

ÚRSKURÐUR
ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 4/2023

Kæra Hagkaups á ákvörðun Neytendastofu 26. október 2023 í máli nr. 39/2023.

- Hinn 8. október 2024 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 4/2023: Kæra Hagkaups á ákvörðun Neytendastofu frá 26. október 2023 í máli nr. 39/2023. Í málinu úrskurða Halldóra Þorsteinsdóttir, Gunnar Páll Baldvinsson og Sindri M. Stephensen.
- Með kæru, dags. 22. nóvember 2023, kærði kærandi til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu er laut að því að hann hefði brotið gegn 5. gr., 2. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr. og d. lið 1. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, og 4. gr. reglna nr. 366/2008 um útsölur og aðra sölu þar sem selt er á lækkuðu verði, með því annars vegar að birta ekki upplýsingar um prósentuhlutfall „Tax free“ verðlækkunar í nánar tiltekinni auglýsingu kæranda og hins vegar með því að birta ekki slíkar upplýsingar með nægilega skýrum hætti í tveimur auglýsingum. Með ákvörðuninni var lögð á kæranda stjórnvaldssekt að fjárhæð 850.000 krónur auk þess sem kæranda voru bannaðir viðkomandi viðskiptahættir. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.
- Kæruheimild er í 2. mgr. 4. gr. laga nr. 62/2005 um Neytendastofu, sbr. 4. mgr. 4. gr. laga nr. 57/2005.

MÁLAVEXTIR

- Með bréfi Neytendastofu, dags. 3. júlí 2023, var kærandi upplýstur um að borist hefði ábending vegna Tax free auglýsinga á hans vegum. Sagði í bréfinu að ábendingin hefði beinst að því að í tveimur auglýsingum kæranda hefðu upplýsingar um prósentuhlutfall „Tax free“ afsláttar verið nær ólesanlegar miðað við viðkomandi birtingaraðferð. Þá hefði í myndbandsauglýsingu á Facebook síðu kæranda verið að finna færslu með auglýsingu fyrir „Tax free“ afslátt án þess að prósentuhlutfall afsláttarins væri tilgreint. Í bréfi Neytendastofu voru ákvæði laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu rakin og kærandi upplýstur um að það fæli í sér villandi viðskiptahætti að veita neytendum rangar upplýsingar um verð vöru eða aðferð við útreikning á verði. Þá skyldi samkvæmt reglum nr. 366/2008 um útsölur og aðra sölu þar sem selt er á lækkuðu verði tilgreina prósentuhlutfall afsláttar ásamt fyrri verði. Í framkvæmd hefði verið litið svo á að prósentuhlutfall „Tax free“ verðlækkunar þyrfti að birta á hverjum stað sem afsláttur væri auglýstur og gildi það bæði um myndir og myndbönd. Því til viðbótar væri það mat stofnunarinnar að birting prósentuafsláttarins þyrfti að vera skýr neytendum en við mat á skýrleika væri m.a. litið til stærðar og útlits leturs, staðsetningar texta o.fl. Þá væri litið til sniðmáts

auglýsingar hverju sinni til að meta hvort upplýsingarnar væru sýnilegar miðað við birtingaraðferð í hverju tilviki.

6. Eins og sjá mætti af skjáskotum sem fylgdu bréfinu af annars vegar Facebook síðu kæranda og hins vegar vefborða á vefsíðunni mbl.is væri texti, sem tilgreindi prósentuhlutfall afsláttar kæranda, vart sýnilegur neytendum sökum smæðar textans. Þá væri í myndbandi á Facebook síðu félagsins hvergi að finna upplýsingar um prósentuhlutfall „Tax free“ verðlækkunarinnar. Var óskað eftir skýringum og athugasemdum kæranda vegna málsins.
7. Með tölvubrési framkvæmdastjóra kæranda til Neytendastofu, dags. 6. júlí 2023, kom fram að kærandi hefði sofnað á verðinum og þætti það leitt. Gerðar hefðu verið breytingar í markaðsstarfi félagsins og kærandi fengið til liðs við sig auglýsingastofu til að taka að sér hluta þeirrar vinnu sem áður hefði verið unnin innanhúss. Ljóst væri að kærandi hefði ekki fylgt þeirri vinnu nógu vel eftir. Hann hefði haldið þessum málum í lagi síðustu ár og því væri leitt að hann skyldi missa taktinn. Kærandi tæki málinu alvarlega og myndi framvegis hafa auglýsingar sínar í lagi.
8. Með bréfi Neytendastofu, dags. 1. ágúst 2023, var kæranda tjáð að stofnunin teldi ekki tilefni til frekari gagnaöflunar í málinu og myndi taka málið til ákvörðunar á grundvelli fyrirliggjandi gagna.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

9. Í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar er fyrst vísað til 2. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., d. liðar 1. mgr. og 2. mgr. 9. gr., sbr. 5. gr. laga nr. 57/2005 og reglna nr. 366/2008. Segir þar að samkvæmt 4. gr. tilvitnaðra reglna skuli söluaðili sem veiti afslátt af vöru taka fram hvert prósentuhlutfall verðlækkunar sé. Upplýsingar um prósentuhlutfall verðlækkunar teljist enda til upplýsinga sem almennt skipti neytendur máli, sbr. 2. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005. Með vísan til 2. mgr. 6. gr. laganna sé sú háttsemi, að auglýsa „Tax free“ verðlækkun án þess að tilgreina prósentuhlutfall verðlækkunar, jafnframt ósanngjörn gagnvart neytendum. Með hliðsjón af þessum ákvæðum beri fyrirtækjum því að tilgreina með skýrum hætti upplýsingar um prósentuhlutfall „Tax free“ afsláttar á hverjum þeim stað sem slíkur afsláttur sé kynntur neytendum og gera það með skýrum hætti.
10. Í málinu væri ekki deilt um að kærandi hefði ekki birt upplýsingar um prósentuhlutfall „Tax free“ afsláttar í vefborða sem birst hefði á mbl.is og í myndbandsauglýsingu á Facebook síðu félagsins. Fyrir lægi því að kærandi hefði með þeirri háttsemi brotið gegn fyrrgreindum ákvæðum. Skyldan til að birta slíkar upplýsingar tæki síðan einnig til þess að upplýsingarnar væru birtar með nægilega skýrum og auðsjáanlegum hætti. Neytendur ættu þannig ekki að þurfa að leita að upplýsingum í þá veru í auglýsingum, svo sem með því að þurfa að stækka myndir. Í þessum efnum væri hægt að hafa hliðsjón af leiðbeiningum Neytendastofu um merkingar auglýsinga þar sem fram kæmi að merking á umfjöllun teldist ekki nægilega áberandi ef hún væri staðsett langt út á brún eða uppi í horni, snúið á hvolf eða á hlið eða nálægt einhverju sem beindi athygli áhorfanda frá merkingunni. Þá teldist merking í texta, sem falin væri innan um aðrar upplýsingar, ekki nægilega skýr.
11. Í málinu lægi fyrir að kærandi hefði birt mynd, m.a. á samfélagsmiðlum, til að auglýsa „Tax free“ verðlækkun á vörum. Á myndinni væri að finna texta þar sem vísað væri til „RISA Tax-free“ með

mjög afgerandi og áberandi hætti. Þar fyrir neðan væri tekið fram, með áberandi lettri, „Tax-free* af snyrtivörum, leikföngum, raftækjum, skóm, heimilisvörum og fatnaði.“ Stjórnumerkingu setningarinnar væri síðan fylgt eftir með tilvísun á vinstri hlið myndarinnar með agnarsmáu lettri og væri texti ritaður á hlið þar sem fram kæmi að „Tax free“ jafngilti 19,36% afslætti. Eins og myndin birtist neytendum á Facebook síðu félagsins þyrftu neytendur að stækka myndina til að sjá umrætt prósentuhlutfall. Neytendastofa sæi ekki réttmæta ástæðu fyrir því að félagið hafi ekki getað birt prósentuhlutfall verðlækkunarinnar með öðrum texta í auglýsingunni með jafn eða álíka skýrum hætti og annað efni auglýsingarinnar. Framsetningin gæfi þannig til kynna að kærandi hafi vísitandi verið að fela prósentuhlutfall verðlækkunarinnar frá neytendum enda væru það einu upplýsingarnar í auglýsingunni sem birtar væru með þeim hætti.

12. Kærandi hefði með þessum viðskiptaháttum leynt neytendur upplýsingum sem skiptu þá almennt máli til þess að hafa áhrif á ákvörðun þeirra um að eiga viðskipti og því brotið gegn 2. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr. og 2. mgr. 9. gr., sbr. 5. gr., laga nr. 57/2005 ásamt 4. gr. reglna nr. 366/2008. Á grundvelli 2. mgr. 21. gr. c. laga nr. 57/2005 væri kæranda bannað að viðhafa umrædda viðskiptahætti.
13. Í ákvörðuninni segir síðan að í fyrri ákvörðun stofnunarinnar nr. 38/2012 frá 21. september 2012 hefði einnig verið komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði, með birtingu auglýsinga um „Tax free“ afslátt án þess að tilgreina prósentuhlutfallið, brotið gegn sömu ákvæðum. Hefði 500.000 króna stjórnvaldssekt verið lögð á kæranda af því tilefni. Með vísan til þess sem áður hefði verið rakið, fyrri ákvarðana stofnunarinnar um sambærileg brot félagsins og til þess að tryggja varnaðaráhrif væri lögð á kæranda stjórnvaldssekt á grundvelli b. liðar 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005. Var fjárhæð sektar ákveðin 850.000 krónur með hliðsjón af framangreindum sjónarmiðum, umfangi brots, fyrri sektarákvörðunum og að teknu tilliti til meðalhófs- og jafnræðisreglu stjórnsýslulaga.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

14. Í kæru, dags. 22. nóvember 2023, er fyrst vísað til þess hluta ákvörðunar Neytendastofu sem laut að því að afsláttarprósenta hafi ekki verið tilgreind. Um það segir í kæru að lagagrundvöllur Neytendastofu sé matskenndur og því verði stofnunin að leggja heildstætt og einstaklingsbundið mat á viðkomandi tilvik í samræmi við meginreglu stjórnsýsluréttar um skyldubundið mat. Hvergi í ákvörðun Neytendastofu sé nánar tilgreint hvaða Facebook auglýsing sé þar til skoðunar og um hvaða myndband sé að ræða. Hvorki sé þar að finna tilvísun til auglýsingarinnar né dagsetningar hennar, skjáskot eða lýsing á efni auglýsingarinnar heildstætt. Eingöngu sé vísað til fyrirspurnarbréfs Neytendastofu 3. júlí 2023 en þar sé heldur ekki að finna dagsetningu eða nánari tilvísun til þess um hvaða myndband sé að ræða eða lýsingu á eða samhengi þeirrar auglýsingar sem myndbandið hafi birst í.
15. „Tax free“ dagar hafi verið auglýstir nokkrum sinnum á Facebook síðu kæranda. Eins og sjá megi af skjáskotum af síðunni, sem kærandi hafi látið fylgja kærinni, komi þar skýrt fram í tveimur færslum við hvert myndband hvert prósentuhlutfallið hafi verið. Önnur færslan sé frá

10. maí 2023 og hin frá 28. júní 2023. Í báðum tilvikum sé tilgreint í texta hver afsláttarprósentan sé. Sama eigi við um auglýsingu um „Tax free“ daga með myndbandi 12. maí 2023. Í ákvörðun Neytendastofu sé ekki einu orði vikið að atvikum í þessu tilviki og því ekki lagt mat á í hvaða samhengi umrædd færsla og auglýsing hafi birst.

16. Ekki sé hægt að líta einangrað á myndband á Facebook síðu kæranda án þess að meta hvaða upplýsingar séu á síðunni sem myndbandið hafi birst á og þar með hvaða upplýsingar neytendur fái. Facebook myndböndin hafi verið hluti af auglýsingu þar sem aðrar upplýsingar hafi einnig verið birtar. Auglýsingarnar hafi samanstáð af fjórum þáttum; merki félagsins, texta fyrir ofan myndefni, myndefni og texta fyrir neðan. Því sé ekki tækt að taka hluta af upplýsingum sem hafi birst í slíkri auglýsingu og leggja afmarkað mat á það án samhengis við aðrar upplýsingar í viðkomandi auglýsingu og á síðunni sem hún hafi birst á.
17. Með hliðsjón af þeim matskenndu heimildum sem Neytendastofa byggir ákvörðun sína á, og þeim víðtæku og íþyngjandi úrræðum sem stofnunin geti beitt, verði að gera ríkar kröfur til þess að lagt sé fullnægjandi og heildstætt mat á slíkar auglýsingar og hvernig þær birtist neytendum í raun og veru í samhengi. Af framangreindu sé ljóst að skort hafi á að skýrt væri hvaða atvik væru undir í ákvörðun Neytendastofu og að stofnunin hafi ekki sýnt fram á að hún hafi lagt fullnægjandi og heildstætt mat á umrætt tilvik. Engu breyti í þeim efnum þótt kærandi hafi viðurkennt mistök sín á grundvelli þess að hann leggi metnað í að starfa í samræmi við lög. Það leysi Neytendastofu hins vegar ekki undan skyldunni til skyldubundins mats.
18. Kærandi vísar næst til þess hluta hinnar kærðu ákvörðunar sem laut að því að í tveimur tilvikum hafi prósentuhlutfall ekki verið birt með nægjanlega skýrum hætti. Eins og áður segi sé lagagrundvöllur ákvörðunar Neytendastofu matskenndur og því hvíli sú skylda á stofnuninni að leggja einstaklingsbundið og heildstætt mat á hvert tilvik fyrir sig. Stofnuninni sé eins og stjórnvöldum almennt heimilt að setja sér viðmið í störfum sínum með innri reglum til að gæta samræmis og jafnræðis í framkvæmd séu þau í málefnalegum tengslum við þann lagagrundvöll sem um ræði. Af lögmatísreglu leiði þó að það séu takmörk á því að hægt sé að leggja slík viðmið fortakslaust til grundvallar. Þá séu takmörk á því að hægt sé að beita viðurlögum við brotum sem byggja á slíkum leiðbeiningum.
19. Eftir því sem ákvörðun stjórnvalds sé meira íþyngjandi séu meiri kröfur gerðar til skýrleika þeirra heimilda sem ákvörðun byggist á, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar 3. október 2008 í máli nr. 514/2008. Heimildin þurfi að vera skýr og þurfi aðili að geta séð fyrir afleiðingar gjörða sinna, sbr. t.d. álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 7484/2013. Sé vafi um skýringu beri stjórnvald hallann af því, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar 10. september 2015 í máli nr. 28/2015 og Hrd. 6. desember 2012 (218/2012).
20. Hvorki í lögum nr. 57/2005 né reglum nr. 366/2008 sé vikið að því á hvaða formi tilgreining prósentuhlutfalls vegna afsláttar skuli vera sé hún birt. Gildandi lög og reglugerðir um þetta efni geri þannig beinlínis ráð fyrir að komi prósentuhlutfall fram með „skýrum“ hætti þannig

að ekki verði talið að villt sé um fyrir neytendum sé tilgreining fullnægjandi að lögum. Þegar litið sé til þessara tveggja auglýsinga sem vísað hafi verið til í bréfi Neytendastofu 3. júlí 2023 sjáist að prósentuhlutfallið sé birt í báðum tilvikunum og upplýsingum því ekki leynt. Textinn um „Tax free“ afsláttinn sé eins og almennt í auglýsingum félagsins stjórnumerktur í sömu leturstærð sem vísi síðan til upplýsinga þar sem prósentuhlutfallið sé tilgreint. Kærandi telji því alveg ljóst að framsetning afsláttarprósuntunnar sé fullnægjandi með hliðsjón af þeim kröfum sem leiða megi af lögum. Sú athugasemd Neytendastofu, að letrið hafi verið minna en letur annars texta í auglýsingunni, eða hvernig textinn hafi snúið, geti ekki orðið til þess að kærandi sé talinn hafa ætlað að blekkja neytendur vísitandi. Þvert á móti séu auglýsingarnar framsettar á formi og stíl sem félagið hafi notast við til margra ára án athugasemda frá Neytendastofu og eigi auk þess við um afsláttardaga sem hafi verið neytendum kunnugir í um 20 ár.

21. Meta þurfi heildarsamhengi upplýsinga sem veittar séu. Þá þurfi að hafa í huga að á síðustu árum hafi möguleikar auglýsenda breyst og möguleikum fjölgað til að auglýsa í hinum ýmsu miðlum og á ýmsum formum. Telji Neytendastofa tilefni til að skoða einstaka birtingaraðferðir og gera sérstakar kröfur um form við ólíkar aðstæður verði að taka tillit til þeirrar birtingaraðferðar og tækni sem notuð sé. Þar þurfi m.a. að hafa í huga að sumar auglýsingar séu þess eðlis að smella þurfi á auglýsingar á vefmiðlum til þess að fá frekari upplýsingar. Jafnframt geti stærð texta og útlit verið mismunandi á annars vegar síma og tölvu og eins m.t.t. stillinga á tækjum.
22. Telji Neytendastofa rétt að gera svo ítarlegar og nákvæmar kröfur til birtingaraðferðar verði að vera til staðar fullnægjandi lagaheimild fyrir því og fyrir liggi í settum lögum og reglum hvaða kröfur og sjónarmið teljist málefnaleg við slíkt mat. Slíkar heimildir séu ekki til staðar í dag. Kærandi bendir auk þess á að Neytendastofa hafi ekki áður gert athugasemdir við framsetningu afsláttarprósentu í auglýsingum vegna „Tax free“ daga. Þó séu auglýsingar félagsins að jafnaði útfærðar með sambærilegum hætti sem þó taki mið af stærð og gerð auglýsinga hverju sinni. Því gerir kærandi athugasemd við þá framkvæmd stofnunarinnar að beita sektum vegna meintra ágalla á auglýsingum varðandi skýrleika án þess að veita kæranda tækifæri til úrbóta í samræmi við meðalhófsreglu 12. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993.
23. Kærandi fjallar loks um sektarfjárhæð hinnar kærðu ákvörðunar og vísar til þess að á það hafi verið bent að um mistök hafi verið að ræða. Þá hafi kærandi í svörum sínum sýnt samstarfsvilja og sýnt að enginn ásetningur hafi staðið til þess að villa um fyrir neytendum. Kærandi birti umfangsmikið magn af „Tax free“ auglýsingum á hverju ári og séu umræddar þrjár auglýsingar sem gerðar séu athugasemdir við hverfandi hluti af heildarmagni auglýsinga. Engar athugasemdir vegna „Tax free“ auglýsinga hafi hins vegar borist frá árinu 2012.
24. Samkvæmt b. lið 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005 geti Neytendastofa lagt stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti gegn stjórnvaldsreglum og ákvörðunum Neytendastofu og geti slíkar sektir numið allt að tíu milljónum króna. Sektarfjárhæðin í máli kæranda sé of há og í engu samræmi við meðalhófs- og jafnræðisreglu stjórnsluréttar. Kærandi bendir m.a. á ákvörðun

Neytendastofu nr. 42/2019 í máli Húsasmiðjunnar, en þar hafi Húsasmiðjunni láðst að tilgreina afsláttarprósentu í auglýsingum vegna Tax free afsláttardaga. Um annað brot félagsins hafi verið að ræða og hafi sektarfjárhæð verið ákvörðuð 400.000 krónur. Í málum Heimkaupa nr. 30/2019 og 23/2022 hafi verið sektað um 400.000 krónur fyrir annað brot og 600.000 krónur fyrir þriðja brot. Þar hafi stuttur tími liðið frá brotum, en í tilviki kæranda hafi um 11 ár liðið frá fyrsta og öðru broti. Þegar litið sé til þess tíma sem liðið hafi í máli kæranda, magns og tíðni auglýsinga sem hann birti vegna „Tax free“ daga, efnis þeirra atriða sem Neytendastofa geri athugasemd við og þess samstarfsvilja sem kærandi hafi sýnt vegna málsins, hafi stofnunin ekki sýnt fram á hvers vegna sektarákvörðun í máli kæranda hafi verið í svo miklu ósamræmi við aðrar ákvarðanir Neytendastofu. Þá sé ljóst að rökstuðningur stofnunarinnar varpi ekki ljós á hvaða atvik og forsendur búi að baki ákvörðuninni og sé því í ósamræmi við 22. gr. stjórnsýslulaga. Það geri kæranda erfitt um vik að átta sig á hvað búi þar að baki og hafi ekki verið sýnt fram á að atvik málsins réttlæti umrædda fjárhæð.

25. Neytendastofu var boðið að koma á framfæri athugasemdum við kæru kæranda og var þeim skilað með greinargerð stofnunarinnar, dags. 8. desember 2023. Þar er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest. Í greinargerðinni er fyrst vísað til þess að sú ritvilla hafi verið í hinni kærðu ákvörðun að vísað hafi verið til auglýsingar á Facebook í stað Instagram þar sem auglýsingin birtist. Auglýsingin sé meðfylgjandi, en hin kærða ákvörðun hafi byggt á efni myndbandsins sjálfs og niðurstaða stofnunarinnar ekki bundin við það á hvaða samfélagsmiðli auglýsing hafi birst. Um hafi verið að ræða auglýsingu þar sem kærandi hafi auglýst „Tax free“ afslætti á hjólum og fylgihlutum 17. maí 2023. Sé hvorki að finna tilgreiningu á prósentuhlutfalli afsláttar í myndbandinu né texta sem fylgi myndbandinu. Auglýsingin hafi því farið gegn þeirri skyldu fyrirtækja að birta upplýsingar um prósentuhlutfall „Tax free“ afsláttar hvar sem afsláttur sé auglýstur. Sé hann því ekki birtur á þeim fjórum flötum sem myndi umrædda auglýsingu. Stofnunin fallist ekki á að líta beri til annars efnis á sömu síðu sem sé alls ótengd umræddri auglýsingu enda sé hægt að horfa á auglýsinguna án þess að fara á reikning kæranda og án þess að horfa á annað efni á reikningnum.
26. Varðandi regluna um skyldubundið mat bendi stofnunin á að hún beiti mati í hverju og einu tilviki, enda séu auglýsingar afar mismunandi. Af forsendum ákvörðunar stofnunarinnar sjáist greinilega að auglýsingin hafi verið metin sjálfstætt og farið ítarlega yfir hvernig afsláttarprósentan hafi komið fram. Þá sé bent á að auglýsing kæranda í vefborða hafi vart verið læsileg neytendum. Það geti ekki falið í sér hæfilega birtingu að fela prósentu verðlækkunar í svo smáum texta að hann verði ólæsilegur. Það sé á ábyrgð fyrirtækis að miða auglýsingar við það sniðmát sem þeim sé ætlað að birtast í, s.s. stærð vefborða, og ákveða leturstærð, lit og staðsetningu út frá þeim forsendum. Sé auglýsingin metin heildstætt sé ljóst að umræddur texti sé langtum minni en annar texti í auglýsingunni, sem sé töluvert auðlesnari en tilgreining prósentuhlutfallsins, og nær ómögulegt sé að greina afsláttarprósentuna án þess að stækka auglýsinguna. Sé auglýsingin því ekki nægilega skýr til að uppfylla skyldu um birtingu prósentuhlutfalls.

27. Lög nr. 57/2005 séu skýr um að fyrirtækjum sé ekki heimilt að leynd upplýsingum með því að fela þær í auglýsingum sínum. Fallist stofnunin ekki á að það sé óskýrt að afsláttarprósentu beri að birta með auðsjáanlegum og aðgengilegum hætti. Þá sé það svo að Neytendastofu beri ekki að tilgreina í leiðbeiningum eða öðrum reglum hvernig prósentuhlutfallið eigi að vera framsett, enda kunni birtingarmynd slíkra upplýsinga að vera gríðarlega fjölbreytt og fyrirtækjum í sjálfsvald sett hvernig upplýsingar séu settar fram, svo lengi sem skilyrði um skýrleika sé mætt. Fyrirtæki þurfi sjálf að taka mið af þeim mismunandi birtingaraðferðum sem standi til boða við framleiðslu hvernar auglýsingar. Sé auglýsing t.d. smækkuð mikið sé hætt við að upplýsingar verði nær ólæsilegar eða alveg. Neytendastofa meti auglýsingar eins og þær birtist hverju sinni og út frá viðkomandi sniðmáti.
28. Hvað varðar umfjöllun kæranda um sektarfjárhæð bendir Neytendastofa á að um hafi verið að ræða annars vegar brot þar sem afsláttarprósentu var ekki tilgreind, sem feli í sér ítrekunaráhrif vegna eldri ákvörðunar, og hins vegar brot þar sem afsláttarprósentu var óskýr. Síðarnefndi þátturinn myndi ekki einn og sér grundvöll sektarinnar heldur hafi hann áhrif við mat á alvarleika brota kæranda sem tekið hafi verið hæfilegt tillit til við mat á sektarfjárhæð. Einnig sé um að ræða tvíþætt brot, sem feli í sér aðrar aðstæður en í þeim málum sem kærandi hafi vísað til.
29. Loks bendir Neytendastofa á að stofnunin reiði sig mikið á ábendingar sem berist stofnuninni auk þess sem hún hafi heimild til að forgangsraða málum. Að þessu sinni hafi þótt tilefni til aðgerða vegna auglýsinga kæranda og verði ekki dregnar frekari ályktanir um lögmæti annarra auglýsinga hans út frá því þótt kærandi segist lengi hafa auglýst með sama hætti.
30. Með bréfi kæranda, dags. 23. janúar 2024, voru gerðar athugasemdir við greinargerð Neytendastofu. Kemur þar fyrst fram að Neytendastofa hafi bæði fjallað um birtingu auglýsingar á Facebook og Instagram. Óljóst hafi verið hvaða auglýsingar það hafi verið nákvæmlega sem ákvörðun Neytendastofu hafi beinst að. Kærandi hafi því illa getað áttað sig á málalíbúnaði stofnunarinnar án þess að leggjast í töluverða rannsóknarvinnu og geta í eyðurnar þar að lútandi. Athugasemdir kæranda hafi tekið mið af því að um hafi verið að ræða auglýsingu á Facebook. Síðan hafi komið í ljós að það hafi verið „ritvilla“ og hið rétta sé að auglýsingin hafi birst á Instagram. Eins og kærandi hafi byggt á í kærðu hafi hvorki verið að finna dagsetningu né lýsingu á auglýsingunni í hinni kærðu ákvörðun og þar með þeirri háttsemi sem leiddi til sektarákvörðunar. Geri kærandi verulegar athugasemdir við vinnubrögð Neytendastofu að þessu leyti enda liggi fyrir að sektarákvörðun stofnunarinnar hafi byggst á allt öðrum atvikum og grundvelli en kærandi hafi verið upplýstur um. Rannsókn málsins hafi því verið ábótavant og kærandi auk þess ekki fengið færi á að nýta andmælarétt sinn, sbr. 10. og 13. gr. stjórnsýslulaga.
31. Þegar um sé að ræða eins íþyngjandi ákvörðun og hér um ræði sé það grundvallaratriði að kærandi fái fullnægjandi upplýsingar um þá háttsemi sem litið sé á að hafi falið í sér brot, að lýsing þeirrar háttsemi í ákvörðun og rökstuðningi varpi ljósi á atvik málsins og að aðila sé

veittur kostur á að skýra mál sitt og neyta andmælaréttar. Ljóst sé af framangreindu að rökstuðningur hinnar kærðu ákvörðunar hafi ekki verið í samræmi við þær kröfur sem leiddar verði af 22. gr. fyrrgreindra laga.

32. Kærandi bendi einnig á að töluverð þróun hafi orðið á þeirri tækni sem nýtt sé til markaðssetningar til neytenda sl. ár. Neytendastofa þurfi að taka tilhlýðilegt tillit til þeirrar þróunar, m.a. með því að skýra og túlka reglur sem stofnunin starfi eftir með hliðsjón af raunverulegri stöðu á auglýsingamarkaði hverju sinni. Tilvist kæranda á Instagram og notkun hans á miðlinum sé í grunninn eðlisólík hefðbundnum auglýsingum sem birtar séu í dagblöðum, sjónvarpi eða öðru prenti. Ekki sé hægt að horfa afmarkað á eina birtingu á Instagram án þess að tekið sé tillit til annars efnis sem á miðli kæranda sé að finna. Þar megi finna fjölmargar færslur sem tilgreini svokallaða „Tax free“ daga ásamt tilgreiningu á viðeigandi afsláttarprósentu. Þessar færslur séu alltaf aðgengilegar og þannig ekki birtar í eitt sinn og svo teknar út. Líta verði heildstætt á hvaða aðrar upplýsingar séu á síðunni, m.a. á grundvelli skyldubundins mats stjórnvalds, og skoða hvað neytendum megi vera ljóst af öðrum upplýsingum. Heildstætt mat á þessum atriðum hafi áhrif á það hvort sýnt sé fram á að auglýsandi hafi vísvitandi ætlað sér að blekkja neytendur.
33. Kærandi hafni því alfarið sem haldið sé fram í greinargerð Neytendastofu að í hinni kærðu ákvörðun hafi verið ítarlega farið yfir hvernig afsláttarprósentan hafi komið fram. Slíkt standist enga skoðun enda hafi engin lýsing verið á auglýsingunni í ákvörðuninni eða lýsing á þeirri heildarmynd sem hefði birst neytendum þegar auglýsingin var birt. Þá hafi komið í ljós að um Instagram innslag var að ræða en ekki Facebook auglýsingu. Sömuleiðis vilji kærandi minna á þá staðreynd að „Tax free“ dagar hafi verið neytendum kunnugir í um 20 ár. Sá tími hljóti að hafa áhrif á mat á því hvað neytendum megi almennt vera ljóst og jafnframt hvort auglýsingu sé ætlað að blekkja neytendur.
34. Sú nálgun sem Neytendastofa segist viðhafa, þ.e. að skoða einstök myndbrot sem stofnuninni séu send án samhengis við þær upplýsingar sem birtist neytendum að öðru leyti, eða þess að leggja í heildstæða rannsókn á hvernig auglýsingin birtist, sýni að stofnunin hafi ekki lagt fullnægjandi grundvöll að hinni kærðu ákvörðun í samræmi við 10. gr. stjórnsýslulaga og meginregluna um skyldubundið mat. Sú þrönga túlkun sem Neytendastofa leggi til grundvallar taki þannig ekki mið af raunverulegum aðstæðum á markaði, upplýsingum sem birtist neytendum eða heildstæðu mati á atvikum máls.
35. Kærandi bendir loks á að í greinargerð Neytendastofu segi að um sé að ræða brot þar sem afsláttarprósenta sé ekki tilgreind og það feli í sér ítrekun á eldri ákvörðun. Auk þess hafi verið um óskýra tilgreiningu á afsláttarprósentu að ræða sem ein myndi ekki grundvöll sektar en hafi áhrif á alvarleika brots. Þá segi þar að brot kæranda sé „tvíþætt“ og feli í sér „aðrar aðstæður en í þeim málum sem kærandi vísar til í kærðu.“ Ekki sé hins vegar að finna rökstuðning eða ástæður fyrir því að hvaða leyti hin meintu brot kæranda séu tvíþætt eða með hvaða hætti þau skeri sig frá þeim málum sem hafi verið sektað fyrir í lagalegu tilliti. Enn skorti á rökstuðning

stofnunarinnar að þessu leyti og því með öllu óljóst hvað búi að baki. Það geri kæranda erfitt um vik að svara eða verjast afstöðu stofnunarinnar.

NIÐURSTAÐA

36. Í máli þessu leitar kærandi endurskoðunar á ákvörðun Neytendastofu þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að hann hefði brotið gegn 5. gr., 2. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr. og d. lið 1. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, og 4. gr. reglna nr. 366/2008 um útsölur og aðra sölu þar sem selt er á lækkuðu verði, með því annars vegar að birta ekki upplýsingar um prósentuhlutfall „Tax Free“ verðlækkunar í auglýsingu og hins vegar með því að birta ekki slíkar upplýsingar með nægilega skýrum hætti. Með ákvörðuninni var lögð á kæranda stjórnvaldssekt að fjárhæð 850.000 krónur auk þess sem kæranda voru bannaðir viðkomandi viðskiptahættir. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.
37. Í 5. gr. laga nr. 57/2005 er mælt fyrir um almennt bann við óréttmætum viðskiptaháttum og eru slíkir viðskiptahættir nánar skilgreindir í III.-V. kafla laganna. Þar segir í 2. mgr. 6. gr. að auglýsingar og aðrar viðskiptaaðferðir skuli ekki vera ósanngjarnar gagnvart keppinautum eða neytendum vegna forms þeirra eða sökum þess að skírskotað er til óviðkomandi mála. Í 1. mgr. 8. gr. kemur fram 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. Samkvæmt 9. gr. teljast viðskiptahættir villandi ef þeir eru líklegir til að blekkja neytendur, t.d. með almennri framsetningu þó gefnar séu upp réttar staðreyndir eða ef neytendum eru veittar rangar upplýsingar í þeim tilgangi að hafa áhrif á ákvörðun þeirra um að eiga viðskipti. Samkvæmt d. lið ákvæðisins er í skilningi þess átt við rangar upplýsingar um verð vöru eða þjónustu eða aðferð við útreikning á verði og hvort um sértílið eða annað verðhagræði sé að ræða og hvort það sé háð skilyrðum. Í 4. reglna nr. 366/2008 um útsölur og aðra sölu þar sem selt er á lækkuðu verði er mælt fyrir um að þegar veittur er prósentuafsláttur skuli hann reiknast af fyrra verði. Taka skal fram hvert prósentuhlutfall lækkunarinnar er og skal tilgreina skýrt fyrra verð. Eru umræddar reglur settar með stoð í 21. gr. b. laga nr. 57/2005 þar sem mælt er fyrir um að Neytendastofa geti sett nánari reglur til þess að koma í veg fyrir að upplýsingar séu villandi eða óhæfilegar gagnvart neytendum, svo og almennar reglur um beitingu ákvæði II.-I. kafla.
38. Í máli þessu er í fyrsta lagi deilt um myndband kæranda á samfélagsmiðlinum Instagram 17. maí 2023 þar sem auglýstur var „Tax free“ afsláttur af hjólum. Í myndbandinu, sem liggur frammi í málinu, eru hjól í versluninni sýnd ásamt „Tax free“ merkingum. Þá er í texta undir myndbandinu að finna eftirfarandi texta: „Tax free af öllum hjólum og fylgihlutum út daginn í dag 17. maí.“ Í auglýsingunni er hvergi að finna upplýsingar um prósentuhlutfall afsláttarins og fór auglýsingin þannig í bága við 4. gr. reglna nr. 366/2008, sbr. þau ákvæði laga nr. 57/2005 sem hér hafa verið rakin, eins og greinir í hinni kærðu ákvörðun. Fær engu hróflað í þeim efnum þótt kærandi hafi sannanlega birt prósentuhlutfallið í öðrum auglýsingum sem birtar voru í sama mánuði enda geta fyrirtæki ekki, með því að birta fleiri auglýsingar en eina, sniðgengið

fyrirmæli laga og reglna í einstökum auglýsingum á þeim forsendum að skoða verði auglýsingaherferðir heildstætt. Þá geta aðrar upplýsingar sem birtust á síðunni sem umrætt myndband birtist á ekki heldur breytt þeirri niðurstöðu að umrætt myndband skorti fullnægjandi upplýsingar um prósentuhlutfall.

39. Til þess er hins vegar að líta að í upphaflegu bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 3. júlí 2023, var vísað til þess að stofnunin hefði til skoðunar myndbandsauglýsingu á Facebook þar sem prósentuhlutfall „Tax free“ afsláttar væri hvergi að finna. Var þannig fyrir mistök vísað með röngum hætti til auglýsingarinnar sem um ræddi, auk þess sem ekki var vísað til efnis auglýsingarinnar að öðru leyti, þess að hún laut að kynningu á afslætti á hjólum eða með nánari hætti gerð grein fyrir eðli hennar. Í hinni kærðu ákvörðun var síðan vísað til þess sem fyrr segir að kærandi hefði brotið gegn 2. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr. og 2. mgr. 9. gr., sbr. 5. gr. laga nr. 57/2005, ásamt 4. gr. reglna nr. 366/2008, með því að birta ekki upplýsingar um prósentuhlutfall afsláttarins í myndbandsauglýsingu á Facebook og efni auglýsingarinnar ekki rakið nánar. Í greinargerð Neytendastofu fyrir áfrýjunarnefndinni var því lýst að um hefði verið að ræða ritvillu enda hefði auglýsingin sem um ræddi birst á Instagram en ekki Facebook.
40. Af hálfu kæranda er á því byggt að hann hafi ekki fengið upplýsingar um þau atvik sem sektarákvörðun Neytendastofu byggði á enda hafi hann ekki fengið tækifæri til að skoða, veita skýringar og þ.a.l. neyta andmælaréttar síns með fullnægjandi hætti hvað ákvörðunartöku Neytendastofu varðaði. Neytendastofa hafi upphaflega vísað til auglýsingar á Facebook og hafi því verið alls óljóst hvaða auglýsingar það voru sem gerðar voru athugasemdir við. Kærandi hafi af þessum sökum illa getað áttað sig á málatilbúnaði stofnunarinnar án þess að leggja í töluverða rannsóknarvinnu sjálfur og geta í eyðurnar um hvaða auglýsingu væri að ræða. Hvergi í hinni kærðu ákvörðun hafi því verið lýst hvaða Facebook auglýsingu væri um að ræða, dagsetningar hennar eða auglýsingunni lýst með öðrum hætti. Í fyrirspurnarbréfi stofnunarinnar hafi því ekki heldur verið lýst. Í viðbótarathugasemdum kæranda, dags. 13. september 2024, kom og fram að kærandi hefði aldrei fengið umrætt myndband sent og lægi því ekki fyrir að myndbandið, sem áður hefði verið sagt á Facebook, væri í reynd grundvöllur hinnar kærðu ákvörðunar.
41. Samkvæmt 13. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 skal aðili máls eiga þess kost að tjá sig um efni máls áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því, enda liggi ekki fyrir í gögnum málsins afstaða hans og rök fyrir henni eða slíkt sé augljóslega óþarft. Í athugasemdum við IV. kafla frumvarps til laganna segir að í reglunni felist að aðili máls, sem til meðferðar er hjá stjórnvaldi, skuli eiga kost á því að tryggja réttindi sín og hagsmuni með því að kynna sér gögn máls og málsástæður sem ákvörðun muni byggjast á, leiðrétta fram komnar upplýsingar og koma að frekari upplýsingum um málsatvik áður en stjórnvald taki ákvörðun í máli hans. Til þess að aðili geti neytt andmælaréttar þurfi hann m.a. að hafa greiðan aðgang að málsögnum og kost á að tala sínu máli. Samkvæmt 10. gr. sömu laga skal stjórnvald og sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en tekin er ákvörðun í því.

42. Af gögnum málsins verður ekki ráðið með skýrum hætti að kæranda hafi í aðdraganda hinnar kærðu ákvörðunar verið kynnt efni auglýsingarinnar eða hún send honum til þess að fá fram afstöðu hans til hennar. Þá liggur sem fyrr segir fyrir að bæði í upphaflegu bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 3. júlí 2023, og í hinn kærðu ákvörðun, var fyrir mistök vísað til þess að um hefði verið að ræða Facebook auglýsingu en ekki auglýsingu á Instagram. Í ljósi þessa, og þar sem efni umrædds myndbands var ekki rakið nánar, hvorki í fyrrnefndu bréfi né í hinni kærðu ákvörðun, verður ekki hjá því komist að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi að því er varðar umrætt myndband.
43. Í öðru lagi er deilt um annars vegar auglýsingu í formi myndar á Facebook síðu kæranda og hins vegar vefborða á vefsíðunni mbl.is 30. júní 2023, en á því var byggt í hinni kærðu ákvörðun að tilgreining afsláttarprósentu hafi ekki verið læsileg í umræddum auglýsingum. Í þeirri fyrrnefndu var auglýst „RISA Tax free“ og eftirfarandi tekið fram: „Tax free* af snyrtivörum, leikföngum, raftækjum, skóm, heimilisvörum og fatnaði. 11.-17. maí.“ Í vefborðanum stóð síðan: „Tax free. SnyrtivöruDAGAR 29.-5. júlí.“ Í báðum auglýsingum er að finna afar smáan texta, annars vegar á vinstri hlið fyrrnefndu auglýsingarinnar og hins vegar neðst í vinstra horni vefborðans, sem ekki verður ráðið af, út frá þeim gögnum sem liggja frammi í málinu, hvað segi. Af hálfu bæði kæranda og Neytendastofu er lagt til grundvallar að í umræddum texta sé afsláttarprósenta Tax free afsláttarins tilgreind og telur áfrýjunarnefndin ekki ástæðu til að draga það í efa. Ljóst er þó af fyrirliggjandi gögnum að textinn sem á að hafa haft að geyma umræddar upplýsingar er mun minni en annar texti auglýsinganna og virðist hann í reynd með öllu ólæsilegur miðað við gögnin eins og þau liggja fyrir nefndinni. Að mati nefndarinnar er það skilyrði þess að afsláttarprósenta teljist tilgreind í skilningi fyrrgreindra ákvæða að upplýsingarnar séu veittar með þeim hætti að neytendum séu þær ljósar. Eins og framangreindum auglýsingum var háttað telur áfrýjunarnefndin að hin smáa og óljósa framsetning verði ekki talin fullnægja þessu skilyrði og því hafi báðar auglýsingarnar farið í bága við fyrrgreindar reglur.
44. Samkvæmt framansögðu verður staðfest sú niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að kærandi hafi, með því að birta auglýsingar um „Tax free“ afslátt með óskýrum og ólæsilegum upplýsingum um sama hlutfall, brotið gegn 4. gr. reglna nr. 366/2008, sbr. og fyrrgreind ákvæði laga nr. 57/2005. Kemur þá til skoðunar hvort ástæða sé til að fella niður eða lækka stjórnvaldssektina sem Neytendastofa lagði á í hinni kærðu ákvörðun svo sem byggt er á af hálfu kæranda. Af hinni kærðu ákvörðun er ljóst að álagning sektar í málinu tók öðrum þæði mið af því að kærandi hefði áður brotið gegn ákvæðum laga nr. 57/2005 auk 4. gr. fyrrnefndra reglna með því að birta auglýsingar um „Tax free“ afslátt án þess að prósentuhlutfall afsláttarins kæmi fram. Byggði sektarákvörðunin þannig m.a. á ítrekunaráhrifum þess brot sem um ræddi. Svo sem fram er komið hefur áfrýjunarnefndin hér að framan komist að þeirri niðurstöðu að fella verði úr gildi hina kærðu ákvörðun að því er varðar þann hluta hennar sem laut að auglýsingum þar sem afsláttarprósentan var ekki tilgreind. Hvað varðar þann hluta hinnar kærðu ákvörðunar sem eftir stendur, þ.e. að kærandi hafi brotið gegn sömu reglum með því að hafa

upplýsingar um prósentuhlutfall ekki nægilega skýrar í auglýsingum sínum, verður hins vegar að hafa í huga, þótt ekki liggi fyrir eldri sektarákvörðun stofnunarinnar um það efni sérstaklega, að kæranda mátti að mati áfrýjunarnefndarinnar vera ljóst að slík óljós tilgreining afsláttarprósentunnar teldist ekki fullnægjandi, sbr. til hliðsjónar forsendur í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar 21. september 2012 í máli nr. 17/2012 þar sem þess var sérstaklega getið að tilgreining afsláttarprósentu í markaðsefni kæranda hefði ekki verið nægilega skýr. Með hliðsjón af því og með vísan til fyrri ákvarðana um brot vegna „Tax free“ auglýsinga, auk sjónarmiða um meðalhóf, telur áfrýjunarnefndin rétt að leggja á kæranda stjórnvaldssekt vegna umræddra brota á grundvelli b. liðar 1. mgr. 22. gr. laga nr. 57/2005. Fjárhæð sektar tekur þó mið af framangreindum forsendum og lækkar því frá því sem mælt var fyrir um í hinni kærðu ákvörðun. Telst sektin í ljósi alls framangreinds, fyrri ákvarðana og með vísan til meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar, hæfilega ákveðin 400.000 krónur.

ÚRSKURÐARORÐ:

Hin kærða ákvörðun er felld úr gildi að því er varðar brot kæranda á lögum nr. 57/2005 og 4. gr. reglna nr. 366/2008 með birtingu myndbandsauglýsingar um „Tax free“ daga á samfélagsmiðlinum Instagram.

Að öðru leyti er hin kræða ákvörðun staðfest en álögð stjórnvaldssekt lækkuð. Skal kæranda gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 400.000 krónur vegna umræddra brota og skal sektin greidd í ríkissjóð innan þriggja mánaða frá dagsetningu úrskurðar þessa.

Halldóra Þorsteinsdóttir

Gunnar Páll Baldvinsson

Sindri M. Stephensen