

## ÚRSKURÐUR ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

---

### MÁL NR. 5/2012

Kæra Rafco ehf. á ákvörðun Neytendastofu [nr. 12/2012](#).

1. Þann 31. október 2012 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 5/2012: Kæra Rafco ehf. á ákvörðun Neytendastofu [nr. 12/2012](#) frá 6. mars 2012. Í málinu úrskurða Eiríkur Jónsson, Egill Heiðar Gíslason og Eyvindur G. Gunnarsson.
2. Með kæru, dags. 3. apríl 2012, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu nr. 12/2012 frá 6. mars 2012, um að ekki sé ástæða til aðgerða vegna kvörtunar kæranda yfir notkun Alnets ehf. (nú Raftækjaverslunar Kópavogs ehf.) á heitinu Rafkó. Kærandi krefst þess að hinni kærðu ákvörðun verði hrundið og að Raftækjaverslun Kópavogs ehf. verði bönnuð notkun á vörumerkinu RAFKÓ og léninu rafko.is og gert að framselja lénið til kæranda eða afskrá það innan 10 daga frá birtingu ákvörðunar að viðlögum dagsektum, sbr. 23. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005.
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 bréfi lögmanns kæranda til Neytendastofu, dags. 28. september 2011, var kvartað yfir notkun Alnets ehf. (Raftækjaverslunar Kópavogs) á nafninu Rafkó. Í bréfinu kemur fram að kærandi telji umrædda notkun brjóta í bága við 2. másl. 15. gr. a laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005. Forsvarsmanni Alnets ehf. hafi verið sent bréf, dags. 24. ágúst 2011, þar sem hann hafi verið beðinn um að láta af notkun nafnsins. Í umræddu bréfi, sem meðfylgjandi var kvörtuninni, kemur fram ósk um að fyrirsvarsaður Alnets ehf. láti af notkun nafnsins, ella verði málið sent Neytendastofu. Í lögum nr. 57/2005 sé heimild fyrir Neytendastofu til þess að leggja stjórnvaldssektir á þá aðila sem brjóti gegn lögnum. Verði ekki látið af notkun nafnsins áskilji kærandi sér rétt til þess að fara fram á lögbann gegn notkun nafnsins.
5. Með bréfi Neytendastofu, dags. 6. október 2011, var Alneti ehf. kynnt framkomið erindi og óskað eftir skýringum eða athugasemdum þess við það. Í bréfinu benti Neytendastofa á að auk 15. gr. a kæmi 5. gr. laga nr. 57/2005 til álita í málinu. Svar barst með bréfi framkvæmdastjóra Alnets ehf., dags. 25. október 2011. Þar kemur fram að í ljósi kvörtunar kæranda yfir notkun á Rafkó/Rafkó.is (Raftækjaverslun Kópavogs), sem sé vefverslun sem Alnet ehf. sé eigandi að, vilji félagið taka eftirfarandi fram: Við hefðbundna leit hjá Einkaleyfastofu og fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra hafi ekkert fundist sem hindrað gæti skráningu Rafkó, Raftækjaverslunar Kópavogs, hvorki sem nafn, lén eða vörumerki. Hjá fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra hafi fundist u.þ.b. 400 fyrirtæki sem byrji á

„raf“. Kærandi sé hvorki með heimasíðu né skráð einkaleyfi á nafni sínu eða vörumerki. Kærandi sé í allt öðrum reksti en Alnet ehf. og því sé ekki möguleiki á að rugla saman fyrirtækjum sem sé annars vegar rafvirki en hins vegar smásali á raftækjum á Netinu. Nafn verslunarinnar sé Raftækjaverslun Kópavogs, skammstafað rafkó, og keyri á léninu rafkó.is. Alnet ehf. hafi skráð bæði lénin rafkó.is og rafko.is. Kærandi hafi ekki auglýst vörumerki eða þjónustu sína eftir 1992 samkvæmt leit á Netinu, þ.m.t. í Google og auglýsingaleit Fjölmiðlavaktarinnar. Þá hafi fyrirsvarsmanni Alnets ehf. ekki tekist að finna vörumerki kæranda, þannig að ekki sé hægt að líkja þeim saman. Í bréfinu var loks vísað til tveggja viðhengja sem meðfylgjandi væru bréfinu, þ.e. skjáskots af auglýsingaleit Fjölmiðlavaktarinnar og leitar í fyrirtækjaskrá RSK að fyrirtækjum sem byrji á „Raf“.

6. Með bréfi Neytendastofu til lögmanns kæranda, dags. 2. nóvember 2011, var kæranda kynnt framangreint bréf Alnets. ehf. og gefinn kostur á að koma að athugasemdum við það. Svar barst með bréfi, dags. 11. nóvember 2011. Þar kemur fram að nafnið Rafkó sé hvorki skráð í fyrirtækjaskrá né hafi verið sótt um leyfi fyrir nafnið hjá Einkaleyfastofu, sbr. skjáprentanir sem meðfylgjandi séu bréfinu. Firmaheitið Rafco ehf. hafi hins vegar verið skráð í fyrirtækjaskrá allt frá árinu 1985. Þá geti stofnun vörumerkjaréttar átt sér stað annað hvort með skráningu vörumerkis hjá Einkaleyfastofu eða notkun þess fyrir ákveðna vöru eða þjónustu, sbr. 1. mgr. 3. gr. laga um vörumerki nr. 45/1997. Kærandi hafi notað firmaheitið og vörumerkið Rafco í rekstri sínum allt frá árinu 1985. Kærandi hafi því sannanlega bæði notað og skráð firmaheiti sitt áður en Alnet ehf. hafi byrjað notkun á nafninu. Ef ástæða þyki til sé hægt að leggja fram frekari gögn því til stuðnings.
7. Þegar firmaheitið Rafco sé borið saman við nafnið Rafkó sé ljóst að bæði sjón- og hljóðlíking sé til staðar þar sem um sama nafn sé að ræða, þótt rithátturinn sé örlítið frábrugðinn. Hvað þjónustu- og vörulíkingu varðar sé ljóst að aðilarnir séu á skyldum mörkuðum. Þegar farið sé inn á heimasíðu með heitinu rafko.is komi upp heitið rafkó.is efst í vinstra horni síðunnar. Samkvæmt 5. gr. laga nr. 57/2005 séu óréttmætir viðskiptahættir bannaðir. Viðskiptahættir séu óréttmætir ef þeir brjóti í bága við góða viðskiptahætti gagnvart neytendum og raski verulega eða séu líklegir til þess að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda, sbr. og 8. gr. sömu laga. Þá komi fram í 9. gr. laganna 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. Hér sé átt við rangar upplýsingar samkvæmt f-lið ákvæðisins, þar sem vísað sé til auðkenna.
8. Með notkun sinni á nafninu Rafkó sé Alnet ehf. að nýta sér viðskiptavild eigenda kæranda, sem þeir hafi byggt upp með áratugalangri starfsemi sinni. Það blasi við að vegna mikillar merkja- og þjónustulíkingar milli nafnanna sé veruleg hættá á því að neytendur og viðskiptavinir muni tengja fyrirtæki aðilanna hvort við annað. Meginreglan, sem liggja til grundvallar framangreindu, sé sú að sá sem fyrstur skrái eða noti ákveðið firmaheiti öðlist einkarétt til notkunar á því. Grunnrökin á bak við þá hugsun að veita tilteknum aðila einkarétt til notkunar á tilteknu auðkenni sé að gera neytendum og viðskiptavinum kleift að aðgreina fyrirtæki hvert frá öðru. Viðskiptavinir tengi ákveðið auðkenni við fyrirtæki og á grundvelli reynslu þeirra af viðskiptum við fyrirtæki taki þeir

ákvörðun um hvort þeir vilji eiga frekari viðskipti eða ekki. Uppbygging fyrirtækis sé kostnaðarsöm og mikil vinna liggi að baki uppbyggingu og öflunar viðskiptavildar.

9. Með bréfi Neytendastofu til Alnets ehf., dags. 15. nóvember 2011, var félaginu kynnt framangreint bréf kæranda og gefinn kostur á að koma að skýringum eða athugasemdum við það. Svar barst með bréfi framkvæmdastjóra félagsins, dags. 7. desember 2011. Þar kemur fram að Alnet ehf. hafi breytt nafni sínu í Raftækjaverslun Kópavogs ehf., eins og ætlunin hafi verið frá upphafi. Þá liggi fyrir umsókn hjá Einkaleyfastofunni um skrásetningu á vörumerkinu Rafkó, en hún hafi nýlega verið send inn. Þeirri fullyrðingu sé algjörlega hafnað að félögin séu á skyldum mörkuðum. ÍSAT atvinnugreinaflokkun fyrir Raftækjaverslun Kópavogs ehf. sé 47.91.0, Smásala póstverslana eða um Netið, en ÍSAT atvinnugreinaflokkun hjá kæranda 43.21.0, Raflagnir, sem sýni að fyrirtækin séu í algjörlega ólíkum rekstri og hætta á skörun og nýtingu viðskiptavildar eiganda kæranda sé ekki til staðar. Samkvæmt 2. málsl. 15. gr. a laga nr. 57/2005 sé bannað að nota auðkenni „á þann hátt að leitt geti til þess að villst verði á því og öðru einkenni sem annað fyrirtæki notar með fullum rétti“ og það verði á engan hátt séð að hægt sé að ruglast á raftækjaverslun á Netinu og rafvirkja.
10. Með bréfi Neytendastofu til lögmanns kæranda, dags. 14. desember 2011, sem framkvæmdastjóri Raftækjaverslunar Kópavogs ehf. fékk afrit af, var kæranda kynnt síðastgreint bréf og tekið fram að gagnaöflun væri lokið og málið yrði tekið til ákvörðunar Neytendastofu. Í bréfinu var jafnframt að finna lista yfir gögn málsins.

### ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

11. Hinn 6. mars 2012 tók Neytendastofa hina kærðu ákvörðun nr. 12/2012, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til aðgerða í málinu. Í niðurstöðukafla ákvörðunarinnar er fyrst gert grein fyrir megin sjónarmiðum aðila og tekið fram að undir rekstri málsins hafi Alnet ehf. breytt um firmanafn og beri nú heitið Raftækjaverslun Kópavogs ehf. Ljóst sé af gögnum málsins að um sama lögaðila sé að ræða og aðili máls verði því hér eftir nefndur Raftækjaverslun Kópavogs. Í ákvörðuninni er síðan vikið með almennum hætti að efni 5. gr., 1. mgr. 8. gr., f-liðar 1. mgr. 9. gr. og 15. gr. a laga nr. 57/2005. Næst segir að kærandi hafi fengið firmaheitið Rafco skráð hjá fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra árið 1985. Leggja virðist mega til grundvallar að kærandi hafi frá þeim tíma notað firmaheitið til auðkenningar á fyrirtækinu. Raftækjaverslun Kópavogs hafi skráð lénin rafkó.is þann 30. júní 2011 og rafko.is þann 3. maí 2011 hjá lénaskrá ISNIC. Fyrirtækið virðist einnig hafa auðkennt starfsemi sína með heitinu Rafkó frá byrjun starfsemi þess. Að mati Neytendastofu eigi því báðir aðilar tilkall til auðkenna sinna. Ákvæði 2. málsl. 15. gr. a laga nr. 57/2005 komi þar með til álita í málinu.
12. Réttur til vörumerkis geti stofnast annars vegar fyrir skráningu og hins vegar fyrir notkun. Meginreglan sé sú að eigandi merkis öðlist einkarétt til nafnsins og öðrum sé þar með óheimilt að nota það eða annað nafn sem líkist því svo mikið að ruglingshætta skapist. Ákvæði 15. gr. a laga nr. 57/2005 sé einkum ætlað að vernda auðkenni gegn því að keppinautur noti annað auðkenni sem líkist því mikið. Til þess að njóta einkaréttar verði vörumerkið að vera þess eðlis að það geti

aðgreint fyrirtækið eða vöru þess eða þjónustu frá keppinautum og takmarkist verndin því við að merkið sé ekki almennt orð og lýsandi fyrir þá vöru eða þjónustu sem fyrirtækið bjóði. Við mat á ruglingshættu sé einnig litið til þess hvort fyrirtækin starfi á sama markaði og hvort þau beini vöru eða þjónustu að sama markhópi.

13. Aðilar málsins noti heitin Rafkó og Rafco til að markaðssetja vöru og þjónustu sína og hljóðlíking þeirra sé alger. Skírskotun þeirra, annars vegar til Kópavogs og hins vegar til enska orðsins company, skilji þau þó að litlu leyti að. Heitin séu bæði samsett og séu ekki almenn orð. Neytendastofa telji þau hvor á sinn hátt lýsandi fyrir starfsemi aðilanna. Fyrirtækin sem hér deili bjóði upp á ólíkar vörur og þjónustu. Kærandi hafi í fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra atvinnugreinaflokkunina 43.21.0, Raflagnir, en Raftækjaverslun Kópavogs hafi atvinnugreinaflokkunina 47.91.0, Smásala póstverslana eða um Netið. Hafi ekkert komið fram í málinu sem bendi til annars en að um sé að ræða annars vegar rafvirkjunarfyrirtæki og hins vegar smásöluverslun með raftæki og tölvubúnað á Internetinu. Neytendastofu þyki því ljóst að fyrirtækin séu ekki keppinautar, þau starfi ekki á sama markaði og gera megi ráð fyrir því að markhópar þeirra séu talsvert ólíkir. Neytendastofa telji starfsemi fyrirtækjanna svo ólíka að ekki sé hættá á því að neytendur telji tengsl vera á milli fyrirtækjanna. Að sama skapi teljist notkun Raftækjaverslunar Kópavogs á heitinu Rafkó að mati Neytendastofu ekki vera villandi og því ekki brot gegn f-lið 1. mgr. 9. gr., sbr. 5. gr. og 8. gr. laga nr. 57/2005. Með vísan til framangreinds telji Neytendastofa ekki ástæðu til frekari afskipta af máli þessu.

#### **RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR ANNARRA**

14. Í kæru, dags. 3. apríl 2012, er í upphafi tekið fram að kærandi telji notkun Raftækjaverslunar Kópavogs á vörumerkinu RAFKÓ og léninu www.rafko.is brjóta gegn ákvæðum laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, nánar tiltekið ákvæðum f-liðar, 1. mgr. 9 gr. og 15. gr. a. Í málavaxtalýsingu er síðan vísað til erindis kæranda til Neytendastofu og tekið fram að niðurstaða stofnunarinnar hafi verið sú að kærandi og Raftækjaverslun Kópavogs bjóði upp á ólíkar vörur og þjónustu þar sem ÍSAT flokkun ríkisskattstjóra sé ólík. Þar af leiðandi hafi Neytendastofa ekki talið ástæðu til aðgerða af sinni hálfu. Þessari niðurstöðu sé kærandi ekki sammála og telji að hún brjóti gegn meginreglu vörumerkjaréttar um mat á ruglingshættu á milli vörumerkja og þar með gegn ákvæðum f-liðar 1. mgr. 9. gr. og 15. gr. laga nr. 57/2005.
15. Kærandi sé eigandi firmaheitisins RAFCO og hafi notað nafnið sem firmaheiti og vörumerki hér á landi sleitulaust frá árinu 1985. Samkvæmt 1. mgr. 3. gr. laga um vörumerki nr. 45/1997 stofnist vörumerkjaréttur annað hvort með skráningu vörumerkis fyrir ákveðnar vörur og/eða þjónustu eða með notkun vörumerkis hér á landi fyrir ákveðnar vörur og/eða þjónustu. Kærandi hafi ekki sótt um skráningu á vörumerki sínu RAFCO heldur hafi vörumerkjaréttur hans stofnast með áralangri notkun. Samkvæmt samþykktum kæranda, Rafco ehf., sé tilgangur félagsins verktakastarfsemi á sviði raflagna og verslun með raflagnarefni og skyldar vörur, sbr. fylgiskjal með kærinni. Starfsemi kæranda sé mjög víðtæk og í samræmi við skilgreindan tilgang félagsins. Í stuttu máli megi segja að kærandi starfi við allt sem viðkemur rafmagni, bæði hvað varði þjónustu og sölu varnings. Þannig hafi kærandi um árabil bæði veitt alla almenna þjónustu sem tengist rafmagni,

raftækjum og raflögnum ásamt því að selja allar þær vörur sem tengjast starfseminni svo sem bruna- og þjófarvarnakerfi, allan búnað og lagnir í kringum tölvukerfi, skápa fyrir tölvukerfi, tengla, kapla fyrir tölvu og símkerfi svo eitthvað sé nefnt.

16. Það sé því engum vafa undirorpið að kærandi sé eigandi vörumerkisins RAFCO fyrir allar þær vörur og þjónustu sem talin séu upp hér að framan. Samkvæmt NICE flokkunarkerfinu sem gildi hér á landi, sbr. 16. gr. laga nr. 45/1997, megi flokka þær vörur og þjónustu sem kærandi selji og markaðssetji undir merkinu RAFCO í eftirfarandi flokka: 9, 11, 35, 37 og 42. Raftækjaverslun Kópavogs haldi úti vefsíðunni [www.rafko.is](http://www.rafko.is) þar sem hann selji vörur sem í NICE flokkunarkerfinu falli undir flokka 9 og 11 og þjónusta hans falli undir flokk 35. Kærandi hafi vaxandi ónæði af því frá viðskiptavinum Raftækjaverslunar Kópavogs að komið sé til hans eða hringt til að kanna með afhendingu á vörum og önnur samskipti. Það sé því staðreynd að mikil hætta sé á ruglingi milli fyrirtækjanna. Notkun Raftækjaverslunar Kópavogs á vörumerki sem sé nánast eins skrifað, borið eins fram og notað fyrir sömu vörur og þjónustu sé því klárt brot á vörumerkjarétti kæranda.
17. Í næsta kafla kærunnar, sem ber heitið „Málsástæður og lagarök“, er fyrst vikið að ákvæðum laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, þá að ákvæðum laga um vörumerki nr. 45/1997 og loks að meintum brotum gegn ákvæðum umræddra laga. Í 5. gr. laga nr. 57/2005 sé kveðið á um almennt bann við óréttmætum viðskiptaháttum. Um sé að ræða almenna vísireglu sem banni óréttmæta viðskiptahætti. Í III.-V. kafla laganna sé nánar tilgreint hvað teljist óréttmætir viðskiptahættir. Í lögnum sé að finna ákveðin siðferðileg viðmið og viðmið um góða viðskiptahætti sem fyrirtæki í atvinnustarfsemi verði að virða gagnvart neytendum á markaði. Það sé svo lagt í hendur Neytendastofu og dómstóla að meta hvaða viðskiptahætti skuli viðurkenna og hverja ekki. Ákvæði 9. gr. laganna fjalli um leiðbeiningarskyldu seljanda vöru og þjónustu og séu viðskiptahættir villandi ef neytendum eru veittar rangar upplýsingar í þeim tilgangi að hafa áhrif á ákvörðun þeirra um viðskipti. Samkvæmt f-lið ákvæðisins teljist það til villandi viðskiptahátta að gefnar séu villandi upplýsingar um vörumerki og önnur hugverkaréttindi.
18. Þá sé fjallað um vernd auðkenna með nákvæmari hætti í 15. gr. a laga nr. 57/2005, en samkvæmt ákvæðinu sé óheimilt að nota í atvinnustarfsemi firmanafn, verslunarmerki eða því um líkt, sem sá sem ekki hefur rétt til er notar, eða reka atvinnu undir nafni sem gefur villandi upplýsingar um eignarrétt eða ábyrgð atvinnurekanda. Enn fremur sé sérhverjum bannað að nota auðkenni, sem hann á tilkall til, á þann hátt að leitt geti til þess að villst verði á því og öðru einkenni sem annað fyrirtæki notar með fullum rétti. Ákvæði 15. gr. a komi til fyllingar á vörumerkjavernd, sbr. greinargerð með því frumvarpi sem varð að samkeppnislögum nr. 8/1993. Fyrri málsliður greinarinnar hafi að geyma almennt bann við því að nota auðkenni, t.d. firmanafn og vörumerki, sem annar eigi. Rétturinn til þessara auðkenna geti hvílt á sérlöggjöf svo sem vörumerkjalögum, lögum um verslunarskrár, firmu og prókúruumboð og þess háttar. Ákvæðið feli í sér viðbótarvernd við þá vernd sem framangreind sérlög veiti auðkennum. Með 2. másl. 15. gr. a sé rétturinn til að nota eigin auðkenni takmarkaður á þann veg að óheimilt sé að nota auðkenni þannig að leitt geti til þess að villst verði á því og öðru auðkenni sem annað fyrirtæki noti með fullum rétti.

19. Í vörumerkjarétti felist að aðrir en eigandi vörumerkis megi ekki heimildarlaust nota í atvinnustarfsemi tákn sem eru eins eða lík vörumerki hans ef notkunin tekur til eins eða svipaðrar vöru og/þjónustu og vörumerkjarétturinn nær til og hætt er við ruglingi, þar með talið að tengsl séu með merkjunum, sbr. 1. mgr. 4. gr. laga um vörumerki nr. 45/1997. Eigandi vörumerkis hafi því einkarétt á að nota vörumerkið sitt hér á landi, sbr. 4. gr. laganna. Það sé því ekki bara notkun á alveg eins vörumerkjum sem sé óheimil heldur sé notkun annarra aðila á sambærilegum vörumerkjum sem ruglingi geta valdið einnig ólögmat. Þegar metið sé hvort ruglingshætta sé milli tveggja merkja sé annars vegar litið til þess hvort að merkjalíking sé með merkjunum og hinsvegar hvort vöru- og/eða þjónustulíking sé með merkjunum, sbr. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 45/1997. Líkingu milli merkja og vöru- og/eða þjónustulíkingu verði að skoða í því samhengi og almenna reglan sé sú að þeim mun líkari sem merkin séu, því mun minni kröfur séu gerðar til vöru- eða þjónustulíkingar, sbr. forúrskurð EB-dómstólsins í EBD, mál C-342/97, ECR 1999, bls. I-3819. Við mat á því hvort merkjalíking sé til staðar milli tveggja merkja beri að líta á heildarmynd merkjanna, sbr. forúrskurð EB-dómstólsins í EBD, mál C-251/95, ECR 1997, bls. I-6191.
20. Þessi sjónarmið hafi verið staðfest í íslenskri dómaframkvæmd, sbr. Hrd. 2004, bls. 4449 (206/2004), þar sem Pharmanor hf. hafi verið gert að breyta firmaheiti sínu vegna ruglingshættu við vörumerkið Pharma Nord. Í dómi Hérð. Rvk. í máli nr. E-44/2004, Byko hf. gegn BYMO-byggingarvöruverslun Mosfellsbæjar ehf., hafi lögbann á notkun vörumerkisins BYMO jafnframt verið staðfest. Hafi það verið niðurstaða dómsins að merkin væru það lík að hætta væri á því að neytendur rugluðu þeim saman. Kærandi veki sérstaka athygli á því að til að komast hjá því að um ruglingshættu sé að ræða milli tveggja vörumerkja sé ekki nægjanlegt að breyta merki sem til sé lítilsháttar, eins og að breyta einstaka bókstaf. Þá leggi kærandi áherslu á að meta skuli ruglingshættu út frá sjónarhóli neytandans og þeirri staðreynd að hinn almenni neytandi hefur yfirleitt eingöngu annað merkið fyrir augum hverju sinni.
21. Ljóst sé að framangreind notkun Raftækjaverslunar Kópavogs á vörumerkinu RAFKÓ, í fyrsta lagi sem vörumerki fyrir fyrirtækið og í öðru lagi í lénaskráningunni rafko.is, stangist á við f-lið 1. mgr. 9. og 15. gr. a laga nr. 57/2005. Auðkennið sé augljóslega notað í atvinnustarfsemi, vörumerki kæranda njóti verndar sem óskráð vörumerki, um sé að ræða eins eða svipaða þjónustu og því ótvírætt að notkun Raftækjaverslunar Kópavogs á auðkenninu sé til þess fallin að gefa villandi upplýsingar um eignarrétt og ábyrgð atvinnurekanda. Eins og rakið hafi verið að framan þurfi við mat á ruglingshættu að líta til líkingar á milli merkjanna sjálfra og þeirrar notkunar sem þeim sé ætlað að auðkenna, þ.e. vöru- og þjónustulíkingar. Séu merkin sem hér eru til skoðunar metin með tilliti til sjón- og hljóðlíkingar megi strax sjá að merkin séu afar lík, sbr. RAFCO og RAFKÓ. Þá sé hljóðlíking milli merkjanna algjör þar sem íslenskur framburður á endingunni CO sé KÓ, þ.e.a.s. merkin séu borin eins fram.
22. Eftir standi að meta hvort vöru- og/eða þjónustulíking sé til staðar. Rétt sé að ítreka að þeim mun líkari sem vörumerkin sjálf séu, þeim mun ríkari kröfur verði að gera til þess að vörur og þjónusta séu ólík. Miðað við notkun Raftækjaverslunar Kópavogs á heimasíðunni rafko.is, sbr. fylgiskjal með kærinni, þá sé vöru- og þjónustulíkingin algjör. Vörumerkinu RAFKO sé fyrst og fremst ætlað að auðkenna verslun með rafvörur. Samkvæmt NICE flokkunarkerfinu falli þjónustan

verslun undir flokk 35 og þær vörur sem seldar séu á síðunni falli allar undir flokka 9 og 11. Vörumerki kæranda, RAFCO, sé einnig notað fyrir verslun með rafmagnsvörur, þessi þjónusta falli undir flokk 35. Þá falli þær vörur sem kærandi verslar með undir flokka 9 og 11. Því sé ljóst að vöru- og þjónustulíking sé einnig til staðar. Þó svo að kærandi bjóði víðtækari þjónustu undir vörumerki sínu en hér sé talið upp, takmarki það ekki einkarétt hans á notkun vörumerkisins í þeim flokkum sem séu sameiginlegir með kæranda og Raftækjaverslun Kópavogs.

23. Í niðurlagi kærunnar segir loks að tilgangur vörumerkja sé fyrst og fremst að gera neytendum kleift að aðgreina vörur og þjónustu eins aðila frá vörum og þjónustu annara. Í lögum nr. 57/2005 sé að finna almenn siðferðileg viðmið um góða viðskiptahætti og viðmið um þá viðskiptahætti sem fyrirtækjum beri að virða gagnvart neytendum. Notkun Raftækjaverslunar Kópavogs á vörumerkinu RAFKÓ sé gagnert til þess fallin að grafa undan tilgangi vörumerkja. Með vísan til alls framangreinds sé farið fram á það að kröfur kæranda verði teknar til greina.
24. Með bréfi, dags. 4. apríl 2012, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 18. apríl 2012, þar sem þess er krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Neytendastofa tekur fram að við mat á því hvort ruglingshætta sé fyrir hendi verði meðal annars litið til víxlverkunar tveggja þátta. Annars vegar sé tekið mið af hljóð- og sjónlíkingu auðkennanna og hins vegar af starfsemi, tilgangi og markhópi fyrirtækjanna. Eftir því sem auðkenni aðila séu líkari, því minni kröfur séu gerðar til skyldleika starfseminnar og öfugt. Sama eða svipað starfssvið fyrirtækja hafi því samskonar áhrif eins og vöru- og þjónustutegundir í vörumerkjarétti. Þá skipti einnig máli hvernig notkun auðkennanna sé háttáð. Ráðist niðurstaðan af heildarmati hverju sinni.
25. Líkt og fram komi í hinni kærðu ákvörðun sé hljóðlíking heitanna Rafkó og Rafco alger, enda framburður þeirra eins á íslensku. Neytendastofa telji aftur á móti að við heildarmatið þurfi einnig að taka mið af þeirri merkingu (d. meningsinhold) sem kunni að vera fólgin í auðkennum. Í þessu máli skilji merkingarmunur heitin að litlu leyti að, þar sem þau vísi annars vegar til Kópavogs og hins vegar til enska orðsins company. Að mati Neytendastofu vísi kærandi réttilega til þess að hafa beri til hliðsjónar grunnsjónarmið vörumerkjaréttar við mat á því hvort brotið sé gegn ákvæðum 15. gr. laga nr. 57/2005. Neytendastofa bendi á að einnig beri að líta til viðurkenndra lögskýringarsjónarmiða og fyrri framkvæmdar sem á ákvæðinu byggji. Við mat á ruglingshættu hafi meðal annars verið litið til þess hvort fyrirtæki starfi á sama markaði og hvort þau beini vöru eða þjónustu að sama markhópi, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 26. mars 2010 (14/2009) og úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 24. mars 2011 (18/2010). Þá hafi verið litið til þess að hverjum þjónusta beinist, eins og í Hrd. 2001, bls. 4175 (228/2001), þar sem við mat á ruglingshættu hafi verið tekið tillit til markaðssetningar vöru.
26. Kærandi sé aðili að Félagi löggiltra rafverktaka í Reykjavík og Samtökum rafverktaka. Í fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra hafi kærandi atvinnugreinaflokkunina 43.21.0, Raflagnir. Í kæru komi fram að starfsemi félagsins sé í samræmi við skilgreindan tilgang félagsins, þ.e. verktakastarfsemi á sviði raflagna og verslun með raflagnaefni og skyldar vörur. Þá fái Neytendastofa ekki ráðið af gögnum málsins að kærandi starfræki heimasíðu eða reki verslun.

Raftækjaverslun Kópavogs hafi atvinnugreinaflokkunina 47.91.0, Smásala póstverslana eða um Netið. Fyrirtækið hafi með höndum sölu á heimilistækjum, sjónvörpum og almennum tölvubúnaði til neytenda í gegnum netverslun á léninu rafko.is. Telji Neytendastofa starfsemi fyrirtækjanna svo ólíka að þau geti ekki talist keppinautar. Þá telji Neytendastofa að eðli og gerð þeirrar vöru og þjónustu sem hér um ræði komi neytendum fyrir sjónir með ólíkum hætti. Að mati Neytendastofu verði að gera ráð fyrir því að hinn almenni neytandi kaupir þjónustu rafverktaka sjaldnar og í öðrum tilgangi en þegar almennar neytendavörur á borð við sjónvörp, hárbólur eða kaffivélur séu keyptar. Því telji Neytendastofa að vörur og þjónusta kæranda höfði til annars markhóps en vörur og þjónusta Raftækjaverslunar Kópavogs.

27. Neytendastofa bendi einnig á að skráning í NICE vöruflokk sé ekki afgerandi fyrir niðurstöðu um ruglingshættu, heldur einungis til leiðbeiningar við það heildarmat sem óhjákvæmilega þurfi að fara fram. Neytendastofa telji að líta beri til raunverulegrar markaðssetningar fyrirtækjanna, sem sé talsvert ólík í þessu máli. Með vísan til framangreinds telji Neytendastofa ljóst að enda þótt bæði fyrirtæki sýsli með rafvörur á einn eða annan hátt, starfi þau ekki á sama markaði og höfði ekki til sama markhóps og að jafnframt sé ólíklegt að neytendur geti villst á merkjunum í viðskiptum. Að öðru leyti vísi Neytendastofu til hinnar kærðu ákvörðunar sem og gagna málsins.
28. Með bréfi lögfræðings kæranda, dags. 24. apríl 2012, bárust áfrýjunarnefnd neytendamála frekari gögn frá kæranda vegna málsins. Í bréfinu er vísað til kærunnar og þess sem þar greini um að kærandi hafi um árabíl selt vörur sem tengist m.a. tölvum, símkerfum og raflagnarefni ýmiss konar, þ.e. vörur sem falli undir sömu vöruflokka samkvæmt NICE flokkunarkerfinu og þær vörur sem seldar sé á síðunni rafko.is. Þessu til staðfestingar leggi kærandi fram afrit af tveimur reikningum til lögreglustjórans í Reykjavík, sem sýni sölu á vörum fyrir tölvu- og símkerfi embættisins, ásamt yfirlýsingum frá fjórum mismunandi birgjum kæranda, þ.e. S. Guðjónssyni, Nýherja, Securitas og Smith & Norland, sem allir staðfesti að kærandi hafi um árabíl keypt af þeim tölvubúnað o.fl. til endursölu. Þessi gögn ættu að sýna svo ekki verði um villst að kærandi starfi ekki bara við rafvirkjun, eins og staðhæft hafi verið af mótaðila fyrir Neytendastofu, heldur veiti hann heildarþjónustu sem feli í sér sölu á sama búnaði og sé til sölu á fyrrnefndri vefsíðu. Með vísan til framangreinds og þess sem fram komi í kæru séu kröfur kæranda ítrekaðar.
29. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 27. apríl 2012, var lögfræðingi kæranda send greinargerð Neytendastofu, dags. 18. apríl 2012, og óskað eftir afstöðu kæranda til hennar. Svar barst með bréfi, dags. 14. maí 2012. Þar segir að eins og fram komi í kæru sé það hluti af starfsemi kæranda að reka verslun. Kærandi, sem sé með verslunarleyfi, hafi um árabíl selt vörur til viðskiptavina sinna eins og fram komi í kæru og staðfest hafi verið með gögnum sem lögð hafi verið fram. Verslun sé ekki bundin við að hafa verslunarrými þar sem viðskiptavinir geti komið og skoðað vörurnar og síðan keypt þær. Verslun geti farið fram með ýmsum hætti, þ.m.t. eins og hjá kæranda. Það geti því ekki takmarkað vörumerkjarétt kæranda að hann reki ekki venjulegt verslunarrými. Sú staðreynd að hann hafi um árabíl stundað verslun með vörur veiti honum vörumerkjavernd fyrir þá þjónustu samkvæmt 2. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga um vörumerki nr. 45/1997. Hafi hann því einkarétt á notkun auðkennisins RAFCO fyrir hvers konar verslun.



30. Raftækjaverslun Kópavogs reki ekki heldur eiginlegt verslunarrými heldur selji vörur sínar á Netinu. Þó svo að fyrirtækin velji mismunandi leiðir til að koma vöru sinni á framfæri sé ekki þar með sagt að markhópar fyrirtækjanna séu mismunandi heldur sýni það aðeins að starfsemi fyrirtækjanna sé að hluta til sú sama. Kærandi hafi orðið fyrir þó nokkuð miklu ónáði vegna viðskiptavina Raftækjaverslunar Kópavogs sem viti ekki hvert þeir eigi að sækja vöru sína og hafi því samband við kæranda, enda engar upplýsingar að finna í símaskrá um hvorki Rafkó né Raftækjaverslun Kópavogs. Rafco ehf. sé hins vegar skráð í símaskrá og því ekkert nema eðlilegt að viðskiptavinir hringi eða komi þangað. Þá vilji kærandi benda á að samkvæmt NICE flokkunarkerfinu falli þjónustan „verslun“ undir flokk 35. Þannig sé sama hvort um sé að ræða venjulega verslun, heildverslun, póstverslun eða verslun í gegnum Netið. Þessi þjónusta öll falli undir sama flokk.
31. Hvað varði markhóp þá selji kærandi bæði til einstaklinga, eða hins almenna neytanda, og til fyrirtækja eða fagaðila. Þær vörur sem kærandi selji séu tengdar þeim vörum sem Raftækjaverslun Kópavogs selji auk þess sem þessar vörur falli allar undir sömu NICE flokka eins og rakið hafi verið í kærinni. Þannig megi segja að markhópur kæranda innihaldi markhóp Raftækjaverslunar Kópavogs auk fleiri. Kærandi sé því ekki sammála þeirri ályktun Neytendastofu að um slíkan mun á markhópi sé að ræða að ekki valdi ruglingi. Þá vilji kærandi benda á að það væri mjög eðlileg framvinda í starfsemi kæranda að hefja sölu á sömu raftækjum og Raftækjaverslun Kópavogs hafi til sölu. Hér megi sérstaklega nefna tölvur, sjónvörp og símtæki. Þannig hafi starfsemi kæranda þróast mikið á þeim rétt um 30 árum sem fyrirtækið hafi starfað og það verði að teljast mjög óeðlilegt að nýr aðili á markaði geti takmarkað starfsemi rótgróins fyrirtækis með þeim hætti að það geti ekki útvíkkað starfsemi sína í takt við eðlilega þróun og tækniframfarir.
32. Í máli þessu sé mikilvægast að gera sér grein fyrir meginatriðinu, þ.e. ruglingshættu á milli auðkennanna RAFCO annars vegar og RAFKÓ hins vegar. Kærandi og Neytendastofa séu sammála um að hljóðlíking milli merkjanna sé alger, sjónlíking sé mjög mikil en Neytendastofa komist að þeirri niðurstöðu að vörur og þjónusta kæranda höfði til annars markhóps. Þessari niðurstöðu sé kærandi ósammála eins og rakið hafi verið að framan. Kærandi vilji ítreka að fyrri dómaframkvæmd styðji þetta sjónarmið kæranda. Hér sé sérstaklega vísað til Hrd. 2004, bls. 4449 (206/2004), þar sem Pharmanor hafi verið gert að breyta nafni sínu vegna ruglingshættu við lyfjaheitið PHARMA NORD. Dómurinn hafi komist að þeirri niðurstöðu að merkin væru það lík að hætta væri á ruglingi á milli þeirra þó svo að Pharmanor væri heildsala sem starfaði við innflutning á lyfjum, aðallega lyfseðilsskyldum lyfjum (flokkur 35), en vörumerkið PHARMA NORD væri auðkenni fyrir vörur í flokkum 3 og 5, þar á meðal fyrir lyf (vörumerkið sé notað fyrir náttúrulyf). Þarna hafi Hæstiréttur komist að þeirri niðurstöðu að vegna þess hversu lík auðkennin sjálf væru þá þyrftu vörur og þjónusta að vera þeim mun ólíkari. Hæstiréttur hafi metið það svo að jafnvel þótt um þjónustu væri að ræða annars vegar og vörur hins vegar, þá væru það mikil tengsl á milli þeirrar þjónustu og þeirrar vöru sem um var að ræða að hætta væri á ruglingi. Kærandi telji að umrætt mál sé að fullu sambærilegt við fyririggjandi mál þar sem um sé að ræða nánast því eins auðkenni og mikla skörun á vöru og þjónustu.

33. Þá megi benda á að það sé mjög algengt að raftæki eins og sjónvörp, tölvur og símtæki séu sett upp af rafverktökum. Það verði því að gera mjög ríka kröfu til aðgreiningar á auðkennum þegar um svo skylda starfsemi sé að ræða. Segja megi að ef fallist verði á sjónarmið Neytendastofu í málinu verði eignarréttur vörumerkjaeiganda skertur með mjög alvarlegum hætti. Þannig mætti segja með sömu röksemdafærslu að ekkert sé því til fyrirstöðu að t.d. smiður færi að bjóða þjónustu sína, þ.e. smíðavinnu, undir heitinu Byco. Í máli þessu sé ekki um að ræða rafverktaka annars vegar og netverslun hins vegar. Taka verði tillit til heildarmyndarinnar en hún feli í sér heilmikla skörun, bæði á þjónustu og vörum. Sú staðreynd að kærandi sé einnig rafverktaki sé aukaatriði, sem ekki sé nægjanlegt til að aðgreina kæranda frá Raftækjaverslun Kópavogs. Meginatriði sé að auðkennin sjálf séu ruglingslega lík og starfsemi, tilgangur og markhópur séu ekki nógu ólík til að hægt sé að aðgreina auðkennin. Með vísan til framangreinds og þess sem fram komi í kæru séu kröfur kæranda ítrekaðar.
34. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 18. maí 2012, voru Raftækjaverslun Kópavogs ehf. send fyrirliggjandi gögn á kærustigi og óskað eftir afstöðu félagsins til kærunnar. Ekkert svar barst af hálfu félagsins og fulltrúi nefndarinnar fékk staðfest að félagið hygðist ekki tjá sig á áfrýjunarstigi. Með bréfum áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 10. og 25. maí 2012, voru Neytendastofa send þau viðbótargögn sem borist höfðu frá kæranda síðan leitað var eftir afstöðu Neytendastofu, nánar tiltekið bréf lögfræðings kæranda, dags. 24. apríl 2012, og bréf lögfræðings kæranda, dags. 14. maí 2012. Neytendastofa brást við bréfunum með tveimur greinargerðum til áfrýjunarnefndarinnar, dags. 16. maí 2012 og 6. júní 2012.
35. Í greinargerð Neytendastofu, dags. 16. maí 2012, kemur fram að Neytendastofa ítreki að skráning í NICE vöruflokkakerfið sé ekki afgerandi fyrir niðurstöðu um ruglingshættu heldur sé hún eingöngu til leiðbeiningar um það heildarmat sem fram þurfi að fara. Neytendastofa ítreki einnig að notkun Raftækjaverslunar Kópavogs á léninu rafko.is tengist fyrst og fremst netverslun til almennra neytenda með raftæki. Það liggja í augum uppi að rafverktakar selji kaupendum þjónustu oft og iðulega efni og tæki þegar kerfi eða tölvubúnaður séu sett upp. Þau gögn sem kærandi hafi lagt fram með bréfi sínu staðfesti þann skilning Neytendastofu að hér sé fyrst og fremst um að ræða rafverktaka. Til að mynda komi fram á öllum framlögðum reikningum „vinna samk. vinnulistum“. Að mati Neytendastofu bendi þetta til þess að um sé að ræða þjónustu við uppsetningu hins keypta efnis og tækja, eða m.ö.o. rafverktöku. Þá gefi önnur framlögð gögn til kynna að það efni og þau tæki sem um ræði hafi aðallega verið ætluð til endursölu, keypt eða seld af öðrum fyrirtækjum, sérfróðum á ákveðnum fagsviðum. Neytendastofa ítreki því fyrri rök sín um að líta beri til raunverulegrar markaðssetningar fyrirtækjanna sem sé talsvert ólík í þessu máli.
36. Í greinargerð Neytendastofu, dags. 6. júní 2012, er tekið fram að vangaveltur um hvernig starfsemi kæranda og notkun auðkennis kunni að verða háttáð í framtíðinni hafi ekki og ættu ekki að hafa þýðingu við úrlausn málsins hjá stofnuninni. Úrlausn Neytendastofu hafi eingöngu lotið að því hvort sú notkun auðkennanna sem fyrir lá og kvartað var yfir bryti gegn 5. og 15. gr. a laga nr. 57/2005. Dómur Hæstaréttar sem kærandi vísi til, þ.e. Hrd. 2004, bls. 4449 (206/2004), hafi takmarkaða þýðingu fyrir úrlausn málsins. Um hafi verið að ræða ágreining um hvort skilyrði 4. gr. laga um vörumerki nr. 45/1997 um ruglingshættu teldust uppfyllt og hvort skráning í tiltekna

vörflokka NICE kerfisins veitti einkarétt. Í málinu sem hér sé til úrlausnar sé ekki um að ræða skráð vörumerki. Ákvörðun Neytendastofu byggir á viðurkenndum sjónarmiðum um ruglingshættu að því er varðar viðbótarvernd auðkenna sem kveðið sé á um í 15. gr. a laga nr. 57/2005. Við mat á því hvort að um ruglingshættu milli auðkenna sé að ræða í skilningi þess ákvæðis verði til að mynda einnig að líta til þess með hvaða hætti auðkennin séu notuð og til hvaða markhóps fyrirtækin höfði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 16. febrúar 2012 (20/2011). Neytendastofa ítreki því fyrri afstöðu sína um að starfsemi og markhópur fyrirtækjanna séu það ólíkir að ekki sé hætt á því að neytendur telji tengsl vera á milli þeirra.

37. Með bréfum áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 25. maí 2012 og 28. júní 2012, voru lögfræðingi kæranda sendar greinargerðir Neytendastofu, dags. 16. maí 2012 og 6. júní 2012, og óskað eftir afstöðu kæranda til þeirra. Svör bárust með bréfum, dags. 11. júní 2012 og 31. júlí 2012. Í fyrrnefnda bréfinu er tekið fram að kærandi vilji ítreka að mál þetta snúist um brot á vörumerkjarétti og því beri fyrst og fremst að líta til ákvæða vörumerkjaréttar við mat á því hvort um óréttmæta notkun sé að ræða eða ekki. Kærandi sé ekki sammála því mati Neytendastofu að NICE flokkunarkerfið sé einungis til leiðbeiningar um það heildarmat sem fara þurfi fram. Samkvæmt 16. gr. laga nr. 45/1997 beri að skrá vörumerki fyrir ákveðnar vörur eða þjónustu og samkvæmt reglugerð nr. 310/1997 sé kveðið á um að NICE flokkunarkerfið skuli gilda hér á landi. Hvernig vörur og þjónusta aðila málsins séu flokkuð hafi því afgerandi þýðingu enda skuli við mat á ruglingshættu milli vörumerkja meta hljóð-, sjón- og vörulíkingu þeirra. Þó svo að markaðssetning aðila sé ekki með sama hætti geti það atriði ekki haft svo afgerandi áhrif í heildarmatinu að það leiði til þess að eignarréttur kæranda til vörumerkisins skerðist. Þá vilji kærandi ítreka að Hæstiréttur hafi tekið afstöðu til spurningarinnar um mismunandi markaðssetningu í Hrd. 2004, bls. 4449 (206/2004), þar sem um hafi verið að ræða annars vegar nafn á heildverslun sem seldi einungis til annarra fyrirtækja og hins vegar nafn á vöru sem seld var beint til neytenda. Varan sem seld var undir nafninu PHARMA NORD og þjónustan sem innt var af hendi undir nafninu PHARMANOR hafi ekki fallið undir sama flokk en vegna þess hversu lík nöfnin voru og tengslin á milli vörunnar og þjónustunnar hafi Hæstiréttur komist að þeirri niðurstöðu að mismunandi markaðssetning væri ekki nóg til að koma í veg fyrir ruglingshættu. Vísar kærandi að þessu leyti til umfjöllunar um dóminn í kæru. Með vísan til framangreinds og þess sem geti í kæru ítreki kærandi kröfu sína.
38. Í síðarnefnda bréfinu, dags. 31. júlí 2012, er tekið fram að kærandi telji ekki að Hrd. 2004, bls. 4449 (206/2004) hafi takmarkaða þýðingu við úrlausn málsins eins og Neytendastofa haldi fram. Það sé rétt að í því máli hafi verið ágreiningur um hvort skilyrði 4. gr. laga um vörumerki nr. 45/1997 um ruglingshættu milli vörumerkja væru uppfyllt. Hvað varði meðhöndlun dómsins á 1. tölul. 1. mgr. 4. gr., sem segi að notkun vörumerkis megi ekki taka til eins eða svipaðrar vöru eða þjónustu og vörumerkjarétturinn nái til, sé sérstaklega vikið að markaðssetningu aðila. Vísar kærandi í þessum efnum til nánar tiltekinna orða í dómi héraðsdóms í málinu. Þar sé vissulega verið að taka afstöðu til ruglingshættu milli vörumerkja á grundvelli vörumerkjalaga og þess einkaréttar sem vörumerkjalögin veiti eiganda vörumerkja og sé stjórnarskrávarinn samkvæmt 72. gr. stjórnarskrárinnar. Sú vernd sem veitt sé í 15. gr. a laga nr. 57/2005 sé til fyllingar á þeirri vernd sem veitt sé auðkennum með firma- og vörumerkjalögum og 15. gr. a veiti víðtækari vernd

en vörumerkjalog. Ekki verði hins vegar séð hvernig ákvæði 15. gr. a geti takmarkað þá vernd sem vörumerkjarétturinn veiti. Þar af leiðandi telji kærandi að Hrd. 2004, bls. 4449 (206/2004) eigi vissulega við í málinu.

39. Þá vilji kærandi taka fram, sem ítrekað hafi verið nefnt í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar neytendamála, að auk þess sem það skipti máli hvort vörum eða þjónustu sé beint að sama markhópi þá skipti einnig máli við mat á hættu á ruglingi í skilningi 2. málsl. 15. gr. a að því líkari sem auðkenni séu, því minni kröfur séu gerðar til skyldleika starfsemi aðilanna, og öfugt. Bæði kærandi og Neytendastofa séu sammála um að merkin séu mjög lík. Í ljósi þess hversu lík merkin séu telji kærandi því að minni kröfur skuli gerðar til skyldleika starfsemi aðilanna en ítreki um leið að það sé mat kæranda að starfsemi aðila sé að hluta til sú sama og mjög skyld að öðru leyti eins og áður hafi verið rakið. Að lokum vilji kæranda bendi á að hann hafi ítrekað orðið fyrir ónáði vegna viðskiptavina rafko.is sem leitað hafi til kæranda um afhendingu á vörum sínum. Það sé því ljóst að ruglingur hafi skapast hjá neytendum. Með vísan til framangreinds og þess sem komi fram í kæru sé krafa kæranda ítrekuð.
40. Með bréfum til lögmanns kæranda og Raftækjaverslunar Kópavogs ehf., dags. 4. september 2012, tilkynnti áfrýjunarnefnd neytendamála, með vísan til 3. mgr. 9. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, að afgreiðsla málsins myndi tefjast vegna mikilla anna nefndarinnar, en stefnt væri að því að úrskurður yrði kveðinn upp fyrir októberlok.

#### **NIÐURSTADA**

41. Í máli þessu er deilt um þá ákvörðun Neytendastofu að ekki sé ástæða til aðgerða vegna kvörtunar kæranda yfir notkun Raftækjaverslunar Kópavogs ehf. (áður Alnet ehf.) á heitinu Rafkó. Kærandi leitar endurskoðunar á niðurstöðu Neytendastofu og krefst þess að hinni kærðu ákvörðun „verði hrundið og að Raftækjaverslun Kópavogs verði bönnuð notkunin á vörumerkinu RAFKÓ og léninu www.rafko.is og þeim verði gert að framselja lénið [kæranda] eða afskrá það innan 10 daga frá birtingu ákvörðunar að viðlögðum dagsektum, sbr. 23. gr. laga nr. 57/2005“.
42. Í hinni kærðu ákvörðun er rakið að kærandi hafi fengið firmaheitið Rafco skráð hjá fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra árið 1985 og að svo virðist sem leggja megi til grundvallar að hann hafi frá þeim tíma notað firmaheitið til auðkenningar á fyrirtækinu. Þar er jafnframt rakið að Raftækjaverslun Kópavogs hafi skráð lénin rafko.is þann 3. maí 2011 og rafkó.is þann 30. júní 2011 hjá ISNIC og að fyrirtækið virðist hafa auðkennt starfsemi sína með heitinu Rafkó frá byrjun starfsemi þess. Kærandi telur notkun Raftækjaverslunar Kópavogs ehf. á heitinu Rafkó fara í bága við lög um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005 en Neytendastofa telur svo ekki vera. Í hinni kærðu ákvörðun var nánar tiltekið tekið til athugunar hvort umrædd notkun færi í bága við 5. gr., 1. mgr. 8. gr., f-lið 1. mgr. 9. gr. og 15. gr. a laga nr. 57/2005 og komist að þeirri niðurstöðu að svo væri ekki. Rétt er að taka fram í upphafi að mál þetta snýst eingöngu um það hvort umrædd háttsemi Raftækjaverslunar Kópavogs ehf. hafi brotið gegn framangreindum ákvæðum laga nr. 57/2005 og gripið skuli til aðgerða af þeim sökum. Málið snýst hins vegar ekki um túlkun og beitingu einstakra ákvæða laga um vörumerki nr. 45/1997. Þrátt fyrir að grunnsjónarmið í

vörumerkjarétti hafi vissulega áhrif við túlkun 15. gr. a laga nr. 57/2005, sbr. það sem á eftir greinir, er um að ræða sitt hvor lögin sem falla undir sitt hvort stjórnvaldið. Um þessi atriði vísast til fyrri úrskurða, m.a. úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 26. mars 2010 (14/2009) og úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 5. mars 2010 (12/2009). Rétt er að víkja stuttlega með almennum hætti að framangreindum ákvæðum laga nr. 57/2005 sem hér koma til skoðunar áður en metið verður hvort brotið hafi verið gegn þeim.

43. Ákvæði 5. gr. laga nr. 57/2005 felur í sér almennt bann við óréttmætum viðskiptaháttum. Þar kemur fram að í III.-V. kafla sé nánar tilgreint hvað teljist óréttmætir viðskiptahættir en ákvæði 1. mgr. 8. gr., f-liðar 1. mgr. 9. gr. og 15. gr. a er að finna í III. og V. kafla laganna. Í 1. mgr. 8. gr. segir að viðskiptahættir séu óréttmætir ef þeir brjóta í bága við góða viðskiptahætti gagnvart neytendum og raska verulega eða eru líklegir til að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda. Viðskiptahættir sem brjóti í bága við ákvæði III. kafla séu alltaf óréttmætir. Í 1. mgr. 9. gr. 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. Samkvæmt f-lið 1. mgr. 9. gr. er hér m.a. átt við rangar upplýsingar um réttindi, hæfni eða annað sem varðar aðstæður söluaðila eða fulltrúa hans, stöðu hans á markaði, skyldur, vörumerki og önnur hugverkaréttindi.
44. Ákvæðið í 15. gr. a má rekja allt aftur til laga um varnir gegn óréttmætum verzlunarháttum nr. 84/1933. Þannig er núgildandi ákvæði nánast orðrétt samhljóða 9. gr. laga nr. 84/1933, en í millitíðinni var reglu í þessa veru að finna í lögum um verðlag, samkeppnishömlur og óréttmæta viðskiptahætti nr. 56/1978 og samkeppnislögum nr. 8/1993. Tilgangurinn með ákvæðinu var að ná til tilvika sem ekki féllu beint undir ákvæði firmalaga eða laga um vörumerki. Talið var að vernd þeirra laga næði ekki alltaf nógu langt og því væri þörf á slíkri almennri samkeppnisreglu um vernd auðkenna. Þrátt fyrir vaxandi umfang slíkra sérlaga hefur löggjafinn metið það svo að enn sé þörf á tilvist slíkrar almennrar reglu og þeirri viðbótarvernd sem hún veiti. Í ákvæðinu er í reynd um tvenns konar reglur að ræða – annars vegar bann við því að nota auðkenni sem viðkomandi hefur ekki rétt til, sbr. 1. másl. ákvæðisins, en hins vegar bann við því að nota eigin auðkenni þannig að ruglingshætta skapist við einkenni annarra, sbr. 2. másl. Í hinni kærðu ákvörðun var réttilega á því byggt að bæði fyrirtækin ættu tilkall til auðkenna sinna og því réðist niðurstaða málsins af 2. másl. ákvæðisins.
45. Við mat á því hvort brotið hafi verið gegn 2. másl. 15. gr. a hafa eftirlitsstjórnvöld um margt litið til svipaðra sjónarmiða og í vörumerkjarétti. Meðal þeirra grunnsjónarmiða sem framkvæmdin ber með sér er að við mat á því hvort brotið hefur verið gegn ákvæðinu hefur grundvallarþýðingu hvort þau auðkenni sem um er deilt hafi sérkenni sem greini þau frá öðrum. Ef auðkenni er einungis lýsandi fyrir þá þjónustu eða vörur sem viðkomandi hefur á boðstólum, en hefur ekki einhver tiltekin sérkenni til aðgreiningar frá öðrum, hefur viðkomandi ekki verið talinn njóta verndar gegn því að annar aðili taki upp áþekk auðkenni til kynningar á starfsemi sinni. Um þetta vitna ýmsir fyrri úrskurðir, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 24. mars 2011 (1/2011) og úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 28. október 2010 (9/2010), svo einhver dæmi séu nefnd. Það er mat áfrýjunarnefndar neytendamála að heitið Rafco verði ekki talið almennt eða

einungis lýsandi í framangreindum skilningi, á þann hátt að það skorti nægileg sérkenni til að njóta verndar 15. gr. a. Kemur því til nánari skoðunar hvort brotið hafi verið gegn ákvæðinu.

46. Ákvæði 2. málsl. 15. gr. a felur nánar tiltekið í sér bann við því að nota auðkenni „á þann hátt að leitt geti til þess að villst verði á því og öðru einkenni sem annað fyrirtæki notar með fullum rétti“. Við mat á því hvort notkun auðkennis hafi í för með sér hættu á ruglingi við annað einkenni í skilningi ákvæðisins hefur m.a. verið litið til þess hvort viðkomandi fyrirtæki starfi á sama markaði og hvort þau beini vöru eða þjónustu að sama markhópi, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 24. mars 2011 (18/2010) og úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 26. mars 2010 (14/2009), svo nýleg dæmi séu nefnd. Við mat á ruglingshættu skiptir vitanlega einnig máli hversu lík þau auðkenni eru, sem um er deilt, og þau líkindi hafa áhrif á það hversu skyld starfsemi aðilanna má vera án þess að teljast skapa ruglingshættu. Þannig er ljóst að því líkari sem auðkenni eru, því minni kröfur eru gerðar til skyldleika starfsemi aðilanna, og öfugt. Þá má nefna að við mat á ruglingshættu skiptir vitanlega ekki einungis máli hver auðkennin sem slík eru heldur jafnframt hvernig notkun þeirra er háttáð.
47. Það er mat áfrýjunarnefndar neytendamála að þegar litið sé til framangreindra þátta og fyrirbyggjandi gagna verði ekki talið að fyrir liggja ruglingshætta í skilningi 2. málsl. 15. gr. a vegna þeirrar notkunar sem kærandi kvartaði yfir. Í því sambandi athugast að þrátt fyrir að hljóðlíking umræddra orða sé alger þá eru orðin ekki fyllilega eins, enda munar þrátt fyrir allt tveimur bókstöfum af fimm á rithætti Rafco og Rafkó. Þá verður að telja að hin undirliggjandi skírskotun bókstafanna sem á milli ber til enska orðsins company annars vegar og Kópavogs hins vegar skilji orðin með nokkrum hætti að. Í því sambandi skal einnig nefnt að til eru fjölmörg skráð vörumerki sem hefjast á bókstöfunum „Raf“ og enn fleiri firmaheiti, sem enda síðan með mismunandi hætti. Það sem enn meira máli skiptir hér, við heildarmatið á því hvort ruglingshætta sé til staðar, er hversu ólíkt starfsemi fyrirtækjanna er háttáð. Í fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra hefur kærandi atvinnugreinaflokkunina 43.21.0, „Raflagnir“, en Raftækjaverslun Kópavogs ehf. atvinnugreinaflokkunina 47.91.0, „Smásala póstverslana um netið“. Skráður tilgangur kæranda er „verktakastarfsemi á sviði raflagna og verslun með raflagnaefni og skyldar vörur“. Hann er aðili að Félagi löggiltra rafverktaka í Reykjavík og Samtökum rafverktaka og í kæru kemur fram að starfsemi hans sé í samræmi við hinn skilgreinda tilgang. Ekki verður ráðið af gögnum málsins að hann starfræki heimasíðu og því síður að hann stundi þar verslun. Skráður tilgangur Raftækjaverslunar Kópavogs ehf. er hins vegar „smásala með póstverslun og í gegnum internetið“ og félagið hefur samkvæmt gögnum málsins boðið raftæki og tölvubúnað til sölu á Internetinu. Þegar horft er til framangreinds og annarra fyrirbyggjandi gagna verður að telja að þau beri með sér verulegan mun á starfsemi fyrirtækjanna. Þannig verður að fallast á þá meginniðurstöðu Neytendastofu að fyrirtækin teljist ekki keppinautar, starfi ekki á sama markaði og gera megi ráð fyrir því að markhópar þeirra séu talsvert ólíkir.
48. Þau gögn sem kærandi hefur lagt fram á áfrýjunarstigi breyta ekki framangreindri mynd. Þannig verður að fallast á það með Neytendastofu að umrædd gögn bendi fyrst og fremst til rafverktöku af hálfu kæranda en beri ekki með sér starfsemi sem valdi ruglingshættu við þá starfsemi Raftækjaverslunar Kópavogs ehf. sem fyrir liggur. Þá breytir Hrd. 2004, bls. 4449 (206/2004) því

ekki að ruglingshætta í skilningi 15. gr. a laga nr. 57/2005 telst ekki fyrir hendi í því máli sem hér er til úrlausnar. Í því sambandi má í fyrsta lagi nefna að hin lagalegu álitafni sem á reyndi í dómnum eru að ýmsu leyti önnur en þau sem hér reynir á. Þannig snerti dómurinn réttarvernd skráðs vörumerkis samkvæmt lögum nr. 45/1997 á meðan hér er engu skráðu vörumerki fyrir að fara og lög nr. 57/2005 sem koma til skoðunar. Í öðru lagi er ljóst að þrátt fyrir að bæði málin varði mat á ruglingshættu, er þeim atvikum sem liggja til grundvallar matinu í hvoru málinu fyrir sig á ýmsan hátt ólíkt farið, enda lúta málin að ólíkum auðkennum, aðilum og starfsemi. Þannig verður ekki talið að fyrir liggja sambærileg skörun í því máli sem hér er til úrlausnar, þannig að ruglingshætta í skilningi 15. gr. a laga nr. 57/2005 teljist vera fyrir hendi, en niðurstaðan um hvort svo sé ræðst sem fyrr segir að heildarmati á nokkrum þáttum sem ekki er eins farið í málunum tveimur. Þá geta tilvísanir kæranda til NICE flokkunarkerfisins, vegna hins óskráða vörumerkis síns og starfsemi Raftækjaverslunar Kópavogs ehf., ekki breytt því að líkt og hinum umdeildu auðkennum, notkun þeirra og fyrirliggjandi gögnum um starfsemi aðila er háttáð, verður ekki talið að ruglingshætta í skilningi 15. gr. a laga nr. 57/2005 sé fyrir hendi. Einhliða fullyrðingar kæranda um tilvist ruglings af hálfu neytenda, sem ekki eru studdar gögnum, geta ekki heldur leitt til þess að ruglingshætta í skilningi ákvæðisins teljist liggja fyrir.

49. Við framangreint má síðan bæta að svo virðist sem nokkur breyting hafi orðið á skráningu og notkun hinna umdeildu léna frá því hin kærða ákvörðun var tekin. Þannig virðist sem lénið rafkó.is sé ekki virkt í dag (engin vefsíða kemur upp þegar rafkó.is er slegið inn) og þegar rafco.is er slegið inn kemur upp vefsíða sem auðkennd er Bútik og vísar til félagsins Verslanir ehf. Þá er Raftækjaverslun Kópavogs ehf. ekki lengur skráður réttthafi lénanna rafco.is og rafkó.is hjá ISNIC, heldur Jóhannes Ragnar Jóhannesson, en í skráningarskírteinum lénanna kemur fram að skráningum hafi síðast verið breytt hinn 18. og 19. júlí sl.
50. Samkvæmt framansögðu verður ekki talið að í málinu liggja fyrir ruglingshætta í skilningi 15. gr. a laga nr. 57/2005. Að sama skapi liggja ekki fyrir villandi eða annars konar óréttmætir viðskiptahættir sem brjóta gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr. og f-lið 1. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005. Samkvæmt því ber að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

### ÚRSKURÐARORÐ:

Hin kærða ákvörðun er staðfest.

Eiríkur Jónsson

Egill Heiðar Gíslason

Eyvindur G. Gunnarsson