

ÚRSKURÐUR
ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 1/2020

Kæra Sýnar hf. á ákvörðun Neytendastofu nr. 57/2019 frá 19. desember 2019.

1. Þann 13. október 2020 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 1/2020: Kæra Sýnar hf. á ákvörðun Neytendastofu nr. 57/2019 frá 19. desember 2019. Í málinu úrskurða Halldóra Þorsteinsdóttir, Eiríkur H. Hauksson og Gunnar Páll Baldvinsson.
2. Með kæru, dags. 14. janúar 2020, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu frá 19. desember 2019 um að hann hafi með birtingu fullyrðingar um að stöð 2 Marañon sé stærsta áskriftarveita landsins brotið gegn 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., b. liðar 1. mgr. 9. gr. og a. liðar 2. mgr. 15. gr., sbr. 5. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu. Með ákvörðuninni var kæranda með vísan til 2. mgr. 21. gr. b. laga nr. 57/2005 bönnuð birting umræddra fullyrðinga og honum gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 400.000 krónur vegna brotsins. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.
3. Kæruheimild er í 2. mgr. 4. gr. laga nr. 62/2005 um Neytendastofu, sbr. 4. mgr. 4. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.

MÁLAVEXTIR

4. Með bréfi lögmanns Símans hf. til Neytendastofu, dags. 24. október 2019, var kvartað undan samanburðarauglýsingum kæranda, sem birst höfðu í dagblöðum og á netinu dagana á undan. Var þess krafist að Neytendastofa tæki ákvörðun um að kærandi hefði brotið gegn nánar tilgreindum ákvæðum laga nr. 57/2005 með auglýsingum sínum undir yfirskriftinni „Stærsta efnisveita landsins með íslenskt sjónvarpsefni!“ og „Mesta úrval íslensks efnis og þú horfir hvar og hvenær sem þú vilt!“. Var þess krafist að lögð yrði stjórnvaldssekt á kæranda vegna birtingar auglýsinganna og að þær yrðu bannaðar.
5. Málavöxtum var lýst svo að með auglýsingunum væri fullyrt að efnisveita Vodafone, sem kærandi starfrækti, innihéldi mesta magn íslensks sjónvarpsefnis sem völ væri á hér á landi og að það væri unnt að nálgast fyrir aðeins 3.990 krónur á mánuði. Þá hafi einnig verið staðhæft að í áskriftarpakkanum „Stöð 2 Marañon“ væri hvergi meira úrval íslensks efnis að finna. Auglýsingarnar væru því samanburðarauglýsingar í skilningi 1. mgr. 15. gr. laga nr. 57/2005. Síminn hf. reki einnig efnisveitu hér á landi, en þar megi nálgast verulegt magn af íslensku sjónvarpsefni. Hafi félagið lagt ríka áherslu á að veita viðskiptavinum sínum aðgang að íslensku afþreyingarefni sem og íslenskri dagskrárgerð, t.a.m. í tengslum við íþróttaviðburði o.fl.

Samanburðarauglýsingar kæranda komi því með beinum hætti við Símann hf., enda felist í þeim samanburður við vöru- og þjónustuframboð hjá sjónvarpsveitu hans.

6. Ekki fáist með nokkru móti séð hvernig kærandi komist að þeirri niðurstöðu sem flaggað sé í auglýsingunum. Engar upplýsingar liggi fyrir um með hvaða hætti fyrirtækið mæli magn þess íslenska efnis sem nálgast megi hjá kæranda með áskriftarleiðinni „Marabon“, eða hversu mikið magn sé á annað borð að finna á efnisveitunni í heild, óháð áskriftarleið. Fullyrðing kæranda, þess efnis að efnisveitan sé sú stærsta á landinu hvað íslenskt sjónvarpsefni varði, sé í besta falli ósönnuð en að líkindum einnig ósönn. Engin gögn liggi fyrir um magn þess íslenska sjónvarpsefnis sem nálgast megi á efnisveitu kæranda, hjá Símanum hf. eða hjá öðrum samkeppnisaðilum kæranda. Ekki fáist því séð að kærandi geti á annað borð vitað hvort eigin fullyrðingar eigi við rök að styðjast. Þá liggi ekki fyrir með hvaða hætti kærandi mæli stærð sjónvarpsveitu sinnar að þessu leyti, þ.e. hvort hún sé mæld í fjölda íslenskra titla eða fjölda klukkustunda íslensks efnis, en báðir mælikvarðar kunni að skipta neytendum máli við slíkan samanburð. Ekkert liggi heldur fyrir um það hversu mikið magn efnis neytendur geti nálgast gegn greiðslu 3.990 króna áskriftargjalds að „Marabon“. Í fyrrnefndum auglýsingum sé því engar upplýsingar að finna sem séu neytendum nauðsynlegar til að þeir geti áttá sig á því hvort efnisveita kæranda bjóði í raun meira magn íslensks sjónvarpsefnis en aðrar sjónvarpsveitur.
7. Auglýsingarnar brjóti gegn 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Þær séu því villandi gagnvart neytendum og til þess fallnar að hafa áhrif á fjárhagslega hegðun þeirra. Brjóti þær því einnig gegn 8. gr. og d. lið 1. mgr. 9. gr. sömu laga samkvæmt orðalagi þeirra lagaákvæða. Þar sem auglýsingarnar séu til þess fallnar að hafa áhrif á eftirspurn brjóti þær enn fremur gegn 14. gr. laganna. Samanburðurinn sem settur sé fram af hálfu kæranda sé villandi enda verði engar sönnur færðar fyrir honum. Auglýsingarnar brjóti þar með einnig gegn a. lið 2. mgr. 15. gr. laganna, sbr. 5. gr. sömu laga. Vakin sé athygli á að kærandi hafi nýlega brotið gegn ofangreindum ákvæðum laga nr. 57/2005 með hliðstæðum hætti. Megi þar nefna ákvörðun Neytendastofu nr. 13/2016, en í ákvörðuninni hafi Neytendastofa talið kæranda hafa brotið gegn sömu ákvæðum með fullyrðingunum „Stærstir í 4G“ í auglýsingum og „langstærsta sjónvarpsdreifikerfið“. Brotin séu fyllilega sambærileg þeim sem nú sé kvartað undan. Brotin séu því ítrekuð.
8. Með bréfi Neytendastofu til kæranda hf., dags. 30. október 2019, var kæranda kynnt fram komið erindi og félaginu boðið að koma að athugasemdum sínum í tilefni af því. Svar barst með bréfi lögmanns kæranda, dags. 1. nóvember 2019. Þar kemur fram að kvörtun Símans hf. lúti að styrkleika efnisveitu Stöðvar 2, sem rekin sé undir vörumerkinu Stöð 2 Marabon, hvað íslenskt sjónvarpsefni varði. Löng venja sé fyrir því að þegar fyrirtæki noti efsta stigs lýsingarorðs í auglýsingum og kynningarefni hvíli sönnunarbyrði á viðkomandi fyrirtæki um að fullyrðingin sé rétt og ekki villandi eða óréttmæt gagnvart neytendum. Þá þurfi viðeigandi skýringar að fylgja fullyrðingunum. Síminn hf. og kærandi reki einu innlendu efnisveiturnar þar sem veittur sé aðgangur að innlendu sjónvarpsefni gegn gjaldi. Af þeim sökum hafi titlar í Sjónvarpi Símans

Premium appinu verið taldir, m.a. áður en auglýsingarnar birtust þann 16. september 2019 og eftir að kvörtun hafi komið fram. Á grundvelli þess hafi verið gerður samanburður við fjölda innlendra titla á Stöð 2 Maráþon appinu. Hafi því verið gerð hlutlæg könnun á sannleiksgildi fullyrðinganna áður en auglýsingarnar fóru í loftið.

9. Í meðfylgjandi excel-skjali megi finna fulla sundurliðun umræddra titla, en samandregið sé niðurstaðan sú að innlendar þáttaraðir hjá Stöð 2 Maráþon séu 217 á meðan þær séu 45 hjá Símanum Premium. Innlendir þættir séu samtals 1.868 hjá Stöð 2 Maráþon en 374 hjá Símanum Premium og innlendar kvikmyndir 38 hjá fyrrnefndu stöðinni en 24 hjá Símanum Premium. Yfirburðir Stöð 2 Maráþon séu umtalsverðir og með framlagningu þessara upplýsinga og gagna sé komin fram lögfull sönnun fyrir hinum umþrættu fullyrðingum. Þegar af þeirri ástæðu beri að hafna málatilbúnaði Símans hf. Rökræðunnar vegna sé hins vegar nauðsynlegt að mótmæla hinum ýmsu fullyrðingum sem fram komi í kvörtuninni. Viðeigandi skýringar fylgi fullyrðingunni „stærsta efnisveita landsins“, enda sé sérstaklega tekið fram að þar sé átt við stærð efnisveitu „með íslenskt sjónvarpsefni“. Sama gildi þegar vísað sé til mesta úrvals efnis, þar sem sérstaklega sé útskýrt að átt sé við mesta úrval „íslensks sjónvarpsefnis“. Þá eigi hið sama við um sjónvarpsauglýsinguna. Þar sé áherslan á úrval íslensks sjónvarpsefnis í beinu framhaldi af fullyrðingunni sem kvartað sé undan.
10. Þá liggi í augum uppi að eina leiðin til að mæla mesta úrval efnis felist í fjölda titla, enda leiði af eðli máls að þegar jafn miklir yfirburðir séu í fjölda titla og raun beri vitni séu samsvarandi yfirburðir í fjölda klukkustunda af hlutaðeigandi efni o.s.frv. Þá gefi talning á titlum ekkert svigrúm til hlutlægs mats og sé aðferðin að öllu leyti hlutlæg og hlutlaus. Við slíkar aðstæður þurfi ekki aðkomu þriðju aðila til að staðreyna sannleiksgildi fullyrðinganna. Fáist með engu móti séð að auglýsingarnar geti talist villandi gagnvart neytendum, enda sé ekki gerð svo rík sönnunarkrafa í lögum nr. 57/2005 að í auglýsingunni sjálfri komi fram fullgild sönnun á fullyrðingunum. Fullyrðingar verði að vera settar fram í samræmi við þær sönnur sem að baki þeim liggi og skuli jafnframt settar fram með þeim hætti að neytendum séu ekki veittar villandi upplýsingar.
11. Í framkvæmd hafi verið gerð krafa um að viðeigandi gögn liggi fyrir til sönnunar fullyrðingum áður en þær séu birtar en almennt sé ekki gerð krafa um að allar sönnur komi fram í markaðsefni samhliða fullyrðingum. Þau gögn sem fylgi erindi þessu hafi verið fyrirbyggjandi áður en auglýsingarnar hafi birst. Fullyrðingarnar hafi því verið settar fram í samræmi við niðurstöður könnunarinnar og feli ekki í sér villandi eða rangar upplýsingar gagnvart neytendum. Af sömu ástæðu sé ekki um að ræða óréttmæta viðskiptahætti gagnvart keppinautum. Þegar litið sé heildstætt á allar auglýsingarnar sem kvartað sé undan verði þannig að telja að hinum almenna neytanda megi vera ljóst að átt sé við efnisframboð á íslensku sjónvarpsefni, enda geti efnisveita ekki orðið stærst og með mesta úrval efnis á sínu sviði nema með því að hafa mestan fjölda titla af því efni sem vísað sé til í auglýsingunum. Með vísan til þess að fullyrðingarnar teljist sannar, útskýrðar með viðeigandi hætti og réttmætar sé haldslaust fyrir Símann hf. að vísa til

ákvörðunar Neytendastofu nr. 13/2016 máli sínu til stuðnings. Bréfi kæranda fylgdi skjal með yfirliti yfir titla og fjölda þátta og þáttaráða hjá annars vegar Símanum hf. og hins vegar kæranda.

12. Með bréfi Neytendastofu, dags. 5. nóvember 2019, var Símanum hf. kynnt svar kæranda og félaginu boðið að koma að frekari skýringum eða athugasemdum. Svar barst með bréfi lögmanns Símans hf., dags. 15. nóvember 2019. Þar kemur fram að reynt sé að villa um fyrir Neytendastofu með því að halda því fram að með auglýsingunum sé einungis vísað til þess að kærandi hafi fleiri íslenska titla í efnisveitunni Stöð 2 Maraþon en boðið sé upp á í Sjónvarpi Símans Premium. Auglýsingarnar séu ólögmetar þar sem þær beri með sér að Stöð 2 maraþon sé stærsta efnisveita landsins. Þó að seinni hluti staðhæfingarinnar tilgreini að efnisveitan hafi íslenskt efni feli hún í sér að um sé að ræða stærstu efnisveitu landsins. Allt að einu sé sá möguleiki fyrir hendi að skilningur hins almenna neytanda verði sá að um sé að ræða stærstu efnisveitu landsins, en hún sé jafnframt með íslenskt sjónvarpsefni.
13. Staðhæfingin standist auk þess ekki þar sem orðalagið „landsins“ sé í raun merkingarlaust þegar það liggja fyrir að fjölmargar erlendar efnisveitur bjóði sjónvarpsefni á Íslandi þótt lögheimili þeirra sé ekki á Íslandi. Eina rökréttu skýringin á orðanotkun kæranda hljóti að vera sú að um sé að ræða þjónustu sem veitt sé á Íslandi. Þegar litið sé til þess að efnisveitur á borð við Netflix, Google, Apple, Hulu, Amazon og HBO veiti þjónustu óháð landamærum verði staðhæfingin merkingarlaus. Tilvísun í orðið „landsins“ sé því mjög villandi gagnvart neytendum. Sé ósannað að Stöð 2 maraþon sé stærri efnisveita en efnisveita Símans hf. og þær efnisveitur sem taldar hafi verið upp. Verði sá sem haldi staðhæfingunni fram að bera hallann af því að sú sönnun hafi ekki tekist og túlka þurfi allan vafa neytendum og samanburðarfyrirtækjum í hag.
14. Auk þess sé ljóst af lestri auglýsinganna að umrædd staðhæfing sé ekki studd neinum gögnum um að efnisveitan hafi yfir að ráða mesta magni af íslensku sjónvarpsefni. Staðhæfingin sé því ósönnuð og villandi fyrir neytendur. Tilgangur auglýsinga kæranda sé augljóslega sá að hafa áhrif á ákvörðun neytenda um viðskipti og raska fjárhagslegri hegðun þeirra. Neytendur séu blekkir með röngum og villandi upplýsingum. Það virðist orðin regla hjá kæranda að birta með skömmu millibili samanburðarauglýsingar sem beint sé gegn Símanum hf. Vísist m.a. til ákvörðunar Neytendastofu nr. 38/2019 í því sambandi. Verði Neytendastofa því að beita sektum í málinu.
15. Frekari athugasemdir bárust Neytendastofu með tölvubréfi lögmanns Símans hf., dags. 22. nóvember 2019. Þar er vísað til nýrrar auglýsingar frá kæranda í formi markpósts frá félaginu. Þar komi fram að Stöð 2 maraþon sé „stærsta áskriftarveita landsins“ og innihaldi auk þess mesta úrval íslensks efnis. Eins og Síminn hf. hafi haldið fram feli auglýsingin í sér staðhæfingu um að félagið hafi yfir að ráða stærstu efnisveitu „landsins“. Staðhæfingin sé ósönnuð líkt og staðhæfing um mesta úrval íslensks efnis.

16. Með bréfi Neytendastofu, dags. 19. nóvember 2019, voru kæranda kynntar athugasemdir Símans hf. og félaginu boðið að koma að frekari athugasemdum. Þá var tölvubréf Símans hf., dags. 22. nóvember 2019, enn fremur framsent lögmanni kæranda. Svar barst með bréfi, dags. 3. desember 2019. Þar er áréttað að kvörtun Símans hf. snúist upphaflega um eftirfarandi fullyrðingar: „Stærsta efnisveita landsins með íslenskt sjónvarpsefni“ og „Mesta úrval íslensks efnis og þú horfir hvar og hvenær sem þú vilt“. Til viðbótar hafi Síminn hf. síðan gert athugasemdir við markpóst kæranda. Í upphafi verði ekki hjá því komist að vekja athygli Neytendastofu á breytingum á málatilbúnaði Símans hf. frá upphaflegri kvörtun. Þar hafi verið byggt á því að fullyrðingar kæranda væru ósannar og ósannaðar þar sem engar upplýsingar hafi legið fyrir um hvort efnisveita kæranda „bjóði í raun meira magn íslensks sjónvarpsefnis en aðrar sjónvarpsveitur“.
17. Í bréfi kæranda kemur fram að í svarbréfi hans, dags. 1. nóvember 2019, hafi það verið rakið að Síminn hf. og kærandi reki einu innlendu efnisveiturnar þar sem veittur sé aðgangur að innlendu sjónvarpsefni gegn gjaldi. Af þeim sökum hafi titlar í Sjónvarpi Símans Premium appinu verið taldir bæði áður en auglýsingarnar birtust og eftir að kvörtun barst. Á grundvelli þessa hafi verið gerður samanburður við fjölda innlendra titla á Stöð 2 maraþon appinu. Þannig hafi verið gerð hlutlæg könnun á sannleiksgildi fullyrðinganna áður en auglýsingarnar fóru í loftið. Í bréfinu hafi síðan komið fram tölulegar upplýsingar sem hafi sannað svo ekki verði um villst að Stöð 2 maraþon sé óumdeilanlega stærsta efnisveita landsins með innlent sjónvarpsefni. Með framlagningu þessara upplýsinga og gagna hafi verið komin fram lögfull sönnun fyrir hinum umþrættu fullyrðingum. Þær séu því bæði sannar og sannaðar.
18. Í andmælum Símans hf. sé ekkert brugðist við þessum tölulegu staðreyndum og þeim ekki mótmælt. Teljist fullyrðingarnar því sannaðar. Hins vegar sé málatilbúnaði Símans hf. breytt. Þegar kærandi hafi fært sönnur á að hann bjóði mesta magn íslensks efnis með samanburði á magni í formi fjölda titla, sem sé eina leiðin til að mæla magn, sé því nú haldið fram, í beinni andstöðu við fyrri tilvitnun, að „hvergi meggi finna því stað í auglýsingum Vodafone að auglýsingarnar beri með sér að Vodafone hafi fleiri titla í efnisveitunni Stöð 2 Maraþon“. Gera verði lágmarkskröfur til samkvæmni í málatilbúnaði Símans hf., sér í lagi þegar gripið sé til gífuryrða á borð við það að kærandi reyni að villa um fyrir Neytendastofu.
19. Rétt sé að benda á að þær erlendu veitur sem Síminn hf. vísi til bjóði ekkert eða mjög óverulegt íslenskt sjónvarpsefni. Ljóst sé að málið snúist um fullyrðingu þar sem staðhæft hafi verið að um sé að ræða stærstu efnisveitu með íslenskt sjónvarpsefni. Þess utan sé nærtækustu skilgreiningu á efnisveitum sem starfi hér á landi að finna í skráningum fjölmiðlaveitna hjá fjölmiðlanefnd. Samkvæmt vef hennar séu hinar erlendu efnisveitur sem Síminn hf. vísi til hvorki með leyfi né skráningu fyrir starfsemi sinni hér á landi og geti því hlutlægt séð vart talist „efnisveitur landsins“ í skilningi auglýsinga kæranda.
20. Hvað varði fyrrgreindan markpóst sé bent á að af lestri hans heildstætt blasi við að megináhersla og uppistaða fjalli um íslenskt efni og innlenda dagskrárgerð sem finna meggi á Stöð 2 Maraþon

þótt einnig sé vikið að þúsundum erlendra kvikmynda og þátta sem þar sé einnig að finna. Með vísan til þessa og annarra raka í andsvörum kæranda sé því hafnað að markpósturinn sé í andstöðu við lög.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

21. Í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar eru rakin viðeigandi ákvæði laga nr. 57/2005 og tekið fram að kærandi hafi markaðssett efnisveitu sína Stöð 2 Marabon undir þeirri yfirskrift að Stöð 2 Marabon sé annars vegar stærsta efnisveita landsins með íslenskt sjónvarpsefni og hins vegar að hún sé stærsta áskriftarveita landsins. Auglýsingarnar geti einnig falið í sér samanburðarauglýsingu þar sem óbeint sé vísað til þjónustu sem keppinautur bjóði upp á, sbr. 15. gr. fyrrgreindra laga.
22. Kærandi hafi í dagblaðaauglýsingum markaðssett efnisveitu sína Stöð 2 Marabon undir yfirskriftinni „Stærsta efnisveita landsins með íslenskt sjónvarpsefni!“. Jafnframt hafi félagið markaðssett efnisveitu sína á heimasíðu félagsins undir yfirskriftinni „Mesta úrval íslensks efnis og þú horfir hvar og hvenær sem þú vilt“. Í athugasemdum Símans hf. hafi komið fram að í fullyrðingunum felist ekki einungis að Stöð 2 Marabon sé stærsta efnisveita landsins hvað íslenskt efni varði heldur sé einnig sá möguleiki fyrir hendi að hinn almenni neytandi skilji umræddar fullyrðingar sem svo að um sé að ræða stærstu efnisveitu landsins. Þegar litið sé heildstætt til fullyrðinganna telji Neytendastofa þær skýrar um að átt sé við mesta úrval íslensks sjónvarpsefnis og hinum almenna neytenda hafi mátt vera ljóst að ekki væri átt við stærstu efnisveituna hér á landi, heldur þá efnisveitu sem bjóði upp á mest úrval íslensks efnis.
23. Í svörum kæranda hafi komið fram að kærandi og Síminn hf. séu einu aðilar á markaði sem reki innlenda efnisveitu þar sem veittur sé aðgangur að innlendu sjónvarpsefni gegn gjaldi. Vegna þessa hafi kærandi gert samanburð á fjölda innlendra titla á Stöð 2 Marabon annars vegar og Símanum Premium hins vegar. Fyrst hafi slíkur samanburður verið gerður þann 16. september 2019 og síðan aftur 31. október 2019. Niðurstaða könnunarinnar hafi verið sú að fjöldi innlendra þátta, þáttaraða, þátta samtals og innlendra kvikmynda hafi verið töluvert fleiri hjá Stöð 2 Marabon en Símanum Premium. Neytendastofa telji að líta verði til þess að umræddar fullyrðingar beri ekki með sér að eingöngu sé litið til efnisveitna sem bjóði íslenskt sjónvarpsefni gegn gjaldi eða sem rekin sé af innlendum aðila. Fullyrðingin feli einnig í sér samanburð við erlendar efnisveitur sem bjóði þjónustu sína hér á landi og hafi í boði efni á íslensku jafnt sem aðrar innlendar efnisveitur. Af gögnum málsins telji Neytendastofa ljóst að ekki sé ágreiningur milli aðila málsins um að aðrar efnisveitur bjóði minna af íslensku sjónvarpsefni. Við meðferð málsins hafi ekkert komið fram sem bendi til þess að slíkir annmarkar séu á framlagðri könnun sem leitt geti til þess að hún sé ómarktæk. Af þessum ástæðum verði að telja að kærandi hafi veitt viðeigandi sönnur fyrir fullyrðingunum, sbr. 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005.

24. Í ákvörðuninni er síðan vikið að fyrrgreindum markpósti, sem kærandi sendi viðskiptavinum sínum, og tekið fram að þar hafi verið fullyrt að Stöð 2 Maráþon væri stærsta áskriftarveita landsins. Í markpóstinum hafi orðrétt sagt: „Stöð 2 Maráþon er stærsta áskriftarveita landsins sem inniheldur hátt í þúsund kvikmyndir og hágæða sjónvarpsþætti frá HBO, BBC og ITV. Einnig inniheldur Stöð 2 Maráþon mesta úrval íslensk efnis og talsett íslenskt barnaefni.“ Kærandi hafi við meðferð málsins ekki lagt fram nein gögn til að færa sönnur á fyrrgreinda fullyrðingu og sé hún því ósönnuð, sbr. 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Að því virtu telji Neytendastofa fullyrðinguna veita rangar upplýsingar um helstu einkenni vörunnar. Þá sé upplýsingarnar líklegar til að valda því að hinn almenni neytandi sem auglýsingarnar beinist að taki viðskiptaákvörðun sem hann hefði ekki annars tekið. Auk þess séu fullyrðingarnar líklegar til að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda. Sýn hafi því brotið gegn 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., b. lið 1. mgr. 9. gr. og a. lið 2. mgr. 15. gr., sbr. 5. gr. laga nr. 57/2005.
25. Samkvæmt a. lið 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005 geti Neytendastofa lagt stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti gegn ákvæðum laganna og reglum settum samkvæmt þeim, sbr. II. – V. kafla laganna. Í ákvörðun Neytendastofu nr. 13/2016 hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hafi brotið gegn sömu ákvæðum og í þessu máli með röngum fullyrðingum um stærð og dreifingu sjónvarps- og fjarskiptakerfis. Með vísan til alls þess sem fram hafi komið og með hliðsjón af fyrri ákvörðun Neytendastofu gagnvart félaginu telji stofnunin að leggja verði á sekt í samræmi við heimildir laga. Með vísan til framangreinds og að teknu tilliti til umfangs brotsins, fyrri ákvarðana stofnunarinnar og jafnræðis- og meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga telji stofnunin hæfilegt að leggja á félagið stjórnvaldssekt að fjárhæð 400.000 krónur.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

26. Í kæru, dags. 14. janúar 2020, er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Kemur fram að upphaflegar kröfur Símans hf. hafi lotið að fullyrðingum um að Stöð 2 Maráþon væri „Stærsta efnisveita landsins með íslenskt sjónvarpsefni“ og byði „Mesta úrval íslensks efnis“. Undir rekstri málsins hafi kærandi brugðist við og fært sönnur á umræddar fullyrðingar. Eftir standi einn markpóstur sem kærandi hafi sent viðskiptavinum sínum, en einungis hluti hans sé tekinn upp í hinni kærðu ákvörðun. Eins og ljóst megi vera af lestri markpóstsins heildstætt geymi hann að uppistöðu til upplýsingar um innlent sjónvarpsefni og hafi því verið í beinu samhengi við þá herferð sem hafði verið í gangi um styrkleika efnisveitunnar í innlendu efni. Í einni setningu markpóstsins sé vissulega vikið að fjölda kvikmynda almennt og gæðum sjónvarpsþátta frá nokkrum tilgreindum erlendum framleiðendum. Megináhersla sé þó á íslenskt efni og innlenda dagskrárgerð á Stöð 2 Maráþon. Því sé þannig hafnað að markpósturinn hafi verið í andstöðu við lög.
27. Það hafi komið kæranda í opna skjöldu að Neytendastofa skyldi ekki hafa metið framangreindan markpóst heildstætt. Einungis tvær línur í einni málsgrein markpóstsins lúti að erlendu efni, en samtals telji pósturinn 10 málsgreinar. Kærandi byggji í fyrsta lagi á að Neytendastofa hafi lagt rangt mat á efni markpóstarins, enda beri hann með sér lesinn heildstætt

og í samhengi við auglýsingaherferðina að einkum hafi verið átt við styrkleika efnisveitunnar í innlendu sjónvarpsefni. Þá hafi kærandi verið grunlaus um að til álita kæmi að leggja á íþyngjandi stjórnvaldssektir vegna svo óverulegs hluta málsins sem einn markpóstur í heilli markaðsherferð teljist vera.

28. Í öðru lagi sé á því byggt að við meðferð þessa hluta málsins hafi Neytendastofa brotið bæði gegn andmælareglu 13. gr. stjórnslulaga og rannsóknarreglu 10. gr. sömu laga. Neytendastofa hafi framsent tölvupóst frá lögmanni Símans hf. til kæranda „til upplýsingar“. Í sama tölvupósti frá Neytendastofu sé sérstaklega vísað til þess að áður hafi verið sendur tölvupóstur frá Neytendastofu þar sem kæranda hafi verið gefinn kostur á að koma á framfæri frekari skýringum eða athugasemdum. Með hliðsjón af þessari framsetningu hafi kærandi enga ástæðu haft til að ætla að hann þyrfti að leggja fram frekari sönnur á fram komnar fullyrðingar. Af þeim sökum hafi kærandi einungis byggt á að ef markpósturinn væri lesinn heildstætt væri hann ekki í andstöðu við lög.
29. Neytendastofu hafi borið að gera kæranda viðvart um að til álita kæmi að leggja á stjórnvaldssektir vegna hins óverulega þáttar málsins sem hafi lotið að margnefndum markpósti og jafnframt rannsaka hvort félagið byggi yfir upplýsingum um fjölda titla af kvikmyndum sem fært gætu sönnur á fullyrðingar þar að lútandi. Hvorugt hafi verið gert. Það sé viðurkennd meginregla í stjórnslurétti að því meira íþyngjandi sem stjórnvaldsákvörðun sé, þeim mun strangari kröfur verði að gera til að mál sé full rannsakað. Þá geti stjórnvöld ekki beitt sönnunarreglum í stað rannsóknar fyrr en þau hafi árangurslaust reynt að rannsaka mál á tilhlýðilegan hátt. Vanræksla á rannsókn máls leiði til þess að ákvörðun geti verið ógildanleg. Eigi þetta ekki síst við um íþyngjandi ákvarðanir þar sem stjórnvaldssektum sé beitt.
30. Með því að senda tölvupóst frá lögmanni Símans hf. einungis til upplýsingar og með því að hafa ekki rannsakað þennan þátt málsins frekar þrátt fyrir að í undirbúningi hafi verið að beita stjórnvaldssektum hafi Neytendastofa brotið gegn rétti kæranda til að andmæla. Þegar andmælaréttur sé brotinn teljist það almennt verulegur annmarki sem leiði til þess að ákvörðun teljist ógildanleg. Að síðustu skuli bent á að ef málið hefði verið fullrannsakað og andmælaréttur verið gætt hefði kærandi sannanlega lagt fram gögn til að styðja við fullyrðinguna um stærstu efnisveitu landsins. Skipti þetta máli þar sem að í sumum tilvikum sé litið til þess, við mat á því hvort andmælaréttur og rannsóknarregla hafi verið brotin, hvort líklegt sé að niðurstaða máls hefði orðið önnur ef reglnanna hefði verið gætt.
31. Netflix sé sú efnisveita sem einkum sé horft til af erlendum efnisveitum hér á landi. Við undirbúning kærunnar hafi kærandi gert könnun á fjölda titla í íslensku útgáfu Netflix efnisveitunnar. Á heimasíðu leitarsíðunnar finder.com komi fram að Netflix á Íslandi bjóði upp á 183 þáttaraðir og 794 kvikmyndir. Samkvæmt könnun sem kærandi hafi gert áður en auglýsingaherferðinni hafi verið hleypt af stokkunum í október 2019 hafi 894 kvikmyndir verið á efnisveitunni Marþon og 473 þáttaraðir. Þar með liggi fyrir að efnisveita kæranda hafi í aðdraganda auglýsingaherferðarinnar verið stærri bæði hvað varðaði þáttaraðir og kvikmyndir

samanborið við efni á Netflix. Þar sem kvörtun og kröfugerð Símans hf. hafi einungis snúið að fullyrðingum um styrkleika Maráþon efnisveitunnar með íslenskt efni hafi öll upplýsingagjöf til Neytendastofu, sem og andmæli, verið afmörkuð við það. Ekki hafi verið sendur samanburður á heildarstyrkleika m.t.t. erlendra efnisveitna, enda hafi ekki gefist til efni til þess.

32. Eina fullyrðingin sem eftir hafi staðið í málinu væri eftirfarandi fullyrðing: „Stöð 2 Maráþon er stærsta áskriftarveita landsins sem inniheldur hátt í þúsund kvikmyndir og hágæða sjónvarpsþætti frá HBO, BBC og ITV. Einnig inniheldur Stöð 2 Maráþon mesta úrval íslensks efnis og talsett íslenskt barnefni.“ Fyrir liggi að fleiri kvikmyndir séu á Maráþon en til að mynda Netflix. Þá skuli upplýst að þegar heildarfjöldi kvikmynda í október hafi verið talinn hafi einungis 187 kvikmyndir verið hjá Símanum Premium samanborið við 894 hjá Stöð 2 Maráþon.
33. Ekki þurfi strangt til tekið að sanna að mesti fjöldi þáttaraða hafi verið á Stöð 2 Maráþon, enda vísi markpósturinn einungis til þess að þar sé að finna hágæða sjónvarpsþætti. Samsvarandi orðalag hafi auk þess verið á vefsíðu kæranda sem kvartað hafi verið undan í upphaflegri kvörtun undir fyrirsögninni „Mesta úrval íslensks efnis og þú horfir hvar og hvenær sem þú vilt“. Neytendastofa hafi engar athugasemdir gert við þessa framsetningu í hinni kærðu ákvörðun. Allt að einu hafi verið fleiri þáttaraðir á Stöð 2 Maráþon en Netflix. Þá teljist sannað samkvæmt hinni kærðu ákvörðun að efnisveita kæranda sé með mesta úrval íslensks efnis.
34. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 15. janúar 2020, var óskað eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Svar barst með greinargerð, dags. 29. janúar 2020. Þar er fyrst vísað til þess sem fram komi í kæru um að Neytendastofa hafi lagt rangt mat á efni umrædds markpósts. Sé hann lesinn heildstætt sé ljóst að aðaláherslan sé á styrkleika efnisveitunnar á innlendu efni. Af þessu tilefni vilji Neytendastofa benda á að í umræddum markpósti segi m.a.: „Stöð 2 Maráþon er stærsta áskriftarveita landsins sem inniheldur hátt í þúsund kvikmyndir og hágæða sjónvarpsþætti frá HBO, BBC og ITV. Einnig inniheldur Stöð 2 Maráþon mesta úrval íslensks efnis og talsett íslenskt barnaefni.“ Ekki sé hægt að skilja þetta öðruvísi en svo að kærandi haldi því fram að Stöð 2 Maráþon sé bæði stærsta áskriftarveita landsins óháð uppruna efnisins sem og að Stöð 2 Maráþon sé bæði stærsta áskriftarveita landsins með íslenskt efni. Þegar markpósturinn sé virtur heildstætt megi þar sjá mynd af frægum erlendum leikurum úr frægum erlendum sjónvarpsþáttum og kvikmyndum. Einnig sé vísað sérstaklega í erlendar sjónvarpsstöðvar og þætti sem þær framleiði. Þó svo að lögð sé megináhersla á innlent efni sé augljóst að nokkur áhersla sé einnig lögð á erlent efni sem finna megi á efnisveitu kæranda. Þó svo að lögð sé meiri áhersla á innlent efni í umræddum markpósti breyti það því ekki að kæranda beri að gæta að því að fullyrðingar sem fram komi í markaðsefni á hans vegum séu sannar og réttar.
35. Kærandi byggir einnig á því að brotið hafi verið gegn andmæla- og rannsóknarreglu stjórnsýslulaga. Af því tilefni bendi Neytendastofa á að stofnuninni hafi borist tölvupóstur 22. nóvember 2019 frá Símanum hf. þar sem óskað hafi verið eftir að umræddur markpóstur yrði hluti af gögnum málsins. Í kjölfarið, eða 26. nóvember 2019, hafi Neytendastofa sent tölvupóst

á kæranda þar sem vakin hafi verið athygli á þessu og í viðhengi hafi verið afrit af tölvupósti Símans hf. ásamt viðkomandi markpósti. Í tölvupósti Símans hf., sem fylgt hafi póstinum, hafi m.a. sagt: „Sjá meðfylgjandi auglýsingu frá Sýn hf./Vodafone/Stöð2. Um er að ræða markpóst félagsins. Ég tók út nafn móttakanda. Í auglýsingunni kemur fram að Stöð 2 Maráþon „sé stærsta áskriftarveita landsins“ og innihaldi auk þess mesta úrval íslensks efnis. Líkt og umbj. minn, Síminn hf., hefur haldið fram, en Vodafone mótmælt, felur auglýsingin í sér staðhæfingu um að félagið hafi yfir að ræða stærstu efnisveitu „landsins“. Staðhæfingin er ósönnuð líkt og staðhæfing um mesta úrval íslensks efnis. Þessu er hér með komið á framfæri“. Af lestri tölvupóstsins sé augljóst yfir hverju sé kvartað og hafi því verið óþarfi af hálfu Neytendastofu að útskýra nánar fyrir kæranda um hvað málið hafi snúist. Orðanotkunin „til upplýsinga“ verði ekki skilin öðruvísi en svo að stofnunin hafi verið að uppfylla lagaskyldu sína samkvæmt stjórnarsýslulögum um að upplýsa aðila málsins um ný gögn og gefa honum kost á að koma að athugasemdum sínum.

36. Þá sé því hafnað að andmælaregla hafi verið brotin, enda hafi kæranda verið gefinn kostur á að koma að athugasemdum sínum varðandi markpóstinn, sem hann síðan hafi gert með bréfi, dags. 3. desember 2019. Þá sé rétt að benda á að í bréfi Símans hf. dags. 15. nóvember 2019, sé kvartað undan því að skilja megum umræddar fullyrðingar þannig að Stöð 2 Maráþon sé stærsta efnisveita landsins óháð uppruna efnisins. Hafi þessari kvörtun verið svarað efnislega af kæranda í fyrrgreindu bréfi hans, þar sem m.a. hafi verið kvartað yfir breyttum málalíbúnaði Símans hf. Með vísan til framangreinds hafi kæranda mátt vera fullljóst um hvað málið hafi snúist og að honum hafi borið að geta sannað þær fullyrðingar sem deilt hafi verið um. Því sé þannig hafnað að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga. Hvað varði þá fullyrðingu kæranda að Neytendastofa hafi borið að gera honum viðvart um að til álita kæmi að leggja á stjórnvaldssektir bendi stofnunin á að í kvörtun Símans hf., dags. 24. október 2019, hafi komið fram krafa um að sektum yrði beitt. Kæranda hafi því mátt vera ljóst að stofnunin þyrfti að taka afstöðu til þessa atriðis.
37. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 9. febrúar 2020, var kæranda gefinn kostur á að taka afstöðu til greinargerðar Neytendastofu. Svar barst með bréfi, dags. 18. febrúar 2020. Þar kemur fram að það vekur athygli að Neytendastofa fallist í greinargerð sinni á að í markpóstinum, sem að endingu hafi leitt til stjórnvaldssektar, hafi megináhersla verið lögð á innlent efni rétt eins og auglýsingaherferðin í heild sinni. Sé þetta því ágreiningslaust.
38. Í efnisþætti málsins lúti ágreiningurinn að því hvort Neytendastofa hafi lagt rétt mat á efni markpóstsins þegar hann hafi verið lesinn heildstætt. Kærandi telji svo ekki vera. Greinargerð Neytendastofu skjóti ekki frekari stoðum undir afstöðu stofnunarinnar en þar hafi m.a. sagt: „Þegar markpósturinn er virtur heildstætt má þar sjá mynd af frægum erlendum leikurum úr frægum erlendum sjónvarpsþáttum og kvikmyndum.“ Á umræddri mynd sé það íslenski leikarinn Steinþór Hrórar Steinþórsson, betur þekktur sem Steindinn okkar, sem sé í forgrunni, rétt eins og íslenska efnið sé að öðru leyti í forgrunni í markpóstinum. Þótt frægðarsól Steinþórs

Hróars hafi skinið skært hafi hann fram til þessa hvorki leikið í erlendum sjónvarpþáttum né kvikmyndum. Með vísan til þessa virðist hið heildstæða mat Neytendastofu á efni, þ.m.t. myndefni markpóstsins, hafa verið reist á staðreyndalega rangri forsendu.

39. Ágreiningslaust sé að kæranda hafi tekist að færa sönnur á að Marabon efnisveitan væri stærsta efnisveita landsins með íslenskt efni. Sönnunarfærsla kæranda hafi einvörðungu lotið að innlendu efni, enda hafi málatilbúnaður Símans hf. ekki gefið tilefni til annars. Engu að síður hafi Neytendastofa kosið að leggja stjórnvaldssekt á kæranda án þess að gera félaginu viðvart að til álita kæmi að leggja á sektir og veita félaginu raunhæft færi á að sanna fullyrðingu um stærstu efnisveitu landsins óháð uppruna efnisins. Þegar um matskenndar ákvarðanir sem þessar sé að ræða séu almennt gerðar strangari kröfur til málsmeðferðar og líkur fyrir að dómstólar beiti ströngum ógildingarmælikvarða. Þrátt fyrir að aðili máls hafi almennt sönnunarbyrði fyrir efsta stigs fullyrðingum skarist hér á sönnunarreglur og rannsóknarreglan. Í málum þar sem komi til greina að leggja á stjórnsýsluviðurlög hafi stjórnvöld sönnunarbyrði og sérhvern vafa beri að skýra málsaðila í hag. Stjórnvöld geti ekki beitt sönnunarreglum í stað rannsókna fyrir en þau hafi árangurslaust reynt að rannsaka mál á tilhlýðilegan hátt.
40. Eins og staðið hafi á í málinu hafi Neytendastofu borið að gæta annars vegar andmælaréttar og hins vegar að rannsaka málið nægilega. Góðir stjórnsýsluhættir krefjast þess að aðila sé gert viðvart um að til álita komi að leggja á stjórnvaldssektir. Öll stjórnvöld sem lögmaður kæranda hafi haft samskipti við hafi veitt andmæli við áformum um að leggja á sektir í þeim tilvikum sem það hafi komið til álita. Gildi það til að mynda um Samkeppniseftirlitið, Fjármálaeftirlitið, Póst- og fjarskiptastofnun og Fjölmiðlanefnd. Breyti þar engu þótt Síminn hf. hafi í upphafi krafist þess að lögð yrði á stjórnvaldssekt. Slíkar kröfugerðir séu enda alvanalegar í upphafi mála. Í þessu máli hafi verið sérstaklega brýnt að gera kæranda viðvart í ljósi þess að hann hafði þegar lagt fram lögfullar sönnur á þær fullyrðingar sem kvörtun Símans hf. laut upphaflega að, þ.e. að Stöð 2 Marabon væri stærsta efnisveita landsins með íslenskt efni.
41. Þótt fjárhæð stjórnvaldssektarinnar teljist ekki veruleg í samhengi við rekstur kæranda sé það hnekkir á orðspori félagsins sem valdi því að ákvörðun sé verulega íþyngjandi. Sem dæmi megi nefna að samkvæmt leiðbeiningum um góða stjórnarhætti beri að tilgreina íþyngjandi stjórnvaldsákvæðanir í stjórnarháttalýsingu félagsins, sem birt sé sem hluti af ársreikningi. Þá séu það sektarákvæðanir sem rati í fyrirsagnir fjölmiðla með tilheyrandi orðsporshnekki, sbr. t.d. frétt sem birt hafi á vef Viðskiptablaðsins undir fyrirsögninni: „Sýn sektað um 400 þúsund krónur“ og undirfyrirsögninni „Neytendastofa hefur bannað Sýn hf. að fullyrða í viðskiptaboðum sínum að Stöð 2 Marabon sé „stærsta áskriftarveita landsins.“
42. Með tölvubréfi áfrýjunarnefndarinnar, dags. 18. febrúar 2020, var Símanum hf. send kæra og önnur gögn málsins og félaginu boðið að koma að athugasemdum sínum. Svar barst með bréfi lögmanns Símans hf., dags. 21. apríl 2020. Þar segir að fullyrðingar kæranda um brot gegn andmæla-reglu og rannsóknarreglu séu úr lausu lofti gripnar. Síminn hf. hafi vakið athygli Neytendastofu á umræddum markpósti 22. nóvember 2019 og gert grein fyrir sjónarmiðum

félagsins hvað innihald póstsins varðaði, þ.e. að staðhæfing kæranda um að félagið hefði yfir að ráða stærstu efnisveitu landsins. Slíkar staðhæfingar væru ósannaðar. Um tíu dögum síðar hafi kærandi svarað athugasemdunum efnislega og hafi þar komið á framfæri andmælum sínum við þær. Málalíbúnaður kæranda hvað andmælarétt varði sé því mótsagnakenndur og tilefnislaus.

43. Vegna fullyrðingar kæranda um að Neytendastofa hafi lagt rangt mat á inntak umrædds markpósts sé bent á að markpósturinn hafi undirstrikað upphaflegan skilning Símans hf. á öðrum auglýsingum kæranda í auglýsingaherferðinni og að með þeim hafi í reynd verið fullyrt að kærandi væri með stærstu sjónvarpsveitu á landinu óháð uppruna efnis. Ekki sé hægt að skilja fullyrðingu kæranda í póstinum öðruvísi. Engin gögn liggja fyrir staðhæfingunum til sönnunar og því augljóst að hin kærða ákvörðun sé rétt.
44. Auk þessa megi benda á, vegna framlagningar kæranda á niðurstöðum könnunar til stuðnings staðhæfingunum, að kærandi og Síminn hf. séu ekki einu sjónvarpsveiturnar sem bjóði innlent efni. Ríkisútvarpið haldi t.a.m. úti gríðarlega efnismikilli sjónvarpsveitu með innlent efni sem aðgengileg sé á netinu. Sjónvarpsþættirnir sem þar séu í boði spanni nokkra áratugi aftur í tímann, bæði innlent skemmtiefni, fréttæfni, heimilðæfni og barnæfni. Samanlagður fjöldi aðgengilegra titla séu fleiri en kærandi segist bjóða upp á. Þannig séu t.d. aðgengilegir um 400 þættir af Stundinni okkar, svo dæmi sé nefnt. Í ljósi hins mikla framboðs Ríkisútvarpsins á innlendu efni, og með hliðsjón af því að Neytendastofa hafi fallist athugasemdalaust á könnun kæranda, sem ekki hafi tekið tillit til þess, sé augljóst að ekki hafi verið færðar sönnur á hinar umdeildu staðhæfingar. Staðhæfing kæranda um að Stöð 2 Maraþon sé stærsta efnisveita landsins með íslenskt sjónvarpsefni standist ekki. Kærandi sé ekki stærsta efnisveitan á Íslandi og geti því ekki verið stærsta efnisveita landsins með íslenskt sjónvarpsefni.
45. Með bréfi, dags. 8. maí 2020, kom kærandi á framfæri athugasemdum við fyrrgreint bréf Símans hf. Þar segir að í fyrsta lagi veki það athygli að í bréfi Símans sé fallist á að það hafi einungis verið efni markpóstsins sem leiddi til álagningar stjórnvaldssektar. Heildarmat Neytendastofu á efni póstsins hafi verið rangt. Í öðru lagi sé því ómótmælt bæði af Símanum hf. og Neytendastofu að jafnvel þótt horft væri til erlendra efnisveitna með starfsemi hér á landi væri Stöð 2 Maraþon eftir sem áður stærsta efnisveitan. Vísist um þetta til könnunar sem lýst hafi verið í kæru þar sem bornir hafi verið saman titlar á heimasíðu leitarsíðunnar finder.com, en samanburðurinn hafi leitt í ljós að kærandi væri bæði stærri hvað varðaði fjölda þáttaraða og kvikmynda. Í kæru hafi verið bent á að ef málið hefði verið fullrannsakað á fyrsta stjórnslustigi og andmælaréttar gætt hefði niðurstaða Neytendastofa orðið önnur hvað varðaði hið erlenda efni. Í ljósi þess að hvorki Síminn hf. né Neytendastofa hafi hreyft andmælum við þeirri könnun sé áfrýjunarnefndinni óhætt að slá því föstu að fram sé komin fullnægjandi sönnun á að Maraþon efnisveitan sé sú stærsta hér á landi óháð uppruna efnis.
46. Hvað Ríkisútvarpið varði skuli á það bent að efnisveita þess sé ekki áskriftarveita á borð við Sjónvarp Símans Premium, Stöð 2 Maraþon eða Netflix. Ekki sé staðganga á milli opinna

efnisveitna eins og Ríkisútvarpsins og áskriftarveitna. Vísist um þetta til hliðsjónar til fjölmargra ákvarðana Samkeppniseftirlitsins þar sem gerður sé greinarmunur á sjónvarpsmörkuðum eftir því hvort um sé að ræða sjónvarp í opinni dagskrá eða áskriftarsjónvarp, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017 þar sem fram komi að áskriftarsjónvarp sé sérstakur markaður fyrir sjónvarpsþjónustu sem tilheyri ekki sama markaði og opið sjónvarp. Orðalag markpóstsins hafi enda sérstaklega byggt á þessum greinarmun, enda hafi þar sagt: „Stöð 2 Marabon er stærsta áskriftarveita landsins...“. Það hafi einungis verið markpósturinn sem Neytendastofa taldi í ósamræmi við lög. Það sé því einungis afstaða til hans sem sæti endurskoðun fyrir áfrýjunarnefndinni. Orðalag markpóstsins hafi verið skýrt um að samanburðurinn væri afmarkaður við áskriftarveitur.

47. Það sé viðurkennt í stjórnslurétti að þegar mál séu ekki fullrannsökuð á fyrsta stjórnslustigi sé æðra settu stjórnvaldi bæði rétt og skylt að bæta úr þeim annmarka á áfrýjunarstigi sé þess kostur. Meginreglan sé jafnframt sú að leggja beri nýjustu upplýsingar til grundvallar við úrlausn máls á kærustigi. Með vísan til þeirra upplýsinga sem kærandi hafi lagt fram um samanburð við áskriftarveituna Netflix, og ekki hafi verið mótmælt, teljist fullsannað að Stöð 2 Marabon sé ekki einungis stærsta efnisveita landsins með innlent efni, eins og slegið hafi verið föstu í hinn kærðu ákvörðun, heldur einnig þegar litið sé til erlends efnis. Því beri að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi.

NIÐURSTAÐA

48. Í máli þessu leitar kærandi endurskoðunar á ákvörðun Neytendastofu þar sem talið var að hann hafi með birtingu fullyrðingar um að Stöð 2 Marabon væri stærsta áskriftarveita landsins í markaðsefni félagsins brotið gegn 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., b. liðar 1. mgr. 9. gr. og a. liðar 2. mgr. 15. gr., sbr. 5. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.
49. Í 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005 segir orðrétt: „Fullyrðingar sem fram koma í auglýsingum eða með öðrum hætti þarf fyrirtæki að geta fært sönnur á“. Þótt ákvæðið hafi fyrst verið lögfest með lögum nr. 50/2008 fól það ekki í sér efnisleg nýmæli þar sem bannið við villandi upplýsingum, sem rekja má allt til 1. gr. laga nr. 84/1933 um varnir gegn óréttmætum verzlunarháttum, hafði lengi verið túlkað á þann hátt að fyrirtæki þyrftu að geta fært sönnur á fullyrðingar sínar í auglýsingum. Þannig var í skýringum við ákvæðið í frumvarpi því er varð að lögum nr. 50/2008 tekið fram að með því væri lögfest áralöng framkvæmd. Ákvæðið er skýrt um að það er fyrirtækja að sanna þær fullyrðingar sem þau setja fram í auglýsingum, þar á meðal fullyrðingar sem erfitt er að sanna, enda eiga þau ekki að setja fram fullyrðingar sem þau eru ekki í aðstöðu til að færa sönnur á. Það er þannig ekki samkeppnisaðila eða Neytendastofu að afsanna þær fullyrðingar sem settar eru fram, heldur felst í grunnskyldu ákvæðisins að fyrirtæki geti sannað þær fullyrðingar sem það setur fram, sbr. m.a. úrskurði áfrýjunarnefndar neytendamála 11. apríl 2012 (8/2012), 28. júlí 2014 (17/2014) og 22. febrúar 2018 (6/2017).

50. Þá eru óréttmætir viðskiptahættir bannaðir samkvæmt 5. gr. laga nr. 57/2005 en nánar er útfært í köflum III.-V. hvers konar háttsemi telst til slíkra viðskiptahátta. Í 1. mgr. 8. gr. er kveðið á um að viðskiptahættir séu óréttmætir ef þeir brjóta í bága við góða viðskiptahætti gagnvart neytendum og raska verulega eða eru líklegir til að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda. Í 1. mgr. 9. gr. kemur fram að viðskiptahættir séu villandi ef þeir eru líklegir til að blekkja neytendur eða eru með þeim hætti að neytendum séu veittar rangar upplýsingar í þeim tilgangi að hafa áhrif á ákvörðun þeirra um viðskipti. Samkvæmt b. lið ákvæðisins er hér m.a. átt við rangar upplýsingar um helstu einkenni vöru eða þjónustu, t.d. notkun, samsetningu eða árangur sem vænta má af notkun hennar.
51. Við mat á því hvaða fullyrðing telst felast í fyrrgreindum markpósti kæranda verður sem endranær að horfa til þess hvaða skilning dæmigerður neytandi mátti leggja í hana. Orðalag hinnar umdeildu fullyrðingar í markpóstinum var eftirfarandi: „Stöð 2 Maráþon er stærsta áskriftarveita landsins sem inniheldur hátt í þúsund kvikmyndir og hágæða sjónvarpsþætti frá HBO, BBC og ITV. Einnig inniheldur Stöð 2 Maráþon mesta úrval íslensk efnis og talsett íslenskt barnaefni.“ Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála verður fullyrðingin um stærstu áskriftarveitu landsins ekki skilin öðruvísi en svo að fullýrt sé að Stöð 2 Maráþon sé stærsta áskriftarveitan á landinu óháð uppruna efnis. Hefði enda vart þurft að taka sérstaklega fram að stöðin innihéldi „einnig“ mesta úrval íslensks efnis ef fyrri hluta setningarinnar hefði aðeins átt við um íslenskt efni. Breytir engu í þessum efnunum hvort heildarsamhengi umrædds markpósts kunni að benda til þess að hann taki aðallega til íslensks efnis, líkt og haldið er fram, enda ljóst að hann fól a.m.k. einnig í sér fullyrðingu um allt efni óháð uppruna.
52. Á kæranda hvílir samkvæmt framangreindu sú skylda að sanna að hann hafi yfir að ráða stærstu efnisveitu landsins. Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun voru slíkar sönnur ekki færðar fram við meðferð málsins hjá Neytendastofu. Þá verður ekki tekið undir það með kæranda að úr þeim sönnunarskorti hafi verið bætt undir rekstri máls þessa fyrir áfrýjunarnefndinni með samanburði við áskriftarveituna Netflix. Í þessu sambandi er til þess að líta að kærandi hefur ekki borið úrval áskriftarveitu sinnar við aðrar slíkar veitur sem bjóða upp á þjónustu sína á Íslandi. Kærandi hefur þannig ekki lagt fram fullnægjandi gögn til að færa sönnur á fyrrgreinda fullyrðingu og telst hún því ósönnuð, sbr. 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Af þeirri niðurstöðu leiðir enn fremur að kærandi hefur brotið með 1. mgr. 8. gr. og b. lið 1. mgr. 9. gr., sbr. 5. gr. fyrrgreindra laga. Með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar, og þá sérstaklega þess að ekki er um fyrsta brot kæranda að ræða, verður einnig staðfest sú niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að leggja á kæranda stjórnvaldssekt að fjárhæð 400.000 krónur.
53. Vegna þeirra málsástæðna kæranda að rannsókn málsins hafi verið ófullnægjandi og að hann hafi ekki fengið notið andmælaréttar er á það bent að kæranda voru kynntar athugasemdir Símans hf. vegna fyrrgreinds markpósts þar sem skýrlega kom fram að Síminn hf. teldi þar um að ræða fullyrðingar um að kærandi hefði yfir að ráða stærstu efnisveitu landsins. Þá var ekki liðinn frestur kæranda til þess að koma að athugasemdum vegna fyrra bréfs Símans hf. og gafst

honum því kostur á að gera athugasemdir við hið nýja gagn. Þá verður ekki framhjá því litið að kæranda hafði þegar verið kynnt sú afstaða Símans hf. að kvörtunin lyti ekki einungis að fullyrðingu um mesta framboð íslensks efnis heldur einnig framboð efnis án tillits til uppruna. Kæranda mátti því vera ljóst að við könnun málsins af hálfu Neytendastofu, og heimfærslu til ákvæða laga nr. 57/2005, sem kæranda hafði skýrlega verið kynnt í upphaflegu bréfi stofnunarinnar, yrði m.a. litið til þess hvert efni fullyrðinga kæranda væri að þessu leyti. Hinn umdeildi markpóstur, sem lagður var fram undir rekstri málsins, breytti þannig hvorki lagagrundvelli málsins né þeirri afmörkun á sakarefni málsins að meta þyrfti hvort markaðsefni kæranda fæli einungis í sér fullyrðingu um mesta framboð íslensks efnis eða einnig mesta framboðið almennt. Þá hefur kærandi haft fullt tækifæri til að leggja fram gögn fyrir áfrýjunarnefndina til að sýna fram á rættmæti staðhæfinga sinna.

54. Með vísan til alls framangreinds verður hin kærða ákvörðun staðfest.

ÚRSKURÐARORÐ:

Hin kærða ákvörðun er staðfest.

Halldóra Þorsteinsdóttir

Eiríkur H. Hauksson

Gunnar Páll Baldvinsson