

ÚRSKURÐUR ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 21/2011

Kæra Skakkaturns ehf. á ákvörðun Neytendastofu [nr. 66/2011](#).

1. Þann 28. desember 2011 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 21/2011: Kæra Skakkaturns ehf. á ákvörðun Neytendastofu nr. 66/2011 frá 28. október 2011. Í málinu úrskurða Eiríkur Jónsson, Egill Heiðar Gíslason og Eyvindur G. Gunnarsson.
2. Með kæru, dags. 4. nóvember 2011, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu nr. 66/2011 frá 28. október 2011. Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði með notkun á fullyrðingunni „engir vírusar“ í sjónvarpsauglýsingum sínum brotið gegn ákvörðun Neytendastofu frá 3. desember 2010 og stjórnvaldssekt lögð á hann að fjárhæð kr. 1.500.000, með vísan til b-liðar 1. mgr. 22. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara krefst hann þess að stjórnvaldssektin verði felld niður eða lækkuð verulega.
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 í ákvörðun frá 3. desember 2010 komst Neytendastofa að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn lögum um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, þar sem hann hefði ekki fært sönnur á fullyrðinguna „engir vírusar“ í auglýsingu á Apple fartölvum í Morgunblaðinu 14. október 2010. Í ákvörðuninni var þeim tilmælum beint til kæranda að hætta að auglýsa með umræddum hætti. Nánar tiltekið sagði í niðurlagi ákvörðunarinnar: „[Kærandi hefur] ekki fært sönnur á framangreinda fullyrðingu sem fram kemur í auglýsingu fyrirtækisins „engir vírusar“ í Apple tölvum. Er auglýsing [kæranda] því brot á 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 8. gr. og b. lið 1. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005. Er þeim tilmælum beint til fyrirtækisins að hætta að auglýsa með framangreindum hætti.“ Kærandi kærði ákvörðunina til áfrýjunarnefndar neytendamála í desember 2010 sem staðfesti ákvörðunina í febrúar 2011, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010).
5. Með bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 11. október 2011, var tekið fram að stofnuninni hefðu borist ábendingar um að Apple búðin (Epli), sem rekin væri af kæranda, hefði undanfarið birt auglýsingar þar sem fram kæmi eftirfarandi fullyrðing um tölvur Apple fyrirtækisins, sem seldar væru í verslun kæranda: „Engir vírusar“. Benti Neytendastofa á að með ákvörðun stofnunarinnar frá 3. desember 2010 hefði þeim tilmælum verið bent til fyrirtækisins að hætta birtingu umræddrar fullyrðingar í auglýsingum sínum. Kæranda væri gefinn kostur á að koma að skýringum eða

athugasemdum við málið áður en tekin yrði ákvörðun á grundvelli IX. kafla laga nr. 57/2005. Þyrftu þær að hafa borist stofnuninni innan sjö daga frá dagsetningu bréfsins. Meðfylgjandi bréfinu var úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010). Engar skýringar eða athugasemdir bárust frá kæranda.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

6. Hinn 28. október 2011 tók Neytendastofa hina kærðu ákvörðun nr. 66/2011. Þar var sem fyrr segir komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn ákvörðun Neytendastofu frá 3. desember 2010 og stjórnvaldssekt að fjárhæð 1.500.000 kr. lögð á hann. Í upphafi ákvörðunarinnar segir að Neytendastofu hafi borist ábendingar í tilefni sjónvarpsauglýsinga kæranda, umboðs- og söluaðila Apple tölva á Íslandi. Í auglýsingunum, sem birtar séu í nafni Epli.is, komi fram nokkrir þekktir Íslendingar sem fari með eftirfarandi texta:

„Ég er eiginlega bara búin að gleyma því hvernig það er að vera slappur og stressaður. Ég er bara alltaf í lagi svona eins og Apple tölva.“

„Ég reyni að lifa ofsalega heilbrigðu lífi. Ég læt helst ekki ofan í mig nema það sé bara ávextir og grænmeti, lífrænt, macróbíótískt, bíódímamískt, vegan, blessað, enda ég fæ aldrei neinar pestir. Enga vírusa.“

„Ég heiti Gunnar og er bardagaíþróttamaður. Ég æfi, borða hollan mat og reyni að vera í eins fullkomnu formi og ég get. Ekkert rugl og engir vírusar.“

7. Í ákvörðuninni er bréf Neytendastofu frá 11. október 2011 næst rakið. Í niðurstöðukafla ákvörðunarinnar segir síðan að kærandi, rekstraraðili Epli.is, hafi í október 2011 birt í sjónvarpsauglýsingum fullyrðinguna „engir vírusar“. Með ákvörðun Neytendastofu, dags. 3. desember 2010, hafi verið tekin ákvörðun um að auglýsingar með fullyrðingunni „engir vírusar“ væru brot á 5. gr., 4. mgr. 6. gr. og b. lið 1. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005. Þeim tilmælum hafi verið beint til kæranda að hætta að auglýsa með framangreindum hætti. Ákvörðun Neytendastofu hafi verið staðfest af áfrýjunarnefnd neytendamála. Í b-lið 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005 segi að Neytendastofa geti lagt stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti gegn stjórnvaldsreglum og ákvörðunum Neytendastofu gegn viðskiptaháttum sem brjóti í bága við ákvæði II.-VIII. kafla laganna.
8. Í málinu liggja fyrir að kærandi hafi með birtingu auglýsinganna virt að vettugi ákvörðun Neytendastofu, dags. 3. desember 2010, sem og úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010). Að mati Neytendastofu sé því óhjákvæmilegt að leggja stjórnvaldssekt á fyrirtækið, sbr. 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005. Að teknu tilliti til þess að um ítrekað brot sé að ræða og að einbeittur vilji virðist vera til að blekkja neytendur um kosti þeirrar vöru sem fyrirtækið selji, sem og alvarleika brotsins, sé það mat stofnunarinnar að hæfilegt sé að leggja á kæranda stjórnvaldssekt að fjárhæð 1.500.000 kr., vegna brots gegn ákvörðun Neytendastofu, dags. 3. desember 2010.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

9. Í kæru, dags. 4. nóvember 2011, er tekið fram að kærandi sé umboðsaðili Apple Inc. hér á landi. Þann 11. október 2011 hafi hann fengið bréf frá Neytendastofu þar sem sagt hafi: „Neytendastofu hafa borist ábendingar um að Apple búðin (Epli), sem rekin er af Skakkaturn ehf., hafi undanfarið birt auglýsingar þar sem fram kemur eftirfarandi fullyrðing um tölvur Apple fyrirtækisins sem seldar eru í verslun Skakkaturns: „Engir vírusar“.“ Neytendastofa sé stjórnvald í skilningi stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Á stjórnvöldum hvíli sú skylda að sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun sé tekin. Áður en stjórnvald taki ákvörðun eigi það jafnframt að gefa aðila máls kost á að tjá sig um efni viðkomandi máls, sbr. 13. gr. stjórnisýslulaga, sem geymi svokallaða andmæla-reglu. Grunnforsenda þess að aðili máls geti nýtt sér andmælarétt sinn sé að hann fái vitneskju frá viðkomandi stjórnvaldi um hvað stjórnisýslumálið, sem til rannsóknar sé, snúist, og fái jafnframt í hendur afrit af gögnum sem stjórnvaldið hafi aflað. Í bréfi Neytendastofu til kæranda sé vísað til þess að stofnunin hafi þann 3. desember 2010 beint þeim tilmælum til kæranda að hætta birtingu umræddra fullyrðingar „engir vírusar“ í auglýsingum sínum. Síðan segi í bréfinu: „Var það mat Neytendastofu að Skakkaturn hefði með auglýsingum sínum brotið gegn 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 8. gr. og b. lið 1. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005“. Í bréfi stofnunarinnar komi ekki fram til hvaða auglýsinga sé verið að vísa eða hvar eða hvenær þær eigi að hafa birst.
10. Ágreiningurinn sem ákvörðun Neytendastofu 3. desember 2010 hafi lotið að hafi snúist um auglýsingu sem birst hafi í Morgunblaðinu 14. október 2010. Í þeirri auglýsingu hafi verið að finna fullyrðinguna „engir vírusar“ og hún verið notuð til að lýsa kostum MacBook 13. Kærandi hafi ekki birt neina slíka auglýsingu, í prentmiðlum, á ljósvaka eða annars staðar. Þetta hafi stjórnvaldið vitað eða mátt vita áður en það tók hina kærðu ákvörðun. Í ákvörðuninni komi fram að í sjónvarpsauglýsingum, sem sagðar séu hafa birst í október 2011 á RÚV og Stöð 2, sé talað um enga vírusa. Það sé alveg rétt hjá stjórnvaldinu, eins og sjá megi í hinni kærðu ákvörðun, þar sem texti sjónvarpsauglýsingarinnar sé tekinn upp og birtur. Þar segi: „Ég heiti Gunnar og er bardagaíþróttamaður. Ég æfi, borða hollan mat og reyni að vera í eins fullkomnu formi og ég get. Ekkert rugl og engir vírusar“. Í hinum tilvitnuðu oðrum sé ekkert vikið að Apple tölvu einnar eða annarrar gerðar eða tegundar. Orðin „engin vírusar“ í hinni kærðu ákvörðun séu með öllu slitin úr samhengi af hálfu stjórnvaldsins. Eins og hin tilvitnuðu orð beri með sér sé bardagaíþróttamaðurinn að vísa til sjálfs síns. Kærandi viti ekki annað en að Gunnar sé með fremstu bardagaíþróttamönnum heims. Hann segist sjálfur þakka það æfingum, hollu líferni og að hann sé laus undan öllu rugli og með enga vírusa.
11. Í tilvitnaðri sjónvarpsauglýsingu segi bardagaíþróttamaðurinn einnig [svo]: „Ég er eiginlega bara búin að gleyma því hvernig það er að vera slappur og stressaður. Ég er bara alltaf í lagi svona eins og Apple tölva“. Hér víki bardagaíþróttamaðurinn að eigin hraustleika en ekkert að vírusum og líki sjálfum sér við Apple tölvu. Það sé bæði honum og kæranda heimilt. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun eigi bardagaíþróttamaðurinn einnig að segja í auglýsingunni [svo]: „Ég reyni að lifa ofsalega heilbrigðu lífi. Ég læt helst ekki ofan í mig nema það sé bara ávextir og grænmeti, lífrænt, macróbíótískt, bíódímamískt, vegan, blessað, enda ég fæ aldrei neinar pestir. Enga vírusa“. Draga megi í efa að þetta sé rétt tekið upp úr auglýsingunni.

12. Á ljósvakanum megi oft sjá og heyra auglýsingar, sem ekki sé full innistæða fyrir, ef grannt sé skoðað. Þannig sé t.d. auglýst að menn geti öðlast „Líkami fyrir lífið“ taki þeir þátt í sex vikna líkamsræktarnámskeiði. Sennilega viti flestir að það taki gott betur en sex vikur að ná sér í gott form og að viðhald þess sé lífstíðarverkefni en ekki sex vikna skorpuvinna. Bifreiðaumboð auglýsi reglulega: „Brimborg öruggur staður til að vera á“. Það sé algjörlega ómögulegt að skilja hvers vegna bílaumboð geti verið öruggur staður til að vera á. Kærandi spyr hvort neytendur eigi að halda að Brimborg veiti þeim skjól í náttúrumhamförum eða fyrir hvers kyns vá, hvort menn leiti skjóls í húsi Brimborgar ef jarðskjálfti verði. Væntanlega sé enginn neytandi svo auðtrúa að hann átti sig ekki á því að öll tæki og tól geti bilað og að Brimborg sé ekki á neinn hátt öruggur staður til að vera á, heldur bifreiðaumboð, sem selji nýja og notaða bíla og sé alveg jafn óöruggt eða öruggt eins og önnur bifreiðaumboð. Brimborg hafi m.a. umboð fyrir Volvo sem lengi vel hafi verið auglýstur sem „fasteign á hjólum“. Fasteign geti eðli máls samkvæmt ekki verið á hjólum. Þá glymji reglulega auglýsingar á ljósvakanum um að hinn eða þessi selji tiltekna vörur „tax free“. Kærandi spyr hvort með þessu sé verið að gefa til kynna að varan sé seld án skatta og þá líklega án virðisaukaskatts. Kærandi viti ekki um neina vöru sem seld sé án virðisaukaskatts. Í flestum tilfellum þar sem vara sé auglýst „tax free“ hafi afsláttur af verði vörunnar ekki svarað til 25,5% afsláttar eða afreikniþrósentu virðisaukaskatts.
13. Í leiknum auglýsingum til birtingar á ljósvakanum verði að vera rúm fyrir skáldskap. Gerð handrits að auglýsingu og birting hennar njóti verndar 73. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Tjáningarfrelsinu megi aðeins setja skorður með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum. Samkvæmt þessu séu það aðeins ríkir hagsmunir ríkisins og einstaklinga sem geti orðið grundvöllur ritskoðunar byggðri á lögum. Ákvæði 73. gr. stjórnarskrárinnar geri það því að verkum að beita verði lögum nr. 57/2005 af mikilli varfærni þegar komi að ritskoðun stjórnvalda á auglýsingum og efni þeirra. Ritskoðun Neytendastofu sé bundin því skilyrði að hún sé nauðsynleg til verndar hagsmunum, sem leggja megi að jöfnu við nauðsyn þess að halda uppi allsherjarreglu í landinu eða tryggja öryggi ríkisins, heilsu, siðgæði, mannorð eða önnur meiriháttar réttindi. Ekkert liggi fyrir um það í málinu að auglýsingar kæranda séu svo hættulegar að banna verði þær í þágu einhverra meiriháttar hagsmuna þjóðarinnar eða einhvers afmarkaðs hóps hennar.
14. Sjónvarpsauglýsingar kæranda með Gunnari bardagaíþróttamanni, Eddu Björgvinsdóttur leikkonu og Ingibjörgu Stefánsdóttur, leikkonu og jógakennara, séu ímyndarauglýsingar verslunar, sem selji m.a. Apple tölvur. Auglýsingarnar eigi að skapa þá ímynd að í verslunum kæranda séu seldar gæða vörur. Enga fullyrðingu sambærilega þeirri, sem birtist í auglýsingu kæranda 14. október 2010 í Morgunblaðinu, sé að finna í sjónvarpsauglýsingu hans. Neytendastofa hafi því ekkert vald til að banna þær. Bann eða ritskoðun Neytendastofu á auglýsingum takmarkist við að geta krafist auglýsanda um sönnun fyrir staðhæfingu í auglýsingu hans um kosti eða gæði vöru eða þjónustu. Sjónvarpsauglýsing sú sem tilfærð sé í hinni kærðu ákvörðun geymi enga fullyrðingu um þær vörur sem kærandi selji. Einu fullyrðingarnar sem komi fram séu þær sem snúi að þeim sem leiki í viðkomandi auglýsingu. Í einni auglýsinganna sé ekkert vikið að vírusum.

15. Með vísan til framangreinds beri í fyrsta lagi að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi sökum þess að stjórnvaldið hafi ekki rannsakað málið til hlítar áður en ákvörðunin var tekin. Bréfið sem Neytendastofa sendi kæranda hafi ekki getað verið neinn grundvöllur andmæla af hans hálfu, þar sem það hafi engar upplýsingar geymt um rannsókn Neytendastofu eða hvaða gagna stofnunar hefði aflað af því tilefni. Það sé fyrst í hinni kærðu ákvörðun sem kærandi fái vitneskju um þá auglýsingu sem rannsókn Neytendastofu hafi beinst að. Ákvörðun stjórnvalds sem tekin sé án þess að gætt sé málsmeðferðarreglna stjórnsýslulaga sé ógild. Áfrýjunarnefndinni beri því að fella ákvörðunina úr gildi.
16. Telji áfrýjunarnefndin hins vegar að stjórnsýslumeðferð málsins fái staðist beri að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi þar sem tilvitnuð auglýsing sé ekki á neinn hátt sambærileg við þá sem fjallað hafi verið um í ákvörðun Neytendastofu þann 3. desember 2010 og feli því ekki í sér brot á neinum þeirra ákvæða sem byggt hafi verið á þá. Auglýsingin, sem vitnað sé til í hinni kærðu ákvörðun, feli á engan hátt í sér óréttmæta viðskiptahætti í skilningi 5. gr. laga nr. 57/2005. Engin fullyrðing sé í auglýsingunni sem kærandi þurfi að færa sönnur á. Fari hún því ekki heldur í bága við 4. mgr. 6. gr. laganna. Ekkert í auglýsingunni sé eða geti verið líklegt til að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda. Þannig eigi 8. gr. laga nr. 57/2005 ekki heldur við um hana og því síður b-liður 1. mgr. 9. gr. laganna, þar sem ekkert komi fram í auglýsingunni sem villt geti neytendum sýn.
17. Fari svo ólíklega að ákvörðunin verði staðfest sé þess krafist að stjórnvaldssektin verði felld niður eða lækkuð verulega. Í því sambandi skuli bent á að í kjölfar ákvörðunar Neytendastofu 3. desember 2010 og úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010) hafi kærandi hætt að fullyrða í auglýsingum að Apple tölvur væru án vírusa. Engin dæmi séu til um slíkar auglýsingar í blöðum, tímaritum eða öðrum prentmiðlum. Í sjónvarpsauglýsingum með Ingibjörgu Stefánsdóttur sé og hafi aldrei verið talað um vírusa. Í sjónvarpsauglýsingum með Eddu Björgvinsdóttur leikkonu og áður nefndum Gunnari bardagaíþróttamanni hafi upphaflega sagt eitthvað í þá veru að þau væru laus við vírusa eins og Apple-tölva. Auglýsingunum hafi verið breytt í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010) og verið fellt út að Apple tölvur fengju ekki vírusa. Kærandi hafi í hvítetna farið að boði Neytendastofu og ekki haft neinn ásetning til að brjóta gegn því. Hafi eldri auglýsingar farið í loftið sé það fyrir mistök.
18. Varðandi refsingar og refsikennd viðurlög gildi sú grunnregla að refsing verði að hæfa broti. Brot kæranda, ef það teljist þá sannað, sé smávægilegt þannig að refsing við því geti aldrei numið nema að hámarki 50.000 til 100.000 kr. sekt. Sekt upp á 1.500.000 kr. í máli þessu sé fáheyrt rugl og ekki í neinu samræmi við nefnda grunnreglu. Um lagarök vísist til 73. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, ákvæða laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, svo og til stjórnsýslulaga nr. 37/1993.
19. Með bréfi, dags. 7. nóvember 2011, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 14. nóvember 2011, þar sem þess er krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Neytendastofa hafnar því að ástæða sé til að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi með vísan til 13.

gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 þar sem andmælaréttar hafi ekki verið gætt. Neytendastofa hafi sent kæranda bréf, dags. 11. október 2011, ásamt úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála, þar sem óskað hafi verið upplýsinga og athugasemda kæranda. Kærandi hafi viðurkennt í kæru sinni að hafa mótttekið umrætt bréf. Af kærinni megi ráða að bréfi Neytendastofu hafi ekki verið svarað þar sem ekki hafi komið fram í bréfinu hvaða auglýsingar stofnunin vísaði í eða hvar eða hvenær þær ættu að hafa birst. Neytendastofa hafni því að ekki hafi verið ljóst til hvaða auglýsinga væri vísað. Fram komi í bréfi stofnunarinnar að vísað sé til auglýsinga kæranda þar sem fram komi fullyrðingarnar „engir vírusar“. Neytendastofa telji að kæranda eigi að vera fullljóst til hvaða auglýsinga hafi verið vísað enda umræddar auglýsingar birtar reglulega í sjónvarpi. Aðrar auglýsingar kæranda innihaldi ekki fullyrðingunna „engir vírusar“.

20. Neytendastofa hafni því að kæranda hafi ekki verið send þau gögn sem málið byggir á. Með bréfi, dags. 11. október 2011, hafi stofnunin sent kæranda afrit af úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála, þar sem fjallað sé ítarlega um auglýsingar kæranda sem innihéldu fullyrðinguna „engir vírusar“. Af hálfu Neytendastofu sé því jafnframt hafnað að ástæða sé til að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi með vísan til 10. gr. stjórnslulaga þar sem stofnunin hafi ekki rannsakað málið til hlítar. Neytendastofu hafi borist rafrænar ábendingar, tölvupóstur og símtöl frá neytendum þar sem bent hafi verið á að kærandi væri enn að auglýsa „engir vírusar“ í sjónvarpi. Þá hafi starfsmenn Neytendastofu einnig orðið varir við auglýsingar kæranda í sjónvarpi. Í kjölfar bréfs Neytendastofu til kæranda hafi stofnunin óskað eftir afriti af auglýsingum kæranda frá RÚV. Skoðun á þeim auglýsingum hafi staðfest þær ábendingar sem stofnuninni höfðu borist.
21. Af hálfu Neytendastofu sé því hafnað að umræddar auglýsingar séu ekki sambærilegar við þá auglýsingu sem fjallað hafi verið um í ákvörðun Neytendastofu þann 3. desember 2010. Þrátt fyrir að auglýsingar kæranda hafi áður verið með þeim hætti að fullyrðingin hafi verið birt með Apple tölvum eða vísað beint til Apple tölva telji Neytendastofa að sama fullyrðing nú í umræddum sjónvarpsauglýsingum hafi sömu áhrif á neytendur. Að mati Neytendastofu fari það ekki á milli mála að sjónvarpsauglýsingar sem endi á fullyrðingunni „engir vírusar“ séu vísun til þess að Apple tölvur fái ekki vírusa. Neytendastofa bendi á að meta verði auglýsingar kæranda heildstætt enda sé í þeim vísað til heilbrigðis, hollustu og góðs líkamlegs forms sem gefi til kynna að vörur sem kærandi selji, sem séu Apple tölvur, séu þeim eiginleikum gæddar að þær fái ekki vírusa. Samlíkingin sé að mati Neytendastofu svo skýr að ekki verði komist að annarri niðurstöðu en að auglýsingar kæranda fjalli í raun um Apple tölvur. Þá vísi ein af þremur svokölluðum ímyndarauglýsingum kæranda sérstaklega til Apple tölva þar sem fram komi setningin „Ég er bara alltaf í lagi svona eins og Apple tölva“.
22. Vísun kæranda til þess að í auglýsingum sé rúm fyrir skáldskap og að lögaðili njóti tjáningarfrelsis eigi ekki við í málinu. Áfrýjunarnefnd neytendamála hafi þegar tekið afstöðu til fullyrðingarinnar „engir vírusar“ og komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri grundvöllur fyrir henni og hún því brot gegn 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Einnig hafi áfrýjunarnefndin talið í ljósi þessa að auglýsingin væri einnig villandi í skilningi 9. gr. sömu laga, auk þess sem hún hafi um leið brotið gegn almennu ákvæðunum í 5. og 8. gr. laganna.

23. Af hálfu Neytendastofu sé því hafnað að ástæða sé til að fella niður eða lækka sektarfjárhæðina. Eins og fram komi í hinni kærðu ákvörðun sé brot kæranda ítrekað. Fyrir liggi í málinu að hann hafi haldið áfram birtingu auglýsinganna eftir að Neytendastofa sendi honum bréf þess efnis að umræddar auglýsingar væru á skjön við eldri ákvörðun Neytendastofu sem og úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála. Með slíkri háttsemi hafi kærandi sýnt fram á einbeittan vilja til að blekkja neytendur. Þess beri einnig að geta að kærandi hafi enn ekki látið af birtingu umræddra auglýsinga þegar greinargerð Neytendastofu sé rituð.
24. Neytendastofa hafni því að sekt að fjárhæð kr. 1.500.000 sé fáheyrð. Rétt sé að taka fram að almennt beiti Neytendastofa ekki háum sektum vegna brota á lögum nr. 57/2005 nema háttsemin sé með þeim hætti að þess sé óhjákvæmilega þörf. Kærandi hafi ekki sýnt fram á vilja til að lúta ákvörðun Neytendastofu og því verði sektarfjárhæðin að endurspeglar fyrrnefndar forsendur Neytendastofu fyrir sektarfjárhæðinni. Miðað við ítrekaðar birtingar á umræddum auglýsingum og að teknu tilliti til stjórnvaldssekta sem stofnunin hafi beitt í sambærilegum málum sé það mat Neytendastofu að kr. 1.500.000 sé hæfileg fjárhæð til að ná því fram að kærandi láti af birtingu fullyrðingarinnar „engir vírusar“ í auglýsingum sínum. Neytendastofa óski eftir því að meðferð málsins hjá áfrýjunarnefnd neytendamála verði hraðað eins og kostur er þar sem kærandi hafi ekki enn látið af birtingu umræddra auglýsinga. Að öðru leyti vísi Neytendastofa til hinnar kærðu ákvörðunar og þeirra gagna sem ákvörðunin sé byggð á.
25. Með bréfi, dags. 16. nóvember 2011, var kæranda gefinn kostur á að gera athugasemdir við greinargerð Neytendastofu. Athugasemdir bárust með bréfi lögmanns kæranda, dags. 30. nóvember 2011. Þar eru ítrekuð þau sjónarmið, málsástæður og lagarök sem komi fram í kærðu. Greinargerð Neytendastofu gefi ekki tilefni til sérstakra andmæla. Af greinargerðinni megi hins vegar ráða að stjórnvaldið þurfi ekki í störfum sínum að gæta almennra reglna stjórnsýsluréttar um rannsókn og annan undirbúning að töku stjórnvaldsákvörðunar. Engin þörf sé á því að upplýsa hvort og hvenær meintar ólögmetar auglýsingar hafi verið birtar. Slíkt eigi hinn brotlegi sjálfur að vita og leggja eigi að jöfnu annars vegar auglýsingar í prentmiðlum, sem varði tilgreinda vöru, og hins vegar ímyndarauglýsingar, þar sem áherslan liggi í gæðum tiltekinnar framleiðsluvöru almennt séð.
26. Neytendastofa sé stjórnvald sem fari með vald til að taka íþyngjandi ákvarðanir. Stofnunin verði að fara að lögum, þótt símtöl og kvartanir berist frá neytendum, eins og það sé orðað í greinargerð stofnunarinnar. Hverjir þessir neytendur séu viti enginn og því sé alveg jafnlíklegt að kvörtun sé runnin undan rifjum samkeppnisaðila. Í það minnsta hafi þessir neytendur þá ekki látið glepjust, ef ímyndarauglýsingar kæranda séu almennt til þess fallnar. Neytendalög, þótt mikilvæg kunni að vera, og án efa alfa og omega þeirrar stofnunar sem hafi það hlutverk að framfylgja þeim, sæti sömu takmörkunum og önnur lög. Neytendalöggjöf og framkvæmd hennar af hálfu stjórnvalda verði m.a. að taka mið af tjáningarfrelsisákvæði 73. gr. stjórnarskrárinnar. Í ákvæði þessu sé sérstaklega tekið fram að ritskoðun og aðrar sambærilegar tálmanir á tjáningarfrelsi megi aldrei í lög leiða. Sá sem tjái sig verði hins vegar að ábyrgjast orð sín og gerðir fyrir dómi gangi þau/þær í berhöggi við hagsmuni annarra aðila. Þess vegna heimili stjórnarskráin að tjáningarfrelsinu verði

settar skorður með lögum. Það megi gera í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæðis eða vegna réttinda og mannorðs annarra.

27. Samkvæmt þessu séu það ekki hvers kyns réttindi einstaklinga og lögaðila sem vernda megi með skerðingu tjáningarfrelsisins, heldur aðeins þau mikilvægustu, þ.e. heilsan, æran og önnur réttindi þessu sambærileg. Sé vara heilsuspillandi kunni að vera heimilt að banna auglýsingu hennar, eins og reyndin sé með tóbak og áfengi. Hið síðarnefnda sé þó auglýst í gríð og erg, beint og óbeint, í blöðum, á ljósvakanum og netinu. Auglýsingar um kosti tiltekinnar vöru verði líka að vera réttar og kostirnir sannanlegir. Það eigi hins vegar ekki við þegar aðeins sé verið að halda fram ímynd vöru. Hún sé almennt góð, traust og áreiðanleg. Þá verði hugmyndaflugið að fá að vera frjálst. Gleggst dæmi ýktra ímyndarauglýsinga séu auglýsingar um sumarfrí á suðrænum slóðum. Í þeim sé ávallt sól. Sumir neytendur upplifi annað, rok, rigningu, sólarleysi og almennt slæmt veður. Sama eigi við um skíðaferðir, hvort heldur hér innan lands eða utan. Það sé ávallt nægur snjór og sól í auglýsingum og allir sitji úti og borði, skemmti sér og uni glaðir við sitt. Þannig sé það auðvitað ekki. Stundum sé lítill snjór, súld, þoka eða slydda. Þetta viti neytendur, enda veður breytileg hvar sem er í heiminum. Þannig sé það líka með Apple tölvur, þær séu almennt séð ágætar, hraustar, en geti auðvitað bilað og orðið slappar. Ekkert kalli á að bannað sér hér á landi að halda þeirri ímynd að neytendum að Apple tölvur séu gæða tölvur.
28. Hvergi í greinargerð Neytendastofu sé vikið að því hvað í sjónvarpsauglýsingum kæranda fari svo mjög gegn mikilvægum réttindum neytenda að stöðva verði þær og auk þess leggja sekt á kæranda. Sekt sem á engan hætt hæfi brotinu. Af hálfu Neytendastofu virðist aðeins byggt á því að úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála varðandi blaðaauglýsingar kæranda, þar sem tilteknar framleiðsluvörur voru sagðar vera án vírusa, sé hið stóra og mikla fordæmi við úrlausn máls þessa. Svo sé ekki. Sá úrskurður hafi ekkert fordæmisgildi við úrlausn máls þessa enda atvik með engum hætti sambærileg. Með vísan til framangreinds beri að fella hina kærðu stjórnvaldsákvörðun úr gildi.

NIÐURSTAÐA

29. Í máli þessu leitar kærandi endurskoðunar á ákvörðun Neytendastofu þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að hann hefði með sjónvarpsauglýsingum sínum brotið gegn eldri ákvörðun Neytendastofu, frá 3. desember 2010, og stjórnvaldssekt lögð á hann af þeim sökum, að fjárhæð 1.500.000 kr.
30. Hin eldri ákvörðun Neytendastofu kom til vegna auglýsingar kæranda á Apple fartölvum í Morgunblaðinu 14. október 2010. Í niðurlagi ákvörðunarinnar sagði: „[Kærandi hefur] ekki fært sönnur á framangreinda fullyrðingu sem fram kemur í auglýsingu fyrirtækisins „engir vírusar“ í Apple tölvum. Er auglýsing [kæranda] því brot á 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 8. gr. og b. lið 1. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005. Er þeim tilmælum beint til fyrirtækisins að hætta að auglýsa með framangreindum hætti.“ Kærandi kærði ákvörðunina til áfrýjunarnefndar neytendamála sem staðfesti ákvörðunina, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010).

31. Í framangreindum úrlausnum fólst að kæranda væri óheimilt að nota fullyrðinguna „engir vírusar“ í auglýsingum sínum um Apple tölvur. Neytendastofa telur að kærandi hafi virt þetta að vettugi með sjónvarpsauglýsingunum sem um er deilt. Kærandi byggir hins vegar á því að í kjölfar ákvörðunarinnar og úrskurðarins hafi hann hætt að fullyrða í auglýsingum að Apple tölvur væru án vírusa. Þannig greinir kæranda og Neytendastofu á um hvort umræddar sjónvarpsauglýsingar feli í sér fullyrðingu um enga vírusa í Apple tölvum.
32. Auglýsingarnar sem um er deilt eru þrjár talsins. Í fyrstu auglýsingunni birtist Ingibjörg Stefánsdóttir, leikkona og jógakennari. Þar sést hún gera jógaæfingar og tekur fram: „Ég er eiginlega bara búin að gleyma því hvernig það er að vera slappur og stressaður. Ég er bara alltaf í lagi, svona eins og Apple tölva.“ Í auglýsingunni sést m.a. glitta í Apple tölvu að baki Ingibjörgu og auglýsingunni lýkur með skilti þar sem segir „epli.is – Laugavegi 182 – Smáralind“. Í annarri auglýsingunni birtist Edda Björgvinsdóttir, leikkona. Þar sést hún búa til heilsudrykk og sitja við borð framan við Apple tölvu, þar sem hún segir: „Ég reyni að lifa ofsalega heilbrigðu lífi. Ég læt helst ekkert ofan í mig nema það sé bara ávextir og grænmeti, lífrænt, macróbíótískt, bíódínamiískt, vegan, blessað, enda ég fæ aldrei neinar pestir. Enga vírusa“. Auglýsingunni lýkur með skilti þar sem segir „epli.is – Laugavegi 182 – Smáralind“. Í þriðju auglýsingunni birtist Gunnar Nelson, bardagaíþróttamaður. Þar sést hann að æfingum og sitja á gólfinu, þar sem hann segir: „Ég heiti Gunnar og er bardagaíþróttamaður. Ég æfi, borða hollan mat og reyni að vera í eins fullkomnu formi og ég get. Ekkert rugl og engir vírusar.“ Auglýsingunni lýkur síðan með samskonar skilti og hinar tvær.
33. Við mat á því hvaða fullyrðing telst felast í auglýsingunum verður sem endranær að horfa til þess hvaða skilning dæmigerður neytandi mátti leggja í þær. Áfrýjunarnefnd neytendamála telur að framsetning og innihald auglýsinganna sé með þeim hætti að neytendur hljóti að skilja þær sem tilvísun til þess að Apple tölvur fái enga vírusa og að auglýsingarnar feli þannig í sér fullyrðingu sem fari í bága við eldri ákvörðun Neytendastofu og úrskurð áfrýjunarnefndarinnar. Í því sambandi athugast að tvær auglýsinganna innihalda berum orðum orðin engir vírusar. Ekki er fallist á sjónarmið kæranda í þá veru að þær feli aðeins í sér tilvísun umræddra einstaklinga til eigin heilsufars. Þær enda á skilti með „epli.is“ og vísa þannig skýrlega til búðar kæranda og þeirra Apple tölva sem hann selur, enda eru auglýsingarnar keyptar og kostaðar af honum. Þá bregður Apple tölvum raunar að nokkru leyti fyrir í auglýsingunum auk þess sem heilsufar eins einstaklingsins er berum orðum sett í samhengi við Apple-tölvur, þ.e. að viðkomandi sé „alltaf í lagi, svona eins og Apple tölva“. Sú auglýsing inniheldur að vísu ekki fullyrðinguna „engir vírusar“ en styrkir þau skilaboð sem felast í hinum auglýsingunum í þá veru að vírusleysið vísi til Apple tölva rétt eins og einstaklinganna sjálfra. Er raunar óhjákvæmilegt að horfa heildstætt til umræddra þriggja auglýsinga, sem sýndar voru á víxl og hinn dæmigerði neytandi hlaut að skilja sem svo að Apple tölvur fái ekki vírusa. Þá var það ekki til að draga úr slíkum skilningi neytenda að kærandi hafði áður auglýst beinum orðum að Apple tölvur fengu ekki vírusa.
34. Samkvæmt framansögðu verður fallist á það með Neytendastofu að hinar umdeildu auglýsingar hafi brotið gegn eldri ákvörðun stofnunarinnar. Ekki verður á það fallist að stofnunin hafi brotið gegn málsmeðferðarreglum stjórnslulaga nr. 37/1993 þannig að ógildingunni hinar kærðu

ákvörðunar varði. Neytendastofa aflaði umræddra auglýsinga og óskaði skýringa kæranda áður en ákvörðunin var tekin og ekki verður talið að rannsóknin hafi brotið gegn 10. gr. stjórnsýslulaga. Að því er andmæli kæranda snertir hefði að vísu verið æskilegra að Neytendastofa aflaði fyrir umræddra auglýsinga og tilgreindi efni þeirra með nákvæmari hætti þegar kæranda var gefinn kostur á að tjá sig. Á hinn bóginn telur áfrýjunarnefnd neytendamála að kæranda hafi mátt vera nægilega ljóst af bréfi stofnunarinnar, dags. 11. október 2011, til hvaða auglýsinga væri vísað og með bréfinu var kæranda gefinn kostur á að koma á framfæri skýringum eða athugasemdum, en kaus að bregðast ekki við. Loks er til þess að líta að kærandi hefur fengið rúmt svigrúm til að tjá sig um efni málsins á áfrýjunarstigi. Jafnvel þótt fallist væri á að andmælaréttur hefði verið brotinn á lægra stjórnsýslustigi er þannig ljóst að úr því teldist hafa verið bætt á æðra stjórnsýslustigi, og engin efni til að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi á grundvelli skorts á andmælarétti, sbr. 13. gr. stjórnsýslulaga. Þá verður hin kærða ákvörðun ekki talin andstæð jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga. Í því sambandi athugast m.a. að ekki liggja fyrir ákvarðanir Neytendastofu þar sem sambærilegt mál hefur verið leyst með ólíkum hætti auk þess sem tilvísanir til þess að aðrir komist upp með tiltekna háttsemi geta ekki frekar en endranær gert ólögmetta háttsemi lögmetta, svo sem nánar er lýst í úrskurði áfrýjunarefndar neytendamála 23. nóvember 2011 (6/2011).

35. Kærandi byggir á frelsi sínu samkvæmt 73. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Í því sambandi skal í fyrsta lagi tekið fram að hin kærða ákvörðun snertir ekki ritskoðunarákvæði 2. másl. 2. mgr. 73. gr. enda fól hún ekki í sér fyrirfram heldur eftirfarandi takmörkun á tjáningarfrelsi kæranda. Ákvörðunin snertir á hinn bóginn tjáningarfrelsisákvæði 1. másl. 2. mgr. 73. gr. Ótvírætt er að umræddar auglýsingar njóta verndar þess ákvæðis og því verður hin kærða ákvörðun, sem felur í sér eftirfarandi takmörkun á þeim, að uppfylla skilyrði 3. mgr. 73. gr. Áfrýjunarnefnd neytendamála telur engan vafa leika á því að hin kærða ákvörðun uppfylli þau skilyrði. Hún hvílir skýrlega á lögum og verður talin uppfylla skilyrðið um nauðsyn í þágu réttinda annarra, sbr. 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Í því sambandi athugast að ákvörðunin takmarkaði svonefnda viðskiptalega tjáningu, en dómaframkvæmd Hæstaréttar sem og mannréttindadómstóls Evrópu ber með sér fremur rúmt svigrúm til mats á nauðsyn takmörkunar slíkrar tjáningar. Raunar hvíla lög nr. 57/2005 að verulegu leyti á samevrópskum reglum um bann við óréttmætum viðskiptaháttum, sem fela í sér margvíslegar takmarkanir á auglýsingum, til samræmis við hið rúma svigrúm sem 2. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu veitir til takmörkunar á viðskiptalegri tjáningu.
36. Hér verður jafnframt að hafa í huga að hin kærða ákvörðun laut að staðhæfingu um staðreynd, þ.e. þeirri fullyrðingu sem felst í auglýsingunum um að Apple tölvur fái enga vírusa. Þá fullyrðingu hefur kærandi ekki sannað og því brýtur hún gegn lögum nr. 57/2005, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála 10. febrúar 2011 (19/2010), þar sem jafnframt var bent á að krafan um að auglýsendur sönnuðu staðhæfingar sínar um staðreyndir rúmaðist innan marka áðurngreindra tjáningarfrelsisákvæða. Ólíkt því sem kærandi virðist miða við hér á áfrýjunarstigi felur ákvörðunin hins vegar ekki í sér einhvers konar almennara bann við því að kærandi haldi fram tiltekinni ímynd, t.d. þeirri ímynd að Apple tölvur séu gæðatölvur. Kæranda er að sjálfsögðu heimilt að leitast við að skapa sér tiltekna ímynd með auglýsingum, svo fremi sem hann er innan

marka laga, auk þess sem honum er heimilt að setja fram þær fullyrðingar sem hann getur sannað. Honum er hins vegar óheimilt að birta auglýsingar sem fela í sér fullyrðingu um að Apple tölvur fái enga vírusa, enda hefur hann ekki sannað þá fullyrðingu. Þegar kærandi hélt áfram að birta auglýsingar í slíka veru, þrátt fyrir fyrri ákvörðun Neytendastofu og úrskurð áfrýjunarnefndar neytendamála um að slíkt væri óheimilt, var fyllilega í samræmi við 73. gr. stjórnarskrárinnar og meðalhófsreglu stjórnsýslu- og stjórnskipunarréttar að leggja stjórnvaldssekt á kæranda.

37. Áfrýjunarnefnd neytendamála telur fjárhæð sektarinnar hvorki brjóta gegn meðalhófsreglu né jafnræðisreglu og telur ekkert tilefni til lækkunar hennar. Um ítrekað brot er að ræða, sem felst í þremur áberandi sjónvarpsauglýsingum, er fólu í sér staðhæfingu um enga vírusa í Apple tölvum, þrátt fyrir að slíkar staðhæfingar hefðu þegar verið lýstar ólögmætar. Í ljósi þessa, atvika málsins, þeirra sjónarmiða sem áfrýjunarnefnd neytendamála hefur áður sett fram um ákvörðun sektarfjárhæða, sem og fyrri ákvarðana Neytendastofu, verður að telja að sektarfjárhæðinni hafi verið í hóf stillt.
38. Samkvæmt öllu framansögðu ber að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

ÚRSKURÐARORÐ:

Hin kærða ákvörðun er staðfest.

Eiríkur Jónsson

Egill Heiðar Gíslason

Eyvindur G. Gunnarsson