

ÚRSKURÐUR
ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 1/2019

Kæra Enox Production Services GmbH á ákvörðun Neytendastofu nr. 42/2018.

1. Þann 7. júlí 2019 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 1/2019: Kæra Enox Production Services GmbH á ákvörðun Neytendastofu nr. 42/2018 frá 19. desember 2018. Í málinu úrskurða Halldóra Þorsteinsdóttir, Áslaug Árnadóttir og Gunnar Páll Baldvinsson.
2. Með kæru, dags. 11. janúar 2019, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu frá 19. desember 2018 um bann við allri sölu og afhendingu ENOX Safe-Kid-One snjallúra fyrir börn. 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. 19. gr. a. laga nr. 134/1995 um öryggi vöru og opinbera markaðsgæslu.

MÁLAVEXTIR

4. Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að upphaf máls þessa megi rekja til þess að Neytendastofa tók til meðferðar að eigin frumkvæði mál vegna svokallaðra snjallúra sem ætluð eru börnum. Við eftirlit og skoðun Neytendastofu á sölusíðum netverslunarinnar www.hopkaup.is hafi komið í ljós að verslunin Hópkaup, sem rekin sé af fyrirtækinu Wedo ehf., hafi á heimasíðu sinni boðið til sölu ENOX Safe-KID-One krakka snjallúr sem ætla mætti að uppfylltu ekki lagalegar kröfur.
5. Með bréfi Neytendastofu til Hópkaupa, dags. 18. júlí 2018, var með vísan til laga nr. 134/1995 óskað eftir gögnum sem sýndu fram á að varan gæti talist örugg og tveimur sýnum af umræddum snjallúrum. Jafnframt var bent á að fullyrðingar við markaðssetningu vörunnar yrðu að uppfylla ákvæði laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.
6. Þann 1. ágúst 2018 barst Neytendastofu tölvupóstur frá Hópkaupum ásamt fylgigögnum. Þá bárust Neytendastofu þann 2. ágúst 2018 tvö sýni af umræddum snjallúrum, annars vegar bleikt eintak og hins vegar blátt eintak.
7. Við nánari skoðun Neytendastofu á vörunni og með hliðsjón af ætluðu ósamræmi vörunnar við gildandi kröfur var það niðurstaða stofnunarinnar að ætla mætti að varan uppfyllti ekki grunnkröfur um almennt öryggi ákvæða laga sem gilda um fjarskiptatæki, sbr. lög nr. 81/2003 um fjarskipti og laga um persónuvernd, sbr. lög nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga. Á þeim grundvelli óskaði Neytendastofa eftir samstarfi við sérfræðinga Póst- og fjarskiptastofnunar og Persónuverndar sem veittu þannig sérfræðiaðstoð varðandi mat á eðli ósamræmis vörunnar við kröfur og mat á gögnum sem lögð voru fram í málinu til Neytendastofu.

8. Með tölvubréfi, dags. 11. september, til Hópkaupa óskaði Neytendastofa eftir samræmisfirlýsingu (e. Declaration of Conformity) auk þess sem aðilunum var tilkynnt að Póst- og fjarskiptastofnun myndi fara yfir þau gögn sem hefðu borist frá fyrirtækinu.
9. Með tölvubréfi, dags. 4. október 2018, frá Póst- og fjarskiptastofnun var Neytendastofa upplýst um að bæði úrið og umbúðir þess væru merkt með CE-merkingu, sem væri mjög smá aftan á úrinu og óljóst væri um gildi hennar vegna ófullnægjandi skjala.
10. Þann 17. október sendi Neytendastofa snjallúrið til Syndis, ráðgjafafyrirtækis í upplýsingaröryggi, til nánari skoðunar og prófunar á öryggisvirkni úranna.
11. Með bréfi, dags. 23. október, óskaði Póst- og fjarskiptastofnun eftir samræmisfirlýsingu ásamt tæknilegum upplýsingum um þráðlausa virkni úranna og eintaki af tæknilegum prófunum. Þann 7. nóvember 2018 sendi Póst- og fjarskiptastofnun ítrekun með tölvubréfi.
12. Með bréfi til Hópkaupa, dags. 21. nóvember 2018, lagði Neytendastofa tímabundið sölubann á ENOX Safe-Kid-One krakka snjallúr, þar sem ekki höfðu borist fullnægjandi gögn sem sýndu fram á að snjallúrið væri öruggt. Í bréfinu kemur fram að prófun á umræddri gerð snjallúra sýndi að það væri ekki framleitt í samræmi við kröfur. Þannig væru gögnin ekki dulkóðuð svo dæmi væri tekið, auk þess sem auðvelt væri fyrir aðila að brjótast rafrænt inn í úrin og ná þeim gögnum sem þar væru varðveitt. Ennfremur væri unnt að breyta t.d. vistuðum símanúmerum, en slíkt gæti ógnað öryggi barna. Þá væru jafnframt engir skilmálar þar sem fram kæmu upplýsingar um t.a.m. hvar gögnin væru vistuð eða hvernig ætti að eyða þeim. Með bréfinu fylgdi samantekt af öryggisgöllum í snjallúrinu. Gefinn var tveggja vikna frestur til að koma með athugasemdir. Af hinni kærðu ákvörðun verður þó ráðið að engin frekari gögn hafi verið lögð fram vegna málsins af hálfu Hópkaupa.
13. Neytendastofa fékk skýrslu frá Syndis ehf. þann 22. nóvember 2018, þar sem fram kom að fundist hefðu alvarlegir öryggisgalla í umræddum snjallúrum. Eftirfarandi kom fram í samantekt fyrirtækisins í þýðingu Neytendastofu:
14. „Fjarviðmót sem fylgir Enox var ekki dulkóðað gagnvart bakenda á miðlaranum. Þegar að miðlarinn var skoðaður fann Syndis að staðsetningarsaga, símanúmer, raðnúmer og aðrar viðkvæmar persónuupplýsingar í áætluðum fjölda tækja sem skipta þúsundum er hægt að hlaða niður án nokkurrar auðkenningar. Ennfremur þá leyfir bakenda miðlarinn notendum sem ekki eru auðkenndir að sjá, breyta númerum sem er leyfilegt að hringja í, slökkva á úrinu, o.s.frv. Kjarni málsins er að miðlarinn leyfir öllum sem eru tengdir við internet að taka að sér fulla stjórn yfir úrunum.
15. Auk þess, í gegnum bakenda miðlarans, getur illgjarn aðili sent inn skipun á hvaða öryggisúr sem er og látið það hringja í það símanúmer sem hann velur. Þannig getur árásaðilinn kveikt á úrinu og horft inn í og hlustað á tækið. Í slíkri árás væri einnig hægt að nota símann til þess að framkvæma svik með því að láta úrin hringja í símanúmer sem eru í hæsta gjaldflokki. Þessa árás er hægt að gera án nokkurrar vitneskju hjá þeim sem ber úrið eða forráðamanni hans (hennar) þar sem að úrið

sjálft sýnir ekki á nokkurn hátt að verið er að hringja og notendaviðmót forráðamannsins sýnir það ekki heldur.

16. Öryggisstig og persónuvernd sem þetta úr veitir er því hvernig sem á það er litið óviðunandi. Neytendur og notendur á þessum úrum hafa engin úrræði til þess að takmarka áhættu sína af því að gögn þeirra séu aðgengileg eða verjast árás. Miðlari í bakenda veitir opinn aðgang til að fletta upp einka- og persónuupplýsingum um notanda og einnig til þess að hægt er að yfirtaka stjórnun á tækjum notandans. Jafnvel eftir að hætt er notkun á úrinu þá er staðsetningarsaga úrsins að fullu aðgengileg á miðlaranum. Fjarviðmótið lýsir ekki eða sýnir neina leið til þess að unnt sé að eyða út upplýsingum um notanda.”
17. Í hinni kærðu ákvörðun kemur framangreind tilvitnun einnig fram á ensku eins og hún var sett fram í skýrslu Syndis ehf.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

18. Í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar kemur fram að málið varði öryggi snjallúra sem ætluð séu börnum og seld hafi verið í versluninni Hópkaupum. Í ákvörðuninni eru rakin ákvæði 8. gr., 9. gr., 1. og 2. mgr. 11. gr., 4., 5. og 7. töluliðar 1. mgr. 14. gr. og 2. mgr. 24. gr. laga nr. 134/1995. Þá eru einnig rakin ákvæði 4. mgr. 6. gr., 5. gr. og a. og b. liðar 9. gr. laga nr. 57/2005. Lúta umrædd ákvæði að tilteknum kröfum um öryggi vara sem gerðar eru í lögum nr. 134/1995, hlutverki Neytendastofu við eftirlit með framkvæmd laganna og skyldum framleiðanda eða fulltrúa hans við afturköllun vöru. Framangreind ákvæði laga nr. 57/2005 lúta að óréttmætum viðskiptaháttum og sönnun fullyrðinga í auglýsingum.
19. Þá rekur Neytendastofa að samkvæmt 61. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti skuli snjallúr sem boðin eru fram á markaði hér á landi vera CE-merkt. Áfesting svokallaðs CE-merkis sé staðfesting framleiðanda á því að vara fullnægi öllum skilgreindum grunnkröfum í reglugerðum og samhæfðum stöðlum. Um markaðseftirlit og CE-merkið gildi reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 765/2008 um kröfur varðandi faggildingu og markaðseftirlit í tengslum við markaðssetningu á vörum, sem innleidd hafi verið hér á landi með reglugerð nr. 566/2013 um markaðseftirlit, faggildingu o.fl., sbr. og reglugerð nr. 957/2006 um aðferðareiningar fyrir hin ýmsu þrep samræmismatsins og reglur um áfestingu og notkun CE-samræmismarkja sem ætlað er að nota í tilskipunum um tæknilega samhæfingu.
20. Auk þess sé í 65. gr. laga nr. 81/2003 kveðið á um samræmi búnaðar og sé þar mælt fyrir um að óheimilt sé að setja á markað eða bjóða á markaði annan þráðlausan fjarskiptabúnað en þann sem uppfylli grunnkröfur 61. gr. og hafi CE-merkingu, á grundvelli samræmismats, því til staðfestingar, sbr. 1. mgr. ákvæðisins. Þá sé samkvæmt 2. mgr. 65. gr. óheimilt að taka þráðlausan fjarskiptabúnað í notkun nema notkun hans sé í samræmi við fyrirhugaðan tilgang hans, uppfylli grunnkröfur 61. gr. og hafi CE-merkingu, á grundvelli samræmismats, því til staðfestingar. Í 65. gr. a. laganna sé tiltekið að framleiðendum beri að útbúa tæknigögn. Þá skuli framleiðendur þráðlauss búnaðar skv. 11. mgr. ákvæðisins tryggja að þráðlaus

fjarskiptabúnaður sem þeir setji á markað fullnægi grunnkröfum 61. gr. og hafi CE-merkingu, á grundvelli samræmismats, því til staðfestingar. Framleiðendur beri enn fremur ábyrgð á því að framkvæmt sé samræmismat fyrir þráðlausa fjarskiptabúnaðinn. Þá skuli framleiðandi þráðlauss fjarskiptabúnaðar, sem settur sé á markað hér á landi, tryggja að honum fylgi upplýsingar fyrir notendur á íslensku um tilætlaða notkun, helstu eiginleika og öryggismál. Skuli jafnframt fylgja upplýsingar um framleiðslunúmer, nafn framleiðanda og skráð viðskiptaheiti hans eða vörumerki.

21. Auk þess rekur Neytendastofa að kveðið sé á um að dreifingaraðilar skuli gæta þess vandlega, þegar þeir bjóða fram þráðlausan fjarskiptabúnað á markaði, að hann sé í samræmi við grunnkröfur og hafi CE-merkingu því til staðfestingar. Dreifingaraðila beri að gæta þess að með búnaðinum fylgi þau gögn sem framleiðanda beri að láta fylgja. Þá er fjallað um hvernig Neytendastofa hefði metið hvaða stjórnvöld hefðu markaðseftirlit með umræddum snjallúrum og að stofnunin hafi í kjölfarið efnt til samstarfs við Póst- og fjarskiptastofnun og Persónuvernd, en umrædd stjórnvöld hefðu eftirlit með framkvæmd laga nr. 81/2003 um fjarskipti og laga nr. 27/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga.
22. Loks segir eftirfarandi í hinni kærðu ákvörðun:
23. „Tækið sem um ræðir er snjallúr sem markaðssett er fyrir börn, sem er sérstaklega viðkvæmur neytendahópur. Í ljósi skýrslu frá Syndis er það mat Neytendastofu og m.a staðfest af sérfræðingum hjá Póst- og fjarskiptastofnun að gögn sem lögð hafi verið fram hafi ekki tryggt sönnun á því að úrið uppfylli lágmarks grunnkröfur samkvæmt gildandi reglum um fjarskiptatæki og geti þar með ekki talist öruggt. Grundvallast niðurstaða Neytendastofu á því að gögn úrsins séu ekki dulkóðuð, auðvelt væri fyrir aðila að brjótast inn í gögnin (hakka sig inn) og þar með sjá allar upplýsingar sem úrið safnaði, auk þess sem hægt er að breyta t.d. vistuðum símanúmerum. Jafnframt tryggir framleiðandi ekki með fullnægjandi hætti aðgangstakmarkanir að persónuupplýsingum notanda. Framangreindur öryggisgalli felur í sér alvarlega hættu að mati Neytendastofu og getur hann ógnað öryggi barna.“
24. Því næst segir síðan eftirfarandi:
25. „Það er því mat Neytendastofu, með vísan til framangreindra forsendna, að Enox snjallúr geti ekki talist örugg vara, sbr. 1. mgr. 8. mgr. og 2. mgr. 9. gr. laga nr. 134/1995, þar sem það uppfylli ekki kröfur sem gerðar eru til slíkra vara, sbr. ákvæði 65. gr. og 65. gr. a laga nr. 81/2003. Því telur Neytendastofa nauðsynlegt með vísan til 1. mgr. 20. gr. laga nr. 134/1995, sbr. 21. gr., sbr. 1., 4. og 5. tölul. 14. gr. sömu laga, að leggja þá skyldu á Hópkaup að afturkalla af markaði öll ENOX-KID-One snjallúr frá ENOX. Með vísan til sömu ákvæða leggur Neytendastofa bann við allri sölu og afhendingu umræddra ENOX krakkasnjallúra.“
26. Að fenginni framangreindri niðurstöðu ákvað Neytendastofa að markaðssetning, sala og afhending umrædds snjallúrs væri óheimil samkvæmt 2. gr. laga nr. 134/1995. Skyldi verslunin

Hópkaup birta fréttatilkynningu þess efnis til þess að tryggja öryggi þeirra neytenda sem notuðu snjallúrin og til þess að eðlilegum varnaðaráhrifum væri náð, sbr. 2. mgr. 24. gr. laga nr. 134/1995. Þá kom fram að Neytendastofa myndi gera kröfu um greiðslu áfallins kostnaðar vegna rannsóknar og prófunar sem gerð hafi verið í því skyni að kanna öryggi snjallúranna og upplýsa framkvæmdastjórn Evrópusambandsins um þær aðgerðir sem gripið hefði verið til hér á landi í samræmi við reglugerð nr. 566/2013 um markaðseftirlit, faggildingu o.fl. Færu upplýsingaskiptin fram með tilkynningu í tilkynningarkerfi um hættulegar vörur.

27. Í hinni kærðu ákvörðun voru því næst raktar þær upplýsingar sem fram komu á umbúðum snjallúranna. Tekið var fram að upplýsingarnar féllu undir ákvæði laga nr. 57/2005. Þá sagði eftirfarandi í hinni kærðu ákvörðun: „Með hliðsjón af prófun og skoðun Neytendastofu á öryggi ENOX-KID-One Safe snjallúranna þá telur stofnunin framangreindar fullyrðingar til þess fallnar að vera brot á 9. gr. laga nr. 57/2005. Sá þáttur málsins verður þó ekki tekinn til ákvörðunar í máli þessu.“

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

28. Í kæru, dags. 11. janúar 2019, er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Kærandi telur að aðgerðir Neytendastofu skorti meðalhóf og að jafnræði hafi ekki verið virt, auk þess sem vera kunnir að Neytendastofa reki erindi keppinauta kæranda. Vítavert sé að stofnunin hafi dreift upplýsingum um málið áður en kærufrestur hafi verið runninn út.
29. Kærandi tekur dæmi um mál þar sem námsmanni tókst að brjótast rafrænt inn í tölvur og snjallsíma fjölmargra þýskra stjórnmalamanna og þekktra einstaklinga þar í landi, þ.á m. kanslara Þýskalands. Um hafi verið að ræða snjallsíma og snjalltæki í hæsta gæðaflokki. Þetta sýni að öryggiskerfi á þessu sviði séu enn almennt ófullkomin og ófullnægjandi þótt Evrópustöðlum sé fylgt. Sé því gagnrýnivert að tekin séu fyrir snjallúr fyrir börn í lægsta verðflokk. Á umræddum úrum sé ekki að finna neinar upplýsingar sem ekki sé hægt að finna í almennum upplýsingakerfum.
30. Tilgangur umræddra snjallúra hafi verið að tryggja samband milli aðstandenda og barns, möguleika aðstandenda á að fylgjast með börnum sínum og þeirra síðarnefndu til að fylgjast með tímanum. GPS tæknin sem notuð sé í umræddu úri sé á frumstigi og ónákvæm. Það hafi hins vegar verið prófað eftir evrópskum stöðlum árið 2015 og hlotið allar nauðsynlegar staðfestingar og viðurkenningar. Það sé því CE merkt.
31. Kærandi bendir á að umrædd gerð snjallúra hafi verið prófuð af þýsku póst-, fjarskipta- og raforkumálastofnunarinnar Bundesnetzagentur í Þýskalandi í tengslum við að fyrirtækið, CEI Conrad Electronic International Ltd., ákvað að kaupa snjallúrin af kæranda. Verður af kærinni ráðið að umræddar prófanir hafi átt sér stað í tengslum við markaðssetningu úranna í Þýskalandi og að stofnunin Bundesnetzagentur sé alríkisstofnun í Þýskalandi sem meðal annars fari með eftirlit með fjarskiptamálum í Þýskalandi.

32. Kærandi rekur að haustið 2017 hafi Bundesnetzagentur bannað að snjallúr eins og kærandi selur gætu verið notuð til að hlusta á umhverfi barns án vitundar þeirra eða annarra nærstaddra. Hafi þetta verið gert í þágu persónuverndar en kærandi telji þó að með þessu hafi verið dregið úr öryggi barnsins. Í kjölfar þessa hafi kærandi tekið til baka öll úr sem fyrirtækið CEI Conrad Electronic International Ltd. hafði í sínum vörslum og ákveðið að selja úrin þar sem umrætt bann gilti ekki. Á hinn bóginn hafi kærandi þá hafið framleiðslu umræddra úra án þess að þau gætu numið hljóð. Þau úr sem verslunin Hópkaup hafi haft til sölu þegar hin kærða ákvörðun var tekin hefðu verið þessarar gerðar. Úrin hefði verið framleidd vorið 2018 og sett í sölu í Þýskalandi um sumarið sama ár. Nýja útgáfan hafi verið prófuð af Bundesnetzagentur sem hafi veitt leyfi til sölu á því. Umrædd úr séu því seld víða um Evrópu en framleiðslu þeirra hafi nú verið hætt.
33. Kærandi bendir á að íslenskum stjórnvöldum beri að vinna á grundvelli sömu staðla og reglna og önnur stjórnvöld á Evrópska efnahagssvæðinu. Kærandi hafi fylgt þessum reglum við framleiðslu og markaðssetningu úranna í Evrópu og hið sama eigi að gilda á Íslandi. Ljóst sé að fyrirtækið Syndis ehf. hefði vafalaust getað brotist rafrænt inn í önnur snjallúr eða snjalltæki, enda sé slíkt væntanlega unnt í tilviki allra slíka tækja á íslenskum markaði. Þá séu vangaveltur um að hægt sé að elta uppi börn með því að brjótast inn í snjallúrin byggðar á skorti á skynsamlegri og réttri hugsun. Einstaklingar sem ætluðu sér slíkt gætu fylgst með og elt uppi barn við heimahús, á leikvelli eða í skóla án tillits til þess hvort barnið hefði snjallúr eða ekki.
34. Með bréfi, dags. 27. janúar 2019, var óskað eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Svar barst með greinargerð, dags. 20. febrúar 2019. Auk þess að áréttu þau sjónarmið sem fram komu í hinni kærðu ákvörðun tók Neytendastofa í greinargerðinni afstöðu til þeirra sjónarmiða sem kærandi lét í ljós í kæru. Vísaði Neytendastofa til þess að kærandi hefði lagt fram skjal, dags. 6. desember 2018, með tilvísun til úrs með öðru heiti „Safe-Kid-One New“. Ekki væri hægt að sjá að skjalið ætti við um úrið, „Enox Safe-Kid-One“, sem fjallað hefði verið um í hinni kærðu ákvörðun. Með erindi, dags. 14. febrúar 2019, hefði Neytendastofa leitað álits Póst- og fjarskiptastofnunar, um innihald, gildi og efni skjalsins, m.a. með samanburði við þau gögn sem áður höfðu verið lögð fram og kröfur fjarskiptaréttar sem gildi innan EES svæðisins.
35. Í svari Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 15. febrúar 2019, hafi komið fram að engin gögn eða rannsóknarskýrsla hefðu verið lögð fram vegna „Enox Safe-Kid-One New“ úrs sem gæti staðfest það sem í skjalinu segði, enda hétu úrið sem stofnunin hefði haft til skoðunar ásamt Neytendastofu „Enox Safe-Kid-One“. Þá hefði stofnunin óskað eftir gögnum varðandi „Enox Safe-Kid-One“ úr, en umrætt skjal eða sambærilegt skjal hefði ekki verið að finna meðal gagnanna sem bárust frá Hópkaupum, þann 7. nóvember, og sögð voru frá framleiðanda, án þess að hann væri tilgreindur nánar.
36. Þá kæmi fram sú afstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að gögn sem Hópkaup hefði framvísað hefðu verið ófullnægjandi með vísan til XII. kafla laga um fjarskipti nr. 81/2003 sem legði ríkar skyldur á innflytjanda, dreifingaraðila og framleiðanda vegna þráðlauss fjarskiptabúnaðar sem

setja skyldi á markað. Í gögnunum væri ekki að finna samræmisfirlýsingu sem áskilin sé. Varði öll rannsóknargögnin úr sem nefnist „Top Watch/TD01“ án tilvísunar til úrsins sem óskað hafi verið gagna um, þ.e. „Enox Safe-Kid-One“. Aðeins í einu skjali sem sé óformlegt og óundirritað sé minnst á „Enox Safe-Kid-One“ úrið og í því segi að það og „Top Watch/TD01“ séu 100% Technically Identical: for Construction, Finish and Operation Standards“. Í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar komi einnig fram að engin samræmisfirlýsing hafi borist vegna „Top Watch“ úrsins. Þá hafi úrið sjálft ekki verið lagt fram til samanburðar. Póst- og fjarskiptastofnun hafi engar upplýsingar um að „Top Watch/TD01“ standist þær kröfur sem gerðar séu til þráðlauss fjarskiptabúnaðar á Evrópska efnahagssvæðinu þrátt fyrir tilraun til að afla slíkra upplýsinga.

37. Þá komi fram að þann 17. september 2018 hafi Póst- og fjarskiptastofnun sent fyrirspurn til Pheonix Testlab GmbH í Þýskalandi þar sem óskað hafi verið svara við nokkrum spurningum, m.a. um hvort skjal sem framvísað hefði verið vegna úrsins og beri heitið „Expertise“ hafi verið gefið út af Pheonix Testlab eins og það beri með sér. Ekkert svar hafi borist. Því næst hafi Póst- og fjarskiptastofnun hringt í Pheonix Testlab til að reyna að fá svör og þá hafi þess verið óskað að tölvupóstur yrði sendur. Því hafi stofnunin sent tölvupóst og ekkert svar hafi borist. Við skoðun á skjölunum hafi sést að úrin hafi ekki verið samskonar þar sem að m.a. skífa úrsins „Top Watch“ og útlit „Enox Safe-Kid-One“ úrsins hafi ekki verið eins.
38. Í greinargerð Neytendastofu er síðan bent á að á heimasíðu Bundesnetzagentur megi sjá að snjallúr fyrir börn sem hafi verið unnt að hlera hafi verið bönnuð árið 2017. Það vottorð sem lagt hafi verið fram við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefndinni virðist eiga að sýna fram á að ný tegund úrsins, „Enox Safe-Kid-One New“, sé ekki með hlerunarmöguleika. Neytendastofa telji þó ljóst af skoðun Syndis að „Enox Safe-Kid-One“ úrin hafi falið í sér möguleika til að hlusta á þau, án vitneskju eða vitundar þess sem úrið bar. Því líti Neytendastofa svo á að framlagning skjalsins hafi ekki áhrif á niðurstöðu eða efni ákvörðunar nr. 42/2018. Vottorð Bundesnetzagentur hafi aldrei verið lagt fram við málsmeðferð Neytendastofu og sé dagsett 6. desember 2018, eftir að Neytendastofa hóf skoðun á úrinu. Samræmisfirlýsingar og gögn um samræmismat eiga hins vegar að liggja fyrir þegar vara sé markaðssett.
39. Í greinargerð Neytendastofu er síðan vísað til þess að kærandi hafi óskað eftir upplýsingum um hvort Syndis ehf. hafi hæfi og löggildingu til að framkvæma CE-prófanir og dæma neytendataeki á grundvelli ESB reglna, reglugerða, laga og staðla. Ef svo eigi að vera fari framleiðandi fram á að lögð séu fram gögn sem sanni það. Neytendastofa bendir á að aðildarríkjum sé heimilt að tilkynna samræmismatsaðila (e. Conformity Assessment Bodies) til Evrópusambandsins sem sinni samræmismati á vörum sem falli undir samhæfða löggjöf Evrópusambandsins, sbr. fjarskiptabátt vörunnar. Kröfum um þetta hafi ekki verið fullnægt fyrir „Enox Safe-Kid-One“. Varðandi samræmismat á hugbúnaðarþætti sé ekki um að ræða samskonar tilkynnta aðila. Neytendastofu sé því heimilt að leita til viðurkennds aðila á sviði hugbúnaðarrannsókna sem hafi sérfræðiþekkingu í upplýsingaöryggi. Syndis ehf. uppfylli að

öllu leyti nauðsynleg skilyrði til prófunar sem um ræði. Neytendastofa telji skýrsluna sýna fram á að rannsókn Syndis ehf. hafi verið fullnægjandi og að afhjúpaðir hafi verið alvarlegir öryggisgallar.

40. Þá er í greinargerðinni vísað til þess að kærandi telji Neytendastofu hafa viðhaft skipulagða aðför að einu eða tveimur merkjum af tugum eða hundruðum merkja og snjalltækja á íslenskum markaði. Hafi önnur snjalltæki verið tekin og reynt að brjótast inn í þau sé reiknað með að það hafi tekist. Þá brjótí aðgerðirnar gegn meðalhófi og jafnræði. Neytendastofa telji að þessar fullyrðingar fái ekki staðist. Stofnunin hafi tekið ákvörðun um að skoða fjórar tegundir snjallúra, frá fjórum söluaðilum, sem markaðssett hafi verið með áberandi hætti fyrir börn á íslenskum markaði og með því leitast við að tryggja jafnræði í aðgerðum sínum. Þrjár tegundir hafi verið skoðaðar og prófaðar. Á grundvelli rannsóknar á snjallúrunum hafi verið tekin ákvörðun um að banna sölu á „Enox Safe-Kid-One“, sbr. ákvörðun nr. 42/2018, og á Wonlex snjallúri af gerðinni GW100 sem selt hafði verið hjá Tölvutek, sbr. ákvörðun nr. 46/2018. Vegna alvarlegra öryggisgalla hafi Neytendastofa einnig farið fram á innköllun á „Enox Safe-Kid-One“ úrinu. „Enox Safe-Kid-One“ hafi verið eina úrið sem hefði haft eins alvarlegan öryggisgalla og greint hafi verið frá og orðið til þess að stofnunin hefði talið nauðsynlegt að innkalla snjallúrin.
41. Neytendastofa fjallar síðan um það að í erindi kæranda sé því haldið fram að upplýsingum hafi verið dreift með fréttatilkynningu áður en kærufrestur hafi verið útrunninn í Evrópu og Bandaríkjunum. Stofnunin bendi á að hún birti allar ákvarðanir á heimasíðu sinni og gefi út fréttatilkynningar. Þá sé það hlutverk Neytendastofu að gefa út tilkynningar og vara við hættulegum vörum, sbr. 7. tölul. 1. mgr. 14. gr. laganna.
42. Í þessu samhengi sé bent á að í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 16. desember 2009 sé einnig mælt fyrir um viðmiðunarreglur varðandi stjórnun bandalagskerfis um skjót skipti á upplýsingum (RAPEX tilkynningarkerfið) skv. 12. og 11. gr. tilskipunar um öryggi vöru. Í kafla 2.2.5. viðmiðunarreglnanna sé fjallað um tímasetningu tilkynningar í RAPEX kerfið, en þar segi að aðildarríkjum sé skylt skv. 1. mgr. 12. gr. tilskipunarinnar að tilkynna framkvæmdastjórninni tafarlaust um fyrirbyggjandi og takmarkandi ráðstafanir. Það eigi hvoru tveggja við um lögboðnar ráðstafanir og ráðstafanir að eigin frumkvæði, þótt tímasetning tilkynninganna sé ekki eins. Þá eigi að tilkynna lögboðnar ráðstafanir í gegnum RAPEX-tilkynningarkerfið eins fljótt og þær hafi verið samþykktar eða ákvörðun hafi verið tekin um að samþykkja þær, jafnvel þótt líklegt sé að þeim verði áfrýjað á landsvísu, þeim hafi þegar verið áfrýjað eða þær falli undir kröfur um birtingu. Sú nálgun sé í samræmi við markmið RAPEX tilkynningarkerfisins um að greiða fyrir skjótum upplýsingaskiptum milli aðildarríkjanna og framkvæmdastjórnarinnar til að koma í veg fyrir afhendingu og notkun neysluvara sem hafi í för með sér alvarlega áhættu fyrir heilbrigði og öryggi neytenda. Neytendastofa telji alveg ljóst samkvæmt framangreindu að stofnuninni hafi verið skylt að miðla til annarra ríkja þeirri áhættu sem af notkun úrsins gæti hlotist.

43. Til viðbótar þessu bendi stofnunin á að Persónuvernd hafi birt frétt á heimasíðunni sinni, dags. 4. janúar 2019, þar sem ítrekað hefði verið að foreldrar, forráðamenn og aðrir gættu að öryggi og persónuvernd við kaup og notkun á gagnvirkum og nettengdum vörum fyrir börn, s.s. snjallúrum. Þar hefði einnig komið fram að stofnunin tæki undir það mat Neytendastofu að öryggisgallarnir sem hefðu uppgötvast í úri kæranda fælu í sér alvarlega hættu og gæti ógnað öryggi barna.
44. Að því er varðar staðhæfingar kæranda um að öryggiságallar úrsins hafi ekki verið af alvarlegum meiði þar sem að sambærilegar upplýsingar og þar hafi verið unnt að nálgast hafi verið hægt að finna í almennum upplýsingakerfum eins og 1819 bendir Neytendastofa á að staðsetningarupplýsingar og möguleiki á að hlera nánasta umhverfi barns bjóðist ekki í upplýsingakerfum þeim er í erindinu séu tilgreind.
45. Kærandi tiltaki að hugleiðingar Neytendastofu um að vondir menn geti elt uppi börn út á snjallsíma þeirra byggist á skorti á skynsamlegri og réttri hugsun. Menn sem vilji barni illt myndu fylgjast með eða elta barn við heimahús á leikvelli eða við skóla. Neytendastofa bendi í þessu sambandi á að ákvörðun stofnunarinnar byggji á áhættumati sem sé í samræmi við upplýsingar í skýrslu Syndis ehf. og þeirri staðreynd að varan sé markaðssett fyrir börn, sem tilheyri viðkvæmum neytendahópi. Gögnin í úrinu séu ekki dulkóðuð og nálgast megi upplýsingar úr úrinu án nokkurrar auðkenningar. Í áhættumati komi fram að árásaðili geti staðsett barn og með breytingum á upplýsingum í tækinu sé mögulegt að koma í veg fyrir samskipti þess við foreldri. Úrið veiti með því falskt öryggi og geti orðið til þess börn lendi í lífshættulegum aðstæðum. Tilkynning um sérstaklega hættulega vöru á grundvelli 12. gr. tilskipunar um öryggi vöru hafi verið samþykkt á grundvelli áhættumatsins af framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og með birtingu tilkynningar í RAPEX kerfinu. Benda megi á að samkvæmt gildandi kröfum beri framleiðanda sjálfum að framkvæma áhættumat á vöru sem hann framleiði og setji á markað. Ekkert slíkt áhættumat hafi verið gert eða lagt fram af hálfu kæranda.
46. Með bréfi, dags. 1. mars 2019, var kæranda gefinn kostur á að taka afstöðu til greinargerðar Neytendastofu. Svar barst með bréfi, dags. 15. mars 2019. Er þar áréttað að kærandi sé þýskt fyrirtæki sem hafi framleitt úrið ENOX Safe-Kid-One sem hafi verið selt á Íslandi og í Þýskalandi. Kærandi segist leggja áherslu á eftirfarandi vegna kæru sinnar til nefndarinnar: Í fyrsta lagi sé úrið með CE vottun. Í öðru lagi hafi úrið verið selt í Þýskalandi með samþykki Bundesnetzagentur, sbr. fyrirbyggjandi staðfestingu, dags. 6. desember 2018. Í þriðja lagi sé úrið ekki lengur til sölu. Í fjórða lagi sé unnið að úrbótum í samstarfi við kínverskan framleiðanda úrsins.
47. Kærandi telji misskilnings gæta hjá Neytendastofu um að úrið ENOX Safe-Kid-One sé ekki það sama og Top Watch/TD01. Kærandi vísi þar til staðfestingar um að úrin séu í raun eitt hið sama. Það sé alvanalegt að kínverskar verksmiðjur þrói og framleiði vörur, setji þær í

öryggisprófun o.fl. og síðar sé nöfnum breytt fyrir evrópsk fyrirtæki áður en þær fari á evrópskan markað.

48. Svo virðist sem Neytendastofa telji að þar sem það standi „Enox-Safe-Kid-New“ á heimasíðu Bundesnetzagentur sé um að ræða annað úr en það sem málið lúti að. Þetta sé ekki rétt. Í nóvember 2017 hafi Bundesnetzagentur ákveðið að ekki mætti lengur selja úr með eiginleikum sem hægt sé að nota sem hlerunarbúnað. Brugðist hafi verið við þessu með því að gera þennan búnað óvirkan í úrum sem framleidd hafi verið eftir þann tíma. Úr framleidd frá og með febrúar 2018 í samræmi við þessar nýju kröfur hafi þannig verið skilgreind sem „New“ til aðgreiningar frá eldri gerð úrsins. Kærandi hafi upplýst að úrin sem seld hafi verið hjá Hópkaupum hafi verið framleidd í febrúar 2018, þ.e. eftir þessa uppfærslu og falli því undir þessa „New“ skilgreiningu. Kærandi árétti að um gamalt úr sé að ræða sem ekki sé lengur í sölu og að hann hafi alltaf haft þar til gerðar staðfestingar um að uppfylltar væru gæðakröfur á EES svæðinu.
49. Vegna niðurstöðu Syndis ehf. hafi verið haft samband við verksmiðjuna sem framleiði úrin og þess óskað að hugbúnaður þess verði dulkóðaður. Kærandi telji að með þessu hafi verið brugðist við þeim hættum sem taldar séu vera fyrir hendi og hann hafi verið grandlaus um. Af þeim sökum og með vísan til þess að úrið sé ekki lengur til sölu sé rétt að fella ákvörðunina úr gildi.
50. Þann 6. maí 2019 óskaði áfrýjunarnefndin skýringa frá Neytendastofu við tilteknum atriðum, m.a. að því er varðaði tilvísun hinnar kærðu ákvörðunar til laga nr. 81/2003, samskipti stofnunarinnar við Póst- og fjarskiptastofnun og valdheimildir Neytendastofu gagnvart umræddum lögum. Svör stofnunarinnar bárust nefndinni með bréfi, dags. 24. maí 2019, ásamt fylgigögnum.

NIÐURSTAÐA

51. Í máli þessu leitar kærandi endurskoðunar á þeirri ákvörðun Neytendastofu að gera Wedo ehf. að afturkalla af markaði ENOX Safe-KID-One snjallúr með vísan til 1. mgr. 20. gr., sbr. 21. gr. laga nr. 134/1995 um öryggi vöru og opinbert markaðseftirlit. Með hinni kærðu ákvörðun var lagt bann við allri sölu og afhendingu umræddra ENOX snjallúra. Kærandi er framleiðandi umræddra úra.
52. Í lögum nr. 134/1995 um öryggi vöru og opinbera markaðsgæslu er að finna reglur um þær almennu kröfur sem gerðar verða til vöru sem boðin er til sölu í atvinnuskyni hér á landi. Í 1. mgr. 8. gr. laganna kemur fram að örugg vara merki sérhverja vöru sem við eðlileg eða fyrrisjáanleg notkunarskilyrði, þ.m.t. endingartíma, svo og kröfur sem gerðar eru um uppsetningu, viðhald og hvernig hún skuli tekin í notkun, teljist vera hættulaus fyrir einstaklinga, heilsu þeirra og eignir enda fullnægi hún almennum kröfum sem gerðar séu vegna almannahagsmuna um öryggi og vernd heilsu, svo og umhverfis. Við mat á öryggi vöru skulu tiltekin sjónarmið höfð til hliðsjónar sem nánar eru talin upp í lagaákvæðinu. Samkvæmt 2.

mgr. skal vara ekki sjálfkrafa teljast hættuleg við það eitt að til sé á markaði önnur vara sem er talin fullkomnari með tilliti til öryggis eða unnt sé að auka öryggi hennar.

53. Í 9. gr. laga nr. 134/1995 er að finna nánari kröfur um öryggi vöru. Kemur þar fram í 1. mgr. að framleiðsla og dreifing vöru, svo og þjónusta sem veitt er í tengslum við vöruviðskipti, skuli ávallt vera í samræmi við ákvæði laga, reglugerða og annarra stjórnvaldsfyrirmæla sem gilda hverju sinni um öryggi vörunnar. Í 2. mgr. segir að vara teljist vera örugg uppfylli hún skilyrði sem fram komi í íslenskum stöðlum, sem innleiða Evrópustaðla, sem tilvísun hafi verið birt í hér á landi og í Stjórnartíðindum Evrópubandalagsins í samræmi við ákvæði tilskipunar um öryggi vöru.
54. Í 3. mgr. 9. gr. laga nr. 134/1995 er síðan mælt fyrir um sjónarmið sem höfð skulu til hliðsjónar við mat á öryggi vöru í þeim tilvikum þar sem ákvæði þar að lútandi er ekki að finna í reglum eða stöðlum í samræmi við 1. og 2. mgr. Samkvæmt ákvæðinu skal þá litið til íslenskra staðla, tilmæla framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins þar sem fram komi viðmiðunarreglur um mat á öryggi vöru, gildandi laga og reglna um góðar starfsvenjur varðandi öryggi innan viðkomandi atvinnugreinar, Evrópustaðla annarra en þeirra sem getið er í 2. mgr., og annarra viðeigandi atriða, þar á meðal eðli vöru, öðrum vörum sem hún sé notuð með, tæknistigi og tækni og því öryggi sem neytendur geti vænst með réttu.
55. Samkvæmt 11. gr. laganna skulu Neytendastofa og viðeigandi eftirlitsstjórnvöld hafa eftirlit með því að vörur á markaði hverju sinni uppfylli settar reglur um öryggi. Í 14. og 15. gr. laganna er síðan fjallað um hlutverkaskiptingu milli Neytendastofu og annarra eftirlitsstjórnvalda. Samkvæmt 1. tölulið 14. gr. er Neytendastofa eftirlitsstjórnvald fyrir alla vöruflokka sem ekki eru á ábyrgð annarra eftirlitsstjórnvalda samkvæmt sérstökum lögum og samkvæmt 4. tölulið skal stofnunin samhæfa aðgerðir eftirlitsstjórnvalda ef eiginleikar vöru eða vöruflokks eru slíkir að ábyrgð á markaðseftirliti sé í höndum fleiri en eins eftirlitsstjórnvalds. Samkvæmt 1. tölulið 15. gr. er hlutverk annarra eftirlitsstjórnvalda að starfa að eftirliti sem þeim er falið samkvæmt ákvæðum sérlaga og fjalla um reglur um þá vöruflokka sem þau bera ábyrgð á samkvæmt sérlögum. Bæði í 14. og 15. gr. er Neytendastofu og öðrum eftirlitsstjórnvöldum veittar heimildir til að taka stjórnvaldsákvarðanir á grundvelli ákvæða IV. og V. kafla laganna. Í 4. mgr. 1. gr. laganna er mælt fyrir um að ákvæði 8. og 9. gr. laganna taki ekki til vöru sem um gilda sérstök lög eða reglur um öryggi vöru. Þar sem ákvæði sérlaga eru ófullnægjandi eða ganga skemmra en ákvæði IV. og V. kafla laganna skulu þau ákvæði gilda.
56. Hin kærða ákvörðun laut að öryggi svokallaðs snjallúrs af gerðinni ENOX Safe-KID-One. Úrið inniheldur þráðlausan fjarskiptabúnað og fellur því undir lög nr. 81/2003 um fjarskipti, sbr. 1. mgr. 1. gr. laganna. Í 61. gr. laganna er kveðið á um þær grunnkröfur sem gerðar verða til þráðlauss búnaðar og eru þær taldar upp í stafliðum a. til i. Er þar meðal annars kveðið á um það í e. lið að í þráðlausum fjarskiptabúnaði skuli vera innbyggðar öryggisráðstafanir til að sjá til þess að persónuupplýsingar og friðhelgi einkalífs notandans og áskrifandans njóti verndar. Í f. lið er síðan mælt fyrir um að þráðlaus búnaður skuli gerður fyrir sérstakar aðgerðir sem tryggi

vörn gegn svikum. Samkvæmt 1. mgr. 65. gr. er óheimilt að setja á markað eða bjóða á markaði annan þráðlausan fjarskiptabúnað en þann sem uppfyllir grunnkröfur 61. gr. og hefur CE-merkingu, á grundvelli samræmismats, því til staðfestingar. Þá skal framleiðandi þráðlauss búnaðar samkvæmt 1. mgr. 65. gr. a. tryggja að þráðlaus fjarskiptabúnaður sem hann setur á markað fullnægi grunnkröfum 61. gr. og hafi CE-merkingu á grundvelli samræmismats því til staðfestingar. Í reglugerð nr. 90/2007 um þráðlausan búnað og notendabúnað til fjarskipta og gagnkvæma viðurkenningu á samræmi þeirra eru framangreindar grunnkröfur áréttáðar auk þess sem að í IV. kafla er að finna ákvæði um framkvæmd samræmismats.

57. Í þessu samhengi skal þess getið að í 7. gr. a. laga nr. 135/1995 er mælt fyrir um að svokallaður tilkynntur aðili sé aðili sem stjórnvöld telja hæfan til að meta samræmi vöru við þau ákvæði laga og reglna sem um þær vörur gilda og stjórnvöld hafa tilkynnt til Eftirlitsstofnunar EFTA og framkvæmdastjórnar ESB sem hæfan til að framkvæma samræmismat fyrir tiltekna vörur samkvæmt þeim lögum og reglum sem gilda um hlutaðeigandi vöru.
58. Í 66. gr. laga nr. 81/2003 er fjallað um markaðseftirlit með þráðlausum fjarskiptabúnaði. Þar segir í 1. mgr. að það sé Póst- og fjarskiptastofnun sem fari með markaðseftirlit með þráðlausum fjarskiptabúnaði og rekstraraðilum hans. Skuli stofnunin að eigin frumkvæði eða eftir ábendingu taka til meðferðar mál er varða markaðseftirlit með þráðlausum fjarskiptabúnaði og skyldum rekstraraðila. Uppfylli þráðlaus fjarskiptabúnaður ekki grunnkröfur laganna eða reglugerðar nr. 90/2007 getur stofnunin samkvæmt 2. mgr. krafist þess að sala hans eða notkun verði þegar í stað stöðvuð, búnaðurinn verði kyrrsettur eða haldlagður og að rekstraraðilar grípi til aðgerða til úrbóta. Þá er stofnuninni heimilt að takmarka markaðssetningu og innflutning slíks búnaðar og getur hún krafist aðgerða af hálfu rekstraraðila til úrbóta í slíkum tilvikum.
59. Af öllu framangreindu leiðir að við mat á því hvort annmarkar séu á öryggi fjarskiptabúnaðar eins og þess er mál þetta lýtur að reynir á samspil ákvæða laga nr. 134/1995 og laga nr. 81/2003. Málalíbúnaður kæranda verður ekki skilinn öðruvísi en svo að hann telji snjallúr sín uppfylla þær kröfur sem gerðar verða til þráðlauss fjarskiptabúnaðar samkvæmt ákvæðum laga nr. 81/2003 í samræmi við fyrirliggjandi samræmismat fyrirtækisins Phoenix Testlab GmbH. Eftir því sem áfrýjunarnefndin kemst næst er það fyrirtæki tilkynntur aðili í skilningi 7. gr. a. laga nr. 134/1995 og hefur fengið staðfestingu Framkvæmdastjórnar ESB til að framkvæma samræmismat á grundvelli tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins 2014/53/ESB um samræmingu laga aðildarríkjanna um að bjóða þráðlausan fjarskiptabúnað fram á markaði, en með þeirri tilskipun var felld úr gildi tilskipun nr. 1999/5/EB sem meðal annars lá til grundvallar núgildandi lögum nr. 81/2003. Í fyrrnefndu tilskipuninni er að finna ákvæði um kröfur til fjarskiptabúnaðar sambærileg þeim sem hér að framan hafa verið rakin í lögum nr. 81/2003. Hvoru tveggja í lögum nr. 81/2003 og tilskipun 2014/53/EBS, sbr. einnig áður tilskipun nr. 1999/5/EB, er að finna ákvæði þar sem kveðið er á um að fjarskiptabúnaður skuli þannig gerður að í honum séu innbyggðar öryggisráðstafanir til að sjá til þess að persónuupplýsingar og

friðhelgi einkalífs notandans og áskrifandans njóti verndar og að búnaðurinn sé gerður fyrir sérstakar aðgerðir sem tryggi vörn gegn svikum.

60. Af framangreindu mætti ráða að álitafni er lytu að annmörkum á öryggi snjallúra kæranda, sem fælu í sér að utanaðkomandi aðilar gætu öðlast aðgang að persónuupplýsingum notenda og með svikum haft áhrif á hegðun þeirra, vörðuðu fyrst og fremst ákvæði laga nr. 81/2003 og féllu þar með undir eftirlitssvið Póst- og fjarskiptastofnunar. Af hálfu Neytendastofu hefur á hinn bóginn verið vísað til þess að málið hafi fallið undir málefnasvið stofnunarinnar þar sem snjallúr kæranda teljist „almenn vara“. Snjallúrið hafi verið markaðssett og selt sem „almenn vara“ og beri „engin ytri einkenni símtækis eða annars konar hefðbundins fjarskiptabúnaðar“. Þá hefur stofnunin vísað til þess að í aðfararorðum tilskipunar 2001/95/EB um öryggi vöru komi fram að ef í sértækri bandalagslöggjöf séu settar fram öryggiskröfur sem taka aðeins til vissra öryggisþátta eða áhættuflokka, að því er varðar viðkomandi vörur, ákvarðist skyldur atvinnurekenda að því er varði þessa áhættu af ákvæðum sértæku löggjafarinnar, en um aðra áhættuþætti gildi almennar öryggiskröfur tilskipunarinnar um öryggi vöru.
61. Áfrýjunarnefndin telur ljóst að sama vara kunni að geta fallið hvoru tveggja undir kröfur laga nr. 134/1995 og ákvæða sérlaga eins og laga nr. 81/2003 og að slíkt kunni að eiga við þegar vara hefur fjölþætt notagildi eða hefur margþætta eiginleika Eigi lög nr. 134/1995 þá fyrst og fremst við þegar öryggisannmarki lúti að öðrum atriðum en þeim sem mælt er fyrir um í ákvæðum sérlaganna. Þótt áfrýjunarnefndin telji að ýmislegt bendi til þess að lög nr. 81/2003 innihaldi kröfur sem taki til þeirra ætluðu annmarka er mál þetta lýtur, svo sem rakið hefur verið hér að framan, þá er til þess að líta að sú vara sem hér um ræðir er óhefðbundið fjarskiptatæki sem sérstaklega er hannað fyrir samskipti barna og forráðamanna þeirra með notkun sérstaks hugbúnaðar og hinir ætluðu annmarkar lúta að þessu sérstaka eðli vörunnar og umræddum hugbúnaði. Þá verður ráðið af gögnum málsins að það mun hafa verið sameiginleg afstaða Póst- og fjarskiptastofnunar, sem hefur eftirlit með framkvæmd þeirra laga, og Neytendastofu að réttara væri að síðarnefnda stofnunin hefði forræði á málinu á grundvelli laga nr. 134/1995 fremur en Póst- og fjarskiptastofnun á grundvelli laga nr. 81/2003. Verður því að miða við að Póst- og fjarskiptastofnun hafi álitnið að hinir ætluðu annmarkar á öryggi snjallúra kæranda vörðuðu ekki kröfur sem leiddar yrðu af ákvæðum laga nr. 81/2003. Af þessum sökum hafi Neytendastofa haft forræði á málinu og lagt mat á öryggi snjallúrs kæranda út frá kröfum 8. og 9. gr. laga nr. 134/1995 án tillits til þeirra krafna sem fram koma í lögum nr. 81/2003. Er þetta í samræmi við það sem fram kemur í skýringum Neytendastofu til áfrýjunarnefndarinnar, dags. 24. maí 2019. Áfrýjunarnefndin gerir ekki athugasemd við þessa verkaskiptingu eftirlitsstjórnvaldanna tveggja og hefur þá meðal annars hliðsjón af því að nefndinni er almennt ekki falið að hafa eftirlit með framkvæmd Póst- og fjarskiptastofnunar á lögum nr. 81/2003.
62. Þrátt fyrir allt framangreint var tekið fram í hinni kærðu ákvörðun að það væri mat Neytendastofu að gögn sem lögð hefðu verið fram hefðu „ekki tryggt sönnun á því að úrið uppfylli lágmarks grunnkröfur samkvæmt gildandi reglum um fjarskiptatæki og geti því ekki

talist öruggt“. Tekið var fram að niðurstaða Neytendastofu væri reist á því að gögn úrsins væru ekki dulkóðuð, auðvelt væri fyrir aðila að brjótast inn í gögnin og þar með sjá allar upplýsingar sem úrið safnaði auk þess sem hægt væri að breyta vistuðum símanúmerum. Þá tryggði kærandi ekki aðgangstakmarkanir að persónuupplýsingum notanda. Var að þessu leyti vísað til skýrslu fyrirtækisins Syndis ehf. Fæli þessi öryggisgalli í sér alvarlega hættu að mati Neytendastofu og gæti hann ógnað öryggi barna. Þá sagði að snjallúr kæranda gæti ekki talist örugg vara samkvæmt 1. mgr. 8. gr. og 2. mgr. 9. gr. laga nr. 134/1995 „þar sem það uppfyllir ekki kröfur sem gerðar eru til slíkra vara, sbr. ákvæði 65. og 65. gr. a. laga nr. 81/2003“.

63. Framangreind afstaða í hinni kærðu ákvörðun var á skjön við þá niðurstöðu Neytendastofu og Póst- og fjarskiptastofnunar að þær kröfur sem hinir ætluðu annmarkar lytu að yrðu ekki leiddar af ákvæðum laga nr. 81/2003. Hefðu stjórnvöldin talið að af ákvæðum þeirra laga leiddi að snjallúr skyldu vera dulkóðuð, gögn þyrftu að vera betur varin gegn innbrotum og aðgangstakmarkanir ríkari þá hefði það verið á valdsviði Póst- og fjarskiptastofnunar að leggja mat á annmarkana og í kjölfarið taka ákvörðun um viðbrögð og þá eftir atvikum á grundvelli laga nr. 134/1995 eða laga nr. 81/2003. Var það þannig utan verkefna- og valdsviðs Neytendastofu að leggja mat á það hvort þau atriði sem bent var á í skýrslu Syndis ehf. fælu í sér brot á ákvæðum laga nr. 81/2003. Þá var það ekki á verkefnasviði Neytendastofu að sjá til þess að framfylgt væri ákvæðum laga nr. 81/2003 um að fyrir lægi samræmismat fjarskiptabúnaðar, sbr. 65. og 65. gr. a. laga nr. 81/2003. Á hinn bóginn var stofnuninni skylt, ef fyrir lá samræmismat þess efnis að snjallúr kæranda samræmdust kröfum laga 81/2003, að leggja til grundvallar að þau væru örugg vara að því er varðaði ætlaða annmarka sem lytu að kröfum laga nr. 81/2003 laga, sbr. 2. mgr. 9. gr. nr. 134/1995.
64. Í skýringum Neytendastofu til áfrýjunarnefndarinnar, dags. 24. maí 2019, kemur fram að þrátt fyrir framangreint orðalag hafi stofnunin í raun og veru ekki lagt mat á hina ætluðu annmarka með hliðsjón af ákvæðum laga nr. 81/2003. Verður af skýringunum ráðið, svo sem þegar hefur verið rakið, að það hafi verið niðurstaða Neytendastofu og Póst- og fjarskiptastofnunar að hinir ætluðu annmarkar lytu ekki að kröfum laga nr. 81/2003 og því myndi Neytendastofu hafa forræði á málinu með hliðsjón af þeim kröfum sem leiddar yrðu af lögum nr. 134/1995. Verður því að skilja framangreindan hluta hinnar kærðu ákvörðunar sem svo að tilvísun Neytendastofu til laga nr. 81/2003 hafi fyrst og fremst verið árétting á þeirri afstöðu Póst- og fjarskiptastofnunar að ekki lægi fyrir samræmismat vegna snjallúrs kæranda, án þess þó að stofnunin tæki með því afstöðu til þess hvors slíkt mat hefði úrslitapýðingu um það hvort varan uppfyllti að öðru leyti ákvæði laga nr. 134/1995.
65. Kærandi telur að fella beri hina kærðu ákvörðun úr gildi þar sem snjallúrið sem málið lúti að sé merkt CE-merki og fyrir liggi samræmismat Phoenix Testlab GmbH þess efnis. Eins og að framan greinir leggur áfrýjunarnefndin til grundvallar að hin kærða ákvörðun hafi fyrst og fremst lotið að því að snjallúr kæranda teljist ekki örugg í skilningi 8. og 9. gr. laga nr. 134/1995 og þá án tillits til þess hvort úrin uppfylltu kröfur laga nr. 81/2003. Þá liggur fyrir sú afstaða

Póst- og fjarskiptastofnunar, sbr. bréf stofnunarinnar, dags. 15. febrúar 2019, að samræmismat það sem kærandi hefur lagt fram lúti að snjallúrinu Top Watch TD01 og einungis liggi fyrir „óformleg“ yfirlýsing verksmiðjuframleiðanda snjallúrs kæranda um að það úr sé hið sama og umrætt Top Watch TD01. Þrátt fyrir þetta og það að stofnuninni hafi ekki verið látið í té úrið Top Watch TD01 megi af myndum af því ráða að það sé ekki nákvæmlega eins og snjallúr kæranda þrátt fyrir yfirlýsingu verksmiðjuframleiðandans um annað. Loks kemur fram í sama bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar að fyrirspurnum stofnunarinnar til Phoenix Testlab GmbH hafi ekki verið svarað. Með vísan til alls framangreinds verður ekki talið að Neytendastofu hafi verið skylt að leggja til grundvallar með vísan til 2. mgr. 9. gr. laga nr. 134/1995 og þeirra gagna sem lögð hafa verið fram af hálfu kæranda um samræmismat Phoenix Testlab GmbH að snjallúr kæranda væri örugg vara.

66. Samkvæmt framangreindu kemur til skoðunar hvort snjallúr kæranda geti talist örugg vara í skilningi 8. og 9. gr. laga nr. 134/1995 í ljósi þeirra atriða sem bent er á í skýrslu Syndis ehf. Skilja verður kæru sem svo að kærandi álíti að Neytendastofa hafi gert of ríkar kröfur til öryggis snjallúra með því að leggja til grundvallar að þeir annmarkar sem fram koma í skýrslunni leiði til þess að snjallúr kæranda uppfylli ekki kröfur umræddra ákvæða. Ekki verði gerðar svo ríkar kröfur að komið verði í veg fyrir tölvuinnbrot aðila sem búi yfir jafn mikilli sérþekkingu og fyrirtækið Syndis ehf.
67. Í þessu samhengi verður að hafa í huga að umrædd vara er markaðssett fyrir foreldra sem vilja tryggja öryggi barna sinna. Um er að ræða öryggistæki sem neytendur eiga að geta treyst að nýtist til að vernda hóp sem er í eðli sínu viðkvæmur. Eru þetta sjónarmið sem hafa umtalsverða vigt sé litið til 3. og 4. töluliðar 1. mgr. 8. gr., sbr. einnig 5. tölulið 3. mgr. 9. gr. laga nr. 134/1995.
68. Af skýrslu Syndis ehf. má ráða að hugbúnaður sá er fylgi snjallúrum kæranda sé ekki dulkóðaður og að sú staðreynd geri það að verkum að tiltölulega einfalt sé að nálgast staðsetningarsögu, símanúmer, raðnúmer og aðrar viðkvæmar persónuupplýsingar í fjölda snjallúra. Þessum upplýsingum sé hægt að hlaða niður án nokkrar auðkenningar. Þá geti notendur sem ekki séu auðkenndir séð, breytt símanúmerum sem hægt sé að nota í úrinu og slökkt á snjallúrum. Allir sem tengdir séu internetinu geti tekið að sér fulla stjórn á snjallúrum kæranda. Þannig geti óviðkomandi sent inn skipun í úrin og látið þau hringja í símanúmer að eigin vali, kveikt á úrinu og hlustað á það sem fram fer í umhverfi þess. Þá sé hægt að nota úrið til að láta það hringja í símanúmer í hæsta gjaldflokki. Slíka árás sé hægt að framkvæma án nokkurrar vitneskju notanda snjallúrsins eða forráðamanna hans. Tekið er fram að engin úrræði séu fyrir notendur til að takmarka áhættuna af því að gögn þeirra séu aðgengileg eða verjast árás. Jafnvel eftir að notkun úrs sé hætt sé staðsetningarsaga þess að fullu aðgengileg á svokölluðum miðlara og engin leið sé fyrir notanda að eyða upplýsingunum.

69. Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru framangreind atriði þess eðlis að ekki er ástæða til að draga í efa þá niðurstöðu Neytendastofu að snjallúr kæranda ENOX Safe-KID-One uppfylli ekki kröfur 8. gr. laga nr. 134/1995 til að teljast vera örugg vara.
70. Kærandi hefur vísað til þess að snjallúr hans ENOX Safe-KID-One-New sé boðið til sölu í Þýskalandi án athugasemda af hálfu þýsku póst-, fjarskipta- og raforkumálastofnunarinnar Bundesnetzagentur. Áfrýjunarnefndin tekur fram að hin kærða ákvörðun lýtur orðum sínum samkvæmt að snjallúri kæranda ENOX Safe-KID-One en ekki ENOX Safe-KID-One-New. Þá hefur það ekki þýðingu við úrlausn máls þessa þótt eftirlitsstjórnvöld annarra ríkja á Evrópska efnahagssvæðinu hafi látið markaðssetningu kæranda á snjallúri hans óáreitta og verður ekki séð að framangreind stofnun hafi tekið afstöðu til þeirra annmarka sem fjallað var um í hinni kærðu ákvörðun.
71. Kærandi hefur við meðferð málsins tilkynnt áfrýjunarnefndinni að unnið sé að úrbótum á snjallúrum hans í samstarfi við verksmiðjuframleiðanda. Að því tilefni tekur áfrýjunarnefndin fram að kærandi getur leitað að nýju til Neytendastofu og óskað eftir að hin kærða ákvörðun verði afturkölluð sé leitt í ljós að brugðist hafi verið við þeim annmörkum sem voru á því snjallúri sem hin kærða ákvörðun laut að.
72. Áfrýjunarnefndin gerir að lokum ekki athugasemd við að Neytendastofa hafi tilkynnt opinberlega um hin kærða ákvörðun, enda hnigu almannahagsmunir til þess að kaupendum snjallúra kæranda yrði gert viðvart um þá annmarka sem voru á öryggi þeirra.
73. Með vísan til alls framangreinds verður hin kærða ákvörðun staðfest.

ÚRSKURÐARORÐ:

Hin kærða ákvörðun er staðfest

Halldóra Þorsteinsdóttir

Áslaug Árnadóttir

Gunnar Páll Baldvinsson