

ÚRSKURÐUR ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 16/2009

Kæra Hagkaupa á ákvörðunum Neytendastofu 29. júní 2009 og 17. nóvember 2009.

1. Þann 5. mars 2010 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 16/2009: Kæra Hagkaupa á ákvörðunum Neytendastofu frá 29. júní 2009 og 17. nóvember 2009. Í málinu úrskurða Eiríkur Jónsson, Egill Heiðar Gíslason og Eyvindur G. Gunnarsson.
2. Með kæru, dags. 9. desember 2009, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvarðanir Neytendastofu, dags. 29. júní 2009 og 17. nóvember 2009. Í fyrrnefndu ákvörðuninni beindi Neytendastofa „þeim eindregnu tilmælum“ til kæranda að láta af notkun fullyrðinganna „Landsins mesta vöruúrval snyrtivöru“, „Mesta vöruúrval landsins“, „Landsins mesta úrval“, „Stærsti salatbarinn“ og „Stærsta nammilandið“. Í síðarnefndu ákvörðuninni hafnaði Neytendastofa ósk kæranda um endurskoðun á afstöðu stofnunarinnar. Kærandi krefst þess að ákvarðanirnar verði felldar úr gildi eða ómerktar.
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. Forsaga málsins er sú að hinn 26. mars 2008 sendi Neytendastofa kæranda bréf þar sem vísað var til nýlegra fjölmiðlaauglýsinga um að kærandi byði „mesta úrvalið“. Tekið var fram að Neytendastofa gerði þær kröfur til auglýsenda að þeir gætu fært sönnur á fullyrðingar sínar, en að öðrum kosti væri um að ræða brot á 6. gr. laga nr. 57/2005. Í bréfinu fór stofnunin fram á að kærandi færði fram sönnun fyrir því að kærandi byði „mesta úrvalið“. Bréfinu var svarað með bréfi framkvæmdastjóra kæranda, dags. 4. apríl 2008. Í bréfinu komu fram niðurstöður tveggja kannana sem framkvæmdar höfðu verið af IMG Gallup / Capacent árin 2006 og 2007. Kom þar fram að u.þ.b. 75% þátttakenda nefndu kæranda þegar spurt var hvaða verslun væri „að þínu mati með mesta vöruúrvalið“. Í bréfi kæranda var tekið fram að niðurstöður kannananna gæfu ótvírætt til kynna að neytendur á Íslandi teldu að kærandi byði mesta vöruúrvalið.
5. Neytendastofa svaraði kæranda með bréfi, dags. 9. apríl 2008. Í bréfinu var m.a. vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 20. febrúar 2006 (1/2006) og tekið fram að í könnuninni sem kærandi vísaði til væru neytendur spurðir að því hvaða verslun væri að þeirra mati með mesta vöruúrvalið. Könnunin sýndi því fram á einstaklingsbundið mat svarenda en ekki staðreyndir og slíkt væri að mati Neytendastofu ekki fullnægjandi sönnun fyrir fullyrðingu kæranda. Að mati stofnunarinnar væri fullyrðingin „Mesta vöruúrvalið“ brot á ákvæðum 6. gr. laga nr. 57/2005 og með vísan til V. kafla laga nr. 57/2005 beindi Neytendastofa „þeim eindregnu tilmælum“ til

kæranda að láta af notkun fullyrðingarinnar. Þar var einnig vakin athygli á málskotsheimild til áfrýjunarnefndar neytendamála.

6. Bréfinu var svarað með bréfi lögmanns kæranda, dags. 17. apríl 2008. Þar var m.a. tekið fram að kærandi teldi málið byggt á misskilningi og vanþekkingu af hálfu Neytendastofu. Í fyrsta lagi teldi kærandi að ekki hefði verið tekin stjórnvaldsákvörðun í málinu og því ástæðulaust að vísa til málskotsheimildar. Í bréfi Neytendastofu væri einungis að finna tilmæli stofnunarinnar. Þá yrði ekki séð hvaða þýðingu tilvísun til V. kafla laga nr. 57/2005 hefði. Ekki yrði annað séð en að málinu væri lokið af hálfu stofnunarinnar, án ákvörðunar og viðurlaga. Í bréfinu kom hins vegar fram að kærandi lýsti sig ósammála þeirri fullyrðingu sem tilmæli Neytendastofu byggðu á, þ.e. að um brot á lögum nr. 57/2005 væri að ræða. Þau ummæli væru röng og óskað var eftir því í bréfinu að þau yrðu dregin til baka af hálfu Neytendastofu með skriflegum hætti.
7. Í bréfi kæranda var að þessu leyti vísað til niðurstaðna þeirra rannsókna sem sendar voru stofnuninni hinn 4. apríl 2008. Þá var tekið fram að kærandi teldi Neytendastofu túlka forsendur úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 20. febrúar 2006 (1/2006) með röngum hætti og vísað til ákvörðunar samkeppnisráðs 10. mars 2004 (3/2004). Samkvæmt síðarnefndu ákvörðuninni geti vísindalegar skoðanakannanir sem séu rétt framkvæmdar haft fullt sönnunargildi fyrir fullyrðingar verslana. Fullyrðing kæranda um „mesta vöruúrvalið“ sé studd slíkri skoðanakönnun, sem fyrirtækið hafi látið framkvæma áður en umræddar auglýsingar birtust. Fullyrðing Neytendastofu um að auglýsingar kæranda séu brot á 6. gr. laga nr. 57/2005 og þar með á einhvern hátt villandi fyrir neytendur, þegar ljóst sé að afstaða neytenda sé svo afgerandi sem könnunin segi til um, sé ekki í neinu samræmi við raunveruleikann. Í lok bréfsins var áðurnefnd krafa um að Neytendastofa drægi ummæli sín til baka ítrekuð og tekið fram að kærandi hygðist ekki láta af umræddum auglýsingum sínum.
8. Neytendastofa svaraði með bréfi, dags. 23. apríl 2008. Þar var vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 4. mars 2008 (11/2007) en af honum mætti ráða að tilmæli Neytendastofu til kæranda fælu í sér ákvörðun stofnunarinnar sem unnt væri að áfrýja til áfrýjunarnefndar neytendamála. Því væri ekki tilefni til að fjalla frekar um bréf kæranda að svo stöddu. Frekari bréfaskipti áttu sér ekki stað fyrr en rúmu ári síðar.
9. Með bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 27. maí 2009, var vísað til auglýsingabæklings kæranda sem dreift hefði verið á höfuðborgarsvæðinu í maímánuði og innihéldi eftirfarandi fullyrðingar: „Mesta vöruúrval landsins“, „Landsins mesta úrval snyrtivöru“, „Stærsti salatbarinn“, „Stærsta nammilandið“ og „Landsins mesta úrvalið“. Eins og kæranda hafi áður verið bent á beri auglýsanda að geta fært sönnur á fullyrðingar sínar. Í því sambandi er í bréfinu vakin athygli á 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 (ákvæðið kom inn með lögum nr. 50/2008). Auk þess er vísað til 5., 8. og 14. gr. laganna og tekið fram að geti auglýsandi ekki fært sönnur á fullyrðingar sínar sé auglýsingin til þess fallin að vera villandi og því brot á ákvæðum 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 8. gr. og 14. gr. Áður en Neytendastofa tæki afstöðu til málsins væri kæranda gefinn kostur á að koma að sönnunum fyrir fullyrðingunum eða skýringum eða athugasemdum.

10. Bréfi Neytendastofu var svarað með bréfi framkvæmdastjóra kæranda, dags. 29. maí 2009. Þar var tekið fram að undanfarin ár hafi kærandi lagt áherslu á að bjóða upp á mesta úrval landsins í öllum þeim liðum sem hann gæti. Hefði hann gert kannanir og talningar máli sínu til stuðnings. Í þessu tilviki gæti kærandi ótvírætt lagt fram gögn eða rök fyrir þremur umræddra fullyrðinga, þ.e. „Landsins mesta úrval snyrtivöru“, „Landsins mesta úrval“ og „Mesta vöruúrval landsins“. Þær væru byggðar á könnunum sem kærandi hefði gert og fylgdi afrit af könnun Capacent frá árinu 2007 með bréfinu. Varðandi fullyrðingarnar „Stærsti salatbarinn“ og „Stærsta nammilandid“ tók kærandi hins vegar fram að þar sem hann hefði ekki óháð gögn/kannanir til að sýna fram á þessar fullyrðingar myndi hann hætta að nota þær teldi Neytendastofa slíkt ekki fært.
11. Neytendastofa svaraði kæranda með bréfi, dags. 29. júní 2009. Þar var tekið fram að umrædd könnun sýndi fram á einstaklingsbundið mat svarenda en ekki staðreyndir. Að mati stofnunarinnar væru áður nefndar fimm fullyrðingar brot á 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005, enda hefði kærandi ekki fært fullnægjandi sönnur á þær. Með vísan til IX. kafla laga nr. 57/2005 beindi Neytendastofa „þeim eindregnu tilmælum“ til kæranda að láta af notkun fullyrðinganna. Meðfylgjandi bréfinu voru áður nefnd tilmæli Neytendastofu frá 9. apríl 2008.
12. Með bréfi lögmanns kæranda til Neytendastofu, dags. 22. september 2009, óskaði kærandi eftir því að afstaða Neytendastofu til notkunar fullyrðinganna „Mesta vöruúrval landsins“, „Landsins mesta úrval“ og „Landsins mesta vöruúrval snyrtivöru“ yrði endurskoðuð. Í bréfinu er fyrst vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála 10. nóvember 1998 (15/1998) og síðan tekið fram að reglan í 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 sé réttilega skýrð svo að í henni felist að meginstefnu að á auglýsanda vöru hvíli sönnunarbyrði um sannindi þeirra fullyrðinga eða upplýsinga sem hann láti fylgja vöru sinni, enda eigi hann oftast mun auðveldara en stjórnvöld með að sanna slík atriði. Meginreglunni verði þó að beita með þeim takmörkunum sem kunnir að leiða af reglum um rannsóknar- og leibeiningarskyldu stjórnvaldsins, sbr. ákvæði stjórnsýslulaga nr. 37/1993, og þegar yfirvöldum sé nærtakara að sýna fram á þessi atriði taki umræddar meginreglur stjórnsýsluréttarins við.
13. Í bréfinu kemur næst fram að viðskiptastefna kæranda hafi ávallt verið sú að í verslunum fyrirtækisins mætti finna landsins mesta úrval af vörum til daglegra þarfa í matvöru, auk þess sem áhersla væri lögð á fatnað, húsbúnað og tómsundavöru. Í bréfinu er fjölda einstakra vörutegunda kæranda nánar lýst og tekið fram að forsvarsmenn kæranda telji víst að verslanir fyrirtækisins hafi ótvíræða yfirburði á markaðnum hvað vöruúrval varði. Starfsmenn kæranda hafi ekki aðgang að vöruskrá annarra markaðsaðila. Til að renna frekari stoðum undir fullyrðingu um mesta vöruúrval landsins hafi miklu verið eytt til að láta framkvæma faglegar kannanir af óháðum aðilum þar sem viðhorf neytenda til vöruúrvals sé kannað. Í bréfinu er vísað til þeirra kannana frá 2006 og 2007 sem áður höfðu verið sendar Neytendastofu, en jafnframt til nýrrar könnunar frá júní 2009, sem meðfylgjandi var bréfinu. Þar hafi komið fram að 72,8% þátttakenda teldu mesta úrvalið vera í verslunum kæranda og niðurstöðurnar sýni fram á að kærandi njóti sérstöðu hjá neytendum.
14. Að því er fullyrðinguna um snyrtivörur varðar er í bréfi kæranda vísað til svipaðra sjónarmiða og að framan greinir. Þó er þar einnig vísað til framlagðra bréfa frá birgjum á sviði snyrtivöru um að

verslanir kæranda séu með mesta úrvalið og séu stærstu söluaðilar þeirra. Í niðurlagi bréfsins er loks tekið fram að starfsmönnum kæranda sé ómögulegt að kanna nákvæman fjölda vörutegunda annarra markaðsaðila. Kærandi hafi þó kappkostað að sýna fram á með öllum þeim aðferðum sem honum séu færar, að verslanir keðjunnar standi undir þeirri viðskiptastefnu sem fyrirtækið starfi eftir. Kærandi telji sig þar með hafa fullnægt þeim sönnunarkröfum sem gerðar verði til fyrirtækisins vegna umræddra fullyrðinga. Telji Neytendastofa að kæranda hafi verið réttara að sýna fram á sannleiksgildi fullyrðinga sinna með öðrum aðferðum, hefði stofnuninni verið rétt að veita fyrirtækinu nánari leiðbeiningar um það hvaða upplýsingar leggja þyrfti fram varðandi þessi atriði. Samkvæmt 1. mgr. 20. gr. laga nr. 57/2005 geti Neytendastofa kallað eftir upplýsingum frá öðrum markaðsaðilum og staðreynt fullyrðingar kæranda. Í lok bréfsins er tekið fram að fyrirtækið telji sér heimilt að nota fullyrðingarnar og muni gera svo.

ÁKVARÐANIR NEYTENDASTOFU

15. Líkt og áður greinir eru hinar kærðu ákvarðanir tvær. Í fyrsta lagi áður nefnd ákvörðun frá 29. júní 2009, þar sem Neytendastofa beindi „þeim eindregnu tilmælum“ til kæranda að láta af notkun fullyrðinganna „Landsins mesta vöruúrval snyrtivöru“, „Mesta vöruúrval landsins“, „Landsins mesta úrval“, „Stærsti salatabarinn“ og „Stærsta nammilandið“. Í öðru lagi ákvörðun Neytendastofu frá 17. nóvember 2009 sem tekin var í framhaldi af síðastgreindu bréfi lögmanns kæranda þar sem farið var fram á endurskoðun á afstöðu stofnunarinnar. Í ákvörðun Neytendastofu, sem líkt og fyrri ákvörðunin er í formi bréfs til kæranda, er vegna sjónarmiða kæranda um vanrækslu á rannsóknarskyldu vísað til athugasemda í greinargerð með þeim frumvörpum sem urðu að lögum nr. 57/2005 og lögum nr. 8/1993. Með vísan til athugasemda við 39. gr. síðarnefndu laganna telji Neytendastofa einungis hægt að beita 20. gr. laga nr. 57/2005 ef grunur leiki á að um brot á lögum nr. 57/2005 sé að ræða. Fráleitt sé að Neytendastofa beiti lagagreininni í þeim tilgangi að aðstoða fyrirtæki við að fá upplýsingar frá keppinauti.
16. Um sjónarmið kæranda um vanrækslu á leiðbeiningarskyldu er vísað til þess að með ákvörðun Neytendastofu sem birt hafi verið í bréfi stofnunarinnar til kæranda, dags. 9. apríl 2008, hafi þeim eindregnu tilmælum verið beint til kæranda að hætta birtingu auglýsinga þar sem fullyrt væri að hann byði mesta úrvalið. Þar hafi komið fram það álit stofnunarinnar að fullyrðingar sem gæfu til kynna staðreyndir væri ekki hægt að sanna með vísun til einstaklingsbundins mats svarenda viðkomandi könnunar. Ákvörðunin hafi ekki verið kærð til áfrýjunarnefndar neytendamála en kærandi engu að síður haldið áfram að birta slíkar auglýsingar. Með bréfi Neytendastofu, dags. 27. maí 2009, hafi kæranda enn á ný verið gefinn kostur á að sanna fullyrðingar sínar. Með hliðsjón af fyrri ákvörðun stofnunarinnar vegna málsins hafi kæranda mátt vera ljóst að framangreindar kannanir Capacent væru ekki fullnægjandi. Neytendastofa fái ekki séð að það sé hlutverk sitt að leiðbeina kæranda um það hvaða gögn þurfi að leggja fram til þess að færa sönnur á fullyrðingar sem fram komi í auglýsingum, að öðru leyti en því sem fram komi í ákvörðunum stofnunarinnar. Í 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 komi skýrt fram að fyrirtæki þurfi að geta fært sönnur á fullyrðingar sem fram komi í auglýsingum eða með öðrum hætti. Sönnunargögn þurfi að liggja fyrir áður en auglýsingar séu birtar og hlutverk Neytendastofu sé að meta hvort þau gögn

sem liggja fyrir hjá fyrirtækjum séu fullnægjandi. Þá er því mótmælt í ákvörðuninni að tilvísun í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppismála 10. nóvember 1998 (15/1998) hafi hér þýðingu.

17. Í ákvörðuninni segir síðan að kærandi óski þess að Neytendastofa endurskoði afstöðu sína til notkunar kæranda á umræddum þremur fullyrðingum. Í 24. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 sé fjallað um endurupptöku máls eftir að ákvörðun hafi verið tekin og hún tilkynnt aðilum málsins. Skilyrði endurupptöku séu að ákvörðun hafi byggð á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik eða að íþyngjandi ákvörðun um boð eða bann hafi verið byggð á atvikum sem breyst hafi verulega frá því að ákvörðun var tekin. Að hálfu kæranda hafi ekki verið sýnt fram á að ákvörðun Neytendastofu sé byggð á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum. Þá hafi að framan verið rakin afstaða stofnunarinnar til sjónarmiða kæranda um efnisannmarka á málsmeðferð stofnunarinnar. Með vísan til alls framangreinds sé endurupptöku málsins hafnað. Neytendastofa muni ekki aðhafast frekar vegna notkunar fullyrðinganna „Stærsti salatbarinn“ og „Stærsta nammilandið“ þar sem látið hafi verið af notkun þeirra. Til að ekki þurfi að koma til frekari aðgerða vegna hinna fullyrðinganna ítreki stofnunin fyrri tilmæli til kæranda um að hætta nú þegar notkun fullyrðinga í auglýsingum með lýsingarorði í efsta stigi, ef fullnægjandi sannanir fyrir þeim séu ekki til staðar. Loks er í ákvörðuninni leiðbeint um málskotsheimild til áfrýjunarnefndar neytendamála.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

18. Í kæru, dags. 9. desember 2009, eru fyrst settar fram málsástæður er snerta málsmeðferð Neytendastofu. Þar er vísað til gildissviðs stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og fleiri atriða í lögnum, sem og til hefðbundins gangs mála hjá Neytendastofu. Í bréfum Neytendastofu til kæranda, dags. 9. apríl 2008 og 29. júní 2009, hafi stofnunin beint tilmælum til kæranda og í bréfi hennar til lögmanns kæranda, dags. 17. nóvember 2009, hafi tilmælin frá 29. júní 2009 fyrst verið nefnd ákvörðun.
19. Í IV. kafla stjórnsýslulaganna séu lögfestar meginreglur um andmælarétt, sbr. 13. gr. Í bréfum Neytendastofu til kæranda hafi aldrei verið óskað eftir andmælum eða athugasemdum fyrirtækisins. Ekki sé hægt að líta svo á að kærandi hafi haft kost á að tefla fram réttum vörnum, með bréfi framkvæmdastjóra fyrirtækisins til Neytendastofu, dags. 29. maí 2009. Í hugtakinu réttar varnir felist að aðila verði að vera gefinn kostur á að koma fullnægjandi andmælum á framfæri. Verði þannig t.d. að gefa aðila viðhlítandi ráðrúm til að kynna sér gögn og koma sjónarmiðum sínum á framfæri. Einnig verði að gera aðila grein fyrir því að svör hans muni koma til með að hafa áhrif á ákvörðun er varðar réttindi hans og skyldur. Auðséð sé að bréfið frá 29. maí 2009 sé ekki eiginleg andmæli kæranda við tilmælum Neytendastofu. Stjórnvöld geti ekki skýlt sér á bakvið lögbundnar formreglur, ef ljóst sé að beiting þeirra ein og sér, fullnægi ekki þeim markmiðum sem að var stefnt með lögleiðingu þeirra. Stjórnvöldum beri þá skylda til að líta til hinna óskráðu meginreglna sem formreglurnar byggja á og gefa aðilum færi á að tefla fram eins fullkomnum vörnum og frekast er unnt. Í samræmi við framangreint hafi m.a. þurft að gefa kæranda kost á að koma fram með fullnægjandi andmæli áður en stjórnsýsluákvörðun var tekin.

20. Í kærinni er úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 4. mars 2008 (11/2007) næst rakinn. Síðan segir að í bréfi Neytendastofu frá 29. júní 2009 hafi tilteknum tilmælum verið beint til kæranda. Að hans mati verði ekki séð að í bréfinu hafi stofnunin kveðið á um rétt eða skyldu fyrirtækisins í skjóli stjórnsluvalds, enda hvergi að finna nokkurt bann í bréfinu. Kærandi hafi ekki álitnið tilmælin bindandi við úrlausn málsins og talið sér í sjálfs vald sett hvort hann færi að þeim. Bréfinu hafi ekki fylgt skriflegar leiðbeiningar um kærueimild, kærufresti, kærugjöld og hvert beina skyldi kæru, sbr. 2. mgr. 20. gr. stjórnslulaga. Tilmælin hafi ekki verið birt á heimasíðu stofnunarinnar, líkt og vinnureglur hennar segi til um. Andmælaréttur hafi ekki verið virtur, enda hafi kæranda ekki verið gefinn kostur á að koma að réttum vörnum. Rannsóknar- og leiðbeiningarskyldu Neytendastofu hafi ekki verið sinnt og flestar málsmeðferðarreglur stjórnsluréttarins verið virtar að vettugi. Ljóst sé að málsmeðferð Neytendastofu hafi ekki tekið mið af því að um væri að ræða mál þar sem tekin yrði stjórnsluákvörðun. Kærandi hafi enga vinteskju haft um að Neytendastofa liti svo á að tekin hefði verið ákvörðun í málinu fyrir en með bréfi hennar, dags. 17. september 2009, þar sem endurupptöku hinnar meintu ákvörðunar var hafnað. Tilmæli Neytendastofu frá 29. júní 2009 geti því ekki talist niðurstaða stofnunarinnar að undangenginni rannsókn og málsmeðferð samkvæmt stjórnslulögum.
21. Í kærinni er næst vikið að sönnunarbyrðinni samkvæmt 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 10. nóvember 1998 (15/1998) sé reglan sem nú sé í 4. mgr. 6. gr. réttilega skýrð svo að í henni felist að meginstefnu að á auglýsanda vöru hvíli sönnunarbyrði fyrir þeim fullyrðingum eða upplýsingum sem hann láti fylgja vöru sinni, enda eigi hann oftast mun auðveldara með að sanna það atriði en samkeppnisyfirvöld. Samkvæmt úrskurðinum verði þó að beita þessari meginreglu með þeim takmörkunum sem kunna að leiða af fyrrnefndum reglum um rannsóknar- og leiðbeiningarskyldu stjórnvaldsins, og því hvíli engu að síður eftirlitsskylda og jafnframt nokkur rannsóknarskylda á samkeppnisyfirvöldum um sannindi auglýsinga. Með lögfestingu 4. mgr. 6. gr. hafi ætlunin einungis verið að lögfesta þá framkvæmd sem fyrir var, sbr. greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 50/2008. Af úrskurðinum sé því ljóst að á auglýsanda hvíli sönnunarbyrði um að þær fullyrðingar eða upplýsingar sem hann lætur fylgja vörum sínum séu sannar, að því gefnu að hann eigi auðveldara með að sýna fram á sannleiksgildi þeirra en yfirvöld. Sé það yfirvöldum nærtækara taki við meginreglur íslensks stjórnsluréttar um rannsóknarskyldu hlutaðeigandi stjórnvalds og leiðbeiningarskyldu þess.
22. Um fullyrðingarnar „Mesta vöruúrval landsins“ og „Landsins mesta úrval“ tekur kærandi fram að viðskiptastefna kæranda hafi ávallt verið sú að í verslunum hans megi finna landsins mesta úrval af vörum til daglegra þarfa í matvöru, auk þess sem áhersla sé lögð á fatnað, húsbúnað og tómstundavöru. Í allri stefnumótunarvinnu fyrirtækisins sé aðaláherslan lögð á það að hjá kæranda megi vinna meira vöruúrval en hjá keppinautum verslunarkeðjunnar og nauðsynlegt sé fyrir fyrirtæki á borð við kæranda að geta auglýst þá viðskiptastefnu og þá sérstöðu sem sú stefna skapi fyrirtækinu. Í kærinni er svo vikið að fjölda vörutegunda í einstökum flokkum í vöruskrá kæranda og tekið fram að forvarsmenn kæranda telji víst að verslanir fyrirtækisins hafi ótvíræða yfirburði á markaðnum hvað vöruúrval varði. Nægi þar að heimsækja verslun kæranda í Smáralind, en það blasi við að engin önnur verslun landsins státi af meira vöruúrvali.

23. Í kærinni er síðan tekið fram að starfsmenn kæranda hafi ekki aðgang að vöruskrá annarra markaðsaðila. Til að renna frekari stoðum undir slagorðið um mesta vöruúrval landsins hafi því miklu verið til kostað við að láta óháða aðila framkvæma faglegar kannanir á viðhorfi neytenda til vöruúrvals, enda séu það einu upplýsingarnar um vöruúrval keppinauta sem kærandi geti aflað. Í niðurstöðum kannana Capacent 2006, 2007 og 2009, sem meðfylgjandi voru kærinni, komi fram að 70-80% þátttakenda hafi talið mesta vöruúrvalið að finna hjá kæranda. Niðurstöðurnar sýni fram á að kærandi njóti sérstöðu hjá neytendum og hafi afgerandi forystu. Kærandi hafi því ekki sett slagorðin fram að óathuguðu máli, né án nokkurra raka, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs 10. mars 2004 (3/2004). Kæranda sé því heimilt að nota umrædd slagorð í auglýsingum sínum. Samkvæmt 1. mgr. 20. gr. laga nr. 57/2005 geti Neytendastofa krafist þá sem lögin taka til um allar upplýsingar sem nauðsynlegar þykja við athugun einstakra mála. Stofnunin geti því kallað eftir sambærilegum upplýsingum frá öðrum markaðsaðilum og kærandi hafi veitt um fjölda sinna vörutegunda og staðreynt þannig umrædd slagorð kæranda. Þar sem kærandi geti ekki fengið aðgang að sömu gögnum taki meginreglur íslensks stjórnisýsluréttar um rannsóknarskyldu hlutaðeigandi stjórnvalds við.
24. Kærandi undrast mjög þær athugasemdir Neytendastofu að einungis sé hægt að beita 20. gr. ef grunur sé uppi um brot á lögum nr. 57/2005 og að fráleitt sé að stofnunin beiti lagagreininni í þeim tilgangi að aðstoða fyrirtæki við að fá upplýsingar frá keppinautum. Í öllum bréfum Neytendastofu til kæranda komi fram það mat stofnunarinnar að brotið hafi verið gegn 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Það skjóti því skökku við að stofnunin telji sér ekki fært að beita 20. gr. þar sem ekki leiki grunur um brot á lögnum. Kærandi taki undir með Neytendastofu að fráleitt sé að stofnunin beiti lagagreininni í þeim tilgangi að veita fyrirtæki aðgang að upplýsingum frá keppinauti, enda sé ekki óskað eftir slíku heldur bent á að slík rannsókn sé eðlileg og nauðsynlegur undanfari töku stjórnisýsluákvörðunar, sbr. 10. gr. stjórnisýslulaga. Með vísan til meginreglu um sönnunarbyrði á þessu sviði sé Neytendastofu aftur á móti skylt að óska eftir þeim gögnum frá keppinautum kæranda sem stofnuninni séu nauðsynleg til að ganga úr skugga um hvort slagorð kæranda séu á rökum reist. Sú beiting reglunnar sé alþekkt á sviði samkeppnisréttar. Að öðrum kosti teljist Neytendastofa ekki hafa sinnt rannsóknarskyldu sinni og því sé rétt að fella ákvörðun stofnunarinnar frá 29. júní 2009 úr gildi.
25. Um fullyrðinguna „Landsins mesta vöruúrval snyrtivöru“ vísar kærandi til þess að skráðar snyrti- og hreinlætisvörutegundir séu 17.891 í vöruskrá kæranda fyrir tímabilið 1. júlí 2009 til 1. september 2009. Fyrirsvarsmenn kæranda telji það engum vafa undirorpið að hvergi megi finna meira úrval snyrtivara á landinu. Í könnunum Capacent frá 2006 og 2007 hafi ríflega helmingur þátttakenda talið mesta úrval snyrtivöru vera hjá kæranda og í könnuninni 2009 væri það hlutfall 74,4%. Kærandi hafi þannig afgerandi forystu á markaðinum og stærstu birgjar landsins á sviði snyrtivöru hafi auk þess staðfest, í framlögðum bréfum, að verslanir kæranda séu með mesta úrvalið og séu stærsti söluaðili þeirra. Kærandi hafi því ekki sett slagorðin fram að óathuguðu máli né án nokkurra raka heldur þvert á móti beitt öllum úrræðum sem fyrirtækinu væru tæk til að renna stoðum undir þau. Telji Neytendastofa að enn sé vafi á réttmæti slagorðanna taki meginreglur íslensks stjórnisýsluréttar um rannsóknarskyldu hlutaðeigandi stjórnvalds við. Í

niðurlagskafla kærunnar, sem ber heitið „Niðurstaða“, eru megingjónarmið kæranda loks dregin saman auk þess sem sett er fram ósk um munnlegan málflutning fyrir áfrýjunarnefndinni.

26. Með bréfi, dags. 14. desember 2009, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 28. desember 2009. Þar kemur fram að vegna ákvörðunar Neytendastofu frá 29. júní 2009, þar sem ítrekaðar hafi verið fyrri ákvarðanir um bann við notkun fullyrðingar um mesta vöruúrval, sé þess aðallega krafist af hálfu Neytendastofu að kærinni verði vísað frá sem of seint fram kominni, sbr. 4. gr. laga nr. 62/2005, en til vara að ákvörðunin verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Vegna ákvörðunar Neytendastofu frá 17. nóvember 2009, þar sem endurupptöku áður nefndrar ákvörðunar var hafnað, sé þess krafist af hálfu stofnunarinnar að ákvörðunin verði staðfest með vísan til forsendna hennar.
27. Að því er kröfuna um frávísun varðar tekur Neytendastofa fram að með ákvörðun stofnunarinnar, dags. 29. júní 2009, hafi tilmæli hennar til kæranda um að láta af notkun fullyrðinga um mesta vöruúrvalið verið ítrekuð, enda hafi kærandi ekki fært fullnægjandi sönnur á fullyrðingarnar og því verið um að ræða brot gegn ákvæðum 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Í bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 9. apríl 2008, hafi verið rakið að stofnunin teldi kæranda ekki hafa fært sönnur á viðkomandi fullyrðingu. Þar hafi komið fram að stofnunin teldi að könnun sem mæli viðhorf neytenda til fjölda vörutegunda gæti ekki talist fullnægjandi. Þeirri ákvörðun hafi ekki verið áfrýjað til áfrýjunarnefndar neytendamála. Þá hafi ákvörðun stofnunarinnar frá 29. júní 2009 ekki heldur verið áfrýjað innan þeirra fjögurra vikna tímamarka sem gefin séu í lögum nr. 62/2005 og kæranda hafi ítrekað verið gerð grein fyrir. Aðalkrafan um frávísun sé því á því byggð að kæra á ákvörðun stofnunarinnar frá 29. júní 2009 sé of seint fram komin og af þeim sökum beri að vísa henni frá meðferð áfrýjunarnefndar neytendamála.
28. Um varakröfu stofnunarinnar er fyrst vísað til þess að fullyrðingar um mesta vöruúrval gefi tiltefni til þess að ætla að um upplýsingar um staðreyndir máls sé að ræða en ekki tilfinningu eða upplifun neytenda af vöruúrvali kæranda. Kærandi hafi lagt fram Gallup kannanir þar sem óskað sé eftir afstöðu svarenda til þess hvar þeir telji vöruúrvalið mest. Að mati Neytendastofu sé fráleitt að slík viðhorfskönnun komi til skýringar á fullyrðingum um fjölda vörutegunda. Vegna tilvísunar kæranda til ákvörðunar samkeppnisráðs 10. mars 2004 (3/2004) bendir Neytendastofa á að fullyrðing um það hvar neytendum finnist skemmilegast að versla sé mjög ólík fullyrðingu um vöruúrval. Eðli málsins samkvæmt geti fullyrðing um skoðun neytenda verið studd könnun sem sýni fram á hver sú skoðun sé. Sambærileg könnun geti hins vegar ekki komið til sönnunar á fullyrðingu um staðreyndir varðandi fjölda vörutegunda. Þá sé ekkert í fullyrðingum um mesta vöruúrvalið sem gefi neytendum tilefni til að ætla að um niðurstöður viðhorfskönnunar sé að ræða eða að um sé að ræða markmið kæranda um sérstöðu á markaði. Neytendastofa telji kæranda því ekki hafa fært fullnægjandi sönnur á fullyrðinguna og hún brjóti þannig gegn lögum nr. 57/2005.
29. Í greinargerð Neytendastofu er einnig tekið fram að Neytendastofa geti ekki fallist á rök kæranda um að stofnunin hafi ekki sinn rannsóknarskyldu sinni samkvæmt stjórnsýslulögum. Í því efni ítrekar Neytendastofa þau sjónarmið sem fram hafi komið í bréfi stofnunarinnar til kæranda, dags.

17. nóvember 2009. Á auglýsanda hvíli afdráttarlaus skylda til að sanna fullyrðingar sem fram komi í auglýsingum, sbr. 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Neytendastofa geti því ekki fallist á að rannsóknarregla 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 feli í sér að auglýsanda beri ekki að sanna fullyrðingar sínar heldur beri stofnuninni að færa sönnur á hið gagnstæða. Slíkt væri algerlega ótækt og í andstöðu við markmið 4. mgr. 6. gr.

30. Um kærana á þeirri ákvörðun Neytendastofu sem fram kom í bréfi stofnunarinnar frá 17. nóvember 2009 tekur Neytendastofa fram að þar hafi kæranda verið neitað um endurupptöku málsins þar sem ekki væru uppfyllt skilyrði 24. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Neytendastofa ítreki það sem fram komi í fyrrnefndu bréfi stofnunarinnar. Samkvæmt stjórnisýslulögum séu skilyrði endurupptöku þau að ákvörðunin sé byggð á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik eða að atvik hafi breyst frá því að íþyngjandi ákvörðun var tekin. Í kæru séu ekki færð frekari rök fyrir endurupptöku málsins og því krefjist Neytendastofa þess að umrædd ákvörðun stofnunarinnar verði staðfest.
31. Með bréfi, dags. 4. janúar 2010, var kæranda gefinn kostur á að gera athugasemdir við greinargerð Neytendastofu. Athugasemdir bárust með bréfi, dags. 14. janúar 2010. Vegna kröfu Neytendastofu um frávísun, á þeim grunni að kærana á ákvörðuninni 29. júní 2009 sé of seint fram komin, vísar kærandi til fyrri umfjöllunar í bréfinu til Neytendastofu frá 17. apríl 2008, sem og til röksemda í kæru. Öll sömu rök eigi við um tilmæli stofnunarinnar frá 9. apríl 2008. Hvergi hafi verið að finna bann í bréfunum. Tilmælin hafi ekki verið birt á heimasíðu stofnunarinnar. Engin tilvísun til kæruehimildar hafi komið fram í tilmælunum frá 29. júní 2009, en afar klaufaleg tilvísun til hennar verið í tilmælunum frá 9. apríl 2008. Hvorug tilmælin séu til þess fallin að geta talist formleg stjórnisýsluákvörðun. Hrópanði ósamræmi sé á milli tilmællanna annars vegar og ákvarðana sem birtar séu á heimasíðu stofnunarinnar hins vegar. Enga reifun á málavöxtum sé að finna, engin rökstudd niðurstaða um boð eða bann og að lokum sé hvergi að finna ákvörðunarorð í tilmælunum. Andmælaréttur kæranda hafi ekki verið virtur og að lokum hafi rannsóknar- og leiðbeiningarskyldu Neytendastofu ekki verið sinnt. Flestar málsmeðferðarreglur stjórnisýsluréttarins hafi verið virtar að vettugi. Þegar af þessum ástæðum beri að ómerkja eða fella hinar kærðu ákvarðanir úr gildi.
32. Vegna varakröfu Neytendastofu tekur kærandi í fyrsta lagi undir það með Neytendastofu að fullyrðing um skoðun neytenda sé byggð á hlutlægum grunni og verði því að vera studd könnun sem sýni fram á hver sú skoðun sé. Kærandi sé einnig meðvitaður um þá staðreynd að slagorð hans „Mesta vöruúrval landsins“, „Landsins mesta úrval“ og „Landsins mesta vöruúrval snyrtivöru“ séu hlutlægs eðlis. Kærandi byggi slagorðin á hlutlægum grunni, þar sem fullvíst sé að verslanir kæranda hafi ótvíræða yfirburði á markaðnum hvað vöruúrval varði, enda sé í verslunum hans að finna 42.447 vörutegundir. Yfirburðunum til staðfestingar nægi að heimsækja verslun kæranda í Smáralind, en það blasi við að engin önnur verslun landsins státi af meira vöruúrvali. Starfsmenn kæranda hafi ekki aðgang að vöruskrám annarra markaðsaðila. Til þess að renna frekari stoðum undir slagorð kæranda hafi því miklum tilkostnaði verið varið í að láta framkvæma faglegar kannanir af óháðum aðilum þar sem viðhorf neytenda til vöruúrvals sé kannað, enda séu það einu áþreifanlegu upplýsingarnar um vöruúrval keppinauta sem kærandi geti aflað.

33. Kærandi tekur og fram að á auglýsanda hvíli sönnunarbyrði um að þær fullyrðingar eða upplýsingar sem hann láti fylgja vöru sinni séu sannar, að því gefnu að hann eigi auðveldara með að sýna fram á sannleiksgildi þeirra en yfirvöld. Sé það yfirvöldum nærtækara taki við meginreglur íslensks stjórnsluréttar um rannsóknarskyldu hlutaðeigandi stjórnvalds og leiðbeiningarskyldu þess. Viðskiptastefna kæranda hafi ávallt verið sú að í verslunum fyrirtækisins megi finna landsins mesta úrval af vörum til daglegra þarfa í matvöru, auk þess sem áhersla sé lögð á fatnað, húsbúnað og tómstundavöru. Kærandi telji sig hafa fullnægjandi sönnur fyrir því að ekki megi finna meira úrval í nokkurri annarri verslun og telji sér því fært að auglýsa slagorð verslunarinnar. Kærandi sé fullmeðvitaður um að ef keppinautar fyrirtækisins teldu sig státa af meira vöruúrvali, væri þeim í lófa lagið að snúa sér til Neytendastofu með upplýsingar um fjölda vörutegunda í verslunum sínum og afsanna þannig slagorð kæranda.
34. Kærandi tekur og fram að nauðsynlegt sé fyrir fyrirtæki á borð við hann að geta auglýst þá sérstöðu á markaði sem það hafi kappkostað við að skapa sér. Kærandi hafi fært fram sannfærandi rök og sönnur fyrir því að slagorð fyrirtækisins byggji á hlutlægum staðreyndum. Kæranda sé ófært að afla þeirra gagna sem Neytendastofa virðist gera kröfu um en ekkert virðist benda til þess að slagorðin séu ekki sönn. Kærandi mótmælir fullyrðingu Neytendastofu um að kærandi líti svo á að rannsóknarregla stjórnslulaga feli í sér að auglýsanda beri ekki að sanna fullyrðingar sínar heldur beri stofnuninni að færa sönnur á hið gagnstæða. Kærandi telji sig hafa fært sönnur fyrir slagorðum sínum með sannfærandi hætti og með öllum þeim aðferðum sem honum séu færar. Telji Neytendastofa samt sem áður ástæðu til að véfengja slagorðin taki við meginreglur íslensks stjórnsluréttar um rannsóknarskyldu stjórnvalds. Af þeim ástæðum hafi löggjafinn veitt stofnuninni heimild, með 1. mgr. 20. gr. laga nr. 57/2005, til að afla gagna á einfaldan hátt, sem taka myndu af allan vafa um hvort notkun slagorðanna feli í sér óréttmæta viðskiptahætti. Að öðrum kosti teljist Neytendastofa ekki hafa fullnægt rannsóknarskyldu sinni og sé þar með óheimilt að taka ákvörðun í málinu. Loks er ósk kæranda um munnlegan málflutning fyrir áfrýjunarnefndinni ítrekuð.
35. 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 lögju málsatvik skýrlega fyrir og aðilar hefðu rækilega komið sjónarmiðum sínum á framfæri við nefndina.

NIÐURSTAÐA

36. Í máli þessu deila kærandi og Neytendastofa um það hvort fullyrðingar í auglýsingum kæranda um „Landsins mesta vöruúrval snyrtivöru“, „Mesta vöruúrval landsins“ og „Landsins mesta úrval“ brjóti gegn lögum um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005. Samkvæmt 4. mgr. 6. gr. laganna þarf fyrirtæki að geta fært sönnur á þær fullyrðingar sem fram koma í auglýsingum. Með bréfi hinn 29. júní 2009 tilkynnti Neytendastofa kæranda það mat sitt að umræddar fullyrðingar, sem og tvær fullyrðingar til viðbótar, brytu gegn 4. mgr. 6. gr. og

beindi þeim eindregnu tilmælum til kæranda að láta af notkun þeirra. Í september 2009 óskaði kærandi eftir endurskoðun á afstöðu Neytendastofu en stofnunin hafnaði þeirri ósk með bréfi, dags. 17. nóvember 2009. Í kæru er þess krafist að báðar ákvarðanir Neytendastofu verði felldar úr gildi, þ.e. frá 29. júní 2009 og 17. nóvember 2009, enda hafi kærandi fært fullnægjandi sönnur að fullyrðingunum auk þess sem brotið hafi verið gegn grunnreglum stjórnsýsluréttar, líkt og nánar er rakið hér að framan.

37. Neytendastofa krefst þess að kæru vegna fyrri ákvörðunarinnar verði vísað frá sem of seint fram kominni, sbr. 4. gr. laga um Neytendastofu og talsmann neytenda nr. 62/2005, en þar kemur fram að skrifleg kæra skuli berast áfrýjunarnefnd neytendamála innan fjögurra vikna frá því að aðila máls var tilkynnt um ákvörðun. Í því sambandi deila kærandi og Neytendastofa nokkuð um eðli umrædds bréfs og hvort í því hafi falist kæránleg stjórnvaldsákvörðun. Í upphafi er nauðsynlegt að víkja að þessum atriðum og taka afstöðu til kröfu Neytendastofu um frávísun.
38. Í úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 4. mars 2008 (11/2007) var komist að þeirri niðurstöðu að bréf Neytendastofu, þar sem þeim eindregnu tilmælum var beint til ákveðins félags að taka tillit til nánar tiltekinna atriða í auglýsingum, hefði falið í sér kæránlega stjórnvaldsákvörðun. Í því sambandi var m.a. vísað til þess að málsmeðferð stofnunarinnar hafi frá upphafi tekið mið af því að um væri að ráða mál þar sem tekin yrði stjórnsýsluákvörðun, að um hafi verið að ræða niðurstöðu stofnunarinnar um hvað vera skyldi rétt í málinu og vandséð væri hvernig félaginu hefði verið stætt á því að fylgja ekki umræddum tilmælum stofnunarinnar. Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála á það sama við um bréf Neytendastofu frá 29. júní 2009 í því máli sem hér er til úrlausnar.
39. Með bréfi, dags. 27. maí 2009, hafði Neytendastofa vakið athygli kæranda á gildandi lagaákvæðum og tekið fram: „Áður en Neytendastofa tekur afstöðu til málsins, sbr. IX. kafla laganna, er Hagkaupum gefinn kostur á að koma að sönnunum fyrir fullyrðingunum eða koma að skýringum eða athugasemdum.“ Eftir að svar kæranda barst ritaði Neytendastofa síðan það bréf sem hér er deilt um. Samkvæmt þessu verður að telja að málið hafi frá upphafi tekið mið af því að í því kynni að vera tekin íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun, sbr. m.a. tilvísun Neytendastofu til viðurlagakafla laganna. Stofnunin fór að vísu ekki þá leið að beita viðurlögum, heldur lýsti því yfir að um brot væri að ræða og beindi þeim tilmælum til kæranda að láta af notkun umræddra fullyrðinga. Þar var bersýnilega um að ræða niðurstöðu stofnunarinnar um það hvað væri rétt í málinu og vandséð hvernig kæranda hafi átt að vera stætt á því að fylgja ekki tilmælunum, enda leitaði hann fljótlega eftir endurskoðun á afstöðu stofnunarinnar. Í þessu sambandi verður og að hafa í huga að Neytendastofa hefur ýmis úrræði til að fylgja niðurstöðum sínum um brot á lögnum eftir. Ekki skiptir máli hvort ákvörðunin var birt á vefsvæði Neytendastofu eða ekki enda er það eðli og efni ákvörðunar en ekki almenn birting sem ræður því hvort um stjórnvaldsákvörðun telst vera að ræða.
40. Samkvæmt framangreindu telur áfrýjunarnefnd neytendamála að í bréfi Neytendastofu frá 29. júní 2009 hafi falist kæránleg stjórnvaldsákvörðun. Líkt og áður greinir er kærufrestur samkvæmt 4. gr. laga nr. 62/2005 fjórar vikur en kæra barst ekki fyrr en 10. desember 2009. Hér verður á hinn

bóginn að hafa í huga að í 28. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 er mælt fyrir um tilteknar undantekningar frá þeirri meginreglu að kærur sem berst að loknum kærufresti skuli vísað frá. Undantekningarnar taka til þeirra tilvika þegar afsakanlegt verður talið að kærann hafi ekki borist fyrir, eða veigamiklar ástæður mæla með því að kærann verði tekin til meðferðar. Í skýringum við 28. gr. í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 37/1993, er sérstaklega nefnt sem dæmi um fyrrnefndu aðstæðurnar að lægra sett stjórnvald hafi vanrækt að veita leiðbeiningar um kæruehimild samkvæmt 20. gr. laganna. Þrátt fyrir að Neytendastofa hafi lýst þeirri afstöðu sinni í bréfum árið 2008 að slík tilmæli fælu í sér kærannlega stjórnvaldsákvörðun, verður ekki fram hjá því litið að í bréfinu með hinnar kærðu ákvörðun var ekki leiðbeint um kæruehimild. Verður þó að telja að sérstök ástæða hafi verið til slíks í ljósi þess að aðilar höfðu áður lýst mismunandi skoðunum sínum á því hvort kæruehimild væri til staðar í slíkum tilvikum.

41. Jafnframt verður ekki framhjá því litið að þrátt fyrir framangreinda niðurstöðu, þess efnis að um kærannlega stjórnvaldsákvörðun hafi verið að ræða, þá var ákvörðunin talsvert óskýr með tilliti til lögbundinna heimilda Neytendastofu. Samkvæmt 2. mgr. 21. gr. b laga nr. 57/2005 getur Neytendastofa lagt „bann“ við viðskiptaháttum sem brjóta gegn nánar tilteknum köflum laganna og einnig gefið „fyrirmæli“ vegna slíkra viðskiptahátta. Í bréfinu var ekki lagt „bann“ eða gefin „fyrirmæli“, né vísað í umrætt lagaákvæði, heldur tekið fram að um tilmæli væri að ræða og vísað til viðurlagakaflans í heild. Þrátt fyrir að um stjórnvaldsákvörðun hafi verið að ræða, samkvæmt framansögðu, er ljóst að framsetningin var til þess fallin að gera eðli ákvörðunarinnar óskýrara en ella. Loks ber að hafa í huga þau nánú tengsl sem eru á milli fyrri og seinni ákvörðunarinnar en örðugt er að fjalla um síðari ákvörðunina án þess að réttmæti hinnar fyrri komi einnig til athugunar.
42. Með vísan til framangreinds og 1. mgr. 28. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 er það niðurstaða áfrýjunarnefndar neytendamála að hafna beri frávísunarkröfu Neytendastofu. Koma því báðar hinar kærðu ákvarðanir til endurskoðunar. Þó skal tekið fram að niðurstaða Neytendastofu um fullyrðingarnar „Stærsti salatbarinn“ og „Stærsta nammilandið“ verða ekki teknar til sérstakrar skoðunar enda verður kærann og önnur gögn málsins ekki skilin öðruvísi en svo að kærandi uni þeirri niðurstöðu og ósk hans um endurskoðun Neytendastofu í september 2009 laut ekki að þeim.
43. Kærandi byggir á því að málsmeðferð Neytendastofu hafi í verulegum atriðum brotið gegn stjórnslulögum nr. 37/1993. Nefnir hann einkum skort á því að andmælaréttar hafi verið gætt, sbr. 13. gr., en einnig brot á leiðbeiningar- og rannsóknarskyldu. Með vísan til þess sem að framan greinir og 1. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 er ljóst að báðar hinar kærðu ákvarðanir fólu í sér stjórnvaldsákvörðanir og Neytendastofu var því skylt að gæta reglna stjórnslulaga í hvívetna.
44. Að því er reglur um andmælarétt varðar getur áfrýjunarnefnd neytendamála ekki fallist á að þær hafi verið brotnar með þeim afleiðingum að fella beri hinar kærðu ákvarðanir úr gildi. Líkt og áður greinir var undanfari ákvörðunarinnar þann 29. júní 2009 bréf Neytendastofu hinn 27. maí 2009 þar sem vakin var athygli kæranda á gildandi lagaákvæðum og honum gefinn kostur á að koma að sönnunum, skýringum eða athugasemdum „[á]ður en Neytendastofa tekur afstöðu til málsins, sbr. IX. kafla laganna“. Af bréfinu var ljóst að Neytendastofa hafði umræddar

fullyrðingar til skoðunar með tilliti til hugsanlegs brots gegn ákvæðum laga nr. 57/2005 og að kærandi ætti þess kost að tjá sig áður en komist yrði að niðurstöðu í þeim efnunum. Kærandi svaraði bréfinu og kom á framfæri skýringum og gögnum áður en ákvörðunin var tekin. Höfðu áþekk samskipti raunar áður átt sér stað og þeim lokið með ákvörðun líkri þeirri sem nú er kærð. Samkvæmt þessu gafst kæranda kostur á að tjá sig áður en ákvörðunin 29. júní 2009 var tekin og gat ekki komið á óvart að til staði að taka ákvörðun um hvort fullyrðingarnar brytu gegn lögum nr. 57/2005. Þegar horft er til heimilda Neytendastofu samkvæmt lögum var um tiltölulega vægt inngrip að ræða og ekki meira en kærandi gat séð fyrir að til álita kæmi eftir að hann hefði tjáð sig. Þá hefur kærandi og haft rúm svigrúm til tjáningar hér á kærustigi.

45. Að því er leiðbeiningarskyldu varðar þá er fallist á það með kæranda, líkt og komið var að hér að framan, að brotið hafi verið gegn 2. tölul. 2. mgr. 20. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 með því að leiðbeina ekki um kærueheimild í ákvörðuninni frá 29. júní 2009. Sú vanræksla getur þó ekki ein og sér leitt til þess að ákvörðunin verði felld úr gildi heldur hefur hún áhrif á kærufrest, með þeim hætti sem að framan greinir. Fullyrðingar kæranda um vanrækslu á leiðbeiningarskyldu að öðru leyti, sem og um brot á rannsóknarskyldu, eru nátengdar skilningi hans á 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005, sem nánar verður nú vikið að.
46. Í 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 segir orðrétt: „Fullyrðingar sem fram koma í auglýsingum eða með öðrum hætti þarf fyrirtæki að geta fært sönnur á.“ Ákvæðið var fyrst lögfest með lögum nr. 50/2008 en fól í reynd ekki í sér efnislegt nýmæli þar sem bannið við villandi upplýsingum, sem rekja má allt til 1. gr. laga um varnir gegn óréttmætum verzlunarháttum nr. 84/1933, hafði lengi verið túlkað á þennan hátt. Í skýringum við ákvæðið í því frumvarpi sem varð að lögum nr. 50/2008 var enda tekið fram að með ákvæðinu yrði lögfest áralöng framkvæmd. Úrlausnir eftirlitsstjórnvalda í gegnum tíðina bera með sér mörg dæmi þess að lýst hafi verið yfir broti vegna notkunar á efsta stigi í auglýsingum, enda er sönnun á fullyrðingum í efsta stigi iðulega erfið og jafnvel ómöguleg.
47. Lög nr. 50/2008 fólu í sér innleiðingu á tilskipun 2005/29/EB um óréttmæta viðskiptahætti. Upphafleg tillaga framkvæmdastjórnarinnar að þeirri tilskipun hafði að geyma sönnunarreglu af framangreindum meiði og í greinargerð með tillögnum var m.a. vísað til þess að söluaðili ætti ekki að setja fram fullyrðingu ef hann væri ekki í aðstöðu til að sanna hana. Í endanlegum efnisákvæðum tilskipunarinnar er slíka reglu hins vegar ekki að finna, heldur er gert ráð fyrir því að sönnunarbyrði sé ákveðin í innlendum lögum, sbr. 21. tölulið inngangsorðanna. Ísland hefur nú lögfest slíka reglu í framangreindri 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005, en áþekkar reglur er að finna í sambærilegum lögum ýmissa grannríkja, sbr. 2. mgr. 3. gr. norsku laganna og 3. mgr. 3. gr. dönsku laganna, en síðarnefnda ákvæðið er svohljóðandi: „Rigtigheden af angivelser om faktiske forhold skal kunne dokumenteres“ (lov om markedsføring nr. 1389/2005).
48. Samkvæmt framangreindu er ljóst að ákvæði 4. mgr. 6. gr. samrýmist tilskipun 2005/29/EB og það svigrúm sem tilskipunin veitir hefur verið nýtt til að fara svipaða leið hér á landi og í ýmsum grannríkjum. Jafnframt er ljóst að þótt tjáning kæranda njóti verndar 73. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 þá rúmast lagaákvæðið og sú beiting þess að krefja auglýsendur

um sönnun á staðhæfingum sínum um staðreyndir innan þeirra takmörkunarheimilda sem mælt er fyrir um í 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. og 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Í því sambandi skal haft í huga að dómaframkvæmd Hæstaréttar sem og mannréttindadómstóls Evrópu ber með sér fremur rúmt svigrúm til mats á nauðsyn takmörkunar á viðskiptalegri tjáningu. Kærandi byggir enda ekki á því að brotið hafi verið gegn ákvæðum stjórnarskrárinnar eða áður nefndri EB-tilskipun heldur á því að hann hafi einfaldlega fært fullnægjandi sönnur á fullyrðingar sínar um „Landsins mesta vöruúrval snyrtivöru“, „Mesta vöruúrval landsins“ og „Landsins mesta úrval“. Hann verði ekki krafinn um frekari sannanir en fyrir liggi heldur taki við rannsóknarskylda Neytendastofa til að fullvissa sig um hvort fullyrðingarnar séu réttar.

49. Kærandi hefur lagt fram kannanir IMG Gallup / Capacent Gallup frá 2006, 2007 og 2009 til stuðnings umræddum fullyrðingum. Kannanirnar sanna hins vegar ekki fullyrðingarnar. Í könnuninum voru þátttakendur spurðir: „Hvaða verslun er að þínu mati með mesta vöruúrvalið?“, auk þess sem sambærilegar spurningar voru lagðar fyrir um tiltekna vöruflokk, svo sem snyrtivörur. Samkvæmt niðurstöðum kannananna var það mat flestra neytenda að kærandi væri með mesta vöruúrvalið (yfir 70% nefna kæranda í svari við tilvitnaðri spurningu og á bilinu 54,2% til 74,4% í tilviki snyrtivara). Í hinum umdeildu auglýsingum var hins vegar ekki fullyrt um það hvert mat neytenda væri, heldur um staðreyndir – staðreyndir sem kannanirnar geta ekki fært sönnur á þar sem þær lúta að skoðunum neytenda en ekki beinni rannsókn á vöruúrvali. Að þessu leyti er mikilvægur munur á því máli sem hér er til úrlausnar og ákvörðun samkeppnisráðs 10. mars 2004 (3/2004). Þar var kæranda talið heimilt að nota fullyrðinguna „Þar sem Íslendingum finnst skemmtilegast að versla“ á grundvelli fyrirliggjandi könnunar á því hvar neytendum þætti skemmtilegt að versla. Þar var könnun á viðhorfi neytenda m.ö.o. notuð til fullyrðinga um viðhorf neytenda, ólíkt því sem um ræðir í fyrirliggjandi máli þar sem könnun á viðhorfi neytenda er notuð til fullyrðinga um staðreyndir um vöruúrval.
50. Rétt er einnig að vekja athygli á því að mat neytenda á staðreyndum er í eðli sínu ekki nákvæmur mælikvarði á staðreyndirnar sjálfar, enda mótast matið m.a. af þeim auglýsingum sem þegar hafa birst. Svo dæmi sé tekið þá var nýjasta könnunin gerð í júní 2009, eftir að kærandi hóf að nota fullyrðinguna um „Landsins mesta vöruúrval snyrtivöru“ sem hér er m.a. deilt um. Könnunin sýndi mikla fjölgun þeirra þátttakenda sem álitu kæranda með mesta úrvalið af snyrtivörum. Hlutfall þeirra fór úr 55,3% í september 2007 í 74,4% í júní 2009. Ördugt er að álykta hverjar nákvæmlega skýringarnar á þessari aukningu eru en ekki er hægt að útiloka að tilvist auglýsinga um að tiltekin verslun bjóði mesta vöruúrvalið, hafi áhrif á mat neytenda á staðreyndum um vöruúrval. Það felst enda beinlínis í eðli auglýsinga að þeim er ætlað að hafa áhrif á viðhorf og hegðun neytenda. Mat neytenda á staðreyndum er þannig háð ýmsum öðrum þáttum en þeirra eigin könnun á staðreyndum og könnun á slíku mati þeirra getur ekki fært sönnur á staðreyndirnar sjálfar, líkt og að framan er rakið.
51. Önnur þau gögn sem kærandi hefur vísað til færa ekki heldur sönnur á hinar umdeildu fullyrðingar. Kærandi byggir hins vegar á því að hann hafi beitt öllum þeim úrræðum sem honum séu tæk til að renna stoðum undir slagorðin og því taki meginreglur íslensks stjórnisýsluréttar um rannsóknarskyldu stjórnvaldsins við. Einnig vísar hann í þessum efnunum til skyldu stjórnvaldsins

til þess að leiðbeina um það hvaða upplýsingar þurfi að leggja fram. Samkvæmt 20. gr. laga nr. 57/2005 hefur Neytendastofa víðtækar heimildir til að afla upplýsinga frá þeim sem lögin taka til. Þá var stofnunin sem fyrr segir bundin af reglum stjórnslulaga nr. 37/1993 við meðferð málsins, þ.á m. af rannsóknarreglunni í 10. gr. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst hins vegar ekki á að rannsóknarreglan hafi verið brotin.

52. Ákvæði 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 er skýrt um að það er fyrirtækja að sanna þær fullyrðingar sem þau setja fram í auglýsingum. Þrátt fyrir tilvist rannsóknarskyldu Neytendastofu gat sú skylda ekki staðið til þess að stofnuninni bæri að ráðast í gagnaöflun hjá samkeppnisaðilum kæranda, eins og máli þessu er háttað. Kærandi kaus að setja fram fullyrðingar í efsta stigi, en líkt og fyrirbyggjandi framkvæmd ber með sér er iðulega erfitt að færa sönnur á slíkar fullyrðingar. Neytendastofa leiðbeindi kæranda um gildandi lagaákvæði og gaf honum kost á að koma að sönnunum, skýringum eða athugasemdum áður en ákvörðun var tekin. Kærandi brást við og lagði fram gögn, en þau sanna ekki fullyrðingarnar, líkt og að framan er rakið. Að fengnum gögnum tók Neytendastofa hinar kærðu ákvarðanir. Með umræddri málsmeðferð uppfyllti Neytendastofa þær skyldur sem á henni hvíldu samkvæmt 7. og 10. gr. stjórnslulaga, auk þess sem málsmeðferðin að öðru leyti uppfyllti reglur laganna, að frátöldu því sem áður greinir um leiðbeiningu vegna kærheimildar. Þá var úrræðið sem Neytendastofa greip til vægt, auk þess sem áfrýjunarnefnd neytendamála getur ekki fallist á að kærandi hafi fyllilega beitt öllum úrræðum sem honum kunna að vera fær, enda lutu fyrirbyggjandi kannanir sem fyrr segir að engu leyti að staðreyndunum sjálfum, heldur eingöngu að mati neytenda á þeim.
53. Það væri í ósamræmi við skýr fyrirmæli 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 og gæti auk þess torveldað að markmið laga nr. 57/2005 og hins opinbera eftirlits með þeim næðu fram að ganga ef Neytendastofu væri gert að framkvæma sjálfstæða rannsókn á því hvort fullyrðingar auglýsenda í efsta stigi, sem ekki eru studdar beinum sönnunum á þeim staðreyndum sem fullyrt er um, standist. Grunnskyldan er enda augljóslega auglýsandans samkvæmt ótvíræðu orðalagi 4. mgr. 6. gr. Það er hans að sanna þær fullyrðingar sem hann setur fram, þar á meðal fullyrðingar sem erfitt er að sanna, enda á hann ekki að setja fram fullyrðingar sem hann er ekki í aðstöðu til að sanna. Samkvæmt öllu framangreindu ber að staðfesta ákvörðun Neytendastofu frá 29. júní 2009. Sama gildir um ákvörðunina frá 17. nóvember 2009, en kærandi byggir á samskonar sjónarmiðum vegna beggja ákvarðananna og hefur ekki fært rök að því að 24. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 standi til endurupptöku.
54. Samkvæmt öllu framansögðu ber að staðfesta hinar kærðu ákvarðanir.

ÚRSKURÐARORÐ:

Hinar kærðu ákvarðanir eru staðfestar.

Úrskurður nr. 4/2010

Eiríkur Jónsson

Egill Heiðar Gíslason

Eyvindur G. Gunnarsson