í auglýsingunum í þeim ákvörðunum, og auglýsingunum sem hin kærða ákvörðun lúti að, sé um að ræða sömu sjónarmið. Í hinni kærðu ákvörðun sé vísað til ákvörðunar Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009) vegna umfjöllunar um að samhliða kynningu á Ofurheimasíma skuli koma fram að notkunin sé háð skilyrðum um hámarksnotkun án þess að greiða þurfi fyrir hvert símtal. Af hálfu kæranda hafi þeirri tilvísun ekki verið hafnað og því verði ekki nánar fjallað um það. Í hinni kærðu ákvörðun sé einnig vísað til sömu ákvörðunar þar sem þar komi fram að stofnunin telji ekki hægt að bera saman heildarfjárhæð reikninga þótt bera megi saman föst gjöld. Í þeim auglýsingum kæranda sem hin kærða ákvörðun laut að hafi kærandi birt reikning einstaklings sem hann fékk hjá Símanum hf. og borið saman við reikning sem sami einstaklingur fékk nokkrum mánuðum síðar hjá kæranda. Tilgangur auglýsinganna hafi verið að vekja athygli á því hversu mikið einstaklingurinn sparaði við að flytja viðskipti sín frá Símanum hf. til kæranda og því hafi í auglýsingunni verið borin saman heildarfjárhæð reikninganna, sem stofnunin hafi áður fjallað um að ekki væri hægt með þjónustu aðilanna, enda væri hún háð svo miklum breytum. Að mati Neytendastofu hafi ekki áhrif á gildi þeirrar umfjöllunar í ákvörðun hennar 6. apríl 2009 (7/2009) að um hafi verið að ræða almenna fullyrðingu kæranda um sparnað.
53. Í hinni kærðu ákvörðun sé einnig vísað til ákvörðunar Neytendastofu 4. desember 2009 (33/2009). Sú ákvörðun hafi ekki beinst gegn kæranda en þar hafi m.a. verið fjallað um samanburð á fjarskiptaþjónustu. Annars vegar hafi verið um að ræða þjónustu sem háð var því skilyrði að einstaklingar keyptu farsíma-, Internet- og fastlínuþjónustu hjá sama fjarskiptafyrirtæki og hins vegar þjónustu sem ekki hafi verið háð slíku skilyrði. Auk þess hafi í þeirri ákvörðun verið fjallað um samanburð á Internetþjónustu sem ekki var að fullu sambærileg, þar sem t.d. hafi verið munur á hraða nettengingarinnar og hámarki erlends niðurhals. Í hinni kærðu ákvörðun hafi bæði framangreind álitafni komið til umfjöllunar vegna auglýsinga kæranda og Neytendastofa geti ekki fallist á að tilvísun til ákvörðunarinnar eigi ekki við. Um hafi verið að ræða sambærilega viðskiptahætti kæranda í hinni kærðu ákvörðun og Tals í hinni eldri ákvörðun og sömu sjónarmið því látin gilda í báðum málum, m.a. vegna jafnræðisreglu. Þá skuli einnig á það bent, vegna athugasemda kæranda, að í hinni kærðu ákvörðun sé vísað til áðurnefndra eldri ákvarðana og um það fjallað með hvaða hætti þær eigi við í málinu. Með því hafi Neytendastofa lagt sjálfstætt mat á efni auglýsinganna en til stuðnings því mati og að virtri jafnræðisreglu sé vísað til eldri ákvarðana.
54. Neytendastofa tekur næst fram að í kæru sé fjallað um túlkun stofnunarinnar á 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 og að kærandi virðist telja þá túlkun sem stofnunin leggi til grundvallar ekki samræmast þeim tilskipunum sem innleiddar hafi verið í lög nr. 57/2005. Í því sambandi vilji

Neytendastofa í fyrsta lagi benda á að ákvæði 15. gr. a sé að finna í tilskipun 97/55/EB, um breytingu á tilskipun 84/450/EB varðandi villandi auglýsingar þannig að hún taki einnig til samanburðarauglýsinga, en ekki í tilskipun 2005/29/EB um órættmæta viðskiptahætti gagnvart neytendum á innri markaðnum, eins og fram komi í kærinni. Hvað varði a-lið 2. mgr. 15. gr. sé fjallað um það í kæru að í lögnum sé ekki að finna skilgreiningu á villandi viðskiptaháttum en kærandi telji að við mat á þeim skuli líta til 6. gr. tilskipunar 2005/29/EB. Neytendastofa bendi á að ákvæði 6. gr. tilskipunarinnar hafi verið innleitt í lög nr. 57/2005 sem ákvæði 9. gr. Eins og fram komi að framan hafi ákvæði núgildandi 15. gr. laganna verið í gildi áður en lög nr. 50/2008 tóku gildi, en þau feli í sér innleiðingu á tilskipun 2005/29/EB.

55. Neytendastofa fallist á það með kæranda að þau sjónarmið sem fram komi í 9. gr. laganna geti haft áhrif við mat á því hvort um villandi samanburð sé að ræða samkvæmt a-lið 2. mgr. 15. gr. Hins vegar verði þar að koma til álita önnur og fleiri sjónarmið, enda sé ákvæði 9. gr. að finna í þeim kafla laganna sem fjalli um vernd fjárhagslegra hagsmuna neytenda, en ákvæði 15. gr. sé í þeim kafla laganna sem fjalli um háttsemi milli fyrirtækja. Við mat á því hvort samanburðarauglýsingar teljist villandi komi því einnig til álita t.d. hvort samanburðurinn taki til vöru eða þjónustu sem fullnægi sömu þörfum eða sé ætluð til sömu nota, sbr. b-lið 2. mgr. 15. gr. Neytendastofa hafni þeirri skoðun kæranda að túlkun stofnunnarinnar á b-lið 2. mgr. 15. gr. sé þröng og samrýmist hvorki orðalagi ákvæðisins né tilgangi þess, markmiðum laganna og þeirra EES-gerða sem lögnum sé ætlað að innleiða. Í kæru séu ennfremur gerðar athugasemdir við niðurstöðu ákvörðunarinnar og rökstuðning vegna c-liðar 2. mgr. 15. gr. Að mati Neytendastofu hafi auglýsingar kæranda ekki brotið gegn c-lið 2. mgr. 15. gr. og því gefi augaleið að stofnunin hafi talið samanburðinn gerðan á áþreifanlegum, viðeigandi, sannanreynanlegum og dæmigerðum eiginleika þjónustunnar. Stofnunin vísi því þeim athugasemdum kæranda á bug.
56. Neytendastofa tekur næst fram að í kæru segi að kærandi geti ekki fallist á þá túlkun Neytendastofu að í umræddum auglýsingum hafi falist samanburður á þjónustu kæranda og Símans hf. þannig að kæranda hafi borið að geta allra mismunandi skilmála og skilyrða þjónustunnar og vekja athygli á mismunandi fjarskiptanotkun. Neytendastofa vilji í fyrstu nefna að í hinni kærðu ákvörðun sé um það fjallað að ekki komi fram hvort sú Internetþjónusta sem borin sé saman sé samanburðarhæf. Í gögnum málsins hafi ekki heldur verið færð rök fyrir því af hálfu kæranda. Raunin sé sú að þeir aðilar á markaði sem bjóði neytendum Internetþjónustu setji upp nokkrar mismunandi þjónustuleiðir, þar sem t.d. hraði og hámark erlends gagnamagns sé misjafnt sem leiði til mismunar í verði. Þegar bornar séu saman slíkar þjónustuleiðir milli keppinauta og verð á þeim þurfi, m.a. að teknu tillit til b-liðar 2. mgr. 15. gr., að gæta þess að þjónustan sé sú sama. Ef þjónusta aðilanna sé ekki nákvæmlega eins verði að mati Neytendastofu við samanburð að geta þess hverju muni.
57. Vegna mismunandi fjarskiptanotkunar telji Neytendastofa það grundvallaratriði við verðsamanburð á þjónustu sem háð sé jafn miklum breytum og kostnaður við símtöl, að þess sé getið hver notkun sé. Eins og rakið hafi verið telji stofnunin símreikninga í heild sinni ekki hæfa til samanburðar enda skipti þar miklu máli hversu mörg símtöl notandinn hringi, hversu löng þau séu og í símkerfi hvaða þjónustuaðila þau endi. Í hinni kærðu ákvörðun hafi verið fjallað um

kostnað vegna símtala til útlanda. Sá þáttur reiknings viðkomandi neytanda Símans hf. sé mjög stór. Því liggja í augum uppi að hafi útlandasímtöl verið færri eða styttri á því tímabili sem reikningur sama neytanda hjá kæranda taki til, geti það haft veruleg áhrif á niðurstöðu samanburðarins. Eins og kærandi bendi réttilega á í kæru sé um það fjallað í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000, þar sem ákvæði nágildandi 15. gr. laga nr. 57/2005 kom fyrst fram, að samanburðarauglýsingar geti örvað samkeppni á milli þeirra sem bjóði vöru og þjónustu þannig að neytendur njóti góðs af. Uppfylli samanburðarauglýsingar hins vegar ekki skilyrði ákvæðisins geti þær haft þveröfug áhrif og skaðað bæði keppinauta auglýsanda og neytendur.

58. Um síðastgreint sé fjallað í 7. tölul. aðfararorða tilskipunar 97/55/EB þar sem segi: „Setja ber skilyrði um leyfilegan samanburð í auglýsingum svo að unnt verði að ákvarða hvaða tegundir samanburðarauglýsinga geti raskað samkeppni, skaðað keppinauta og haft neikvæð áhrif á val neytenda. Til skilyrða fyrir leyfilegum auglýsingum er rétt að telja viðmiðanir um óhlutdrægan samanburð á eiginleikum vöru og þjónustu.“ Kærandi geri einnig athugasemdir við þá túlkun Neytendastofu á 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 að hún feli í sér að ekki sé hægt að birta raunverulega og sannreynanlega reikninga keppinauta í auglýsingu. Stofnunin bendi á að með ákvörðuninni sé ekki lokað fyrir það skotið að bornir séu saman endanlegir reikningar fyrir þjónustu keppinauta þegar þjónustan sé að fullu sambærileg. Í hinni kærðu ákvörðun hafi verið um að ræða reikninga fyrir fjarskiptaþjónustu sem háð sé mjög miklum breytum og feli í sér að ómögulegt sé að bera saman heildarfjárhæð þeirra. Til þess að hægt væri að bera saman heildarfjárhæð yrði að sjá til þess að t.d. fjöldi símtala, lengd þeirra og hvort hringt væri til útlanda, í heimasíma eða í farsíma, væri eins á báðum reikningum.
59. Neytendastofa tekur næst fram að í kæru segi að kærandi geti ekki fallist á að auglýsingin sem birst hafi þann 28. nóvember 2009 hafi brotið gegn ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009) vegna auglýsinga á svokölluðum Ofurheimasíma. Neytendastofa vísi í fylgiskjöl með bréfi lögmanns Símans hf., dags. 30. nóvember 2009. Þar megi sjá að í auglýsingu kæranda sem birtist þann 28. nóvember 2009, sem og þeirri sem birtist 27. sama mánaðar, sé að finna fullyrðinguna: „ATH. Í Ofurheimasímanum eru innifalin símtöl í farsíma og heimasíma, innanlands sem utan.“ Þessi fullyrðing feli í sér brot gegn eldri ákvörðuninni og því hafi stofnunin talið rétt að leggja stjórnvaldssekt á kæranda vegna beggja auglýsinganna. Við mat á fjárhæð sektarinnar hafi stofnunin talið rétt að taka ekki tillit til hugsanlegra afslátta eða sérkjara sem kærandi kynni að hafa notið. Stofnunin hafi því talið rétt að leita beint til Fréttablaðsins um kostnað vegna birtinganna. Í símtali starfsmanns Neytendastofu og starfsmanns auglýsingadeildar Fréttablaðsins hafi Neytendastofa fengið upplýsingar um kostnað við birtingu sambærilegra auglýsinga, í þeim blaðhlutum sem auglýsingar kæranda hafi birst. Greinargerð Neytendastofu fylgdi tölvupóstur starfsmanns Fréttablaðsins sem innihélt verðskrá blaðsins vegna auglýsinga frá 1. janúar 2010. Neytendastofa tekur sérstaklega fram að starfsmanni auglýsingadeildarinnar hafi ekki verið gerð grein fyrir því um hvaða auglýsingar væri að ræða. Að öðru leyti vísar Neytendastofa til hinnar kærðu ákvörðunar og þeirra gagna sem hún sé byggð á.

60. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 8. október 2010, var lögmanni kæranda send greinargerð Neytendastofu og óskað eftir afstöðu kæranda til hennar. Svar barst með bréfi lögmannsins, dags. 8. nóvember 2010. Þar er fyrst hafnað þeim skilningi Neytendastofu að helsta ástæða kærunnar virðist vera sú að Neytendastofa hafi ekki tekið tillit til þess hver ástæða birtingar auglýsinganna hafi verið. Líkt og skýrt komi fram í kæru sé á því byggt í málinu að við mat á því hvort auglýsingar teljist ósanngjarnar í skilningi 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 hljóti framferði þess keppinautar sem auglýsing beinist að að koma til skoðunar. Greinargerð Neytendastofu staðfesti hins vegar að engin skoðun eða mat hafi farið fram af hálfu stofnunarinnar á því hvort auglýsingar Símans hf. hafi verið þess efnis að þær hafi kallað á viðbrögð af hálfu kæranda. Þegar af þessari ástæðu sé um brot á rannsóknarreglu stjórnisyluréttar að ræða. Þá staðfesti Neytendastofa í greinargerð sinni að stofnunin hafi hafnað flýtimeðferð vegna kvörtunar kæranda yfir auglýsingum keppinautarins. Einnig sé staðfest í greinargerð Neytendastofu að stofnunin hafi fyrst beint þeim tilmælum til Símans hf. að láta af birtingu auglýsinganna í mars 2010 eða rúmum þremur mánuðum eftir að erindi kæranda hafi borist stofnuninni. Allt að einu hafi tveir keppinautar Símans hf. verið búnir að senda stofnuninni erindi og gert viðamiklar athugasemdir við umræddar auglýsingar.
61. Í bréfi kæranda er næst vísað til þess að í greinargerð Neytendastofu segi að tilgangur auglýsinga kæranda hafi verið að vekja athygli á því hversu mikið tiltekinn einstaklingur hafi sparað við að flytja viðskipti sín frá Símanum hf. til kæranda. Hafi því verið um samanburð á heildarfjárhæð reikninga að ræða sem stofnunin hafi áður fjallað um að ekki væri hægt með þjónustu aðilanna, enda væri hún háð svo miklum breytum. Að mati stofnunarinnar hefði það ekki áhrif í málinu að í ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009) hafi verið um að ræða almenna fullyrðingu kæranda um sparnað. Að mati kæranda staðfesti framangreind ummæli í greinargerð Neytendastofu að rökstuðningi stofnunarinnar sé ábótavant. Stofnunin vísi til þess að tilgangur hinna umdeildu auglýsinga hafi verið að vekja athygli á því hversu mikið tiltekinn einstaklingur hafi sparað eftir að viðskipti voru flutt frá Símanum hf. til kæranda. Því virðist óumdeilt í málinu að kærandi hafi ekki haft uppi fullyrðingar um almennan sparnað. Allt að einu byggji Neytendastofa íhlutun í málinu á tilvísun til ákvörðunar stofnunarinnar 6. apríl 2009 (7/2009) þar sem umfjöllunarefnið hafi einmitt verið fullyrðing um almennan sparnað.
62. Í bréfi kæranda er einnig vísað til þess að í greinargerð Neytendastofu segi að viðskiptahættir kæranda hafi verið sambærilegir við viðskiptahætti Tals sem komið hafi til umfjöllunar í ákvörðun Neytendastofu 4. desember 2009 (33/2009). Hafi því sömu sjónarmið verið látin gilda í báðum málum, m.a. vegna jafnræðisreglu. Að mati kæranda felist í umræddri fullyrðingu staðfesting á því að Neytendastofa hafið látið hjá líða að leggja sjálfstætt mat á efni auglýsinganna og að rökstuðningi stofnunarinnar sé gróflega ábótavant. Óumdeilt sé að tilgangur kæranda hafi verið að vekja athygli á sparnaði tiltekins einstaklings. Kærandi hafni því að í því hafi falist almennur samanburður á fjarskiptaþjónustu, líkt og hafi verið til umfjöllunar í ákvörðun Neytendastofu 4. desember 2009 (33/2009). Kærandi geti ekki fallist á að þær auglýsingar sem deilt sé um í þessu máli hafi verið fyllilega sambærilegar þeim sem um var fjallað í hinni eldri ákvörðun, enda hafi þar verið um almennan samanburð á fjarskiptaþjónustu að ræða. Fullyrðing Neytendastofu þess efnis stangist ennfremur á við framangreind ummæli stofnunarinnar um

tilgang auglýsinga kæranda. Kærandi geti ekki fallist á að tilvísun til eldri ákvarðana feli í sér sjálfstætt mat. Að mati hans skjóti skökku við að Neytendastofa telji sér fært að byggja niðurstöður sínar á tilvísun til eldri mála sem ekki séu fyllilega sambærileg, enda auglýsingar eðli málsins samkvæmt ólíkar í framsetningu og efni, en telji jafnframt að samanburðarauglýsingar séu ekki tækar nema um nákvæmlega sömu efnisatriði sé að ræða.

63. Í bréfi kæranda er næst vísað til þess að í greinargerð Neytendastofu sé því hafnað að túlkun stofnunarinnar á b-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 sé þröng og samrýmist ekki orðalagi ákvæðis 6. gr. tilskipunar 5005/29/EB, né tilgangi þess, markmiðum laganna og þeirra EES-gerða sem lögunum sé ætlað að innleiða. Stofnunin virðist hins vegar fallast á þau sjónarmið kæranda að skýra beri ákvæði laga nr. 57/2005 til samræmis við viðkomandi EES-gerðir. Líkt og greini í kæru telji kærandi að túlka beri b-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 með hliðsjón af tilgangi og markmiðum viðeigandi EES-gerða. Í aðfararorðum tilskipunar 2005/29/EB komi fram að tilgangur gerðarinnar sé að samræma reglur hins innri markaðar um óréttmæta viðskiptahætti. Að því er varði samanburðarauglýsingar sé tiltekið í 2. mgr. 6. gr. tilskipunarinnar að viðskiptahættir kunnir að vera villandi ef í samanburðarauglýsingum sé ekki gerður greinarmunur í markaðssetningu vöru á henni og vöru, vörumerki, viðskiptaheiti eða öðrum auðkennismerkjum samkeppnisaðila. Að öðru leyti sé að finna í 1. mgr. 6. gr. tæmandi talningu þeirra atvika sem komi til skoðunar við mat á því hvort viðskiptahættir teljist villandi.
64. Í tilskipun 97/55/EB, sem Neytendastofa vísi til í greinargerð sinni, segi í aðfararorðum að samanburðarauglýsingar geti örvað samkeppni á milli þeirra sem bjóði fram vöru og þjónustu þannig að neytandinn njóti góðs af. Enn fremur segi að samanburður sem aðeins taki til verðs vöru og þjónustu ætti að vera mögulegur ef tiltekin skilyrði séu virt, einkum þess efnis að samanburðurinn sé ekki villandi. B-liður 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 sé svohljóðandi: „samanburðurinn taki til vöru eða þjónustu sem fullnægir sömu þörfum eða er ætluð til sömu nota“. Með vísan til tilvitnaðra EES-gerða ítreki kærandi þá afstöðu sína að hin þrönga túlkun Neytendastofu á orðalaginu „fullnægir sömu þörfum eða er ætluð til sömu nota“ samrýmist hvorki tilgangi né markmiði umræddra gerða.
65. Í bréfi kæranda er næst tekið fram að í ljósi athugasemda í greinargerð Neytendastofu sé rétt að ítreka að það sé afstaða kæranda að hinar umdeildu auglýsingar snúi ekki að almennum samanburði á verði eða þjónustu kæranda annars vegar og Símans hf. hins vegar heldur hafi tilgangur þeirra verið að vekja athygli á sparnaði tiltekinn einstaklinga með birtingu reikninga þeirra. Allt að einu telji kærandi að túlkun Neytendastofu á b-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005 sé of þröng og til þess fallin að draga úr samkeppni á markaði. Í greinargerð Neytendastofu sé ítrekuð sú afstaða stofnunarinnar að verðsamanburður á fjarskiptaþjónustu sé einvörðungu tækur ef um nákvæmlega sömu notkun sé að ræða í hvert sinn. Stofnunin telji þannig símreikninga í heild sinni ekki hæfa til samanburðar enda skipti þar miklu máli hversu mörg símtöl notandinn hringi, hversu löng þau séu og í hvaða símkerfi þau endi. Að mati kæranda samrýmist sú þrönga túlkun sem hér greini ekki orðalagi tilvitnaðs ákvæðis, hvort heldur sem það sé metið sjálfstætt eða með hliðsjón af markmiðum og tilgangi þeirra EES-gerða sem ákvæðinu sé ætlað að innleiða.

66. Í fyrsta lagi beri að líta til þess að almennt eigi samanburður á verði fyrir þjónustu að vera tækur að því gefnu að hann geti ekki talist vera villandi. Við mat á því hvort upplýsingar séu villandi beri að líta til 9. gr. laga nr. 57/2005, sbr. 6. gr. tilskipunar 2005/29/EB. Í því skyni beri að taka mið af því hvað teljist vera villandi gagnvart meðalneytandanum. Verð fyrir fjarskiptanotkun sé eðli málsins samkvæmt háð notkun neytandans á þjónustunni í hvert sinn. Að mati kæranda sé ljóst að meðalneytandi á íslenskum fjarskiptamarkaði geri sér fyllilega grein fyrir því að upphæð reikninga vegna fjarskiptanotkunar sé háð notkun, þ.e. fjölda símtala og lengd þeirra hverju sinni. Þá vísi kærandi til þess að í rökstuðningi Neytendastofu vegna meintra brota gegn b-lið 2. mgr. 15. gr. sé hvergi vísað til þess að upplýsingar í auglýsingum kæranda hafi verið villandi í skilningi framangreindra ákvæða.
67. Í annan stað vísi kærandi til þess að í greinargerð Neytendastofu sé til að mynda sérstaklega vísað til þess að það hafi veruleg áhrif á niðurstöðu samanburðar í hinum umdeildu auglýsingum að kostnaður vegna útlandasímtala hafi í því tilviki sem vísað hafi verið til verið stór hjá Símanum hf. Neytendastofa virðist þannig ekki taka tillit til þess að í auglýsingunni sem um ræði hafi kærandi sérstaklega vakið athygli á því að munur á þessum gjaldalið væri til kominn vegna þess að umrædd útlandasímtöl væru innifalin í þjónustu kæranda og hafi vísað til vefsíðu sinnar um nánari upplýsingar og skilmála. Að mati kæranda staðfesti þessi umfjöllun Neytendastofu þau sjónarmið kæranda að stofnunin hafi látið hjá líða að framkvæma sjálfstætt mat á auglýsingum hans.
68. Í greinargerð Neytendastofu og hinni kærðu ákvörðun komi fram sú afstaða stofnunarinnar að samanburður á reikningum sé eingöngu tækur þegar þjónustan sé að fullu sambærileg. Af hálfu kæranda sé rétt að ítreka að hér sé um að ræða þrönga túlkun á orðalaginu „fullnægir sömu þörfum eða ætluð til sömu nota“, sbr. b-lið 2. mgr. 15. gr. Í greinargerð Neytendastofu virðist einnig á því byggt að það felist í 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 að eingöngu megi bera saman reikninga fyrir þjónustu keppinauta þegar þjónustan sé að fullu sambærileg. Umrætt ákvæði fjalli hins vegar um það að auglýsingar skuli ekki vera ósanngjarnar gagnvart keppinautum vegna forms þeirra eða þar sem skírskotað sé til óviðkomandi mála. Að mati kæranda skorti verulega á rökstuðning í hinni kærðu ákvörðun og enn fremur í greinargerð Neytendastofu fyrir því að auglýsingar kæranda hafi skírskotað til óviðkomandi mála í skilningi ákvæðisins eða að formi þeirra hafi verið ábótavant.
69. Í bréfi kæranda er næst vísað til þess að í greinargerð Neytendastofu segi að stofnunin hafi talið rétt að taka ekki tillit til hugsanlegra afsláttá eða sérkjara sem kærandi kynni að hafa notið við mat á ákvörðun fjárhæðar sektar. Kærandi ítreki þá afstöðu sína að ákvörðunin brjóti að þessu leyti bæði gegn meginreglu stjórnsýsluréttar um meðalhóf og jafnræði. Í ákvörðun Neytendastofu 4. desember 2009 (33/2009) hafi Neytendastofa beitt sektarúrræði laga nr. 57/2005 gegn IP fjarskiptum ehf. og sektin verið að fjárhæð kr. 2.500.000. Í rökstuðningi ákvörðunarinnar segi að tekið hafi verið tillit til þess að auglýsingarnar í málinu hafi verið nokkuð áberandi í fjölmiðlum á birtingartíma þeirra og að um ítrekuð brot hafi verið að ræða, en um þrjár útvarpsauglýsingar var að ræða. Í ákvörðun Neytendastofu 2. júní 2009 (16/2009) hafi stofnunin hafnað beitingu viðarlaga þar sem Síminn hf. hafði tekið umræddar auglýsingar úr birtingu. Í ákvörðun

Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2010), sem varðað hafi þær auglýsingar sem urðu til þess að kærandi birti þær auglýsingar sem hér sé um fjallað, hafi Neytendastofa ennfremur hafnað beiðingu viðurlaga með vísan til meðalhófsreglu og að teknu tilliti til umfangs brotsins.

70. Í máli þessu liggi fyrir að fyrir mistök hafi falli niður tilvísun í skilmála þjónustuleiðarinnar Ofurheimasímans í einni auglýsingu kæranda. Kærandi hafi samstundis fallist á að umrædd birting hafi verið óheppileg og umsvifalaust hætt birtingu auglýsingarinnar. Allt að einu hafi Neytendastofa engin rök fært fyrir fjárhæð sektarinnar í hinni kærðu ákvörðun. Kærandi telji ljóst með vísan til framangreindra ákvarðana að verulega skorti á að meðalhófs og jafnræðis hafi verið gætt að þessu leyti. Með vísan til framangreinds sem og þeirra sjónarmiða sem rakin séu í kæru ítrekar kærandi loks gerðar kröfur.
71. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 9. nóvember 2010, voru lögmanni Símans hf. send fyrirbyggjandi gögn á kærustigi og óskað eftir afstöðu félagsins til kærunnar. Svar barst með bréfi lögmannsins, dags. 1. desember 2010. Þar kemur fyrst fram að ein helsta ástæðan fyrir kærinni virðist vera sú að í hinni kærðu ákvörðun sé að sögn kæranda ekki tekið sérstakt tillit til þess að Síminn hf. hafi áður birt auglýsingar þar sem gerður hafi verið samanburður á verði þjónustu hans og þjónustu kæranda. Af kærinni megi ráða að Neytendastofu hafi borið að líta sérstaklega til auglýsinga Símans hf. og taka þær inn í mat sitt á því hvort auglýsingar kæranda teldust ósanngjarnar gagnvart keppinautum hans og neytendum í skilningi 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005.
72. Vegna þessarar málsástæðu kæranda skuli á það bent að í ákvæðum laga nr. 57/2005 sé auglýsendum hvergi markað aukið svigrúm til birtingar auglýsinga og annarra yfirlýsinga á grundvelli fyrri auglýsinga keppinauta. Verði því ávallt að meta hverja og eina auglýsingu út frá efnisinnihaldi hennar, eins og hún horfi við neytendum hverju sinni. Sanngirnismælikvarði, sbr. ákvæði 2. mgr. 6. gr. laganna, geti þannig ekki tekið breytingum á grundvelli áður birtra auglýsinga annarra auglýsenda. Ella gætu auglýsendur sjálfir haft bein áhrif á það með hvaða hætti auglýsingar skyldu metnar af Neytendastofu og haft þannig sjálfir mikil áhrif á það hvers konar viðskiptahættir teldust sanngjarnir í skilningi ákvæðisins. Að sama skapi væru þá margir misjafnir mælikvarðar til á sanngirni í auglýsingum, enda fyrirtæki misaðgangshörð á hinum ýmsu mörkuðum. Augljóst sé að engin efnisleg rök standi til þess að skýra 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 með þeim hætti sem kærandi kjósi. Af hans hálfu hafi enda ekki verið færð fram nein haldbær rök fyrir því. Af hálfu Símans hf. skuli einnig tekið undir rökstuðning Neytendastofu þess efnis að fyrirtækjum sé óheimilt að fara á svig við reglur laga í auglýsingum sínum af þeirri ástæðu einni að téðum auglýsingum sé ætlað að vera andsvör við auglýsingum keppinauta. Einsýnt sé að auglýsingar beri aðeins að meta út frá efnisinnihaldi hvernar og einnar auglýsingar, en ekki í samhengi við áður birtar auglýsingar annarra auglýsenda. Fullyrðingu kæranda um hið gagnstæða sé því mótmælt með öllu.
73. Í bréfinu er þeim skilningi kæranda næst mótmælt að í auglýsingum hans hafi ekki falist samanburður á mismunandi þjónustu. Í stuttu máli hafi auglýsingaherferð kæranda gengið út á samanburð símreikninga nokkurra einstaklinga sem flutt höfðu viðskipti sín frá Símanum hf. til



kæranda á síðustu 12 mánuðum áður en auglýsingarnar birtust. Þegar símreikningarnir hafi verið skoðaðir nánar hafi komið í ljós að símnotkun þeirra einstaklinga sem um ræddi hjá kæranda hafi á margan hátt verið ósambærileg við símnotkun þeirra hjá Símanum hf. Í fyrsta lagi hafi verið borin saman reikningstímabil með árs millibili. Í samanburði símreikninga felist sjálfkrafa samanburður á verðskrá útgefenda reikninganna, með tilliti til notkunar skuldara reiknings. Þannig hafi verið borin saman gjaldskrá Símans hf. frá því ári áður en auglýsingarnar birtust og hún borin saman við gjaldskrá kæranda þann dag sem auglýsingarnar birtust. Miklar breytingar hafi átt sér stað á gjaldskrá Símans hf. á þeim tíma sem liðið hafi á milli útgáfu reikninganna og samanburður þeirra því á allan hátt ómarktækur. Á svipaðan hátt myndi samanburður Símans hf. á verðskrá kæranda í dag og gjaldskrá Pósts- og símamálastofnunar sem í gildi var fyrir tuttugu árum þykja vafasamur.

74. Verðsamanburður kæranda hafi auk þess byggst á samanburði stakra þjónustuliða Símans hf. við verð sem áskrifendur í áskriftarleiðinni „Gull“ hafi notið. Áskrifendur í þeirri þjónustuleið hafi notið afsláttar hjá kæranda gegn því skilyrði að keypt væri allt í senn, farsímaþjónusta, heimasímaþjónusta og Netþjónusta. Kærandi hafi þannig veitt nokkurs konar magnafslátt af fjarskiptaþjónustu sinni til þeirra neytenda sem gengið hafi að fyrrgreindum skilyrðum. Sömu skilyrði hafi ekki gilt um þá þjónustu Símans hf. sem borin hafi verið saman við þjónustu kæranda. Augljóst sé að einn ofangreindra þjónustubátta þjóni ekki sömu þörfum neytenda og allir þjónustubættirnir til samans – og öfugt. Þegar af þeirri ástæðu megi vera ljóst að ekki hafi verið um að ræða samanburð á sams konar þjónustu af hálfu kæranda.
75. Í bréfi Símans hf. er næst tekið fram að af hálfu kæranda sé því haldið fram að í auglýsingum kæranda hafi ekki falist fullyrðingar um sparnað þeirra sem færðu viðskipti sín frá Símanum hf. til kæranda. Í kæru segi m.a.: „Í umræddum auglýsingum er athygli neytenda einfaldlega vakin á því að tilteknir aðilar hafi lækkað kostnað vegna fjarskiptaþjónustu með því að skipta um þjónustuaðila og neytendur hvattir til að kynna sér málin nánar.“ Af hálfu Símans hf. sé þessum skilningi kæranda á auglýsingum hans einnig mótmælt sem röngum. Auglýsingarnar og markaðsherferðin í heild sinni hafi gengið út á að telja viðskiptavinum Símans hf. trú um að símreikningar þeirra myndu lækka á sama hátt og þeir símreikningar sem slegið hafi verið upp, enda þótt þær forsendur sem settar hafi verið fram hafi aðeins verið heildartölur reikninga vegna ólíkrar þjónustu sem veitt hafi verið í mismiklu magni, á mismögnum tíma og á ólíkum tímabilum. Á grundvelli þeirra forsendna hafi kærandi skorað á viðskiptavinum Símans hf. og jafnframt fullyrt að hann myndi hjálpa þeim að lækka símreikninga þeirra. Í þeirri fullyrðingu hafi falist ótvírætt loforð til allra viðskiptavina Símans hf. um að hag þeirra yrði betur borgið hjá kæranda, þar sem símreikningar þeirra myndu lækka við tilflutninginn, óháð hringimynstri eða símnotkun þeirra að öðru leyti.
76. Þá hafi að auki margoft verið vísað til svokallaðs „raunverulegs sparnaðar“ viðskiptavina kæranda sem flutt hafi viðskipti sín frá Símanum hf. og þess að sömu viðskiptavinir hefðu sparað sér tugi þúsunda við það eitt að flytja viðskipti sín til kæranda. Að mati kæranda liggi í augum uppi að í framangreindum fullyrðingum hafi falist fullyrðingar um væntanlegan sparnað viðskiptavina. Þá hafi í fullyrðingu þess efnis, að kærandi „muni hjálpa viðskiptavinum Símans“ sem leiti til

kæranda „að lækka símreikninga þeirra“, sérstaklega falist fullyrðing um að kærandi hygðist lækka símreikninga þeirra neytenda sem til hans myndu leita. Í slíkri fullyrðingu hafi vissulega falist fullyrðing um væntanlegan sparnað af hálfu viðskiptavina kæranda í fjarskiptaþjónustu, nema að í fullyrðingunni hafi hreinlega falist loforð um beinar niðurgreiðslur símreikninga viðskiptavina Símans hf., sem verði að teljast ólíklegt.

77. Í bréfinu segir næst að í kæru sé byggt allverulega á þeim málsástæðum að Neytendastofa hafi virt að vettugi rannsóknarreglu stjórnsluréttarins og þar að auki ekki rökstutt ákvörðun sína í samræmi við reglur stjórnslulaga, sbr. 10., 21. og 22. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Meint brot Neytendastofu á umræddum reglum stafi að sögn kæranda af því að ekki hafi verið tekið til sérstakrar skoðunar og rökstuðnings hvort auglýsingar Símans hf. hafi gefið kæranda sérstakt tilefni til birtingar þeirra auglýsinga sem Neytendastofa taldi ólögmatar. Af hálfu Símans hf. er tekið fram að rétt beiting reglna stjórnsluréttarins um rannsóknarskyldu og rökstuðning velti að nánast öllu leyti á efnisréttinum sem sé til skoðunar hverju sinni. Við töku ákvörðunarinnar hafi skylda Neytendastofu til að rannsaka málið og veita rökstuðning að miklu leyti ráðist af réttum skilningi laga nr. 57/2005. Sem áður greini sé þeim sjónarmiðum kæranda alfarið hafnað að lögmæti auglýsinga hans hafi átt að ráðast af innihaldi auglýsinga sem áður hafi verið birtar af hálfu Símans hf. Efni þeirra hafi því verið málinu með öllu óviðkomandi. Engan veginn sé hægt að fallast á þann málátlúnað að Neytendastofu hafi borið að rannsaka innihald þeirra auglýsinga sérstaklega fyrir töku ákvörðunarinnar eða rökstyðja ákvörðun sína sérstaklega með hliðsjón af þeim auglýsingum. Sjónarmiðum kæranda um brot Neytendastofu á reglum um rannsókn og rökstuðning sé því alfarið vísað á bug. Þar fyrir utan hafi auglýsingar Símans hf. sem kæranda sé tíðrætt um vitaskuld komið til skoðunar Neytendastofu áður en ákvörðun hennar hafi verið tekin. Stofnuninni hafi því verið fullkunnugt um efni þeirra. Þá skuli einnig nefnt að skortur stjórnvalds á viðhlítandi rökstuðningi varði ekki ógildingu ákvörðunar.
78. Í bréfinu er næst vísað til þess að kærandi telji að Neytendastofa hafi brotið gegn reglum um meðalhóf við ákvörðun þeirrar sektar sem lögð hafi verið á kæranda. Af hálfu Símans hf. sé einkum vísað til rökstuðnings Neytendastofu fyrir ákvörðun sinni. Þar að auki skuli það nefnt að kærandi sé annað stærsta fjarskiptafélag landsins og jafnframt eitt stærsta fyrirtæki landsins. Félagið sé með traustan eiginfjárgrunn og standi traustum fótum fjárhagslega. Á síðustu tveimur árum hafi kærandi brotið samtals sex sinnum gagnvart ákvæðum laga nr. 57/2005 samkvæmt formlegum ákvörðunum Neytendastofu og skaðað með þeim brotum hagsmuni Símans hf. Í ákvæðum laga nr. 57/2005 sé ekki að finna leiðbeiningar um það með hvaða hætti sektarviðurlög skuli ákveðin, en sektir geti numið allt að 10 milljónum króna. Þó verði að telja fullvíst að félögum sem brjóti gegn ákvæðum laganna megi ekki standa á sama um þau viðurlög sem ákveðin séu gagnvart þeim. Í ljósi ítrekaðra brota kæranda að undanfögnu gegn ákvæðum laganna og traustrar fjárhagsstöðu félagsins, sé sekt að upphæð 2,3 milljónir króna, 23% af þeirri sekt sem heimilt sé að leggja á kæranda, síst of há til þess að ákvæði laga nr. 57/2005 fái þjónað tilgangi sínum. Að öðru leyti vísar Síminn hf. til þeirra sjónarmiða sem félagið hafi áður lýst, auk rökstuðnings Neytendastofu.

79. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 8. desember 2010, var lögmanni kæranda kynnt framangreint bréf lögmanns Símans hf. Tekið var fram að áfrýjunarnefnd neytendamála teldi ástæðu til að veita kæranda færi á að tjá sig um bréfið áður en málið yrði tekið til úrskurðar. Kæranda var því gefinn kostur á slíkri tjáningu og svar barst með bréfi lögmanns hans þann 22. desember 2010. Þar er þeim skilningi Símans hf. fyrst hafnað að sanngirnismælikvarði sbr. ákvæði 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 geti ekki tekið breytingum á grundvelli birtra auglýsinga annarra auglýsenda. Kærandi telji augljóst að mat á sanngirni í skilningi ákvæðisins hljóti að draga dóm af aðstæðum hverju sinni, enda sé um huglægan mælikvarða að ræða. Þannig geti mat á því hvort auglýsing teljist ósanngjörn verið verulega frábrugðið eftir því hvort tekið sé til skoðunar hvort um sanngirni gagnvart neytendum almennt sé að ræða eða gagnvart einstaka keppinautum. Hvorki ákvæðið né lögskýringargögn feli í sér frekari skýringu á beitingu umrædds sanngirnismælikvarða. Verði því að miða við almennt sjónarmið um sanngirni þegar meta eigi hvort auglýsing teljist ósanngjörn. Að mati kæranda felist það almennt í mati á sanngirni eða eftir atvikum ósanngirni tiltekins aðila að líta verði til allra atvika máls, þ.m.t. framferðis þess sem háttsemi beinist að. Einnig beri að líta til þess að um íþyngjandi ákvæði sé að ræða er kalli á að vafi sé metinn þeim er ákvörðun beinist að í hag samkvæmt almennt viðurkenndum lögskýringarsjónarmiðum. Því sé enn ríkari þörf á að taka tillit til háttsemi keppinauta við mat á því hvort auglýsing teljist ósanngjörn gagnvart þeim.
80. Í bréfi kæranda er tekið fram um samanburð á mismunandi þjónustu að röksemdafærslan í bréfi Símans hf. gefi ekki tilefni til sérstakra athugasemda umfram það sem þegar hafi komið fram í máli kæranda. Að því er fullyrðingar um sparnað neytenda varðar ítrekar kærandi þá afstöðu að auglýsingarnar sem hér um ræði feli ekki í sér fullyrðingar um almennan sparnað, enda fjalli þær um tiltekna aðila eins og áður hafi komið fram. Vegna ummæla í bréfi Símans hf. sé þó rétt að vekja athygli á því að hvergi hafi komið fram né virðist á því byggt af hálfu Neytendastofu að kærandi hafi ekki staðið við áskorun sína gagnvart viðskiptavinum Símans hf. Hugleiðingum í bréfi Símans hf. um hvað hafi falist í fullyrðingu kæranda og hvernig hún kunni eða kunni ekki að hafa verið framkvæmd sé því vísað frá sem málinu óviðkomandi. Í lok bréfsins segir að kærandi hafi þegar með ítarlegum hætti gert grein fyrir því að hvaða leyti hann telji rannsókn málsins, rökstuðning ákvörðunar og aðgæslu að meðalhófi vera ábótavant. Ekki verði séð að bréf Símans hf. kalli á frekari útskýringar eða rökstuðning kæranda heldur sé vísað til fyrri athugasemda.
81. Málflutningur fyrir áfrýjunarnefnd neytendamála er almennt skriflegur. Áfrýjunarnefndin hefur þó í einstökum tilvikum látið fara fram munnlegan málflutning, þegar um hin flóknari mál hefur verið að ræða þar sem nefndin hefur álitnið að málsatvik og sjónarmið aðila kæmu ekki nægjanlega skýrt fram í skriflegum gögnum málsins og að munnlegur málflutningur gæti bætt þar úr. Nefndin taldi ekki ástæðu til að láta slíkan málflutning fara fram í þessu máli, enda lægju málsatvik skýrlega fyrir og aðilar hefðu rækilega komið sjónarmiðum sínum á framfæri við nefndina.

## **NIÐURSTAÐA**

82. Í máli þessu er deilt um þá niðurstöðu Neytendastofu að kærandi hafi brotið gegn ýmsum ákvæðum laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, með birtingu

nánar tiltekinna auglýsinga. Með ákvörðuninni var kæranda bönnuð birting auglýsinganna, mælt fyrir um að hann skyldi fjarlægja þær af vefsíðu sinni og stjórnvaldssekt lögð á hann að fjárhæð kr. 2.600.000. Ákvörðun Neytendastofu felur í sér allmarga þætti, líkt og ákvörðunarorð hennar ber með sér, auk þess sem kærandi gerir margvíslegar athugasemdir við hana. Verður hér fyrst vikið að nokkrum almennum atriðum sem um er deilt, en síðan að einstökum þáttum í hinni kærðu ákvörðun.

83. Kærandi telur að skort hafi á að Neytendastofa tæki með tilhlýðilegum hætti tillit til sjónarmiða hans um að hinar umdeildu auglýsingar hans hafi verið settar fram í tilefni af auglýsingum Símans hf., en í ákvörðun Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2009) var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hf. hefði brotið gegn lögum nr. 57/2005 með birtingu auglýsinga með fullyrðingunni „Ódýrasta GSM áskrift á Íslandi“. Kærandi telur að með því að taka ekki tillit til sjónarmiða hans um tilefni auglýsinganna og með því að meta ekki hvort auglýsingar Símans hf. hefðu gefið tilefni til viðbragða af hans hálfu, hafi Neytendastofa brotið gegn reglum um rökstuðning og gegn meðalhófsreglu, auk þess sem framferði keppinautarins sem auglýsing beinist gegn hljóti að koma til skoðunar við mat á því hvort auglýsing teljist ósanngjörn í skilningi 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005.
84. Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála geta sjónarmið kæranda að þessu leyti ekki leitt til þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Lög nr. 57/2005, sbr. og tilskipun 2005/29/EB sem lögin byggja að verulegu marki á, miða ekki síst að því að tryggja vernd neytenda. Það færi illa saman við það grunnmarkmið og flest efnisákvæði laganna að álíta þá vernd breytilega eftir því hvernig samskiptum einstakra keppinauta á markaði er háttað, enda draga deilur samkeppnisaðila á engan hátt úr verndarþörf neytenda. Ákvæði V. kafla laganna skera sig að hluta til frá öðrum ákvæðum laganna, þar sem kaflinn snertir háttsemi milli fyrirtækja, og við mat á því hvort háttsemi hafi brotið gegn einstökum ákvæðum kaflans getur háttsemi keppinauts skipt máli, svo sem úrskurðarframkvæmdin um núgildandi 15. gr. a ber m.a. með sér. Þau brot sem Neytendastofa lýsti yfir í hinni kærðu ákvörðun vörðuðu hins vegar á engan hátt ákvæði V. kafla ein og sér. Í öllum tilvikum þar sem ákvæði í V. kafla voru talin brotin, var einnig talið brotið gegn III. kafla, um vernd fjárhagslegra hagsmuna neytenda. Hér skal og tekið fram að jafnvel þótt 15. gr. um samanburðarauglýsingar sé að finna í V. kafla laganna, tryggja einstakir efnisþættir greinarinnar um leið hagsmuni neytenda, svo sem bannið við villandi samanburðarauglýsingum í a-lið 2. mgr. 15. gr., og í skýringum við 15. gr. í því frumvarpi sem varð að lögum nr. 50/2008 var meðal annars tekið fram að ekki væri loku fyrir það skotið að neytendur gætu byggt rétt á ákvæðinu.
85. Samkvæmt þessu er ljóst að þau brot sem Neytendastofa taldi vera fyrir hendi snertu ákvæði um fjárhagslega hagsmuni neytenda og það getur ekki leitt til þess að þau brot teljist ekki vera fyrir hendi að kærandi telji að keppinautur hans hafi gefið tilefni til auglýsinganna. Vegna fullyrðingar kæranda um skort á rökstuðning Neytendastofu um þetta atriði skal tekið fram að í hinni kærðu ákvörðun tók stofnunin afstöðu til sjónarmiða kæranda í þessa veru og lýsti skýrlega þeirri afstöðu stofnunarinnar að fyrirtæki yrðu alltaf að fylgja ákvæðum laga og reglna í auglýsingum, óháð því hvernig auglýsingar keppinauta væru.

86. Kærandi telur auk þess að tilvísanir Neytendastofu til fyrri ákvarðana sinna í hinni kærðu ákvörðun feli ekki í sér fullnægjandi rökstuðning fyrir meintum brotum kæranda. Auglýsingarnar í hinum eldri ákvörðunum hafi verið frábrugðnar auglýsingunum í þessu máli og þegar af þeirri ástæðu verði að gera kröfu um að Neytendastofa framkvæmi sjálfstætt mat á efni auglýsinganna og rökstyðji með fullnægjandi hætti að hvaða leyti þær brjóti í bága við ákvæði laga nr. 57/2005. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst ekki á að Neytendastofa hafi brotið gegn reglum um rökstuðning eða öðrum reglum stjórnsluréttar að þessu leyti. Við töku stjórnvaldsákvæðana verða stjórnvöld eðlilega að líta til fyrri ákvarðana sinna, m.a. með tilliti til jafnræðisreglna. Ekki verður talið að Neytendastofa hafi vanrækt að leggja sjálfstætt mat á auglýsingar kæranda með því að vísa til eldri ákvarðana, heldur er ljóst að stofnunin lagði það mat á auglýsingarnar, að sömu sjónarmið ættu við um þær og komið hefðu fram í eldri ákvörðunum. Vegna ítrekaðra tilvísana kæranda til reglna um rökstuðning tekur áfrýjunarnefnd neytendamála fram að ekki verður annað talið en að hin kærða ákvörðun uppfylli skilyrði 22. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 og að engin efni séu til að fella hana úr gildi á grundvelli skorts á rökstuðningi. Þá telur áfrýjunarnefndin jafnframt að málsmeðferð stofnunarinnar hafi uppfyllt kröfur sömu laga um rannsókn og andmælarétt, sbr. 10. og 13. gr., enda gerðu aðilar ítarlega grein fyrir sjónarmiðum sínum og málsatvik lágu skýrlega fyrir áður en hin kærða ákvörðun var tekin.
87. Verður nú vikið nánar að þeim einstöku atriðum sem Neytendastofa taldi fela í sér brot gegn lögum nr. 57/2005. Neytendastofa taldi í fyrsta lagi að kærandi hefði með birtingu vef-, útvarps og dagblaðaauglýsinga, þar sem borin væri saman heildarfjárhæð símreikninga viðskiptavina Vodafone annars vegar og Símans hins vegar brotið gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr. 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a-lið 2. mgr. 15. gr. laganna. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst á þessa niðurstöðu. Með auglýsingunum var borin saman heildarfjárhæð reikninga, en ljóst er að sú heildarfjárhæð ræðst af ýmsum þáttum, sem horfa við með mismunandi hætti á þeim reikningum sem bornir voru saman. Um það vísast m.a. til þess sem rakið er í hinni kærðu ákvörðun um mismunandi notkun og ólík tímabil reikninganna. Í auglýsingunum var þessi heildarfjárhæð reikninganna, sem byggðist á mismunandi forsendum, sett fram til stuðnings því að kærandi hefði lækkað reikninga fyrrum viðskiptavina Símans hf., og neytendur hvattir til að leita til kæranda um hjálp við að lækka símreikning sinn.
88. Sjónarmið kæranda í þá veru að hann hafi einungis vakið athygli á sparnaði tiltekins einstaklings, hvatt neytendur til að gera verðsamanburð og gefið fyrirheit um að hann myndi aðstoða þá við að ná fram lækkun á kostnaði sínum, geta ekki breytt því að í auglýsingunum var settur fram samanburður á heildarfjárhæð reikninga, sem ekki geta talist samanburðarhæfir, og hann notaður til að senda skilaboð til neytenda um að verðið væri lægra hjá kæranda. Framsetningin að þessu leyti verður að teljast villandi og fór í bága við 9. gr., 14. gr. og a-lið 1. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, sbr. og 5. og 8. gr. Vegna sjónarmiða kæranda um að túlkun Neytendastofu leiði til þess að samanburðarauglýsingar milli fjarskiptafyrirtækja séu nánast útilokaðar, skal tekið fram að lög nr. 57/2005 útiloka ekki að borin sé saman heildarfjárhæð reikninga, svo fremi sem þeir þættir sem grundvalla heildarfjárhæðina eru fyllilega samanburðarhæfir og samanburðurinn er ekki villandi. Það er grundvallaratriði í lögum nr. 57/2005 að samanburður í auglýsingum lúti að samanburðarhæfum þáttum og sé ekki villandi, og erfiðleikar við að gera marktækan samanburð

geta að sjálfsögðu ekki leitt til þess að fyrirtækjum verði játuð heimild til að bera saman ósamanburðarhæfa þætti á villandi hátt.

89. Neytendastofa taldi í öðru lagi að kærandi hefði með birtingu vef-, útvarps- og dagblaðaauglýsinga, þar sem ekki kæmi fram að auglýst verð væri háð því skilyrði að viðskiptavinir væru skráðir í farsíma-, fastlínu- og Internetþjónustu hjá Vodafone, brotið gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005. Þá taldi hún í þriðja lagi að kærandi hefði með samanburði á þjónustu Vodafone sem háð væri því skilyrði að viðskiptavinur væri skráður í farsíma-, fastlínu og Internetþjónustu hjá Vodafone, við þjónustu Símans sem ekki væri háð sömu skilyrðum, brotið gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a- og b-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst á niðurstöður Neytendastofu í þessum efnunum, með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar.
90. Neytendastofa taldi í fjórða lagi að kærandi hefði brotið gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 9. gr., 14. gr. og a- og b-lið 2. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005, með birtingu vef-, útvarps- og dagblaðaauglýsinga þar sem a) bornir væru saman reikningar fyrir mismunandi tímabil án þess að sýnt hafi verið fram á að verð væru rétt á þeim tíma sem auglýsingarnar voru birtar, b) ekki væri greint frá því hvort þjónustan væri nákvæmlega sambærileg og ef ekki í hverju mismunurinn væri falinn, og c) borin væri saman ósamanburðarhæf notkun. Þessi þáttur hefur nánin tengsl við þann þátt sem fjallað var um 87. og 88. mgr. að framan, og til samræmis við þá umfjöllun er fallist á niðurstöðu Neytendastofu að þessu leyti. Í auglýsingunum voru bornir saman reikningar sem náðu til mismunandi tímabila og mismunandi notkunar, og engin grein gerð fyrir umræddum mun. Fól slíkt í sér brot gegn umræddum ákvæðum, enda um villandi viðskiptahætti að ræða og ósamanburðarhæfa þætti.
91. Neytendastofa taldi í fimmta lagi að kærandi hefði með birtingu vef-, útvarps- og dagblaðaauglýsinganna brotið gegn 2. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Ekki er fullt samræmi að þessu leyti í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar annars vegar og ákvörðunarorða hennar hins vegar. Þannig segir í niðurstöðukaflanum að auglýsingarnar séu „villandi gagnvart neytendum og ósanngjarnar gagnvart Símanum“ og brjóti því gegn ákvæðinu. Í ákvörðunarorðunum er hins vegar vísað til þess að auglýsingarnar séu „ósanngjarnar gagnvart þeim keppinauti sem auglýsingarnar beinast gegn“. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst á að brotið hafi verið gegn 2. mgr. 6. gr., en að brotið að þessu leyti hafi ekki síst falist í því að auglýsingarnar hafi verið ósanngjarnar gagnvart neytendum, vegna forms þeirra, en þar voru ósamanburðarhæfir reikningar notaðir með hætti sem var villandi gagnvart neytendum. Þar sem brotið beindist ekki síst að neytendum geta sjónarmið kæranda um að Síminn hf. hafi gefið tilefni til auglýsinganna ekki leitt til þess að auglýsingin teljist lögmæt, sbr. það sem áður var rakið í 84. og 85. mgr. Þá verður ekki talið að framangreint ósamræmi í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar og ákvörðunarorðum geti leitt til þess að framangreind niðurstaða verði felld úr gildi, enda stóð hún í báðum tilvikum skýrlega til þess að brotið hefði verið gegn 2. mgr. 6. gr., sem áfrýjunarnefnd neytendamála fellst á samkvæmt framansögðu. Loks getur tilvísun kæranda til ákvörðunar Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2010), sem ekki er til endurskoðunar hér, ekki breytt því að þær auglýsingar sem hér eru til umfjöllunar brutu gegn 2. mgr. 6. gr.

92. Í framangreindum niðurstöðum áfrýjunarnefndar neytendamála felst að ekki er fallist á þau sjónarmið kæranda að túlkun Neytendastofu á ákvæðum laga nr. 57/2005 fari í bága við orðanna hljóðan ákvæðanna, lögskýringargögn og þær EES-gerðir sem kærandi vísar til. Í 9. gr. laganna, sem er til samræmis við tilskipun 2005/29/EB, kemur fram að viðskiptahættir séu villandi „ef þeir eru líklegir til að blekkja neytendur eða eru með þeim hætti að neytendum eru veittar rangar upplýsingar í þeim tilgangi að hafa áhrif á ákvörðun þeirra um viðskipti“. Áfrýjunarnefnd neytendamála telur að umræddar auglýsingar hafi verið líklegar til að blekkja meðalneytandann, enda mátti hann ætla þegar heildarfjárhæð reikninga var slegið upp, að verið væri að bera saman sambærilega þætti, m.a. vegna þeirra ströngu krafna sem gerðar eru til samanburðarauglýsinga. Sú var ekki raunin, samkvæmt því sem að framan greinir, og því var auglýsingin líkleg til að blekkja neytendur. Það getur ekki stöðað kæranda að vísa til þess að meðalneytandinn sé meðvitaður um að fjárhæð reikninga sé háð notkun. Eins og auglýsingunni var háttað máttu neytendur gera ráð fyrir því að heildarfjárhæð reikninganna byggði á sambærilegum þáttum, enda er vandséð hvað samanburði á ósamanburðarhæfum þáttum er ætlað að sýna fram á, og það gengi gegn ákvæðum laga nr. 57/2005 og markmiðum þeirra að heimila auglýsendum að slá upp heildarfjárhæð reikninga, sem þó byggjast á mismunandi þáttum, á þeirri forsendu að neytendur viti hvort sem er almennt að þessir þættir séu ekki sambærilegir.
93. Þá verður túlkun Neytendastofu á a- og b-lið 2. mgr. 15. gr. ekki talin í ósamræmi við framangreinda tilskipun, tilskipun 97/55/EB, lögskýringargögn eða texta ákvæðanna. Umrædd ákvæði laga nr. 57/2005 eru til samræmis við tilskipun 97/55/EB og mæla fyrir um að samanburðarauglýsingar megi ekki vera villandi, auk þess sem samanburðurinn verður að taka til vöru eða þjónustu sem fullnægir sömu þörfum eða er ætluð til sömu nota. Samkvæmt framansögðu voru auglýsingarnar villandi og brutu því gegn a-lið, auk þess sem þær fólu í sér samanburð á ósamanburðarhæfum þáttum og brutu þar með gegn b-lið um að samanburðurinn taki til þjónustu sem fullnægir sömu þörfum. Túlkun Neytendastofu að þessu leyti var í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar og laganna, og tilvísun kæranda til almennrar umfjöllunar í inngangsorðum tilskipunarinnar, um gagnsemi samanburðarauglýsinga, breyta engu um það að tilskipuninni er ætlað að sporna við villandi samanburði og setur auglýsingum margvíslegar skorður, sem kærandi fór út fyrir með umræddum auglýsingum. Kærandi telur að Neytendastofu hafi borið að leggja mat á það hvort auglýsingarnar fullnægðu skilyrðinu í c-lið 2. mgr. 15. gr., en fyrir liggur að Neytendastofa taldi ekki brotið gegn þeim lið og sú niðurstaða getur ekki breytt niðurstöðunni um hina tvö tölulíðina.
94. Neytendastofa taldi í sjötta lagi að kærandi hefði með birtingu fullyrðingar um að með Ofurheimasíma væri ekki greitt fyrir símtöl í farsíma eða heimasíma innanlands og erlendis, án þess að fram kæmu skilyrði þeirrar notkunar, brotið gegn ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009). Kærandi hefur fallist á að auglýsingin í Fréttablaðinu þann 27. nóvember 2009 hafi verið óheppileg að þessu leyti, en fellst ekki á að sama gildi um auglýsinguna í Fréttablaðinu þann 28. nóvember 2009. Áfrýjunarnefnd neytendamála telur að hið sama gildi um báðar umræddar

auglýsingar, en í þeim var skýrlega tekið fram að í Ofurheimasíma væru símtöl í farsíma og heimasíma innifalin, innanlands sem utan, án þess að skilyrðis sem gildi um hámarksnotkun væri að nokkru leyti getið. Í hinni eldri ákvörðun, sem ekki var áfrýjað, hafði Neytendastofa skýrlega bannað kæranda að auglýsa með slíkum hætti og því er fallist á að kærandi hafi brotið gegn hinni eldri ákvörðun með báðum auglýsingunum.

95. Víkur næst sögunni að þeim úrræðum sem Neytendastofa greip til vegna framangreindra brota. Í fyrsta lagi bannaði hún kæranda að birta auglýsingarnar, með vísan til 2. mgr. 21. gr. b laga nr. 57/2005, auk þess sem félaginu var gert að fjarlægja umræddar auglýsingar af vefsíðu félagsins. Með vísan til þess sem að framan greinir er fallist á ákvörðun Neytendastofu að þessu leyti. Auglýsingarnar brutu gegn lögum nr. 57/2005 og það samrýmdist fyllilega markmiðum laganna, valdheimildum Neytendastofu og meðalhófsreglu stjórnásluréttar að banna umræddar auglýsingar og stuðla að því að hinu ólögmeta ástandi yrði aflétt. Í öðru lagi lagði Neytendastofa stjórnvaldssekt á kæranda að fjárhæð kr. 2.600.000. Kærandi telur að með álagningu stjórnvaldssektarinnar hafi verið brotið gegn jafnræðis- og meðalhófsreglum.
96. Við ákvörðun um stjórnvaldssektina leit Neytendastofa til almenns kostnaðar við birtingu slíkra auglýsinga og nam fjárhæðin tvöföldum þeim kostnaði. Í ákvörðuninni var jafnframt tekið fram að tekið væri tillit til þeirra stjórnvaldssekta sem stofnunin hefði beitt í sambærilegum málum. Áfrýjunarnefnd neytendamála telur þau sjónarmið sem Neytendastofa lagði til grundvallar málefnaleg, en líkt og rakið var í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 19. apríl 2010 (1/2010) verður hins vegar að telja eðlilegt þegar fjárhæð stjórnvaldssektar er ákveðin, að líta m.a. til eðlis og alvarleika brots, hvað það hefur staðið lengi, hvort um ítrekað brot sé að ræða, sem og til samstarfsvilja hins brotlega, allt eftir því sem við getur átt í hverju og einu máli. Telja verður að nokkuð hafi skort á að Neytendastofa liti með skýrum hætti til fleiri sjónarmiða en kostnaðar við birtingu auglýsinganna. Ekki eru þó efni til að fella úr gildi eða lækka þá stjórnvaldssekt sem lögð var á kæranda, enda telur áfrýjunarnefnd neytendamála að metin á grundvelli framangreindra sjónarmiða verði sektin að teljast hæfileg og að hún fari ekki í bága við reglur um jafnræði og meðalhóf.
97. Í því sambandi skal tekið fram að stjórnvaldssektin var lögð á vegna tveggja brota kæranda á eldri ákvörðun Neytendastofu, þ.e. ákvörðun stofnunarinnar 6. apríl 2009 (7/2009). Að því leyti er málið frábrugðið ákvörðun Neytendastofu 2. júní 2009 (16/2009) og ákvörðun Neytendastofu 17. maí 2010 (26/2010), sem kærandi vísar til, þar sem ekki var um að ræða brot á eldri ákvörðun. Með ákvörðun Neytendastofu 6. apríl 2009 (7/2009) var kæranda bannað að auglýsa á viðkomandi hátt, án þess að lögð væri á hann stjórnvaldssekt. Þegar kærandi birti frekari auglýsingar, í trássi við fyrri ákvörðun, rúmaðist fyllilega innan meðalhófsreglu 12. gr. stjórnáslulaga nr. 37/1993 og var í samræmi við markmið laga nr. 57/2005 að leggja á hann stjórnvaldssekt vegna þess. Þegar horft er til viðkomandi brots, þar sem háttsemi sem braut gegn lögum og Neytendastofa hafði bannað var tvívegis endurtekin, og þegar hliðsjón er höfð af fyrri sektarákvörðunum, verður hvorki talið að fjárhæð sektarinnar sé í ósamræmi við reglur um jafnræði né meðalhóf. Í því sambandi athugast m.a. að þótt kærandi hafi undir



rekstri málsins fallist á að hætta birtingu slíkra auglýsinga, hafði hann tvívegis brotið gegn hinni eldri ákvörðun þegar til þess kom.

98. Samkvæmt öllu framangreindu var ákvörðun Neytendastofu í samræmi við lög nr. 57/2005, og braut ekki gegn stjórnsýslulögum nr. 37/1993, auk þess sem aðrar málsástæður kæranda geta ekki leitt til þess að fella beri hina kærða ákvörðun úr gildi eða lækka fjárhæð stjórnvaldssektarinnar. Hina kærðu ákvörðun ber því að staðfesta.

**ÚRSKURÐARORÐ:**

Hin kærða ákvörðun er staðfest.

Eiríkur Jónsson

Egill Heiðar Gíslason

Eyvindur G. Gunnarsson