

ÚRSKURÐUR
ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 12/2010

Kæra Eðalvara ehf. á ákvörðun Neytendastofu nr. [36/2010](#).

1. Þann 31. janúar 2011 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 12/2010: Kæra Eðalvara ehf. á ákvörðun Neytendastofu nr. 36/2010 frá 13. ágúst 2010. Í málinu úrskurða Eiríkur Jónsson, Egill Heiðar Gíslason og Ingiríður Lúðvíksdóttir.
2. Með kæru, dags. 10. september 2010, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu nr. 36/2010 frá 13. ágúst 2010, um að ekki sé ástæða til aðgerða af hálfu stofnunarinnar vegna kvörtunar kæranda yfir því að Eggert Kristjánsson hf. hefði sniðgengið ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007). Kærandi krefst þess að Eggerti Kristjánssyni hf. „verði gert að breyta umbúðum, sem mér skilst að heiti um þessar mundir „RAUTT KÓRESKT GINSENG“ þannig að ekki sé ruglingshætta á því og RAUÐU EÐAL GINSENGI, sem umbúðir fyrrgreindu vörunnar voru hannaðar til að líkja eftir“. Þá krefst kærandi þess að Eggerti Kristjánssyni hf. verði bannað að ýta undir ruglingshættu á þessum vörum með markaðssetningu. Til vara krefst kærandi þess að málinu verði vísað aftur til Neytendastofu til frekari rannsóknar.
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 Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að Eggert Kristjánsson hf. hefði með notkun umbúða utan um Rautt Royal ginseng brotið gegn þágildandi ákvæðum 5. og 12. gr. laga nr. 57/2005. Að mati Neytendastofu voru umbúðirnar svo líkar umbúðum kæranda að mjög mikil hættu væri á ruglingi þannig að neytendur gætu álitnið að um sömu vöru eða jafnvel sama framleiðanda væri að ræða. Var Eggerti Kristjánssyni hf. bannað að nota umræddar umbúðir. Eftir birtingu ákvörðunarinnar mun Eggert Kristjánsson hf. hafa breytt útliti umbúðanna og Neytendastofa ekki séð ástæðu til að gera athugasemd við breytinguna.
5. Með tölvubréfi til Neytendastofu, dags. 1. febrúar 2010, kvartaði kærandi yfir því að Eggert Kristjánsson hf. hefði sniðgengið framangreinda ákvörðun. Þar er því nánar lýst að félagið hafi „brotið gegn anda“ framangreindrar ákvörðunar með því að líkja eftir texta á umbúðum, en þó sérstaklega með því að líkja eftir auglýsingum kæranda á Rauðu Eðal ginsengi, augljóslega til að viðhalda ruglingshættu á vörunum. Stundum virðist vera um að ræða endurtekningar úr bæklingi kæranda í nýlegum sjónvarpsauglýsingum, og viðkomandi vara jafnvel nefnd Rautt Eðal ginseng, sem sé skrásett vörumerki án takmarkana. Í þessu sambandi sé rétt að hafa í huga að í álitni

Háskóla Íslands í eldra máli komi afdráttarlaust fram að hér sé ekki um sambærilegar vörur að ræða. Tilgangur auglýsinganna virðist því ekki einungis vera að sniðganga vörumerkjarétt kæranda heldur að blekkja neytendur, með því að telja þeim trú um að um sömu vöru sé að ræða.

6. Í kvörtuninni gerir kærandi þá kröfu að framangreindri ákvörðun Neytendastofu verði framfylgt tafarlaust, með því hindra Eggert Kristjánsson hf. í að auglýsa vöru sína sem Rautt Eðal ginseng, enda séu brýnir og lögvarðir hagsmunir í húfi. Í ljósi þessa og einbeitts brotavilja Eggerts Kristjánssonar hf. hljóti úrræði IX. kafla laga nr. 57/2005 að koma til álita. Kvörtuninni fylgdi svohljóðandi dæmi um auglýsingu Eggerts Kristjánssonar hf. sem birst hefði í Ríkissjónvarpinu og á fleiri stöðvum: „Ég tek Rautt Eðal ginseng frá Royal vegna þess að þegar mig vantar meiri kraft, skerpu og athygli, veit ég að það mun ekki bregðast. Gott fyrir heilsu og vellíðan í mínu daglega lífi.“
7. Með bréfi Neytendastofu til Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 1. febrúar 2010, var félaginu kynnt framkomið erindi ásamt fylgiskjölum. Í bréfinu kom fram að í erindinu væri vísað til IX. kafla laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, en að mati Neytendastofu gætu ákvæði 5. gr., 2. mgr. 6. gr. og 15. gr. a laganna einnig komið til álita, auk 13. tölul. 1. gr. reglugerðar um viðskiptahætti sem í öllum tilvikjum teljast óréttmætir nr. 160/2009. Með bréfinu var óskað eftir athugasemdum og skýringum Eggerts Kristjánssonar hf. vegna erindisins.
8. Svar barst með bréfi Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 8. febrúar 2010. Þar kemur fram að félaginu þyki leitt að staðfesta að kvörtun kæranda eigi því miður við rök að styðjast hvað varði eina auglýsingu af fimm sem birst hafi nýlega í fjölmiðlum. Mistök hafi orðið hjá þeirri auglýsingastofu sem unnið hafi fyrir kæranda, sem þegar hafi verið leiðrétt hinn 4. febrúar 2010. Meðfylgjandi bréfinu var bréf framkvæmdastjóra auglýsingastofunnar þar sem fram kemur að hún hafi í janúar 2010 unnið að talsetningu á fimm sjónvarpsauglýsingum fyrir Eggert Kristjánsson hf. Endurskrifa og stytta hafi þurft textann í umræddri auglýsingu þar sem hann hafi ekki passað við lengd auglýsingarinnar. Við þá breytingu hafi orðið „eðal“ verið sett inn í textann í stað orðsins „Royal“, fyrir mistök auglýsingastofunnar, sem lýst sé yfir fullri ábyrgð á. Auglýsingarnar hafi síðan verið sendar beint í birtingu á RÚV og Stöð 2. Þegar mistökin hafi uppgötvast, í kjölfar erindis kæranda, hafi textinn í auglýsingunni umsvifalaust verið lagfærður, ný útgáfa verið send á umrædda fjölmiðla og séð til þess að eldri útgáfa yrði tekin úr birtingu. Bréfi Eggerts Kristjánssonar hf. fylgdi einnig blaðaauglýsing með þeim texta sem félagið segir að auglýsingastofunni hafi verið sendur.
9. Í bréfi Eggerts Kristjánssonar hf. er tekið fram að samkvæmt upplýsingum frá RÚV og Stöð 2 hafi umrædd auglýsing birst fjórum sinnum hjá fyrrnefnda miðlinum en fimm sinnum hjá síðarnefnda miðlinum. Ljóst sé að það sé ekki hagur félagsins að auglýsa vöruheiti samkeppnisaðila heldur líti félagið á það sem sitt tjón að slíkt hafi gerst fyrir mistök. Hvað varði texta á umbúðum sé fullyrðingum kæranda mótmælt, enda hafi félagið sótt um leyfi til Umhverfisstofnunar á sínum tíma sem staðfest hafi verið 18. júní 2007. Hafa beri í huga að vegna reglna sé félaginu skorinn afar þröngur stakkur um hvað segja megi og hvað ekki. Textinn og fullyrðingarnar sem notaðar séu á pakkningar félagsins séu með vísan til bls. 168-182 í „WHO monographs on selected

medicinal plants“. Hvað varði vísan í álit Háskóla Íslands, hafi félagið ekki séð það og geti því ekki tekið afstöðu til þess. Samkvæmt kóreskum staðli og samkvæmt vottun frá upprunalandi sé það ginseng sem félagið selji frá Royal yfir þarlandum staðli og því ekki síðra en það sem kærandi selji. Í þessu samhengi minnir félagið á ákvörðun Neytendastofu 19. ágúst 2008 (23/2008). Að öðru leyti er staðhæfingum kæranda mótmælt.

10. Með bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 10. febrúar 2010, var kæranda kynnt framkomið svarbréf Eggerts Kristjánssonar hf. ásamt fylgiskjölum og gefinn kostur á að koma að athugasemdum við það. Svar barst með bréfi kæranda, sem er ódagsett, en var mótttekið af hálfu Neytendastofu þann 19. febrúar 2010. Þar er vikið að forsögu málsins og tekið fram að þegar kærandi hafi lagt fram kvörtun árið 2007 hafi því verið haldið fram að umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. væru þær sömu og á erlendum mörkuðum og að upplýsingar væru fengnar frá framleiðanda. Félagið hafi aldrei reynt að sanna þessar fullyrðingar sínar, þrátt fyrir áskoranir, auk þess sem fram komi í niðurstöðunni í ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) að samkvæmt upplýsingum sem stofnunin hafi aflað sér hafi umbúðirnar verið hannaðar hér á landi. Markaðssetning vöru Eggerts Kristjánssonar hf. hafi líka tekið mið af auglýsingum Rauðs Eðal ginsengs, sem meðal annars megi sjá af bæklingi sem meðfylgjandi var bréfinu. Það sama eigi við um bæklinginn og umbúðir vörunnar að upplýsingarnar séu greinilega teknar að láni frá Rauðu Eðal ginsengi. Því sé skorað á Eggert Kristjánsson hf. að leggja fram fyrirmynd bæklingsins.
11. Í bréfi kæranda segir jafnframt að í þessu ljósi sé sérkennilegt að lesa þá röksemd Eggerts Kristjánssonar hf. að um mistök hljóti að hafa verið að ræða, því það sé þeirra hagur að aðgreina vörunnar með því að „auglýsa ekki vöruheiti samkeppnisaðila“. Kærandi spyr hvernig standi þá á því að Eggert Kristjánsson hf. virðist hafa kappkostað að líkja eftir umbúðum og lýsingum Rauðs Eðal ginsengs, ef fyrir liggi að það séu augljóslega mistök. Eggert Kristjánsson hf. láti líta svo út að fyrirtækið komi lítið nálægt auglýsingagerð en sé þolandi mistaka. Sé það rétt hafi það a.m.k. ekki alltaf verið svo, en um það vísar kærandi til gamalla tölvubréfasamskipta sem hann lagði fram með bréfinu. Auk þess fylgdu bréfinu tvær auglýsingar sem kærandi hefur birt, sem hann segist hafa valið af handahófi í því skyni að hægt sé að bera þær saman við auglýsingar Eggerts Kristjánssonar hf. á vöru sem félagið kalli stundum Rautt kóreskt ginseng en Háskóli Íslands haldi fram að innihaldi hvítt ginseng, en um það vísar kærandi til lýsingar í ákvörðun Neytendastofu 19. ágúst 2008 (23/2008).
12. Í bréfi kæranda kemur jafnframt fram að ritaður texti auglýsinga Eggerts Kristjánssonar hf. beri með sér að lögvarðir hagsmunir kæranda hafi verið sniðgengnir, sem og ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007). Þessi háttsemi, hvort sem hún hafi verið skipulögð eða tilviljanakennd mistök, hafi valdið kæranda stórfelldu og sannanlegu tjóni. Ástæðan sé sú að varan sé auglýst á tilboðsverði og neytendur telji sig vera að kaupa rautt ginseng eða jafnvel Rautt Eðal ginseng. Vara Eggerts Kristjánssonar hf. heiti Rautt kóreskt ginseng en í auglýsingum sé hún ýmist kölluð rautt kóreskt Royal ginseng, rautt Royal ginseng frá Kóreu eða rautt kóreskt ginseng frá Royal. Með því að auglýstir textar séu aðrir en núverandi heiti vörunnar sé sköpuð ruglingshætta. Auglýsingarnar þurfi ekki að birtast oft á bestu tímum Stöðvar 2 og RÚV til að til að nánast öll þjóðin sjái eða heyri skilaboðin.

13. Kærandi tekur einnig fram að af þessu tilefni hafi fjöldi aðila haft samband við sig og spurt um þetta gríðarlega afsláttartilboð á Rauðu Eðal ginsengi. Þá viti hann um nýlegt dæmi þess að fólk hafi keypt pakka af umræddri vöru frá Eggerti Kristjánssyni hf. í Heilsuhúsinu, þar sem skráð verð sé 2.939 kr., en fengið í kaupbæti raunverulegt Rautt Eðal ginseng þykkni sem kosti tæpar 6.000 kr., eða 3.800 kr. í heildsölu án virðisaukaskatts. Á þennan hátt sé verið að borga umtalsvert með vöru Eggerts Kristjánssonar hf. Framangreindu til stuðnings fylgdi bréfinu yfirlýsing neytanda um slík kaup. Í framlögðum fylgiskjölum með bréfinu eru einnig tölvubréfasamskipti kæranda við Hagkaup þess efnis að Hagkaup hafi hætt sölu á Rauðu Eðal ginsengi.
14. Með bréfi Neytendastofu, dags. 23. febrúar 2010, var Eggerti Kristjánssyni hf. kynnt framkomið svarbréf kæranda ásamt fylgiskjölum og gefinn kostur á að koma að athugasemdum við það. Með tölvubréfi, dags. 25. febrúar 2010, gerði kærandi athugasemd við umrætt bréf Neytendastofu, þ.e. að í lýsingu á efni bréfsins vísi Neytendastofa til auglýsinga Eggerts Kristjánssonar hf. á „Rauðu ginsengi frá Royal“. Nauðsynlegt sé að benda á að ekkert fyrirtæki í Kóreu gangi undir nafninu Royal. Orðið Royal virðist aftur á móti vera þarna sem einhverskonar gæðamerki eða logo. Varan sé því ekki „frá Royal“ heldur sé hún með merkið Royal, frá fyrirtækinu Ginseng and food, til merkis um að hún sé af „premium quality“, eins og standi á umbúðum vörunnar. Sama dag sendi kærandi Neytendastofu tölvubréf, með ábendingu um vefslóð á femin.is, sem væri enn eitt dæmið um rugling vegna þess að varan væri kynnt undir mismunandi nöfnum. Þar sé ranglega gefið til kynna að rautt kóreskt ginseng sé náttúrameðal. Klipptar séu út setningar úr gömlum bæklingum frá kæranda og blandað saman við sérkennilega framleiðslulýsingu. Með bréfi Neytendastofu, dags. 26. febrúar 2010, voru Eggerti Kristjánssyni hf., kynnt framangreind tölvubréf kæranda og gefinn kostur á að koma að athugasemdum við það.
15. Með bréfum Eggerts Kristjánssonar hf., dags. 24. febrúar 2010 og 1. mars 2010, bárust svör við framangreindum tveimur bréfum Neytendastofu. Í fyrrnefnda bréfinu er tekið fram að fyrirsvarsmáður kæranda hafi þann 12. febrúar 2010 farið á áðurnefnda auglýsingastofu og óskað eftir því að fá að sjá umræddar auglýsingar og eftir frekari upplýsingum. Í framhaldinu hafi félagið heimilað auglýsingastofunni að sýna honum gögnin. Hvað varði viðskipti Heilsuhússins geti félagið ekki svarað fyrir þau. Hvað varði viðskiptaákvæðanir Hagkaupa geti kærandi ekki svarað fyrir ákvæðanir þeirra. Hvað aðra efnisþætti bréfs kæranda varði telji félagið þá ekki tengjast málinu efnislega. Að lokum minnir félagið á að áðurnefnd auglýsingastofa hafi beðið hlutaðeigandi afsökunar og mótmælir að öðru leyti staðhæfingum kæranda. Í síðarnefnda bréfinu er tekið fram að Rautt Eðal Ginseng frá Kóreu sé skráð í flokk 5 hjá Einkaleyfastofu: Fæðubótaefni, náttúrulyf, næringarefni. Skráningin hafi átt sér stað árið 1999 og síðan þá hafi kærandi skipt nokkrum sinnum um kennitölu og velta megi fyrir sér hvort núverandi kennitala sé eigandi skráningarinnar eða þrotabú síðustu kennitölu. Félagið minni á að orðið eðal sé almenns eðlis og fáist ekki skráð sem slíkt, enda hafi fjölmargar vörur orðið eðal í sínu vöruheiti. Hvað varði meintan rugling Neytendastofu á hugtökum muni félagið ekki svara fyrir hönd stofnunarinnar.
16. Í bréfinu kemur jafnframt meðal annars fram að Royal ginseng sé framleitt af GNF í Kóreu. Vörumerkið Royal sé á fjölmörgum framleiðsluvörum þeirra, svo sem þykkni, tei, töflum,

hylkjum og drykk. Vörurnar sem Eggert Kristjánsson hf. selji frá GNF séu með vörumerki síðarnefnda fyrirtækisins. Hvað varði heimasíðuna femin.is þá hafi hún keypt lítið magn af ginsengi frá félaginu um mitt ár 2007 og í lok árs 2009, og fallast megi á að textinn á heimasíðunni sé ekki rökréttur. Hvað varði aðrar getgátur og vangaveltur kæranda þá láti félagið honum þær eftir. Félagið vekur athygli á því að kvörtunin sé komin langt út fyrir upphaflegt efni sitt. Auglýsingastofan hafi lýst yfir fullri ábyrgð á þeim mistökum sem um ræði og beðist afsökunar á þeim óþægindum sem hún hafi valdið, en minnt skuli á að hún taki sérstaklega fram að skaðinn sé Eggerts Kristjánssonar hf. Félagið óskar eftir ákvörðun í málinu og mótmælir staðhæfingum kæranda að öðru leyti.

17. Hinn 9. mars 2010 sendi kærandi Neytendastofu tvö tölvubréf. Er þar m.a. bent á heimasíðuna karon.is, sem sé í eigu Eggerts Kristjánssonar hf. Þar séu ennþá auglýstar sömu umbúðir og Neytendastofa hafi bannað með ákvörðun sinni 27. mars 2007 (8/2007), og allt efnið á síðunni um ginsengið sé tekið úr greinum og bæklingum kæranda um Rautt Eðal ginseng. Með bréfi Neytendastofu, dags. 10. mars 2010, voru Eggerti Kristjánssyni hf. send framangreind tvö tölvubréf kæranda og gefinn kostur á að koma að athugasemdum við þau. Þann 11. mars 2010 sendi kærandi enn tölvubréf til Neytendastofu þar sem þess var beðið að borinn yrði samann texti á heimasíðunni karon.is og á heimasíðu kæranda, ginseng.is. Einnig að borið yrði saman við gamlan bækling frá kæranda, sem hann sendi Neytendastofu. Með bréfi Neytendastofu, dags. 12. mars 2010, var Eggerti Kristjánssyni hf. sent umrætt tölvubréf, auk bæklingisins, og gefinn kostur á að gera athugasemdir við umrædd gögn. Engin svör bárust frá Eggerti Kristjánssyni hf., hvorki við bréfinu frá 10. mars 2010 né 12. mars 2010.
18. Með bréfi til kæranda, dags. 26. mars 2010, sem Eggert Kristjánsson hf. fékk afrit af, tilkynnti Neytendastofa að gagnaöflun í málinu væri lokið og að tilkynnt yrði um ákvörðun stofnunarinnar um leið og hún lægi fyrir. Meðfylgjandi bréfinu var listi yfir gögn málsins. Neytendastofa sendi kæranda í kjölfarið annað bréf, dags. 9. apríl 2010, þar sem fram kom að láðst hefði að senda honum til umsagnar bréf Eggerts Kristjánssonar hf. frá 24. febrúar og 1. mars 2010. Var kæranda gefinn kostur á að koma að athugasemdum við bréfin. Svar barst með tölvubréfi kæranda, dags. 12. apríl 2010. Þar kemur fram það mat kæranda að ekkert komi fram í bréfunum sem fyrirtækið sjái ástæðu til að tjá sig um. Kærandi voni að málið liggja nægjanlega ljóst fyrir svo að úrskurðar megi vænta sem fyrst. Með bréfi til kæranda, dags. 21. apríl 2010, sem Eggert Kristjánsson hf. fékk afrit af, var tilkynnt að gagnaöflun í málinu væri lokið og að ákvörðun stofnunarinnar yrði tilkynnt um leið og hún lægi fyrir. Meðfylgjandi bréfinu var listi yfir gögn málsins.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

19. Hinn 13. ágúst 2010 tók Neytendastofa hina kærðu ákvörðun nr. 36/2010. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til aðgerða af hálfu Neytendastofu í málinu. Í niðurstöðukafla ákvörðunarinnar er fyrst gerð grein fyrir meginsjónarmiðum aðila, ákvörðunarorðum í ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) og þeim ákvæðum laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005 sem til álita komi, þ.e. 5. gr., 2. mgr. 6. gr. og 15. gr. a, auk 13. tölul. 1. gr. reglugerðar um viðskiptahætti sem teljast undir öllum kringumstæðum óréttmætir nr.

160/2009. Með hliðsjón af þessum atriðum er síðan litið til einstakra liða í kvörtun kæranda, með þeim hætti sem nú verður rakið.

20. Í kvörtun kæranda sé því haldið fram að í texta sjónvarpsauglýsinga Eggerts Kristjánssonar hf. á Rauðu kóresku ginsengi sé líkt eftir texta á umbúðum kæranda á Rauðu Eðal ginsengi og jafnframt sé líkt eftir auglýsingum kæranda á vörunni. Að mati Neytendastofu sé þessi fullyrðing ekki nægilega rökstudd. Í gögnum málsins megi finna texta auglýsinga kæranda og texta sjónvarpsauglýsinga Eggerts Kristjánssonar hf. en ekki sé á neinn hátt vísað til líkingar með textunum. Þá sé ekki á neinn hátt reynt að rökstyðja hvað sé líkt með auglýsingum Eggerts Kristjánssonar hf. og kæranda að öðru leyti. Þá sé til þess að taka að í sumum auglýsinganna hjá báðum aðilum sé um að ræða vitnisburð einstaklinga á vörunni. Neytendastofa fái því ekki séð að texti í sjónvarpsauglýsingum Eggerts Kristjánssonar hf. á Rauðu kóresku ginsengi sé brot á ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) eða að textinn hafi að geyma óréttmæta viðskiptahætti í skilningi 5. gr. laga nr. 57/2005.
21. Kærandi geri kröfu um að Eggert Kristjánsson hf. hætti að kalla vöru sína Rautt Eðal ginseng, en í einni sjónvarpsauglýsinganna sé það heiti notað yfir vöruna. Eggert Kristjánsson hf. fullyrði að um mistök auglýsingastofu hafi verið að ræða og hafi lagt fram yfirlýsingu frá auglýsingastofunni því til staðfestu. Auglýsingunni hafi verið breytt um leið og mistökin hafi orðið ljós. Að mati Neytendastofu sé notkun Eggerts Kristjánssonar hf. á nafni kæranda á Rauðu Eðal ginsengi óréttmætir viðskiptahættir í skilningi 5. gr. laga nr. 57/2005 og jafnframt brot á 1. málslíð 15. gr. a sömu laga þar sem slík notkun sé til þess fallin að gefa villandi upplýsingar um eignarrétt eða ábyrgð atvinnurekanda. Þar sem notkuninni hafi verið hætt um leið og kærandi kvartaði yfir auglýsingunni sjái Neytendastofa að svo stöddu ekki ástæðu til sérstakra aðgerða af hálfu stofnunarinnar.
22. Kærandi kvarti yfir því að umbúðir utan um Rautt kóreskt ginseng sé eftirlíking umbúða kæranda utan um Rautt Eðal ginseng. Eftir birtingu ákvörðunar Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) hafi Eggert Kristjánsson hf. breytt útliti umbúðanna. Neytendastofa hafi ekki séð ástæðu til að gera athugasemd við breytinguna og engin athugasemd hafi borist frá kæranda eftir að breyttar umbúðir komu á markaðinn fyrr en með þessari kvörtun. Að mati Neytendastofu sé meint líking ekki nægilega rökstudd af hálfu kæranda. Neytendastofa muni því ekki taka þennan kvörtunarlið til frekari skoðunar í þessari ákvörðun.
23. Kærandi haldi því fram að tilgangur Eggerts Kristjánssonar hf. með því að nota mismunandi heiti á vöruna sé að rugla neytendur og fá þá til að álíta að verið sé að auglýsa Rautt Eðal ginseng. Í texta auglýsinganna sé varan ýmist kölluð Rautt kóreskt royal ginseng, Rautt royal ginseng frá Kóreu eða Rautt kóreskt ginseng royal. Neytendastofa fái ekki séð að þótt ýmis heiti séu notuð á vöruna sé það þess eðlis að þau valdi því að neytendur telji að verið sé að auglýsa Rautt Eðal ginseng, auk þess sem ekkert í gögnum málsins sýni fram á að sú sé raunin. Því séu þau heiti sem Eggert Kristjánsson hf. hafi valið á vöru sína í sjónvarpsauglýsingunum ekki í andstöðu við 5. gr., 2. mgr. 6. gr. og 15. gr. a laga nr. 57/2005 og ekki í andstöðu við 13. tl. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009.

24. Kærandi telji ámælisvert og skapa ruglingshættu að Rauðu kóresku ginsengi, sem keypt sé í Heilsuhúsinu, fylgi í kaupbæti Rautt Eðal ginseng, sem sé mun dýrari vara. Heilsuhúsið sé ekki aðili málsins og tengist ekki Eggerti Kristjánssyni hf. Neytendastofa sjái því ekki ástæðu til að taka afstöðu til þessa liðar. Kærandi bendi jafnframt á að á heimasíðunni femin.is séu veittar rangar upplýsingar um Rautt kóreskt ginseng og jafnframt séu notaðar setningar úr gömlum bæklingum kæranda. Um sé að ræða umfjöllun um vöruna þar sem hún sé boðin til sölu í vefverslun femin.is en ekki auglýsingu frá Eggerti Kristjánssyni hf. Femin.is sé ekki aðili málsins og tengist ekki Eggerti Kristjánssyni hf. Auk þess fái Neytendastofa ekki séð að Eggert Kristjánsson hf. beri ábyrgð á þeim upplýsingum sem þar komi fram. Stofnunin sjái því ekki ástæðu til að taka afstöðu til þessa liðar.
25. Kærandi bendi á heimasíðuna karon.is, sem sé í eigu Eggerts Kristjánssonar hf. Þar megi sjá myndir af umbúðum Rauðs kóresks ginsengs sem bannaðar hafi verið með ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007), auk fullyrðinga sem stríði gegn sömu ákvörðun. Að mati Neytendastofu sé birting mynda af umbúðunum á heimasíðunni karon.is brot á áðurnefndri ákvörðun stofnunarinnar. Neytendastofa fái hins vegar ekki séð að sá texti sem birtur var á heimasíðunni stríði beint gegn ákvörðuninni. Þegar litið sé til þess að myndirnar og textinn með myndunum hafi verið fjarlægð af heimasíðunni karon.is sjái Neytendastofa ekki ástæðu til frekari aðgerða að svo komnu máli.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR ANNARRA

26. Í kæru, dags. 10. september 2010, er fyrst tekið fram að kærandi sjái sig knúinn til að skjóta hinni kærðu ákvörðun til áfrýjunarnefndar neytendamála, enda myndi ákvörðunin, fengi hún að standa, hygla Eggerti Kristjánssyni hf. fyrir framtak sitt, skaða kæranda og hvetja þannig fyrirtæki til að koma vöru á markað með því að líkja eftir þekktum vörumerkjum.
27. Í kæru segir síðan að upphaf málsins megi rekja til þess að í byrjun árs 2007 hafi Eggert Kristjánsson hf. ákveðið að láta hanna eftirlíkingu af umbúðum Rauðs Eðal ginsengs, sem ekki einungis hafi verið skrásett vörumerki heldur haft mikla og góða markaðsfestu til margra ára, sbr. gögn vegna ákvörðunar Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007). Jafnframt hafi öll markaðssetningin miðast við að varan í þessum umbúðum væri sú sama og Rautt Eðal ginseng, sbr. gögn vegna framangreindrar ákvörðunar, þ.m.t. umbúðir, og enn fremur kvörtun Neytendasamtakanna, sbr. ákvörðun Neytendastofu 19. ágúst 2008 (23/2008), niðurstöður faggiltrar þýskrar rannsóknarstofu og umsögn Háskóla Íslands um það mál. Þó mál þetta sé umfangsmikið í pappír, sé ákveðinn rauður þráður í gegnum það allt, en hann verði ekki greindur, eða tapist, ef menn skoði ekki gögnin úr málinu sem lauk með ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007).
28. Uppistaðan í innflutningi kæranda undanfarin 22 ár hafi verið tvö afbrigði af Rauðu Eðal ginsengi, þ.e. hylki og þykkni. Í byrjun árs 2007 hafi Eggert Kristjánsson hf. komið fram með eftirlíkingar af báðum þessum vörum. Þetta megi meðal annars sjá í bæklingi sem lagður var fram með kærinni, sem verið hafi í dreifingu í byrjun ársins. Umbúðirnar utan um Rautt Eðal ginseng hafi

að hluta til verið hannaðar á Íslandi, nánar tiltekið við gamalt eldhúsborð fyrirsvarsmanns kæranda, jafnframt því sem hann hafi sett mark sitt á textann. Hann hafi selt ginseng í Danmörku, Noregi og Íslandi og það séu einu staðirnir þar sem þessar umbúðir hafi verið notaðar. Hann hafi farið á ótal ráðstefnur í Kóreu um ginseng og sýningar í Evrópu og hvergi séð umbúðir með sömu lögun og sínar umbúðir fyrr en nú. Þetta hafi hann sagt starfsmönnum Neytendastofu. Engu að síður hafi lögmaður Eggerts Kristjánssonar hf. haldið því fram að umbúðir félagsins væru ekki eftirlíking heldur þvert á móti væru þær og textinn á þeim fengnar frá framleiðandanum. Það sem meira væri, þá væru þetta samskonar umbúðir og upplýsingar og notaðar væru á öðrum mörkuðum.

29. Fyrirsvarsmáður kæranda hafi vitað að þetta gæti ekki staðist og hvað eftir annað hafi hann skorað á Eggert Kristjánsson hf. að leggja fram erlendar umbúðir. Ennfremur hafi hann óskað eftir því að fá að vita hvar slíka vöru væri að finna. Að endingu hafi lögmaðurinn komið með enskar umbúðir af ginseng þykkni til Neytendastofu, án þess að geta þess hvar þær væru seldar. Þessar umbúðir hafi þó verið allt öðruvísi en íslensku umbúðirnar frá Eggerti Kristjánssyni hf., enda hafi þær verið í lit og lögun eins og íslenskar umbúðir Rauðs Eðal ginsengs frá kæranda. Eggerti Kristjánssyni hf. hafi láðst að koma með meinta fyrirmynd af umbúðum fyrir ginsengshylkin og lögmaðurinn gert þá játningu munnlega fyrir lögfræðingi Neytendastofu að skýringin væri sú að engin erlend fyrirmynd væri til enda væru umbúðirnar hannaðar hér á landi.
30. Í ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) komi fram að Eggert Kristjánsson hf. hafi ekki getað sýnt fram á fullyrðingar sínar varðandi fyrirmynd umbúðanna og ennfremur að starfsmaður Neytendastofu hafi komist að því að umbúðirnar hafi verið hannaðar hér á landi. Í ljósi þessarar forsögu og þessa samhengis verði málið ekki skilið, en einmitt þarna virðist sem Neytendastofa hafi tapað þræðinum. Kærandi geti vel skilið að starfsmenn Neytendastofu skuli ekki geta aðgreint markaðssetningu kæranda á Rauðu Eðal ginsengi frá markaðssetningu ginsengs, t.d. í Evrópu. Einmitt þess vegna hafi kærandi haldið áfram, í því máli sem hér sé til umfjöllunar, að krefja Eggert Kristjánsson hf. um upplýsingar um fyrirmyndir að markaðssetningu sinni. Fyrirtækið hafi hins vegar smeygt sér fimlega undan því að svara með stöðluðum texta. Neytendastofa hafi því miður fallið fyrir þessu bragði og telji að fullyrðingar kæranda um að líkt sé eftir auglýsingum hans séu ekki nægjanlega rökstuddar. Með þessu sé tregða Eggerts Kristjánssonar hf. til að veita upplýsingar túlkuð félaginu í vil.
31. Neytendastofa segi í ákvörðun sinni að Eggert Kristjánsson hf. megi ekki auglýsa Rautt Eðal ginseng en félagið hafi breytt auglýsingunni um leið og mistökin hafi orðið ljós. Stofnunin hefði allt eins getað orðað þetta þannig að Eggert Kristjánsson hf. hafi breytt auglýsingunni eftir að kærandi kvartaði. Atferli Eggerts Kristjánssonar hf. hafi ekki skapað fyrirtækinu vörumerkjarétt á kostnað kæranda enda hafi því verið mótmælt. Neytendastofa minnst á að kærandi hafi ekki kvartað fyrr undan breytingu á umbúðunum, en fyrir því séu ýmsar ástæður. Í fyrsta lagi hafi Neytendastofa leyft Eggerti Kristjánssyni hf. að selja eftirlíkingaumbúðirnar sem komnar hafi verið í dreifingu. Þetta hafi tekið mjög langan tíma, enda hafi sala á vörunni minnkað mjög mikið eftir að Neytendasamtökin upplýstu um rannsókn á innihaldi hennar. Þetta hafi valdið ruglingi

enda hafi allt gamla markaðsefnið verið í dreifingu, svo sem bæklingar, heimasíður, o.fl., auk þess sem þykknið í gömlu umbúðunum hafi verið í sölu seint á síðasta ári.

32. Eggert Kristjánsson hf. hafi haldið áfram með sama lag á umbúðunum og greinilega breytt þeim eins lítið og félagið taldi sig komast upp með. Kærandi hafi því í fyrstu talið að þetta væri gert með samþykki Neytendastofu eða í samráði við hana. Það hafi einmitt verið þá sem Eggert Kristjánsson hf. hafi hafið sína undarlegu markaðsherferð þar sem varan hafi aldrei heitið sama nafni í neinni auglýsingu, jafnvel hafi sitt hvort nafnið verið á vörunni eftir því hvort um var að ræða hljóð eða mynd. Þessi ruglingur hafi valdið kæranda verulegu tjóni og hann hafi ákveðið að höfða einkamál. Áður hafi fyrirsvarsmáður kæranda fært þetta í tal við lögfræðing Neytendastofu sem tjáð hafi honum að fyrirtækið hafi gert þetta upp á eigin spýtur. Því hafi orðið úr að leggja málið fyrst fyrir Neytendastofu. Eggerti Kristjánssyni hf. hafi tekist að sannfæra Neytendastofu um að þetta hafi allt verið tilviljun eða réttara sagt mistök, sem verið hafi auglýsingastofunni að kenna. Það kunni að hafa verið tilviljun að sama auglýsingastofa hafi unnið margar leiknar sjónvarpsauglýsingar um Rautt Eðal ginseng og það geti líka verið rétt að öll þessi mistök hafi farið fram hjá Eggerti Kristjánssyni hf. Það sé alveg rétt hjá Neytendastofu að kærandi geti ekki sannað að allkyns mistök við auglýsingar og jafnvel allt þetta mál hafi gerst án þess að þeir sem eigi eða reki fyrirtækið viti nokkuð af því. Spurningin sé hvaða máli það skipti.
33. Kærandi sé hins vegar hróplega ósammála þeirri ályktun Neytendastofu að ekkert í gögnum málsins sýni að þetta valdi ruglingi. Sem dæmi megi nefna að Hagkaup, sem selt hafi Rautt Eðal ginseng í 22 ár, hafi skipt um staðalvöru í kjölfar þessara mistaka. Kærandi hafi aldrei haldið því fram að Heilsuhúsið og Eggert Kristjánsson hf. séu tengdir aðilar. Það geti vel verið að hvorki Heilsuhúsið né Eggert Kristjánsson hf. hafi vitað að Rautt Eðal ginseng hafi verið gefið sem kaupauki með vöru frá Eggerti Kristjánssyni hf. Satt að segja megi snúa þessu við enda búist kærandi fastlega við að um mistök starfsfólks hafi verið að ræða. Kærandi spyr hverju megi búast við af almennum neytendum ef jafnvel starfsfólk í heilsubúðum ruglist á þessum vörum. Tilgangur kæranda með kvörtuninni um ruglingshættu hafi ekki verið að sýna fram á hagsmunatengsl, hvað þá að sanna refsiverða háttsemi.
34. Það sé vafalaust rétt hjá Neytendastofu að Femin.is tengist ekki Eggerti Kristjánssyni hf., þótt hún selji fyrir það þessa vöru. En kærandi spyr hvaðan Neytendastofa haldi að Femin.is fái vöruupplýsingar. Sé gert ráð fyrir því að mistökin séu söluaðilans bendi það jafnvel enn frekar til ruglings. Í bæklingi Eggerts Kristjánssonar hf. sé mynd af vöru sem sé greinilega eftirlíking af Rauðu Eðal ginseng þykkni frá kæranda. Á heimasíðu Eggerts Kristjánssonar hf., karon.is, sé mynd af umbúðum sem Neytendastofa hafi bannað vegna ruglingshættu. Textinn eins og hann birtist sé augljóslega kópering af 20 ára gömlum bæklingi kæranda, þó breiddargráðurnar hafi skolast til. Að lokum áréttar kærandi að ýmislegt varðandi markaðssetningu sé flókið að greina. Greini áfrýjunarnefnd neytendamála ekki ruglingshættuna biðji kærandi um að málinu verði vísað aftur til Neytendastofu. Þá ítreki kærandi enn og aftur áskorun sína til Eggerts Kristjánssonar hf. um að leggja fram erlendar umbúðir og fyrirmyndir að auglýsingum ef einhverjar eru. Kærinni fylgdu umbúðir utan af söluvörum kæranda og Eggerts Kristjánssonar hf., kynningarbæklingur frá Eggerti Kristjánssyni hf. og útprentun af vefsíðunni karon.is.

35. Með bréfi, dags. 22. september 2010, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 6. október 2010, þar sem þess er krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Um kröfu kæranda um að Eggerti Kristjánssyni hf. verði gert skylt að breyta umbúðum á Rauðu kóresku ginsengi tekur Neytendastofa fram að ekki verði annað skilið af kærinni en að kærandi telji að umræddar umbúðir séu bein eftirlíking umbúða utan um Rautt Eðal ginseng. Í kjölfar ákvörðunar Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) hafi Eggert Kristjánsson hf. gert breytingar á umbúðunum, sem Neytendastofa hafi ekki séð ástæðu til að gera athugasemd við, og kærandi ekki gert athugasemdir fyrr en með bréfi 19. febrúar 2010.
36. Telji kærandi að breytingar á umbúðunum séu ekki nægilegar, þurfi hann að mati Neytendastofu að gera glögga grein fyrir því á hvern hátt svo sé. Að mati stofnunarinnar hafi meint líking ekki verið nægilega rökstudd af hans hálfu og stofnunin fái ekki séð að neitt í kærinni breyti þar nokkru um. Líkindi með formi umbúðanna séu að mati Neytendastofu ekki nægileg ástæða til þess að unnt sé að banna notkun umbúða Eggerts Kristjánssonar hf. Sú staðreynd að félagið hafi ekki orðið við kröfu kæranda um að leggja fram erlenda fyrirmynd umbúðanna telur Neytendastofa ekki hafa áhrif í þessu sambandi. Þá hafi tilgreindar málsástæður fyrir því hve seint kvörtun yfir líkingu umbúðanna sé fram komin, ekki heldur áhrif á afstöðu stofnunarinnar. Að öðru leyti vísar stofnunin til umfjöllunar í niðurstöðukafla hinna kærðu ákvörðunar.
37. Um kröfu kæranda þess efnis að Eggerti Kristjánssyni hf. verði bannað að ýta undir ruglingshættu á vörunum með markaðssetningu, tekur Neytendastofa fram að krafan sé nokkuð óljós. Eftir orðanna hljóðan virðist sem kærandi sé að fara fram á það að Eggerti Kristjánssyni hf. verði bannað að markaðssetja Rautt kóreskt ginseng vegna ruglingshættu vörunnar við Rautt Eðal Ginseng. Helstu rökin fyrir því virðast Neytendastofu vera svokölluð undarleg markaðsherferð Eggerts Kristjánssonar hf. á vörunni, þar sem varan hafi aldrei heitið sama nafni í auglýsingum. Hafi sá ruglingur valdið kæranda verulegu tjóni. Að mati Neytendastofu séu ekki færð fullnægjandi rök fyrir þessari fullyrðingu.
38. Þá lýsi kærandi því yfir að hann sé hróplega ósammála niðurstöðu Neytendastofu um að ekkert í gögnum málsins sýni að þau mistök auglýsingastofu að kalla vöru Eggerts Kristjánssonar hf. Rautt Eðal ginseng hafi valdið ruglingi. Telji kærandi að þessi ruglingur hafi valdið því að Hagkaup, sem selt hafi Rautt Eðal Ginseng í langan tíma, hafi skipt um staðalvöru í kjölfar þessara mistaka. Þá sé látið að því liggja að mistökin hafi valdið því að Rautt Eðal ginseng hafi verið afhent sem kaupauki við kaup á Rauðu kóresku ginsengi í Heilsuhúsinu. Geri starfsfólk Heilsuhússins mistök af þessu tagi sýni það að neytendur geti enn frekar gert mistök. Að mati Neytendastofu vanti enn rök fyrir þessum fullyrðingum kæranda og tekur stofnunin fram að hún sjái ekki frekara tilefni til að fjalla að öðru leyti um málsástæður kæranda. Að lokum er þess getið að Neytendastofa fái ekki séð að nein rök séu færð fyrir endurupptöku málsins hjá stofnuninni.
39. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 8. október 2010, var kæranda send greinargerð Neytendastofu ásamt fylgigögnum og óskað eftir afstöðu kæranda til greinargerðarinnar. Svar barst með bréfi, dags. 23. október 2010. Þar er fyrst tekið fram að greinargerð Neytendastofu

upplýsi vel hvers vegna kærandi og stofnunin hafi svo ólíka sýn á það mál sem um ræði. Kærandi átti sig á því nú, þegar Neytendastofa haldi því fram að málið sé vanreifað eða órökstudd, einkum varðandi líkingu með umbúðum, að stofnuninni virðist hafa yfirsést upplýsingar sem legið hafi fyrir í því máli sem endaði með ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007).

40. Fyrirsvarsmáður kæranda, sem um áratuga skeið hafi flutt inn Rautt Eðal ginseng og farið fjölda ferða á ginsengsráðstefnur og sýningar, m.a í Kóreu, hafi haldið því fram, að hann hafi aldrei fyrr, nokkurstaðar í heiminum, séð aðrar umbúðir en Rauðs Eðal ginsengs með sömu lögun, ábendingar/notkun, eða álþynnur utan um hylkin pakkaðar í álumbúðir innan í pakkanum. Hann hafi margskorað á Eggert Kristjánsson hf. að leggja fram erlendar umbúðir, án árangurs. Gegn þessari fullyrðingu standi yfirlýsing frá lögmanni Eggerts Kristjánssonar hf. sem segi að umbúðirnar séu þær sömu og „GINSENG & FOOD Co; Ltd“ noti, en þær séu einungis íslenskaðar. Af gögnum málsins megi sjá að þessi fullyrðing sé uppspuni, sem settur sé fram til að afvegaleiða stjórnáráðgjafi og ná fram rangri niðurstöðu. Auk þess hafi rannsókn Neytendastofu leitt í ljós að eftirlíkingin hafi verið „hönnuð“ hér á landi.
41. Í því máli sem hér sé til umfjöllunar hafi kærandi ítrekað áskoranir sínar til Eggerts Kristjánssonar um að sýna fram á hver fyrirmyndin að pakkingunni væri. Ennfremur hafi hann skorað á Eggert Kristjánsson hf. að leggja fram fyrirmynd að bæklingi sem hann dreifði til skamms tíma og svipað hafi mjög til gamals bækling frá kæranda, auk þess að vera með mynd af fyrstu eftirlíkingunni, sem Neytendastofa bannaði. Í ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) sé umbúðum eftirlíkingavörunnar lýst og hefjist lýsingin með orðunum: „Samanburður umbúðanna sýnir að þær eru mjög áþekkar.“ Þar komi m.a. fram að lögun sé lík auk þess sem kantarnir séu gylltir. Ennfremur segi: „Þá er til þess að líta að það er heildarmynd umbúða sem meiru ræður þegar meta skal hvort villast megi á þeim frekar en einstakir hlutar umbúðanna“. Í ákvörðuninni sé hvergi minnst á þykkisboxið, þótt myndir af umbúðunum (t.d. í bæklingum og á heimasíðu Eggerts Kristjánssonar hf.) beri með sér að það sé augljóslega eftirlíking af Rauðu Eðal ginseng þykkni. Ljósrit með myndum sem lögð séu fram í málinu líkist ekki þessum umbúðum, allavega ekki að lit.
42. Í bréfi kæranda er næst tekið fram að vörumerkjarétturinn hafi verið innleiddur í íslenskan rétt eins og siglingalögin, en þar hafi rauði þráðurinn verið sá að ef tvö skip væru í árekstrarstefnu „skyldi það skip sem var í rétti halda stefnu og ferð“, en hitt skipið skyldi án tafar framkvæma verulega stefnubreytingu. Allir sjái að þetta sé bæði skynsamlegt og sanngjarnt. Verði bið á því að skipið sem sé í órétti geri viðeigandi ráðstafanir ætti þörfin fyrir stefnubreytingu að vera brýnni. Vörumerkjarétturinn geri ekki ráð fyrir því, frekar en siglingalögin, að eigandi vörumerkis þurfi að breyta því til að forðast rugling við eftirlíkingu. Neytendastofa virðist alls ekki sjá neitt samhengi í því að Eggert Kristjánsson hf. hafi breytt upphaflegu eftirlíkingunni eins lítið og fyrirtækið taldi sig komast upp með, og síðan hrundið af stað auglýsingum þar sem skrifaður og lesinn texti hafi aldrei verið sá sami, auk þess að nota aldrei sama nafn yfir vöruna. Í forsendum ákvörðunar Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) sé m.a. bent á hljómlíkingu með nöfnum varanna. Allan þennan tíma hafi bæklingi með gömlu eftirlíkingunni verið dreift auk þess sem hún hafi verið auglýst á heimasíðu femin.is og Eggerts Kristjánssonar hf. Þvert á móti skipti

Neytendastofa málinu upp í sjö aðgreinda og sjálfstæða þætti. Eitthvað sé órökstutt, annað sé framkvæmt af „ótengdum aðila“, það þriðja af verktaka sem tekið hafi á sig alla sök, það fjórða verið leiðrétt um leið og það uppgötvaðist o.s.frv. Um þetta sé kærandi ósammála Neytendastofu og við blasi að ásetningur Eggerts Kristjánssonar hf. hafi verið jafn einbeittur.

43. Í bréfinu segir síðan að nú skuli stiklað á stóru um svokölluð málsatvik, sem Neytendastofa tíni til sem sundurlausa og sjálfstæða atburði. Umræddar sjónvarpsauglýsingar snemma árs 2010 hafi samkvæmt vitneskju kæranda verið fyrstu auglýsingarnar eftir að umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. var breytt. Um auglýsingaherferð hafi verið að ræða og í slíkar herferðir væri ekki farið án undirbúnings, líkt og framlögð tölvubréf sýni. Fyrirsvarsmaður kæranda hafi ávallt samið auglýsingatexta kæranda sjálfur, séð augljósa tengingu og sent til samanburðar sýnishorn af auglýsingum kæranda. Eggert Kristjánsson hf. hafi borið um að félagið fari að erlendum fyrirmyndum varðandi umbúðir og texta. Þess vegna hafi kærandi farið fram á að fyrirtækið upplýsti hver fyrirmyndin væri. Í ljósi málsatvika, þ.m.t. forsögu málsins, hafi þetta ekki verið óeðlileg krafa. Neytendastofa hafi hins vegar talið að þessi liður kvörtunarinnar væri ekki nægjanlega rökstuddur og enn á ný hagnist Eggert Kristjánsson hf. á því að bregðast ekki við áskorun um að leggja fram umbeðin gögn.
44. Í bréfinu er næst tekið fram að það að varan hafi verið kölluð Rautt Eðal ginseng hafi að mati kæranda ekki verið sjálfstæður liður, heldur hluti af allsherjarrugli með nafn og umbúðir vörunnar. Þannig hafi varan á heimasíðum og í bæklingi verið í rauðum lit eins og umbúðir fyrir Rautt Eðal ginseng en í sjónvarpsauglýsingunum sem birtust á sama tíma hafi nýrri útgáfan verið með ýmsum nöfnum, þ.m.t. Rautt Eðal ginseng. Hér sé um brot á ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) að ræða. Neytendastofa hafi talið þetta mistök sem leiðrétt hafi verið um leið og kvörtun hafi borist frá kæranda. Þá telji Neytendastofa ekki sannað að margvísleg heiti vörunnar séu til tjóns fyrir kæranda. Mjög brýnt sé að áfrýjunarnefndin fallist ekki á þetta sjónarmið, sem fari raunar í bága við ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007), því þannig væri auðvelt að fényta eða eyðileggja hvaða vörumerki sem er. Það sé alveg rétt hjá Neytendastofu að kærandi hafi ekki lagt fram bókhaldsgögn í málinu, enda sé ekki verið að reka skaðabótamál fyrir Neytendastofu. Hitt sé annað mál að kærandi eigi ótvíræðan og lögvarinn rétt til að ruglingshætta á vörumerkinu Rautt Eðal ginseng sé ekki til staðar.
45. Hvað umbúðirnar varðar óskar kærandi eftir fundi þar sem þær verði skoðaðar í samhengi, fyrst frummyndin, síðan fyrsta og önnur útgáfa eftirlíkingarinnar. Hafi Eggerti Kristjánssyni hf. áskotnast einhverjar erlendar umbúðir sem líkist þeim, samþykki kærandi að þær séu lagðar fram þó seint sé. Ennfremur sé brýnt að ljósrit, t.d. af heimasíðum og umbúðum, séu lögð fram í lit, enda eigi Neytendastofa litljósrit af viðkomandi heimasíðum. Meðal annars þess vegna sé æskilegt að halda einn fund þar sem farið verði yfir gögn málsins og þeim spurningum svarað sem upp komi. Þegar Eggert Kristjánsson hf. hafi auglýst að félagið gæfi þykkni sem leit út eins og þykkni af Rauðu Eðal ginsengi, ef pakki væri keyptur af „Rauðu kóresku ginsengi“ í Heilsuhúsinu, og starfsmaður gefið Rautt Eðal ginseng þykkni frá kæranda í staðinn, hafi Neytendastofa ekki séð ástæðu til að taka afstöðu til þess liðar þar sem Heilsuhúsið tengist ekki Eggerti Kristjánssyni hf. Fyrst Heilsuhúsið tengist ekki Eggerti Kristjánssyni hf. þurfi ekki að

fjalla um þetta frekar að mati Neytendastofu, og sama megi segja um femin.is. Neytendastofa minnst ekki á bækling um ginsengvöru Eggerts Kristjánssonar hf. sem dreift hafi verið þar til kvörtunin kom fram.

46. Kærandi tekur næst fram að nokkru eftir að kvörtunin kom fram hafi hann bent Neytendastofu á að Eggert Kristjánsson hf. starfrækti heimasíðu þar sem fram kæmu fullyrðingar sem færu í bága við ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007). Auk þess hafi þar verið litmyndir af fyrstu útgáfu eftirlíkingarinnar, bæði hylki og þykkni, sem Neytendastofa haldi fram að hún hafi bannað með sömu ákvörðun. Frásögn Neytendastofu af þessu sé svona: „Neytendastofa sá ekki ástæðu til aðgerða þar sem myndir og texti voru fjarlægð þegar athugasemd Eðalvara kom fram.“ Sá sem lesi þennan texta gæti ætlað að kærandi hafi þarna verið að kvarta yfir einhverjum liðnum atburði, en svo hafi sannarlega ekki verið. Kæranda þyki miður að Neytendastofa skuli styðja þá ákvörðun Eggerts Kristjánssonar hf. að leggja ekki fram þær erlendu umbúðir og texta sem fyrirtækið segist hafa undir höndum. Það sé óhapp að Neytendastofa skuli túlka þessa óráðvendni Eggerts Kristjánssonar hf. kæranda í óhag. Þess vegna sé varakrafa kæranda sú að áfrýjunarnefnd neytendamála óski eftir því við Neytendastofu að hún rannsaki málið frekar.
47. Kærandi vísar næst til þess að Neytendastofa segist ekki skilja til fulls ósk kæranda um að Eggerti Kristjánssyni hf. verði bannað að ýta undir ruglingshættu með markaðssetningu sinni. Neytendastofa haldi því fram „að eftir orðanna hljóðan þýði þetta að fyrirtækið sé að fara fram á að Eggerti Kristjánssyni verði bannað að markaðssetja Rautt kóreskt ginseng vegna ruglingshættu við Rautt Eðal Ginseng“. Hafi þetta verið illa orðað hafi textinn þó ekki getað misskilist hefði hann verið lesinn í heild sinni, hvað þá ef lesandinn þekkti til málsins. Kærandi gerir jafnframt athugasemd við að Neytendastofa leggi sér þau orð í munn að hann telji að „mistök“ hafi valdið ákvarðanatöku Hagkaupa. Hann hafi ekki séð aðra ástæðu en markaðsherferð Eggerts Kristjánssonar hf. Kjósi Neytendastofa að kalla hana eða einstaka þætti hennar mistök geri hún það á sína ábyrgð. Kærandi nefnir loks fleiri atriði sem Neytendastofa telji skorta rök fyrir og tekur fram að hann álíti að gæfi Neytendastofa sér tíma til að hugleiða málið myndi hún átta sig á samhengi hlutanna og skilja ýmislegt sem hún kalli órökstutt. Loks eru fyrri kröfur kæranda ítrekaðar og jafnframt farið fram á munnlegan flutning til að fara yfir gögn, auk þess sem áhersla er lögð á að nefndarmenn sjái frumgögn í réttum litum.
48. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 25. október 2010, voru Eggerti Kristjánssyni hf. send afrit af fyrirliggjandi gögnum á kærustigi og óskað eftir afstöðu félagsins til kærunnar. Svar barst með bréfi, dags. 12. nóvember 2010. Þar hafnar félagið alfarið fullyrðingum kæranda þess efnis að félagið hafi ýtt undir ruglingshættu við markaðssetningu á Royal ginsengi frá GNF. Strax eftir ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) hafi félagið ákveðið að hlíta ákvörðuninni og látið endurhanna umbúðir utan um Royal ginseng. Við hönnun nýrra umbúða hafi félagið notað fyrirliggjandi hönnun Royal sem framleitt sé af GNF í Kóreu. Sjá megi fyrirmyndir á heimasíðu GNF (gnf.co.kr) á flash borða ofarlega í vinstra horni síðunnar. Bréfi félagsins fylgdi jafnframt mynd af umbúðum félagsins ásamt umbúðum frá GNF. Á heimasíðu fyrirtækisins megi sjá margar tegundir af umbúðum, m.a. þær sem félagið hafi haft sem fyrirmynd. Auk þess megi sjá þar hylki þökkuð á sama hátt og gert sé í tilviki félagsins. Fjarstæða væri að ætla að

framleiðandinn sérhannaði umbúðarlínu fyrir framleiðslu félagsins enda væri lítið framleitt í einu af vörunni fyrir það og slík sérhönnun og sérpökkun myndi því ekki svara kostnaði. Félagið hafni því algjörlega fullyrðingum um eftirlíkingu umbúða o.þ.h. Ekki þurfi annað en að slá upp „korean ginseng capsule“ í leitarvél á vefnum og þá birtist hundruð af svipuðum vörum, flestar í rauðum og gylltum pökkum með kóresku lettri, ekki ósvipaðar voru félagsins. Um það bendir félagið sem dæmi á alibaba.com/products/korean_ginseng_capsule/2.html.

49. Hvað varði texta á umbúðum, hafi hann verið útbúinn af auglýsingastofu með tilvísun í umsögn heilbrigðisstofnunar WHO um ginseng, og með þýðingu á erlendum upplýsingum, auk setninga sem séu skylda samkvæmt innlendum reglugerðum þar um. Þá sé því mótmælt að Eggert Kristjánsson hf. hafi dreift umræddum bæklingi til skamms tíma, enda hafi dreifingu hans verið hætt um leið og ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) hafi legið fyrir. Það vekji athygli að mestmegnis séu lagðar fram umbúðir og bæklingar sem hafi tilheyrt eldri umbúðum en allt þetta efni hafi fyrir löngu verið fjarlægt af markaðnum samkvæmt umræddri ákvörðun Neytendastofu. Þá skuli minnt á að aðeins einum til tveimur mánuðum eftir ákvörðunina hafi félagið fengið nýjar vörur frá framleiðandanum og skipt út öllu því sem það hafi náð til.
50. Þar sem í kærinni sé vísað til skráningar á vörumerki kæranda vilji Eggert Kristjánsson hf. vekja athygli á því að sú skráning sé á orði og mynd/heildarmynd. Skráningin sé frá 1999 en þá hafi kærandi notað tiltekna kennitölu. Hann hafi notað nokkrar kennitölur síðan og því megi velja fyrir sér með hvaða hætti sú skráning hafi flust á milli fyrirtækjanna og óljóst hver réttur núverandi félags sé til skráningarinnar. Það sé galli á uppfléttingakerfi Einkaleyfastofu að skráningar fari eftir nöfnum fyrirtækja en ekki þeirri kennitölu sem vörumerki séu skráð á. Félagið minni á að orðið eðal sé almenns eðlis og fáist ekki skráð sem slíkt enda hafi fjölmargar vörur á markaðnum orðið eðal í sínu vöruheiti.
51. Kærandi bendi á kvörtun Neytendasamtakanna sem leiddi til ákvörðunar Neytendastofu 19. ágúst 2008 (23/2008), niðurstöðu faggiltrar þýskrar rannsóknarstofu og umsögn Háskóla Íslands. Eggert Kristjánsson hf. minni á áðursend gögn sín til Neytendastofu hvað þetta varði og niðurstöðu Neytendastofu í umræddri ákvörðun, félaginu í hag. Þá vilji félagið minna á þau vottorð sem það hafi lagt fram um framleiðsluna og gæði hennar. Ginseng sé þjóðarstolt Kóreu og því sé fjarstæðukennt að GNF framleiði nokkuð annað en úrvals rautt ginseng, enda virtur framleiðandi og útflytjandi á sínu sviði. Sem dæmi um mikilvægi ginsengframleiðslu í Kóreu, hafi öll framleiðsla og útflutningur á ginsengi verið á hendi kóreska ríkisins framundir síðustu aldamót. Því megi vera ljóst að mikið eftirlit sé með allri framleiðslu, gæðum og útflutningi á ginsengi þaðan. Eggert Kristjánsson hf. hafi ástundað heiðarlega samkeppni þar sem verð og gæði séu í fyrirrúmi, enda sé það margra áratuga reynsla félagsins að neytendum sé treystandi til að leggja mat á þá þætti. Það myndi skjóta skökku við yrðu umbúðir með sama útliti og seldar séu af GNF á fjölda markaða, dæmdar ólöglegar hér á landi.
52. Um tilvísun kæranda til ruglingslegrar auglýsingaherferðar svarar Eggert Kristjánsson hf. því til að auglýsingastofa hafi séð um gerð síðustu auglýsinga, í samvinnu við tiltekinn einstakling, en megininntak þeirra hafi verið gæði, vinnsluáðferðir, saponin innihald og vísun í WHO. Um þetta

vísar félagið til framlagðra auglýsinga sem bréfinu fylgdu. Hvað varði sjónvarpsauglýsingarnar sem nefndar hafi verið, hafi upplýsingar um þær verið veittar í svari til Neytendastofu. Félagið hafni því að málinu verði vísað aftur til Neytendastofu, enda séu fullyrðingar kæranda ruglingslegar og í besta falli til þess fallnar að þvæla staðreyndir málsins. Ýmsar fullyrðingar í bréfi kæranda til áfrýjunarnefndarinnar séu ýmist ruglingslegar og úr samhengi teknar, eða svo órökstuddar að vart sé hægt að bregðast við þeim frekar en gert hafi verið. Þá verði ekki fram hjá því litið að töluvert sé um rangfærslur í umræddu erindi kæranda.

53. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 21. nóvember 2010, var kæranda kynnt framangreint bréf Eggerts Kristjánssonar hf. Tekið var fram að áfrýjunarnefndin teldi ástæðu til að veita kæranda færi á að tjá sig um bréfið og fylgigögn þess áður en málið yrði tekið til úrskurðar. Svar barst með bréfi kæranda, dags. 7. desember 2010. Þar er tekið fram að strax í upphafi þessa máls og æ síðan hafi verið skorað á Eggert Kristjánsson hf. að leggja tafarlaust fram erlendar umbúðir sem notaðar væru sem fyrirmynd og upplýsa hvar þær væru í sölu. Um þetta vísar kærandi til kvörtunar sinnar til Neytendastofu frá 31. janúar 2007 sem meðfylgjandi var bréfinu. Enn á ný, eftir að málið var komið til áfrýjunarnefndar, hafi kærandi gefið félaginu kost á að verða við áskoruninni, án árangurs. Eins og lögfræðingur Neytendastofu geti upplýst, hafi viðbrögð við þessu bréfi orðið þau að GNF hafi breytt heimasíðu sinni þannig að bætt hafi verið við mynd af rauða pakkanum á íslensku, sem þó hafi verið viðurkennt af lögmanni Eggerts Kristjánssonar hf. að væri íslensk hönnun (kópering). Í bréfi sínu til áfrýjunarnefndarinnar vísi félagið síðan á þessa heimasíðu sem sönnun þess að fyrirmyndin sé erlend.
54. Veturinn 1989-1990 hafi umbúðir verið hannaðar fyrir Rautt Eðal ginseng, eins og þær séu í dag, og þær hafi verið frábrugðnar öllum þeim umbúðum hvað varði texta, lögum og lit, sem fyrirsvarsmaður kæranda hafi séð í Evrópu. Auk þess hafi blister-hylkin verið pökkuð í álumbúðir sem hann hafi ekki séð fyrr en nú hjá Eggert Kristjánssyni hf. Vöruna hafi kærandi selt í þessum umbúðum aðallega á Íslandi en einnig í Danmörku og Noregi. Bréf Eggerts Kristjánssonar hf. byrji á því að félagið segist hafa hannað og síðar endurhannað umbúðirnar. Helsta röksemd félagsins fyrir því að ekki sé um eftirlíkingu að ræða sé engu að síður sú að fjarstæða sé að ætla að um sérhönnun fyrir þá sé að ræða, því slíkt myndi aldrei svara kostnaði. Því hafni fyrirtækið því algerlega að um eftirlíkingu sé að ræða. Félagið hafi ekki enn sýnt fram á neinar umbúðir ginsenghlykja sem líkist Rauðu Eðal ginsengi, ekki einu sinni á Netinu, hvað þá að fyrirtækið hafi sýnt slíkar umbúðir og bent á hvar þær séu seldar eins og beðið hafi verið um.
55. Kærandi geti ekki útilokað að ef leitað sé lengi á Netinu, megi rekast á eitthvað sem við fyrstu sýn líkist Rauðu Eðal ginsengi, þó Eggerti Kristjánssyni hf. hafi ekki tekist að sýna fram á það, en þá beri þess að geta að umbúðir Rauðs Eðal ginsengs og markaðssetning þeirra njóti vörumerkjaverndar á Íslandi. Eggert Kristjánsson hf. haldi því fram að texti á umbúðum sé þýðing á erlendum umbúðum en vilji samt ekki leggja þær fram. Þá sé einhver auglýsingastofa sögð ábyrg fyrir því að setja inn umsögn um vöruna frá WHO. Kærandi viti ekki til þess að aðrir söluaðilar ginsengs en kærandi, t.d. í Kóreu eða Norður-Evrópu, hafi vitnað í WHO. Þess vegna komi kæranda á óvart ef einhver auglýsingastofa sé svo vel kunnug á þeim bæ að hún fyrir tilviljun rambi á sömu tilvísun og kærandi úr annars mjög langri gæðalýsingu efnisins. Kærandi

hafi ekki heldur orðið var við að Eggert Kristjánsson hf. sem flytji inn matvæli hafi fyrr eða síðar vitnað í WHO á umbúðum vara sem félagið selji.

56. Kærandi tekur næst fram að Eggert Kristjánsson hf. haldi því fram að einum til tveimur mánuðum eftir ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) hafi allar umbúðir og bæklingar sem tilheyrðu eldri umbúðum verið fjarlægðir. Þetta sé ekki rétt. Umræða hafi orðið um málið og nokkur hópur leitað til Neytendasamtakanna, aðrir kvartað til Neytendastofu en flestar kvartanir sjálfsagt beinst til kæranda. Um þetta vísar kærandi til tölvubréfasamskipta sem meðfylgjandi voru bréfinu. Kærandi segir fjölda vitna að því að umræddur bæklingur hafi verið í dreifingu í byrjun þessa árs og með bréfi hans fylgdi yfirlýsing frá fyrirsvarsmanni einkahlutafélags um að hann hefði séð bæklinginn í apóteki fyrr á þessu ári. Þá fylgdi með útprentun af heimasíðunni karon.is frá 11. mars 2010. Um sé að ræða heimasíðu Eggerts Kristjánssonar hf. þar sem mynd sé af hinum bönnuðu umbúðum ásamt bönnuðum ummælum samkvæmt ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007). Þá vekur athygli kæranda að ræktunarsvæði ginsengsins sé sagt vera hvorki meira né minna en frá 33. að 48. breiddargráðu og vaxtartími þess 180 dagar á ári, sem sé hið sama og sólskinsstundir á 38. breiddargráðu í Kóreu, þar sem Rautt Eðal ginseng sé ræktað (í stað 120-130 daga á öðrum svæðum).
57. Kærandi tekur fram að Eggert Kristjánsson hf. fjalli í löngu máli um eignarrétt á vörumerkinu Rautt Eðal ginseng þannig að ætla mætti að vörmin byggðist á því. Þetta nái þó ekki lengra en að reyna að gera vinnubrögð Einkaleyfastofu tortryggileg. Misskilningur Eggerts Kristjánssonar hf. virðist byggjast á að félagið telji að fleiri en eitt félag geti heitið sama nafni en svo sé ekki. Selja megi vörumerki og fyrirtæki geti skipt um nafn en kennitala breytist aldrei. Þetta þykist Eggert Kristjánsson hf. ekki skilja. Ef marka megi fyrirliggjandi bréf Eggerts Kristjánssonar hf. til Neytendastofu frá 1. mars 2010 virðist félagið halda að vörumerkið sé eign einhvers þrotabús og þess vegna sé þeim frjálst að nýta það að vild. Vissulega hafi óprúttin háttsemi Eggerts Kristjánssonar hf. skaðað kæranda, sem hafi mestar tekjur sínar af sölu Rauðs Eðal ginsengs, en hér sé skotið yfir markið. Fyrirsvarismaður kæranda hafi eins og fyrr segir selt Rautt Eðal ginseng bæði hérlendis og á Norðurlöndunum og fljótlega séð að óheppilegt væri að gera það í sama félagi auk þess sem hann hafi verið með meðeiganda. Í bréfinu er sagan að þessu leyti síðan nánar rakin og loks tekið fram að hér sé um að ræða ýkjur af hálfu Eggerts Kristjánssonar hf. og ekki síst ómaklegt slúður.
58. Í bréfinu er næst tekið fram að Eggert Kristjánsson hf. reyni að þyrlla upp ryki með því benda á allskyns vörur þar sem orðið „eðal“ komi fyrir. Enginn deili um að orðið eðal sem slíkt sé almennt orð, rétt eins og orðin morgunn eða blað, en fáir myndu deila um að Morgunblaðið hefði vörumerkjarétt. Í þessu sambandi sé rétt að minna á að vörumerkið Rautt Eðal ginseng, orð- og myndmerki, sé skrásett vörumerki án takmarkana, líklega vegna langrar hefðar. Þess séu dæmi að fyrirtæki hafi sótt um líka skráningu en verið synjað vegna ruglingshættu. Kærandi þekki jafn vel muninn á rauðu og hvítu ginsengi eins og garðyrkjubóndi þekki muninn á rófum og gulrótum, en ekki sé spurt um það hér.

59. Kærandi segist ekki ætla að gefa faglegum metnaði Eggerts Kristjánssonar hf. einkunn en skori á þá sem vilji kynna sér málið að lesa frumgögn málsins og hvernig niðurstaðan hafi verið fengin, sem Eggert Kristjánsson hf. hæli sér af. Í fyrsta lagi sé fagleg þekking á ginsengi í lyfjafræðideild Háskóla Íslands, þó Matvælastofnun fari með málaflokkinn. Mikið hafi borið á milli Háskólans og Matvælastofnunar og síðarnefnda stofnunin hafi borið fyrir sig að engar reglur væru til hérlendis um hvað væri rautt ginseng. Þegar spurt hafi verið ráða í Danmörku hjá systurstofnun Matvælastofnunar hafi ekki betra tekið við, enda hafi fyrirsvarsmaður kæranda lengi verið einn um að selja rautt ginseng í Danmörku, þótt í óverulegu magni væri. Eggert Kristjánsson hf. hafi haft vottorð frá embættismanni í Kóreu um að hráefnið í ginsengið væri rautt. Háskólinn hafi ekki talið það trúverðugt. Neytendasamtökin hafi hins vegar keypt sýnishorn hér á landi og sent til stórrar faggiltrar rannsóknarstofu sem beitt hafi þremur mismunandi aðferðum, sem allar hafi gefið sömu niðurstöðu. Þetta hafi Háskóli Íslands talið mjög trúverðugt en Matvælastofnun ekki gert upp á milli, enda hafi vottorðið verið frá opinberum embættismanni. Það hafi verið Neytendasamtökin en ekki kærandi sem kært hafi Eggert Kristjánsson hf. fyrir vörusvik og kærandi enga aðkomu átt að málinu og því ekki getað áfrýjað niðurstöðunni, þótt full ástæða hafi verið til, enda skipti meginmáli innihald þeirrar vöru sem fari til sölu.
60. Kærandi tekur fram að Eggert Kristjánsson hf. leggi fram einhver ljósrit af umbúðum í stað umbúðanna sjálfra, en þó ekki af ginsenghyllkjunum, sem þó sé eina varan sem þeir selji hér á landi. Þá viti kærandi ekki af hverju fyrirtækið sendi nú á síðustu metrunum afrit af auglýsingum sem hann viti ekki hvort hafi birst, en hafi í öllu falli ekki verið fyrir til umræðu í málinu. Kærandi biðst undan því að taka þátt í umræðu um hvaða einstaklingar eða auglýsingastofur vinni fyrir Eggert Kristjánsson hf. Umbúðir og markaðssetning fyrirtækisins hafi miðað að því að nýta gott orðspor annarrar vöru og hún tali sínu máli. Kærandi viðurkenni fúslega að málið kunnist að virðist tyrfið og því sé hann ekki viss um hvaða gögn eigi að vera með til að kjarna málsins sé haldið til haga án þess að málið sé of umfangsmikið. Ef einhverjar spurningar eða óskir um frekari gögn vakni muni kærandi svara þeim tafarlaust. Umrætt bréf kæranda var jafnframt sent áfrýjunarnefndinni með tölvubréfi og því fylgdi frétt DV í kjölfar ákvörðunar Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007).
61. Hinn 9. desember 2010 sendi kærandi áfrýjunarnefnd neytendamála tölvubréf þar sem tekið var fram að tilvísun kæranda til þess að í markaðsherferð Eggerts Kristjánssonar hf. væri talað um að ginsengið væri ræktað á milli 33. og 48. breiddargráðu, þarfnaðist líklega nánari skýringa. Kæranda sé ekki kunnugt um að ginseng vaxi, hvað þá að það sé ræktað utan þessa svæðis. Af hverju Eggert Kristjánsson hf. tali um þetta sem eitthvað sérstakt, láti kærandi liggja á milli hluta. Sömuleiðis bendi þetta ásamt ýmsu öðru til þess að hráefnið sé alls ekki kóreskt en það skipti ekki heldur máli hér. Kjarni málsins sé sá að Eggert Kristjánsson hf. klippi út setningar sem félagið finni í bæklingum eða á heimasíðu kæranda og raði þeim upp aftur. Kærandi ætli þó að sleppa því að tjá sig um árangurinn enda skipti hann ekki máli hér. Í næstu setningu á eftir takist ekki betur til en þar sé fyrirmyndin augljóslega Dr. Prof. Si-Kwan Kim sem skrifað hafi í ritrýnd vísinda- og læknatímarit. Kærandi vísar í þessum efnunum til tiltekinnar umfjöllunar í nánar tiltekinni grein hans. Tilgangur kæranda sé ekki að leiðrétta einhverjar villur hjá Eggerti Kristjánssyni hf. heldur

að mótmæla því að bæklingar kæranda og auglýsingar, t.a.m. heimasíða, sé notuð með þessum hætti. Sé eitthvað óljóst muni kærandi fúslega bregða ljósi á það.

62. Vegna kröfu kæranda um fund og munnlegan málflutning skal tekið fram að áfrýjunarnefnd neytendamála fundar ekki með einstökum málsaðilum en hefur 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, þar sem málsatvik lögju skýrlega fyrir í tilviki þeirra þátta sem unnt væri að taka afstöðu til, og í ljósi þeirrar niðurstöðu sem á eftir fer um að vísa tilteknum þætti málsins til frekari rannsóknar Neytendastofu.

NIÐURSTAÐA

63. Í máli þessu er deilt um þá niðurstöðu Neytendastofu að ekki sé ástæða til aðgerða af hálfu stofnunarinnar vegna kvörtunar kæranda yfir því að Eggert Kristjánsson hf. hafi sniðgengið ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007). Í upphafi er rétt að taka fram að sjónarmið aðila eru nokkuð fjölbreytileg og hafa að nokkru leyti þróast eftir því sem meðferð málsins hefur undið fram. Þannig snerta þau ýmis atriði er varða samkeppni aðila allt frá því snemma árs 2007. Eðli málsins samkvæmt er úrskurður áfrýjunarnefndar neytendamála, sem felur í sér endurskoðun á niðurstöðu hins lægra setta stjórnvalds, bundinn við þá þætti sem hin kærða ákvörðun laut að. Einnig er rétt að taka fram að til samræmis við lögbundin hlutverk og heimildir Neytendastofu verður hér ekki fjallað um einkaréttarlegar kröfur sem kærandi telur sig eiga. Úrskurðurinn lýtur m.ö.o. að endurskoðun á þeim þáttum sem fjallað var um í hinni kærðu ákvörðun og Neytendastofa taldi leiða til þess að ekki væri ástæða til aðgerða í málinu.
64. Í kvörtun kæranda til Neytendastofu var kvartað yfir því að Eggert Kristjánsson hf. hefði „brotið gegn anda“ ákvörðunar Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007) „með því að líkja eftir texta á umbúðum en þó sérstaklega með því að líkja eftir auglýsingum Eðalvara á Rauðu Eðal ginsengi augljóslega til að viðhalda ruglingshættu á vörunum“. Þar sagði jafnframt að stundum virtist vera um að ræða endurtekningar úr bæklingi kæranda í nýlegum sjónvarpsauglýsingum og vara Eggerts Kristjánssonar hf. jafnvel nefnd „Rautt Eðal Ginseng“, sem væri skrásett vörumerki án takmarkana. Líkt og óumdeilt er í málinu var heitið Rautt Eðal ginseng notað yfir vöru Eggerts Kristjánssonar hf. í einni af sjónvarpsauglýsingum félagsins. Neytendastofa taldi að sú notkun teldist til óréttmætra viðskiptahátta í skilningi 5. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005 og bryti jafnframt gagnvart 1. másl. 15. gr. a sömu laga.
65. Neytendastofa taldi hins vegar að svo stöddu ekki ástæðu til sérstakra aðgerða af hálfu stofnunarinnar vegna umrædds brots, þar sem notkun auglýsingarinnar hefði verið hætt um leið og kærandi kvartaði yfir auglýsingunni. Ætla verður Neytendastofu tiltekið svigrúm við mat á því hvort ástæða sé til beitingar valdheimilda hennar vegna brots á lögnum, að því gefnu m.a. að matið byggist á málefnalegum sjónarmiðum, sé í samræmi við grunnreglur stjórnsýsluréttar og verði ekki talið standa því í vegi að markmið þeirra laga sem stofnunin hefur eftirlit með nái fram

að ganga. Í því sambandi verður einnig að hafa í huga að Neytendastofa er bundin af meðalhófsreglu við beitingu valdheimilda sinna, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Eins og atvikum hér er háttað og í ljósi framangreinds telur áfrýjunarnefnd neytendamála ekki tilefni til að hrófla við þeirri niðurstöðu Neytendastofu að grípa ekki til sérstakra aðgerða vegna framangreindrar sjónvarpsauglýsingar. Auglýsingin hafði verið tekin úr birtingu og hinu ólögsmæta ástandi þar með aflétt. Ef slík auglýsing birtist aftur er hins vegar fullt tilefni fyrir Neytendastofu til að taka nýja ákvörðun þar sem beiting valdheimilda stofnunarinnar kemur til athugunar. Að því er snertir umræddar sjónvarpsauglýsingar að öðru leyti er fallist á það með Neytendastofu, með vísan til þess sem greinir í hinni kærðu ákvörðun, að með þeim hafi ekki verið líkt eftir auglýsingum kæranda á þann hátt að brotið hafi verið gegn lögum nr. 57/2005 eða ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007).

66. Við meðferð kvörtunar kæranda gerði kærandi jafnframt athugasemdir við það, að í auglýsingum sínum notaði Eggert Kristjánsson hf. mismunandi heiti á vöru sína, sem væru önnur en hið eiginlega heiti, og með því væri verið að búa til ruglingshættu. Neytendastofa komst að þeirri niðurstöðu að þótt ýmis heiti væru notuð á vöruna yrði ekki séð að þau hefðu þau áhrif að neytendur teldu að verið væri að auglýsa Rautt Eðal ginseng, auk þess sem ekkert í gögnum málsins sýndi fram á að sú væri raunin. Þau heiti sem Eggert Kristjánsson hf. hefði valið á vöru sína í sjónvarpsauglýsingum væru því ekki í andstöðu við 5. gr., 2. mgr. 6. gr. og 15. gr. a laga nr. 57/2005 eða 13. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst á niðurstöðu Neytendastofu um að notkun umræddra heita hafi ekki brotið gegn viðkomandi ákvæðum. Eins og kærandi bendir á heitir vara Eggerts Kristjánssonar hf. „Rautt kóreskt ginseng“. Jafnvel þótt varan sé kölluð „Rautt kóreskt royal ginseng“, „Rautt royal ginseng frá Kóreu“ og „Rautt kóreskt ginseng royal“ verður ekki séð að það skapi sérstaka ruglingshættu við vöru kæranda.
67. Við meðferð kvörtunar kæranda gerði kærandi jafnframt athugasemdir sem lutu að því að þegar Rautt kóreskt ginseng væri keypt í Heilsuhúsinu fylgdi því í kaupbæti Rautt Eðal ginseng, og að á heimasíðunni femin.is væru veittar rangar upplýsingar um Rautt kóreskt ginseng og notaðar setningar úr gömlum bæklingum kæranda. Neytendastofa taldi hvoruga athugasemdina gefa tilefni til aðgerða þar sem hvorki Heilsuhúsið né femin.is væru aðilar málsins eða tengdust Eggerti Kristjánssyni hf. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst á það með Neytendastofu, með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar, að hvorug athugasemdin gefi ein og sér tilefni til aðgerða af hálfu Neytendastofu gagnvart Eggerti Kristjánssyni hf.
68. Undir rekstri málsins hjá Neytendastofu benti kærandi jafnframt á heimasíðuna karon.is, sem væri í eigu Eggerts Kristjánssonar hf. Í hinni kærðu ákvörðun féllst Neytendastofa á að birting mynda á heimasíðunni af eldri umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. bryti gegn ákvörðun Neytendastofu 27. mars 2007 (8/2007). Þegar litið væri til þess að myndirnar og textinn með þeim hefðu verið fjarlægð af síðunni sæi Neytendastofa hins vegar ekki ástæðu til frekari aðgerða að svo komnu máli. Með vísan til þess sem rakið var í 65. mgr. hér að framan telur áfrýjunarnefnd neytendamála ekki tilefni til að hrófla við þessari niðurstöðu Neytendastofu, en þau sjónarmið sem þar voru rakin eiga við með sama hætti hér.

69. Samkvæmt framangreindu verður ekki talið að þær auglýsingar sem kærandi kvartaði yfir, þann 1. febrúar 2010, né önnur þau atriði sem hér hafa verið nefnd geti leitt til þeirrar niðurstöðu að Neytendastofa hafi ranglega hafnað því að ástæða væri til aðgerða málinu. Eftir stendur hins vegar að kærandi hefur undir rekstri málsins gert ítrekaðar athugasemdir við umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. Þótt upphafleg kvörtun kæranda virðist fyrst og fremst hafa beinst að auglýsingum Eggerts Kristjánssonar hf. var þar einnig vikið að umbúðum félagsins. Í hinni kærðu ákvörðun var enda m.a. tekin afstaða til kvörtunar kæranda yfir því að umbúðir utan um Rautt kóreskt ginseng væri eftirlíking umbúða kæranda utan um Rautt Eðal ginseng. Þar sagði: „Eftir birtingu ákvörðunar Neytendastofu nr. 8/2007, breytti Eggert Kristjánsson útliti umbúðanna. Neytendastofa sá ekki ástæðu til að gera athugasemd við breytinguna og engin athugasemd barst frá Eðalvörum eftir að breyttar umbúðir komu á markaðinn fyrir en með kvörtun þeirri sem hér er til meðferðar. Að mati Neytendastofu er meint líking ekki nægilega rökstudd af hálfu Eðalvara. Neytendastofa mun því ekki taka þann kvörtunarlið til frekari skoðunar í ákvörðun þessari.“
70. Á áfrýjunarstigi hefur rekstur málsins að verulegu marki lotið að umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf., enda lýtur krafa kæranda að því að félaginu verði gert að breyta umbúðum sínum. Þannig hafa aðilar fært fram röksemdir sem að þessu líta og ný gögn komið fram sem ekki lágu fyrir við meðferð málsins hjá Neytendastofu. Þótt málatilbúnaður kæranda um hina meintu líkingu sé að nokkru leyti óljós, sem og aldur framlagðra gagna, verður ekki framhjá því litið að kærandi hefur skýrlega komið á framfæri kvörtun yfir því að núverandi umbúðir Eggerts Kristjánssonar hf. brjóti gegn lögum nr. 57/2005. Í ljósi atvika málsins og rannsóknarreglu stjórnisýsluréttar, sbr. 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, verður að mati áfrýjunarnefndar neytendamála að taka þennan lið kvörtunar kæranda til frekari athugunar, afla nánari upplýsinga um núverandi umbúðir og sjónarmið aðila, og taka rökstudda afstöðu til þessa liðar í kvörtun kæranda. Að mati áfrýjunarnefndarinnar verður slík frekari rannsókn og ákvörðun að fara fram á hinu lægra stjórnisýslustigi, áður en til hugsanlegrar ákvörðunar áfrýjunarnefndarinnar kemur. Er þar bæði horft til grunnreglna um stigskiptingu stjórnisýslunnar og kærumböguleika aðila, sem og til þess að áfrýjunarnefndin telur að Neytendastofu hafi, eins og atvikum var háttað, borið að rannsaka umræddan þátt frekar en gert var, áður en hin kærða ákvörðun var tekin.
71. Samkvæmt þessu verður sá þáttur málsins er lýtur að kvörtun kæranda yfir núverandi umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. felldur úr gildi og vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar Neytendastofu. Með því hefur hins vegar engin afstaða verið tekin til efnis þeirrar kvörtunar. Þá er ljóst samkvæmt framangreindu að hin kærða ákvörðun verður staðfest að öðru leyti.

ÚRSKURÐARORÐ:

Sá hluti hinnar kærðu ákvörðunar er varðar kvörtun kæranda yfir núverandi umbúðum Eggerts Kristjánssonar hf. utan um Rautt kóreskt ginseng er felldur úr gildi og vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar hjá Neytendastofu.

Að öðru leyti er hin kærða ákvörðun staðfest.

Úrskurður nr. 1/2011

Eiríkur Jónsson

Egill Heiðar Gíslason

Ingiríður Lúðvíksdóttir