

ÚRSKURÐUR

ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 15/2012

Kæra Jóns Einarssonar á ákvörðun Neytendastofu 6. september 2012.

1. Þann 27. febrúar 2013 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 15/2012: Kæra Jóns Einarssonar á ákvörðun Neytendastofu frá 6. september 2012. Í málinu úrskurða Eiríkur Jónsson, Egill Heiðar Gíslason og Eyvindur G. Gunnarsson.
2. Með kæru, dags. 11. september 2012, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu, dags. 6. september 2012, um að ekki sé ástæða til aðgerða vegna kvörtunar kæranda yfir meintu broti Miðlunar ehf. á 2. mgr. 14. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000. Kærandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi, að úrskurðað verði að Miðlun ehf. hafi brotið gegn 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000, gagnvart kæranda, og að lagt verði fyrir Neytendastofu að grípa til aðgerða gagnvart Miðlun ehf. vegna brotsins. Til vara krefst kærandi þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og málinu vísað aftur til Neytendastofu til löglegrar meðferðar og nýrrar ákvörðunar.
3. Kæruheimild er í 3. mgr. 17. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000, sbr. og c-lið 2. mgr. 4. gr. laga um Neytendastofu og talsmann neytenda nr. 62/2005.

MÁLAVEXTIR

4. Með bréfi til Neytendastofu, dags. 5. júní 2012, kvartaði kærandi yfir meintu broti Miðlunar ehf. á 2. mgr. 14. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000. Í bréfinu er tekið fram að kærandi sé skráður með bannmerkingu í skrá Þjóðskrár og vísað um það til meðfylgjandi útprentunar frá Þjóðskrá. Þá er tekið fram að kærandi sé jafnframt skráður með bannmerkingu í skrá vefsins ja.is og vísað um það til meðfylgjandi útprentunar af vefnum.
5. Í bréfinu er síðan tekið fram að á síðustu vikum hafi nokkrum sinnum verið hringt í síma kæranda úr símanúmeri sem skráð sé á Miðlun ehf. Kærandi hafi hins vegar sjaldnast náð að svara símtölunum. Í síðustu viku hafi kærandi hringt í umrætt fyrirtæki, upplýst að hann væri bannmerktur og sett fram kvörtun. Móttökuritari/símadama hafi tekið niður upplýsingar og sagst myndu koma þeim til yfirmanns. Sunnudaginn 3. júní 2012 hafi enn og aftur verið hringt úr umræddu númeri. Kærandi hafi ekki náð að svara í tæka tíð. Mánudaginn 4. júní 2012 hafi kærandi farið með símann til lögreglunnar og fengið upplýsingaskýrslu, sem staðfesti að hringt hafi verið í síma kæranda úr umræddu númeri, sbr. skýrslu sem bréfinu fylgi. Kærandi hafi hringt aftur í fyrirtækið að morgni 4. júní 2012 og óskað eftir að fá að ræða við yfirmann. Móttökuritari/símadama hafi sagt að hann væri ekki ennþá kominn en að hann væri væntanlegur.

Hafi hún tekið niður upplýsingar um málið svo yfirmaðurinn gæti haft samband til baka við kæranda. Ekki hafi ennþá verið haft samband við kæranda.

6. Svo sem áður greini sé kærandi bannmerktur í skrá Þjóðskrár og í skrá vefsins ja.is. Þessa bannmerkingu beri fyrirtækinu Miðlun ehf. að virða, svo sem skýrt sé tekið fram í lokamálslið 2. mgr. 14. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga. Það hafi fyrirtækið ekki gert og fyrir því séu sannanir, sbr. meðfylgjandi upplýsingaskýrslu lögreglu. Því setji kærandi umrædda kvörtun fram og krefjist þess að Neytendastofa rannsaki málið og úrskurði um meint framangreind brot Miðlunar ehf. Þess sé krafist, verði niðurstaða Neytendastofa sú að Miðlun ehf. hafi brotið gegn kæranda, að stofnunin grípi til fyllstu aðgerða sem lög leyfi gagnvart fyrirtækinu.
7. Með bréfi Neytendastofu, dags. 20. júní 2012, var Miðlun ehf. kynnt framkomið erindi kæranda og óskað eftir athugasemdum og skýringum félagsins vegna þess. Með bréfi til Miðlunar ehf., dags. 16. júlí 2012, ítrekaði Neytendastofa þá ósk. Svar barst með bréfi, dags. 31. júlí 2012. Þar er tekið fram að Miðlun ehf. sé þjónustufyrirtæki á sviði viðskiptatengsla og starfi við úthringingar og innhringingar fyrir viðskiptavinum sína. Með hliðsjón af lögum um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000 vilji Miðlun ehf. taka fram að bannmerkingar í Þjóðskrá séu virtar í einu og öllu hjá fyrirtækinu og allar úthringiskrár samkeyrðar við Þjóðskrá ef um sé að ræða beina markaðssókn. Miðlun ehf. kaupi úthringigögn frá þriðja aðila með þeim fyrirmælum. Meðal viðskiptavina Miðlunar ehf. sé Allianz. Miðlun hafi í ár hringt í viðskiptavinum Allianz í kjölfarið á breytingu á lögum er varði viðbótarlífeyrissparnað. Þær breytingar hafi gefið Allianz tilefni til að hafa samband við núverandi viðskiptavinum félagsins og bjóða fram ráðgjöf í tengslum við breytingarnar. Í tilfelli kæranda hafi verið hringt í hann þar sem nafn hans hafi verið á lista yfir viðskiptavinum Allianz. Miðlun ehf. telji að úthringingar félagsins fyrir hönd Allianz feli ekki í sér brot gegn 2. mgr. 14. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000.
8. Með bréfi til kæranda, dags. 1. ágúst 2012, sem Miðlun ehf. fékk afrit af, var kæranda kynnt svar Miðlunar ehf. Tekið er fram í bréfinu að gagnaöflun málsins sé þar með lokið og málið verði tekið til ákvörðunar Neytendastofu. Kærandi brást við með tölvubréfi til Neytendastofu, dags. 3. ágúst 2012, þar sem tekið er fram að kærandi hafi nokkrar athugasemdir við framkomin svör Miðlunar ehf. og telji nauðsynlegt að svara þeim, auk þess sem hann vilji koma viðbótarupplýsingum á framfæri í málinu.
9. Kærandi dragi í efa að hið rétta erindi úthringinga Miðlunar ehf. hafi verið að veita ráðgjöf í tengslum við þá breytingu sem orðið hafi á lögum er varði viðbótarlífeyrissparnað, þ.e. breytinguna sem varð á 30. gr. laga um tekjuskatt nr. 90/2003, sbr. 14. gr. laga nr. 164/2011. Í fyrsta lagi hafi úthringingarnar átt sér stað þegar langt hafi verið liðið á árið. Þeir sem voru/séu með viðbótarlífeyrissparnað hafi þurft að gera upp við sig í kringum áramótin 2011-2012 hvort þeir ætluðu að halda áfram óbreyttu fyrirkomulagi á lífeyrissparnaði sínum og taka þá sjálfir á sig að ekki væri lengur eins há prósentla til frádráttar frá skatti og áður var, eða gera breytingar á sparnaði sínum með hliðsjón af hinum breyttu skattareglum. Kærandi spyrji; ef fullyrðing Miðlunar ehf. sé sönn, hverju félagið hafi þá hugst ná fram með úthringingum sínum svo löngu eftir að menn þurftu að ákveða hvort þeir ætluðu að breyta eða breyta ekki lífeyrissparnaði sínum.

Í öðru lagi sé kæranda ekki kunnugt um að fyrirtækið Miðlun ehf., sem sé markaðssetningarfyrirtæki, hafi innan sinna vébanda sérhæfða ráðgjafa til að veita lífeyrissparendum ráð. Kærandi spyrji hvernig þessari ráðgjöf hafi átt að vera háttað. Hvort í raun hafi verið um ráðgjöf að ræða, hlutlausu og óvilhalla, eða hvort hér hafi verið um að ræða markaðssetningu dulbúna sem „ráðgjöf“. Í þriðja lagi verði að telja ólíklegt að um eiginlega ráðgjöf hafi verið ræða, því tæplega hefði „ráðgjafinn“ nokkrar upplýsingar um viðskiptastöðu eða viðskiptasögu þeirra aðila sem hann hringdi í, enda sé hann ekki starfsmaður þess fjármálafyrirtækis sem viðskiptin eigi. „Ráðgjafinn“ gæti því augljóslega ekki svarað neinum sértækum spurningum sem viðmælandinn hefði og „ráðgjöfin“ því augljóslega ekki nein ráðgjöf. Í fjórða lagi falli samskipti fjármálastofnana við viðskiptamenn sína undir margvísleg sérlög, sem ætlað sé að vernda viðskiptamenn umfram það sem gangi og gerist almennt. Jafnframt sé til sértæk stofnun, úrskurðarnefnd um viðskipti við fjármálafyrirtæki, sem sjái um að úrskurða í deilumálum sem rísa kunna vegna samskipta fjármálastofnana við viðskiptamenn. Tilvísun Miðlunar ehf. til meintrar „ráðgjafar“ sem ástæðu úthringinga sinna sé því augljós fyrirsláttur.

10. Kærandi hafi sett sig í samband við Allianz á Íslandi strax og hann hafi fengið upplýsingar um skattalagabreytingarnar. Hann hafi gengið frá því við vinnuveitanda sinn að halda óbreyttu lífeyrisfyrirkomulagi og undirritað sérstaka yfirlýsingu þess efnis, sem hann hafi síðan sent til Allianz, sbr. meðfylgjandi skjöl með bréfinu. Það hafi því að öllu leyti verið óþarft að Allianz á Íslandi væri á nokkurn hátt að láta hringja í kæranda með einhverja ráðgjöf um atriði sem hann hafi þá þegar tekið á. Því sé augljóst að einungis hafi verið um markaðssetningarhringingar að ræða.
11. Það sé mat kæranda að jafnvel þótt fullyrðing Miðlunar ehf. væri rétt, um að ástæða úthringinganna hafi verið veiting ráðgjafar, væru úthringingarnar engu að síður óheimilar og ólögmetar. Í fyrsta lagi sé það meginregla í íslenskri lögfræði að lög beri að túlka á þann hátt að þau verði ekki markleysa. Ef fallist væri á framsetta túlkun Miðlunar ehf., um að ráðgjöf falli ekki undir bannákvæðið, myndu allir bannmerktir símar landsins fljótlega fá flóð símtala þar sem fram væri boðin „ráðgjöf“. Þar með væri bannið orðið að markleysu, brandara. Kæranda spyrji hvort líklegt sé að það hafi verið markmið löggjafans, er hann setti lög um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000, að setja bara einhverja markleysu sem ekkert yrði farið eftir. Í öðru lagi beri að hafa í huga að lög nr. 46/2000 séu hluti af því að Ísland efni skyldur sínar samkvæmt EES-samningnum. Í EES-rétti, svo sem í Evrópurétti, gildi meginreglan um „Principle of Effectiveness“. Öll túlkun laganna beri því að taka mið af því. Minnt sé á að tilskipun 97/7/EC, „on the protection of consumers in respect of distance contracts“, sé í gildi á EES-svæðinu, en grein 10 (2) hljóði svo: „Member States shall ensure that means of distance communication, other than those referred to in paragraph 1, which allow individual communications may be used only where there is no clear objection from the consumer“. Ekki þurfi að orðlengja um að það myndi bæði grafa undan trúverðugleika Íslands í EES-samstarfinu og teljast vera brot af hálfu íslenska ríkisins í skilningi Köbler-reglunnar, ef ein af undirstofnunum þess myndi túlka lögina á þann hátt að þau næðu ekki tilgangi sínum. Með hliðsjón af ofangreindu ítreki kærandi kröfur sínar.

12. Með bréfi Neytendastofu, dags. 7. ágúst 2012, var Miðlun ehf. kynnt framangreint bréf kæranda og gefinn kostur á að koma að skýringum eða athugasemdum við það. Svar barst með bréfi, dags. 20. ágúst 2012. Þar kemur fram að úthringingar Miðlunar ehf. fyrir hönd tiltekins tryggingafélags hafi haft þann tilgang að bjóða viðskiptavinum félagsins fund með tryggingaráðgjafa vegna þeirra breytinga á lífeyrismálum sem vísað sé til í fyrra bréfi félagsins. Miðlun ehf. annist ekki sölumennsku eða ráðgjöf fyrir hönd umrædds tryggingafélags, einungis fundabókanir. Í þessu tilviki hafi orðið lagabreytingar sem haft hafi umtalsverð áhrif á forsendur þeirra viðskipta sem um hafi verið að ræða. Það hafi því verið eðlileg/nauðsynleg þjónusta tryggingafélagsins við viðkomandi viðskiptavin að bjóða fund með ráðgjafa til að skoða áhrif umræddra lagabreytinga og mögulegar breytingar á viðskiptum í því sambandi. Úthringingar Miðlunar í umræddu tilviki teljist án vafa nauðsynleg og eðlileg samskipti og hafi verið framkvæmdar vegna viðvarandi viðskiptasambands umrædds tryggingafélags við viðskiptavini sína. Eins og áður hafi komið fram sé það mat Miðlunar ehf. að umræddar úthringingar stangist ekki á við lög um húsgöngu- og fjarsölusamninga. Það sé skoðun félagsins að umræddum lögum sé ekki ætlað að takmarka samskipti fyrirtækja við núverandi viðskiptavini sína, sé um að ræða nauðsynleg og eðlileg samskipti vegna viðvarandi viðskipta.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

13. Með bréfi Neytendastofu til kæranda, dags. 6. september 2012, komst Neytendastofa að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til aðgerða vegna kvörtunar kæranda. Þar er fyrst vikið að efni kvörtunar kæranda og sjónarmiðum hans og Miðlunar ehf. Síðan segir að í málinu liggi ljóst fyrir að kærandi sé skráður á bannskrá Þjóðskrár og með bannmerkingu í símaskrá. Samkvæmt ákvæðum 2. mgr. 14. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000 beri þeim sem lögin taki til að kanna bannskrá Þjóðskrár áður en bein markaðssókn sé skipulögð. Bein markaðssókn gegn kæranda sé því bönnuð samkvæmt 14. gr. laganna. Neytendastofa telji ákvæðið þó ekki koma í veg fyrir að fyrirtæki hafi samband við einstaklinga, þó þeir séu skráðir á bannskrá Þjóðskrár, ef um sé að ræða samskipti sem tengist með beinum hætti viðskiptasambandi þeirra sem þegar sé komið á.
14. Í gögnum málsins komi fram að í nokkur skipti hafi verið hringt í bannmerktan farsíma kæranda af Miðlun. Kærandi hafi ekki svarað símtölunum. Í skýringum Miðlunar komi fram að um hafi verið að ræða úthringingar fyrir hönd Allianz í tengslum við viðskiptasamband kæranda og Allianz. Þó kærandi hafi fært ýmis rök fyrir því að skýringar Miðlunar fái ekki staðist telji Neytendastofa ekki ástæðu til annars en að fallast á þær skýringar Miðlunar að úthringingarnar hafi tengst viðskiptasambandi kæranda og Allianz. Neytendastofa telji Miðlun því ekki hafa brotið gegn ákvæðum 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 og ekki sé ástæða til frekari afskipta Neytendastofu í málinu.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

15. Í kæru, dags. 11. september 2012, er í fyrsta lagi vísað til þess að túlkun Neytendastofu á ákvæði 2. mgr. 14. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000 hafi verið röng. Ákvæðið

hljóði svo: „Seljendum vöru og þjónustu sem lög þessi taka til ber, áður en bein markaðssókn er skipulögð, að kanna bannskrá Þjóðskrár yfir þá sem vilja ekki að nöfn þeirra séu notuð við markaðssetningu, sbr. ákvæði laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Hafi neytandi óskað eftir því að vera færður í skrána er bein markaðssókn til hans óheimil.“ Svo sem sjá megi af ákvæðinu innihaldi það ekki neinar undantekningar frá því banni sem þar komi fram. Bannið sé með öðrum orðum altækt. Ekki verði heldur neitt lesið úr lögskýringargögnum sem gefi til kynna að það hafi verið ætlun löggjafans, við setningu laga nr. 46/2000, að frá ákvæðinu væru gerðar nokkrar undantekningar. Þvert á móti segi um 2. mgr. 14. gr. í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögunum: „Í 2. mgr. er að finna ákvæði sem er sniðið að því skráningarkerfi sem er fyrirhugað að koma á fót samkvæmt frumvarpi til laga um persónuvernd og persónuupplýsingar, sbr. 280. mál á þskj. 199. Samkvæmt framangreindu frumvarpi er stefnt að því að Hagstofa Íslands haldi skrá yfir þá sem vilja ekki að nöfn þeirra verði notuð í beinni markaðssókn. Seljendum vöru og þjónustu ber því að virða slíkar óskir neytenda sem þar hafa látið skrá sig. Jafnframt er gert ráð fyrir því að seljendur uppfæri a.m.k. tvisvar á ári skrár sem þeir nota í þessu skyni, sbr. nánar ákvæði 28. gr. í frumvarpinu, sbr. þskj. 199.“

16. Það sé mat kæranda að Neytendastofu hafi verið óheimilt að túlka ákvæðið á þann veg að undantekningar séu mögulegar frá því. Með því beiti Neytendastofa aðferðum sem ekki standist viðurkennda aðferðafræði íslenskrar lögfræði. Íslensk réttarhefð byggir á því að reglur beri að styðjast við tiltekna heimildir, s.k. réttarheimildir. Ef til séu sett lög sem taki á því atriði sem um sé fjallað, beri að túlka þau ýmist eftir orðanna hljóðan, sem sé oftast augljósasti skýringarkosturinn, eða þröngt eða rúmt ef sérstök atriði mæli með því að slík túlkun sé tekin fram yfir túlkun eftir orðanna hljóðan. Neytendastofa rökstyðji ekki sérstaklega af hvaða orsökum hún telji sér leyfast að líta framhjá orðalagi ákvæðisins og túlka ákvæðið með þrengjandi hætti. Kærandi spyr hvort Neytendastofa sjái eitthvað í greinargerðinni með lögunum sem gefi sérstakt tilefni til að velja þennan túlkunarhátt. Hvort eitthvað í meðferð þingsins á frumvarpinu gefi tilefni til að líta svo á að þingið hafi í raun viljað hafa þessa takmörkun í ákvæðinu, en ekki náð að orða það þannig að sá vilji kæmi fram í lagatextanum. Engar slíkar skýringar liggja fyrir.
17. Þá vilji kærandi benda á að niðurstaðan sé ekki rökstudd sérstaklega að öðru leyti. Þannig vísi Neytendastofa hvorki til fordæma úr eigin ákvörðunum, úrskurðum áfrýjunarnefndar neytendamála eða frá dómstólum, né vísi hún til þess hvort systurstofnanir sínar í öðrum löndum á EES-svæðinu túlki ákvæðið á sama veg. Þá telji kærandi mikilvægt að við endurskoðun á niðurstöðu Neytendastofu sé litið til skuldbindinga íslenska ríkisins samkvæmt EES-rétti. Minnt sé á að lög nr. 46/2000 séu hluti af því að Ísland uppfylli skyldur sínar samkvæmt EES-samningnum. Í EES-rétti, svo sem í Evrópurétti, gildi meginreglan um *Principle of Effectiveness*, þ.e.a.s. að lög beri að túlka á þann veg að þau hafi áhrif og verði ekki markleysa. Öll túlkun laganna beri því að taka mið af því. Minnt sé á að tilskipun 97/7/EC, „on the protection of consumers in respect of distance contracts“, sé í gildi á ESS-svæðinu, en grein 10 (2) hljóði svo: „Member States shall ensure that means of distance communication, other than those referred to in paragraph 1, which allow individual communications may be used only where there is no clear objection from the consumer“.

18. Þá sé það mat kæranda að ef fallist væri á þá túlkun Neytendastofu, að frá 2. mgr. 14. gr. séu mögulegar undantekningar, myndi það skapa óheppilega reglu. Með ákvæðinu, svo sem það sé orðað, hafi löggjafinn sett upp einfalt kerfi. Hver og einn einstaklingur geti valið hvort hann sé bannmerktur eða ekki. Þeir sem ekki setji sig á bannlista geti þá átt von á því að fá símtöl frá markaðssetningaraðilum þar sem þeim sé boðin einhver vara eða þjónusta. Hinir, sem láti setja sig á bannlista, þurfi hins vegar ekki að búa við að í þá sé hringt. Þetta kerfi sé einfalt, auðskilið og auðvelt í framkvæmd. Ef opnað sé á að frá ákvæðinu séu leyfðar einhvers konar undantekningar sé hættan sú að markaðssetningarfyrirtæki fari að notfæra sér það. Þá myndu bannmerktir aðilar geta átt von á því að í þá væri hringt, í tíma og ótíma, af markaðssetningarfyrirtækjum sem væru að bjóða aðilunum „ráðgjöf á grundvelli viðskiptasambands“.
19. Minnt sé á að á svo litlu landi sem Íslandi séu menn í viðskiptasambandi við fjölda fyrirtækja. Bankaþjónusta, kaup á vörum og þjónustu o.s.frv. sé venjulegur þáttur í daglegu lífi nútímamanns. Það sé því mikill fjöldi fyrirtækja sem gæti nýtt sér slíka undantekningu. Kærandi fullyrði að ef heimilt væri að hringja í bannmerkta síma á grundvelli viðskiptasambands, myndi það í raun þýða að bannmerkingin hefði ekkert gildi, væri markleysa. Sérstaklega sé bent á hve líklegt það sé að þetta valdi vandkvæðum við eftirlit og framkvæmd laganna. Því ef sú túlkun stæðist að neytandinn gæti ekki treyst bannmerkingunni þyrfti hann alltaf að ganga úr skugga um það nákvæmlega fyrir hvern væri hringt og hvort hann væri í viðskiptasambandi við þann aðila. Ef svo kæmi allt í einu upp úr dúrnum að aðilarnir væru í viðskiptasambandi væri þýðingarlaust fyrir neytandann að leita til Neytendastofu vegna þessarar undantekningarreglu. Ef fallist væri á réttmæti slíkrar túlkunar sé augljóst að það myndi gera neytendum mun erfiðara fyrir að leita réttar síns til Neytendastofu og annarra yfirvalda á sviði neytendaréttar. Kærandi dragi í efa að það hafi verið ætlun löggjafans, er hann setti lög nr. 46/2000, að skapa slíkt óvissuástand og erfiðleika fyrir neytendur.
20. Minnt sé á að neytendur hafi a.m.k. frá árinu 2000 treyst því, að með með því að láta bannmerkja sig, væru þeir að tryggja að þeir fái frið frá símhringingum í markaðssetningarskyni. Þetta traust byggir á því sem standi í lögum nr. 46/2000, hinu skýra lagaákvæði sem hver og einn neytandi geti lesið út úr. Ef fallist væri á það með Neytendastofu að til væru undanþágur frá ákvæðinu, á grundvelli viðskiptasögu aðila, sem Neytendastofa hafi ekki einu sinni skýrt út hvaða skilyrðum sé bundin, myndi það jafngilda því að neytendur hafi verið hafðir að fíflum allan tímann. Kærandi efist um að það hafi verið tilgangur löggjafans er hann setti lög nr. 46/2000. Sérstaklega sé minnt á að tilgangur laga nr. 46/2000 sé neytendavernd.
21. Kærandi telur jafnframt að nálgun Neytendastofu hvað varði „viðskiptasamband“ aðila sé röng. Í hinni kærðu ákvörðun segi: „Neytendastofa telur ákvæðið þó ekki koma í veg fyrir að fyrirtæki hafi samband við einstaklinga, þó þeir séu skráðir í bannskrá Þjóðskrár, ef um er að ræða samskipti sem tengjast með beinum hætti viðskiptasambandi þeirra sem þegar er komið á“. Kærandi sé í viðskiptum við Allianz á Íslandi. Kærandi sé ekki í neinum viðskiptum við fyrirtækið Miðlun ehf. Hér sé því um að ræða kolranga nálgun hjá Neytendastofu, sem aftur valdi því að stofnunin leggi ranga forsendu til grundvallar niðurstöðu sinni. Það sé mat kæranda, að jafnvel þótt áfrýjunarnefndin féllist á það með Neytendastofu, að bannákvæði 14. gr. gildi ekki

þegar um sé að ræða viðskiptasamband milli aðila, hljóti sú undantekning að takmarkast við þann aðila einan og vera óframseljanleg.

22. Loks telur kærandi að Neytendastofa líti framhjá spurningunni um þörf á símtali við kæranda, en það sé eðlileg krafa neytanda að hann sé ekki ónáðaður vegna atriðis sem hann hafi þegar tekið á í viðskiptasambandi sínu við fjármálafyrirtæki. Kærandi hafi fyrir áramót 2012 sett sig í samband við Allianz á Íslandi, strax og hann hafi fengið upplýsingar um skattalagabreytingarnar, þ.e. breytinguna sem varð á 30. gr. laga um tekjuskatt nr. 90/2003, sbr. 14. gr. laga nr. 164/2011, varðandi viðbótarlífeyrissparnað. Kærandi hafi gengið frá því við vinnuveitanda sinn að halda lífeyrisfyrirkomulagi óbreyttu og undirritað sérstaka yfirlýsingu þess efnis og sent til Allianz. Það hafi því að öllu leyti verið óþarft að Allianz á Íslandi væri á nokkurn hátt að láta hringja í kæranda með einhverja ráðgjöf um atriði sem hann hafi þá þegar tekið á. Neytendastofa víki ekki orði að þessu í röksemdum fyrir niðurstöðu sinni. Eðlilegt hefði þó verið að stofnunin tæki þetta atriði til skoðunar við meðferð málsins og gæfi rökstudda niðurstöðu um það atriði.
23. Það sé mat kæranda að jafnvel þótt nefndin kæmist að þeirri niðurstöðu að heimilt sé að hringja í viðskiptavini á grundvelli viðskiptasambands, hljóti alltaf að vera óheimilt að hringja í aðila sem búinn sé að ganga frá sínum málum. Eðlilegt sé að það sé lagt á herðar fjármálafyrirtæksins sem úthringingarnar séu gerðar fyrir, að gæta þess að af viðskiptamannalista með verkbeiðni séu felldir þeir aðilar sem ekki sé þörf á að hringja í. Það að slíks sé ekki gætt eigi að mati kæranda að valda sjálfkrafa ólögmæti úthringinga í þann aðila, ólögmæti sem sé á ábyrgð úthringingarfyirtækisins.
24. Með bréfi, dags. 12. september 2012, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 18. september 2012, þar sem þess er krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Tekið er fram að Neytendastofa hafni öllum röksemdum kæranda. Í hinni kærðu ákvörðun felist ekki að veitt hafi verið undanþága frá 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000. Í ákvæðinu sé sú skylda lögð á seljendur vöru og þjónustu að kanna bannskrá Þjóðskrár áður en bein markaðssókn sé skipulögð. Neytendastofa hafi komist að þeirri niðurstöðu að ekki hafi verið um beina markaðssókn að ræða og því ekki um brot að ræða gegn 2. mgr. 14. gr. þó hringt hafi verið í kæranda, sem skráður sé í bannskrá Þjóðskrár. Röksemdum kæranda um að Neytendastofa hafi litið framhjá orðalagi ákvæðisins sé vísað á bug. Ákvæðið hafi verið túlkað samkvæmt orðanna hljóðan m.t.t. þess að ekki hafi verið um beina markaðssókn að ræða. Neytendastofa vísi einnig á bug þeim röksemdum kæranda að ákvörðun stofnunarinnar feli í sér að sköpuð sé óheppileg regla eða að ákvæði 2. mgr. 14. gr. sé gert marklaust.
25. Vegna athugasemda kæranda um að hin kærða ákvörðun sé ekki studd fordæmum tekur Neytendastofa fram að orðalag ákvæðis 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 sé skýrt og Neytendastofa hafi ekki talið neina þörf á að afla fordæma frá öðrum stofnunum EES um túlkun. Þess megi einnig geta að fordæmi fyrir málinu sé ekki að finna hjá Neytendastofu, áfrýjunarnefnd neytendamála eða innlendum dómstólum. Þá fái stofnunin ekki séð að til séu fordæmi fyrir málinu hjá Evrópuþingdómstólum, eða um túlkun á ákvæði 2. mgr. 10. gr. tilskipunar 97/7/EB. Hafi kærandi heldur ekki sýnt fram á það.

26. Neytendastofa geti ekki fallist á að viðskiptasamband skuli samkvæmt umræddu ákvæði einskorðað við Allianz og ekki vera framseljanlegt til Miðlunar. Samkvæmt orðalagi 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 taki ákvæðið til seljanda, sem skilgreindur sé í 2. tölul. 2. gr. sem „einstaklingur eða lögaðili sem vegna hlutaðeigandi viðskipta kemur fram í atvinnuskyni og gerir samning við neytendur, svo og hver sá sem í atvinnuskyni kemur fram í umboði eða fyrir hönd seljenda“. Neytendastofa telji umrætt ákvæði 2. mgr. 14. gr. því taka jafnt til seljenda sem og aðila sem fram komi í umboði eða fyrir hönd seljenda. Eigi það bæði við um bann við beinni markaðssókn sem og þá túlkun að ákvæðið banni ekki samskipti við neytendur þegar samskiptin tengist með beinum hætti viðskiptasambandi sem þegar sé komið á. Þá telji Neytendastofa ákvæði 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 ekki gefa tilefni til þess að metin sé þörf fyrir símtöl. Ákvæðið banni, eins og áður hafi komið fram, beina markaðssetningu gagnvart einstaklingi sem skráður sé í bannskrá Þjóðskrár. Að öðru leyti feli ákvæðið ekki í sér neina takmörkun á samskiptum fyrirtækja við neytendur vegna viðskiptasambands sem þegar sé komið á.
27. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 20. september 2012, var kæranda gefinn kostur á að gera athugasemdir við greinargerð Neytendastofu. Athugasemdir bárust með bréfi kæranda, dags. 24. september 2012. Þar eru sjónarmiðin í kærútrekuð. Því til viðbótar er tekið fram að við lestur á hinni kærðu ákvörðun komi ekki fram með nákvæmum hætti sá rökstuðningur, sem nú sé settur fram af hálfu Neytendastofu, um að stofnunin hafi túlkað ákvæði 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 með ákvarðandi túlkun, byggðri á því að í ákvæðinu sé talað um „markaðssókn“, og komist að raun um að þetta tiltekna orð komi í veg fyrir að hin umkvörtuðu símtöl falli undir gildissvið ákvæðisins. Þvert á móti segi í ákvörðuninni: „Neytendastofa telur ákvæðið þó ekki koma í veg fyrir...“. Þetta orðalag sé að mati kæranda allt of ónákvæmt. Það sé í raun til þess fallið að láta fólk halda að Neytendastofa taki geðþóttaáklarðanir út í loftið og rökstyðji þær síðan með einhverju á borð við „mér finnst“, „ég held“ eða hinu sígilda „af því bara“.
28. Það að einhver aðili segi að hann telji tiltekið ákvæði ekki koma í veg fyrir eitthvað, án þess að útskýra það neitt frekar, sé ekki það sama og að segja að ákvæðið skuli túlkað þrengjandi orðskýringu út frá tilteknu orði. Þegar rökstudd sé einhver tiltekin lagatúlkun, og útskýrt af hverju tiltekinn skýringarkostur sé tekinn fram yfir annan skýringarkost, sé eðlilegt að það sé útskýrt með hugtökum lögfræðinnar, og að það sé gert með þeirri fræðilegu nákvæmni sem vænta megi af útskrifuðum lögfræðingum. Þó svo að það, að rökstuðningurinn sé ónákvæmur, valdi ef til vil ekki ógildi ákvörðunarinnar, telji kærandi fulla ástæðu til að áfrýjunarnefndin taki þetta atriði til athugunar og ávíti Neytendastofu, telji nefndin það innan valds síns. Bent skuli á að ónákvæmni leiði til misskilnings og misskilningur geti síðan kallað á málskot sem ekki hefði komið til, ef ákvörðun hefði verið fyllilega og nákvæmlega rökstudd. Það sé því allra hagur að í framtíðinni taki Neytendastofa sig á hvað varði rökstuðning fyrir ákvörðunum sínum.
29. Það sé mat kæranda að Neytendastofa hafi lagt rangan skilning í tilgang úthringinganna. Sá rangi skilningur hennar hafi leitt hana til rangrar niðurstöðu og hún sé enn á villigötum hvað tilgang hringinganna varði. Í bréfi Miðlunar, dags. 20. ágúst 2012, segi fyrirtækið að tilgangur úthringinganna hafi verið sá að bjóða viðskiptavinum Allianz á Íslandi fund með tryggingaráðgjafa vegna þeirra breytinga á lífeyrismálum sem orðið hafi með lögum nr. 164/2011.

Í fyrsta lagi hafi stofnunin ekkert annað um þetta en orð Miðlunar ehf. Af gögnum málsins verði ekki séð hvort hún hafi kannað þetta hjá Allianz á Íslandi, né heldur virðist stofnunin hafa kallað eftir upplýsingum frá Allianz á Íslandi um hvað nákvæmlega þeir ráðgjafar, sem sagt sé að Miðlun ehf. hafi verið að bjóða fram og bóka fundi með, hafi átt að segja þeim aðilum sem féllust á að mæta á slíka fundi. Með því að kanna þetta atriði ekki frekar hafi stofnunin brugðist rannsóknarskyldu sinni, sem henni hafi þó borið að fara eftir, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sbr. 1. gr. laga nr. 62/2005, sbr. 1. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga. Á það skuli sérstaklega bent að það hafi einmitt verið sú hugmynd sem Neytendastofa setti fram um hver tilgangur hringingarnar hafi verið, sem orðið hafi henni tilefni til að velja þann túlkunarkost að telja hringingarnar ekki falla innan gildissviðs 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000. Kærandi spyr hvernig Neytendastofa geti fullyrt að tilgangur hringinganna hafi verið sá sem hún haldi fram ef hún hafi ekki haft fyrir því að kanna nákvæmlæga hver tilgangur hringinganna hafi verið. Minnt sé á að íslensk stjórnarsýsla eigi að byggja á nákvæmum vinnubrögðum, ekki ágiskunum út í loftið. Að mati kæranda eigi þessi ónákvæmni að kalla á að ákvörðunin verði ógilt og málinu vísað á ný til stofnunarinnar til löglegrar meðferðar.

30. Í öðru lagi telji kærandi augljóst, að ef rétt sé hjá Miðlun ehf. að tilgangur úthringinganna hafi verið sá að bóka fundi með ráðgjafa frá Allianz á Íslandi, þá sé það í reynd markaðssókn. Ljóst sé að þeir aðilar sem séu með viðbótarlífeyrissparnað þurfi, eftir að lög nr. 164/2011 voru sett, að ákveða sig, hvort þeir vilji hafa óbreytt fyrirkomulag á lífeyrissparnaði sínum eða draga úr eða hætta að leggja inn viðbótarlífeyri til vörslu/ávöxtunar. Þetta val geti skipt fyrirtæki á borð við Allianz miklu, enda sé vitað mál að það hafi verið ákvörðunarástæða margra, er þeir ákváðu að fara í viðbótarlífeyrissparnað, að skattalegt hagræði og mótframlag frá atvinnurekanda gerðu það að spennandi kosti. Þegar löggjafinn breyti reglum um mótframlag vinnuveitenda sé vel mögulegt að margir viðskiptavinir hugsi sig tvisvar um og dragi úr eða jafnvel hætti að leggja inn viðbótarlífeyri til þeirra.
31. Þegar Allianz á Ísland bregðist við þessu sé fyrirtækið í reynd að stunda markaðssókn. Markaðssóknin sé hins vegar ekki fólgin í því að stofna til nýrra viðskipta. Hún felist í því að reyna að koma í veg fyrir að fyrirtækið missi viðskipti sem þegar séu til staðar. Mint sé á að það sé viðurkennt í markaðsfræðum að það að halda í kúnnann sé ein tegund markaðssetningar. Sem dæmi megi nefna að hugtök á borð við „customer loyalty“ og „loyalty business model“ séu fræðileg hugtök í viðskiptafræði, hugtök til að skýra tilgang þess að haldið sé í viðskiptavin og kostnað við að halda í viðskiptavin. Þegar Neytendastofa setji fram þá túlkun að það sé ekki markaðssetning að reynt sé að koma á fundi með ráðgjafa, til að koma í veg fyrir að viðskiptavinir dragi úr eða hætti viðskiptum, hljómi það hreinlega eins og eitthvað sem aðili sem aldrei hefur komið nálægt viðskiptum myndi segja. Sérstaklega sé minnt á að það sé einmitt markaðssetningaraðferð þeirra fyrirtækja sem bjóði upp á fjármálagerninga á borð við viðbótarlífeyrissparnað, að leita eftir að fá aðila til að koma á fund með ráðgjafa. Ráðgjafinn gefi síðan væntanlegum (eða núverandi) viðskiptamanni ráð, byggt á því að aðilinn geti með því að ganga til viðskipta (eða halda viðskiptum áfram) tryggt sér ávinning, ávöxtun, eða hafi annan hag af því að ganga til viðskipta.

32. Það sé mat kæranda að ekki hafi verið gætt að því hvort ákvæðið feli í sér rétta innleiðingu á reglum Evrópuréttar. Ákvæði 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 hljóði svo: „Seljendum vöru og þjónustu sem lög þessi taka til ber, áður en bein markaðssókn er skipulögð, að kanna bannskrá Þjóðskrár yfir þá sem vilja ekki að nöfn þeirra séu notuð við markaðssetningu, sbr. ákvæði laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Hafi neytandi óskað eftir því að vera færður í skrána er bein markaðssókn til hans óheimil.“ Fram komi í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögunum að þau séu sett til að innleiða tilskipun 97/7/EB í íslenskan rétt. Orðrétt segi í upphafi greinargerðarinnar: „Frumvarp þetta er samið í viðskiptaráðuneytinu í þeim tilgangi að lögleiða ákvæði tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 97/7/EB frá 20. maí 1997, um neytendavernd að því er varðar fjarsölusamninga.“ Þegar lesinn sé texti þeirrar tilskipunar sem um ræði komi í ljós að það ákvæði sem 2. mgr. 14. gr. sé ætlað að koma í lög, grein 10 (2), hljóði svo: „Member States shall ensure that means of distance communication, other than those referred to in paragraph 1, which allow individual communications may be used only where there is no clear objection from the consumer“. Svo sem sjá megi af ákvæðinu sé ekki talað þar um beina markaðssókn (direct marketing) eða neitt sem telja mætti sambærilegt. Þvert á móti sé þar einfaldlega sagt „means of distance communication“.
33. Í 2. gr. tilskipunarinnar sé að finna skilgreiningar. Þar segi: „(4) ‘means of distance communication’ means any means which, without the simultaneous physical presence of the supplier and the consumer, may be used for the conclusion of a contract between those parties. An indicative list of the means covered by this Directive is contained in Annex I“. Þegar rýnt sé í þetta ákvæði komi í ljós að það feli aðeins í sér skilgreiningu á hvaða aðferðir (means) teljist til aðferða við að ganga frá samningi án þess að annar aðili sé viðstaddur. Sjáist það vel á því að aðferðirnar séu upptaldar í Annex I með tilskipuninni. Ákvæðið feli hins vegar ekki í sér að gildissvið reglunnar sé takmarkað þannig að hringingar sem ekki teljast „markaðssókn“ teljist þar með leyfilegar. Þvert á móti verði ákvæði greinar 10 (2) að skiljast svo að samskipti við aðila megi því aðeins fara fram ef ekkert fyrirframgefið samþykki liggja fyrir. Það sé með öðrum orðum ekki að finna í tilskipuninni þá takmörkun sem Neytendastofa telji felast í 2. mgr. 14. gr. laganna. Löggjafanum hafi því mistekist, er hann setti lög nr. 46/2000, að koma efni tilskipunar 97/7/EB réttilega í íslensk lög. Innleiðingin (implementation) á tilskipuninni sé því röng. Þá sé það staðreynd að í skilgreiningum í 2. gr. laga nr. 46/2000 sé ekki að finna neina skilgreiningu sambærilega við þá sem sé í grein 2 (4) í tilskipuninni. Það þýði að hugtakið „bein markaðssókn“ í 2. mgr. 14. gr. sé óskilgreint af löggjafanum. Það feli einnig í sér ranga innleiðingu (implementation) á tilskipuninni.
34. Ísland sé aðili að EES-samningnum og hafi skuldbundið sig til að virða grunnreglur sambandsins og leiða í lög reglur þess. Sett hafi verið fram sú túlkun af fræðimönnum að röng innleiðing EES-reglna í landsrétt geti falið í sér bótaskyldu en ekki eiginleg forgangsáhrif í skilningi dóma á borð við *Costa&ENEL* og bein réttaráhrif í skilningi *van Gend en Loos*. Þessa túlkun virðist menn byggja á orðalagi 63. mgr. í dómi EFTA dómstólsins í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur* (mál E-9/97). Það sé hins vegar mat kæranda að þessi túlkun standist ekki lengur. Þvert á móti sé nú orðið óhjákvæmilegt, vegna þróunar Evrópuréttar, meðal annars með innleiðingu sérstaks sáttmála um mannréttindavernd innan Evrópusambandsins (Charter of Fundamental Rights of the European

Union), að líta svo á að rétt túlkun á skuldbindingum Íslands í EES-samstarfinu feli í sér að EES-löggjöf hafi bæði forgangsrátt og bein réttarátt fram yfir landsrétt. Einungis með því geti EES-samningurinn náð tilgangi sínum og einungis með því séu réttindi EES-borgara, sem þeir njóti á grundvelli EES-réttar, nægilega tryggð. Sérstaklega beri að hafa í huga, hvað þetta varði, hve langur vegur það sé fyrir neytendur að þurfa fyrst að fá dóm hjá EFTA-dómstólum um brotið á EES-reglunni og síðan að fá dóm hjá dómstólum viðkomandi lands til að fá bótaskyldu staðfesta. Hraðari og eðlilegri aðferð sé að beita EES-reglunum með forgangsráttum strax hjá stjórnvaldi í aðildarlandinu, þannig að það ákvarði í stjórnvaldsúrskurði, eða kæruúrskurði vegna stjórnvísuákvörðunar, að EES-réttur hafi verið brotinn og taki þá ákvörðun sem neytandinn eigi rétt á samkvæmt EES-rétti. Kærandi fullyrði að rétt eins og dómur á borð við *Costa&ENEL* og *van Gend en Loos* hafi tryggt velgengi og uppgang Evrópusambandsins með því að gera alla stjórnvísuhafa og dómendur í aðildarlöndum þátttakendur í því að gæta Evrópuréttarins, sé hin framsetta túlkun EFTA-dómstólsins í 63. mgr. dómsins í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur* að kyrkja EES-samninginn.

35. Þá sé það ennþá óskilgreint af hálfu Neytendastofu hvað teljist vera „viðskiptasamband sem þegar er komið á“. Þegar stofnun á borð við Neytendastofu, sem eigi að hafa með höndum eftirlit með því að tilteknum lögum sé fylgt, setji fram ákvarðandi lögskýringu sem takmarki gildissvið tiltekins ákvæðis, sé að mati kæranda eðlilegt að hún setji fram einhvers konar útskýringu á hvað þurfi til að koma svo að komið sé á ástand sem taki burt frá neytanda þann rétt sem hann telji sig hafa haft á grundvelli ákvæðisins. Kærandi spyr hvort hann sé, með því að kaupa sér einn kaffibolla á NI, búinn að opna á það að hringt verði í hann frá skrifstofu NI og honum boðin margvísleg tilboð um viðskipti, fríðindi, afslætti eða einhverja vöru og þjónustu sem hann hafi ekki óskað eftir. Hvort hann sé með því að fara inn á vefsíðu fasteignasölu búinn að opna á það að í hann verði hringt daga og nætur með boðum um að kaupa hina og þessa fasteign. Augljós sé sú hættu sem það myndi skapa ef fallist væri á hina framsettu túlkun Neytendastofu án þess að gerður sé reki að því að útskýra á nokkra lund hvaða skilyrðum hún sé bundin. Kærandi vísi á bug tilvísun Neytendastofu til 2. tölul. 2. gr. laga nr. 46/2000. Þar sé einungis hugtakið „seljandi“ skilgreint. Í máli þessu sé hins vegar spurt hvort Allianz megi yfirfæra eða framselja viðskiptasamband sitt við kæranda yfir á þriðja aðila, til að sá aðili teljist vera í „viðskiptasambandi sem þegar er komið á“. Svo sem fram komi í kæru telji kærandi svo ekki vera.
36. Kærandi mótmæli því sem Neytendastofa taki fram um að ákvæði 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 feli „ekki í sér neina takmörkun á samskiptum fyrirtækja við neytendur vegna viðskiptasambands sem þegar er komið á“. Í fyrsta lagi sé ljóst, sbr. það sem áður greini, að stofnunin túlki ákvæði 2. mgr. 14. gr. með röngum hætti. Í öðru lagi sé það mat kæranda, að jafnvel þótt áfrýjunarnefndin teldi túlkun stofnunarinnar á ákvæðinu rétta, sé ekki þar með sagt að fyrirtækjum sé heimilt að hringja í neytanda að tilefnislausu. Hringingar feli í sér innigrip í friðhelgi einkalífs fólks. Friðhelgi einkalífs sé meðal annars varin af stjórnarskrá, sbr. 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. stjórnarskipunarlög nr. 97/1995. Áfrýjunarnefndin sé sérstaklega minnt á lög um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, með síðari breytingum, en þar sé í 13. gr. svohljóðandi ákvæði: „Óheimilt er að hafast nokkuð það að

sem brýtur í bága við góða viðskiptahætti í atvinnustarfsemi eins og þeir eru tíðkaðir eða eitthvað það sem óhæfilegt er gagnvart hagsmunum neytenda.“ Augljóst sé að það, að hringt sé í aðila sem búinn sé að ganga frá sínum málum, sé óhæfilegt gagnvart hagsmunum þess neytenda. Þegar fólk hafi látið bannmerkja sig í skrá Þjóðskrár og ja.is hafi það gefið til kynna með nægilega afgerandi hætti að það vilji ekki fá hringingar frá markaðssetningaraiðlum. Þennan vilja beri úthringifyrirtækjum að virða og Neytendastofu að vernda. Minnt sé á að í 26. tölul. 1. gr. reglugerðar nr. 160/2009 sé sett fram skilgreining á viðskiptaháttum sem teljist uppáþrengjandi. Jafnvel þótt áfrýjunarnefndin teldi að hringingar falli ekki undir 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 sé þess óskað að þær verði engu að síður taldar óheimilar með tilvísun til þessa ákvæðis, sbr. 13. gr. laga nr. 57/2005.

37. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála til Miðlunar ehf., dags. 26. september 2012, var félaginu kynnt kærán og önnur fyrirbyggjandi gögn á kærustigi og óskað eftir afstöðu þess til kærunnar. Með tölvubréfi kæranda til áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 5. október 2012, lýsti kærandi því að hann teldi eftir atvikum ástæðu til að koma á framfæri athugasemd um skilin á milli laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000 og laga um fjarsölu á fjármálaþjónustu nr. 33/2005. Tölvubréfinu var svarað samdægurs í þá veru að kærandi myndi fá væntanlegt svarbréf Miðlunar ehf. til umsagnar og best færi á því að hann kæmi frekari athugasemdum sínum á framfæri við það tilefni. Áfrýjunarnefnd neytendamála barst svar Miðlunar ehf. með bréfi, dags. 10. október 2012. Þar er tekið fram að áður hafi komið fram að símtöl Miðlunar ehf. til kæranda hafi verið framkvæmd fyrir hönd viðskiptavinar fyrirtækisins. Hringt hafi verið í aðila sem verið hafi í viðvarandi viðskiptasambandi við umrætt félag og tilefni hringinganna verið lagabreytingar sem haft hafi veruleg áhrif á þjónustu félagsins við viðskiptavinum sína. Mikilvægt sé að fyrirtæki geti haft samskipti við viðskiptavinum sína og það væri afar sérkennilegt og varhugavert ef slíkt væri takmarkað með löggjöf. Að öðru leyti taki félagið undir sjónarmið Neytendastofu í málinu.
38. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 12. október 2012, var kæranda kynnt svarbréf Miðlunar ehf. og gefinn kostur á að tjá sig um það. Svar barst með bréfi, dags. 17. október 2012. Þar eru sjónarmiðin í kærú og bréfi kæranda frá 24. september 2012 ítrekuð. Því til viðbótar er tekið fram að bréf Miðlunar ehf. sé að mati kæranda heldur rýrt í roði og feli ekki í sér að veigamiklum atriðum í kærú og bréfi hans frá 24. september 2012 sé svarað. Til dæmis geri Miðlun ehf. enga tilraun til að hrekja það sem kærandi hafi sett fram um að viðurkennt sé í markaðsfræðum að það að halda í kúnnann sé ein tegund markaðssetningar. Að öllum líkindum sé það vegna þess að félaginu megi vera fullljóst að þetta sé viðskiptafræðileg staðreynd og treysti sér ekki til að hrekja það á nokkurn hátt.
39. Í bréfi sínu segi Miðlun ehf. að mikilvægt sé að fyrirtæki geti haft samskipti við viðskiptavinum sína. Vegna þessara orða vilji kærandi taka fram, enn og aftur, að hann sé ekki í neinum viðskiptum við Miðlun ehf. Hann hafi ekki keypt vörur eða þjónustu af félaginu, hafi ekki gert við það samninga af neinu tagi eða á nokkurn hátt óskað eftir viðskiptum við fyrirtækið eða gefið á annan hátt til kynna að hann vilji vera í viðskiptum við það. Það sé einfaldlega ekkert viðskiptasamband til staðar á milli kæranda og Miðlunar ehf. Kærandi sé í viðskiptum við fyrirtækið Allianz á Íslandi. Það hvort Allianz á Íslandi geri einhvers konar verktakasamninga við

einhver fyrirtæki úti í bæ, hvort sem það sé varðandi úthringingar eða eitthvað annað, feli ekki í sér að viðskiptasamband hans við Allianz á Íslandi yfirfærir á það verktakafyrirtæki. Fyrirtækið Miðlun ehf. geti því ekki skírskotað til viðskiptasambands kæranda við Allianz á Íslandi og gert að sínu. Það sé að mati kæranda mikilvægt að áfrýjunarnefndin geri sér grein fyrir muninum á því að fyrirtæki hafi samband við viðskiptamenn sína út af atriðum sem varði viðskiptin sem slík eða að þau hafi samband við viðskiptamenn sína út af atriðum sem varði það að fyrirtækið reyni að halda í þá.

40. Það sé í sjálfu sér ekkert óeðlilegt við að fyrirtæki hafi samband við viðskiptamenn sína ef það verði eða sé fyrirsjáanleg breyting á þeirri vöru eða þjónustu sem það sé að afhenda/veita, eða ef breyta þurfi viðskiptaskilmálum. Til dæmis megi hugsa sér að eðlilegt sé að veitufyrirtæki láti viðskiptamenn sína vita um straumleysi sem fyrirhugað sé á tilteknum degi, að fyrirtæki sem afhendi veitingastöðum mat eða drykkjarvöru láti vita ef framleiðsla eyðlilegst og það geti af þeim ástæðum ekki afhent pantaða vöru á tilsettum tíma, og að váttryggingarfélag upplýsi viðskiptamenn sína um breytta váttryggingarskilmála ef það sé að breyta skilmálum. Öll þessi atriði geti talist hluti af viðskiptunum sem slíkum, annað hvort vegna fyrirsjáanlegra eða yfirvofandi atriða sem gætu flokkast undir vanefnd af hálfu fyrirtækisins, eða vegna breytinga á samningsskilmálum samnings fyrirtækisins og viðskiptamannsins. Í þessu máli eigi þetta hins vegar ekki við. Engin breyting hafi átt sér stað á samningnum milli kæranda og Allianz á Íslandi. Ekki sé verið að gera nýjan samning, ekki sé verið að bæta við eða breyta skilmálum lífeyrissparnaðarins og ekki sé verið að bregðast við neinni fyrirsjáanlegri vanefnd af hálfu Allianz á Íslandi.
41. Kærandi vilji, hvað þetta atriði varðar, benda áfrýjunarnefndinni á tölvupóst kæranda til Allianz á Íslandi, dags. 13. desember 2011, og þá yfirlýsingu sem með henni fylgdi, dags. 13. desember 2011. Í yfirlýsingunni komi fram að kærandi tilkynni Allianz á Íslandi þann vilja sinn að fyrirkomulag viðbótarlífeyrissparnaðar kæranda hjá Allianz eigi að vera óbreytt. Þar sé engin breyting á samningnum sem slíkum, heldur sé kærandi aðeins að upplýsa fyrirtækið um að hann muni ekki, alltént ekki að sinni, gera breytingu á viðbótarlífeyrissparnaði sínum. Kærandi vilji einnig benda áfrýjunarnefndinni á að kynna sér efni 14. gr. laga nr. 164/2011. Ljóst sé að ákvæðið sem slíkt grípi ekki inn í samninga viðbótarlífeyrissparenda og viðbótarlífeyrisfyrirtækja, þeir haldist óbreyttir nema einstakir viðbótarlífeyrissparendur óski eftir því að samningi þeirra sé breytt eða hann felldur niður. Það sé hins vegar fyrirsjáanlegt að einhverjir viðskiptamenn muni telja að breytingin feli í sér að viðbótarlífeyrissparnaður sé ekki eins fýsilegur og hann var fyrir lagabreytinguna. Fyrirsjáanlegt sé að þessir aðilar séu líklegir til að vilja breyta viðbótarlífeyrissparnaði sínum eða hætta með hann. Það sé við þessari fyrirsjáanlegu fækkun viðskiptamanna sem Allianz á Íslandi sé að bregðast, með því að reyna að fá þá á fund með ráðgjafa til að telja þá ofan af því að breyta sparnaði sínum eða hætta með hann. Þau viðbrögð séu í eðli sínu markaðssetning.
42. Kærandi hafi í kærðu bent á að neytendur eigi að geta treyst því að bannskráin samkvæmt 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 haldi og úthringifyrirtækjum sé óheimilt að hringja í bannmerkta aðila. Þegar kærandi hafi fengið hringingarnar frá Miðlun ehf. og brugðist við þeim, hafi hann gert það á

grundvelli þeirrar vitneskju að þær væru frá Miðlun ehf., sem sé markaðssetningar- og úthringifyrirtæki, og í ljósi þess að hann sé ekki og hafi ekki verið í neinum viðskiptum við það fyrirtæki. Símanúmerið sem hringt hafi verið úr hafi ekki verið skráð á Allianz á Íslandi, né hafi verið neitt sem gefið hafi til kynna að það væri Allianz sem væri að reyna að hafa samband við kæranda. Það hafi ekki verið fyrr en síðar að kærandi hafi komist að því að símtölin hafi verið gerð af Miðlun ehf. að beiðni Allianz. Sérstaklega sé ítrekuð sú ábending að sköpuð væri óheppileg regla ef gerðar væru undantekningar frá því að bannskráin haldi.

43. Kærandi telji rétt að benda nefndinni á að skil milli laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000 og laga um fjarsölu á fjármálaþjónustu nr. 33/2005 séu ef til vill ekki eins glögg og þau mættu vera. Það sé hins vegar skoðun kæranda, hafandi farið yfir efni beggja laga, að mál þetta eigi að fara eftir lögum nr. 46/2000 og fyrir því liggi eftirfarandi ástæður. Gildissvið laga nr. 33/2005 sé samkvæmt 1. gr. bundið við fjarsölusamninga um fjármálaþjónustu og markaðssetningu sem miði að slíkum samningum. Hugtakið fjármálaþjónusta sé skilgreint í 4. tölul 1. mgr. 4. gr. laganna sem „móttaka endurgreiðanlegra fjármuna, útlánastarfsemi, greiðsluþjónusta, gjaldeyrishjónusta, eignaleiga, útgáfa og umsýsla greiðslukorta, útgáfa og umsýsla rafeyris, viðskipti og þjónusta með fjármálagerninga, samningar um váttryggingar, samningar um lífeyri og önnur fjármálaþjónusta“. Gildissvið laga nr. 46/2000 sé takmarkað í 2. tölul 1. mgr. 3. gr. laganna þannig að þau nái ekki til samninga um kaup á verðbréfum, váttryggingum eða annars konar fjármálaþjónustu.
44. Fyrirtækið Miðlun ehf. sé ekki fjármálafyrirtæki, hvorki í skilningi laga nr. 33/2005, né laga um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002 eða laga um opinbert eftirlit með fjármalastarfsemi nr. 87/1998. Það sé því útilokað að ákvæði laga nr. 33/2005 geti átt við um það. Þá falli úthringingarstarfsemi þess ekki undir 2. tölul. 1. mgr. 3. gr. laganna. Sé það bæði á þeim grunni að fyrirtækið segi sjálft að það sé ekki að annast sölu fjármálagerninga (sbr. bréf Miðlunar ehf. til Neytendastofu, dags. 20. ágúst 2012), og einnig þar sem 2. tölul. 1. mgr. 3. gr. laganna verði óhjákvæmilega að túlkast til samræmis við lög nr. 33/2005 á þann hátt að ómögulegt sé að atvik falli undir hvorug lögin. Til hliðsjónar sé bent á orð greinargerðar með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 46/2000, en þar segi um 2. tölul: „Þess ber að geta að þegar tilskipunin var samþykkt í ESB var ákveðið að framkvæmdastjórnin skyldi undirbúa sérstaka tilskipun um fjarsölu á fjármálaþjónustu, sbr. nú tillögu að tilskipun um það efni í skjalinu COM (1998) 468 final. Almennt er talið að þegar andlag samninga er réttindi þar sem verðið er mjög háð gengissveiflum, en það á t.d. við um verðbréf, sé nær útilokað að neytandi geti átt rétt til að falla frá samningi innan fjórtán daga. Á hinn bóginn kunnir að vera nauðsynlegt að veita neytendum aukna vernd vegna fjarsölu á ýmiss konar fjármálaþjónustu, en það verði að gera að nokkru með annars konar ákvæðum en gilda eiga um sölu á vöru og þjónustu sem ekki telst vera fjármálaþjónusta.“
45. Það sé mat kæranda að lög nr. 33/2005 teljist sérlög (*lex specialis*) gagnvart lögum nr. 46/2000 og að túlka eigi lögin þannig að í þeim tilfellum þar sem í lög nr. 33/2005 vanti atriði, sem tekið sé á í lögum nr. 46/2000, eigi lög nr. 46/2000 að koma þeim til fyllingar. Vísist um það til framangreindrar tilvitnunar í greinargerð um 2. tölul. 3. gr. laga nr. 46/2000, þar sem talað sé um að tilgangur laga nr. 33/2005 sé að veita neytendum aukna vernd frá því sem gildi í almennum

lögum (lögum nr. 46/2000). Því sé augljós sú hugsun löggjafans að með lögum nr. 33/2005 sé verið að veita neytendum aukna vernd, ekki gera hlut þeirra verri. Það að ekki sé neitt eiginlegt ákvæði í lögum nr. 33/2005 sem sé sambærilegt 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 feli því ekki í sér að frá neytendum sé tekinn réttur til að forðast marksetningarhringingar, heldur sé sá réttur verndaður með lögum nr. 46/2000, sem séu lögum nr. 33/2005 til fyllingar. Jafnframt vilji kærandi benda nefndinni á greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 33/2005, en þar segi um 1. gr.: „Í 2. tölul. 3. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga, nr. 46/2000, kemur fram að lögin gildi ekki um kaup á verðbréfum, váttryggingum eða annars konar fjármálaþjónustu. Því mun frumvarp þetta, ef að lögum verður, taka við þar sem lögum um húsgöngu- og fjarsölusamninga sleppir.“ Þegar skoðað sé hvað átt sé við með því að eitthvað taki við þar sem einhverju sleppi komi í ljós að það sé ekki hið sama og að einhverjar aðstæður geti aðeins fallið undir annað hvort lög A eða lög B. Ef einhver lög taki við þar sem öðrum lögum sleppi feli það í sér að þau lög feli því aðeins í sér sérreglu varðandi eitthvað atriði ef þau taka sjálf á því tiltekna atriði. Það sem ekki sé tekið á í sérlægum falli þá undir hin undirliggjandi almennu lög, ef í þeim sé tekið á atriðinu. Þetta þýði til dæmis að ef tiltekin hegðun sé bönnuð í lögum nr. 46/2000, en ekkert sagt um hana í lögum nr. 33/2005, sé óheimilt að gagnálykta frá lögum nr. 33/2005 á þann veg að hegðun sem ekki sé bönnuð í þeim teljist leyfileg. Í því tilfelli ætti að beita hinum undirliggjandi lögum til fyllingar.

46. Það sé mat kæranda að jafnvel þótt nefndin kæmist að þeirri niðurstöðu að lagagrunnurinn væri rangur, væri nefndinni óheimilt að vísa málinu frá Neytendastofu á þeim grunni. Í fyrsta lagi væri þá komin upp sú staða að óvíst væri að Fjármálaeftirlitið myndi taka málið til meðferðar á grundvelli laga nr. 33/2005, enda sé Miðlun ehf. ekki fjármalafyrirtæki, svo sem að framan sé rakið. Ef þessi túlkun fengi framgang væri í raun komin upp sú staða að hvorki yfirvöld á sviði neytendamála né Fjármálaeftirlitið tækju málið til meðferðar, heldur bentu hvort á aðra og neytandinn stæði réttláus eftir. Slík *ping-pong* stjórnsýsla væri ólögmæt, enda ljóst að löggjafinn hafi ekki sett lögin til þess að yfirvöld gætu bent hvort á annað og ekki tekið á málum. Í öðru lagi sé það mat kæranda að augljóst sé að löggjafinn hafi ekki ætlað sér, er hann setti lög nr. 33/2005, að gera hlut neytenda fjármálagerninga lakari en annarra neytenda, sbr. tilvitnanir í greinargerðir að framan. Því væri það skylda nefndarinnar, ef hún teldi lög nr. 46/2000 ekki eiga við um atvikin með beinum hætti, að beita ákvæði 2. mgr. 14. gr. laga nr. 46/2000 með lögjöfnun. Þá sé það staðreynd að Neytendastofa sjálf hafi engar athugasemdir gert við þann lagagrunn sem settur hafi verið fram í kvörtun kæranda, né hafi hún vísað kvörtuninni frá með vísun til þess að hún teldi málið eiga undir Fjármálaeftirlitið, sbr. 20. gr. laga nr. 33/2005. Verði ekki annað lesið út úr þeirri málsmeðferð en að Neytendastofa, sem verði að teljast hafa sérfræðinga í neytendarétti, fallist á það með kæranda að lagagrunnurinn sé réttur og málið eigi undir lög nr. 46/2000.
47. Með tölvubréfi til kæranda, dags. 17. október 2012, tilkynnti áfrýjunarnefnd neytendamála, með vísan til 3. mgr. 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, að fyrirsjáanlegt væri að afgreiðsla málsins myndi tefjast, vegna mikilla anna nefndarinnar, en þó væri stefnt að því að kveða upp úrskurð fyrir árslok. Með bréfi til kæranda, dags. 24. janúar 2013, tilkynnti áfrýjunarnefndin að því miður myndi afgreiðsla málsins tefjast enn um sinn, vegna mikilla anna nefndarinnar, en stefnt væri að því að kveða upp úrskurð í febrúar eða mars.

NIÐURSTAÐA

48. Í máli þessu er deilt um þá ákvörðun Neytendastofu að ekki sé ástæða til aðgerða vegna kvörtunar kæranda yfir meintu broti Miðlunar ehf. á 2. mgr. 14. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000. Kærandi er skráður í bannskrá Þjóðskrár, auk þess sem hann er skráður með bannmerkingu á vefnum ja.is. Fyrir liggur að Miðlun ehf. hringdi í kæranda síðastliðið sumar, án þess þó að hann hafi svarað. Tildrög þessa voru þau að kærandi er með viðbótarlífeyrissparnað sinn hjá Allianz á Íslandi, sem fól Miðlun ehf. að hringja í viðskiptavini sína.
49. Afstaða Neytendastofu í hinni kærðu ákvörðun byggir á tveimur höfuðforsendum. Annars vegar á því að stofnunin telji 2. mgr. 14. gr. laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000 ekki koma í veg fyrir að fyrirtæki hafi samband við einstaklinga, þó þeir séu skráðir á bannskrá Þjóðskrár, ef um sé að ræða samskipti sem tengist með beinum hætti viðskiptasambandi þeirra sem þegar sé komið á. Hins vegar á því að stofnunin telji ekki ástæðu til annars en að fallast á þær skýringar Miðlunar ehf. að umræddar úthringingar hafi tengst viðskiptasambandi kæranda og Allianz á Íslandi. Í greinargerð Neytendastofu til áfrýjunarnefndarinnar er höfuðáhersla lögð á að ekki hafi verið um beina markaðssókn að ræða.
50. Hugtakið bein markaðssókn er ekki skilgreint í lögum nr. 46/2000, né í þeirri tilskipun sem kærandi vísar til. Hugtakið kemur hins vegar fyrir í 28. gr. laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga nr. 77/2000, en samkvæmt athugasemdum við 2. mgr. 14. gr. í því frumvarpi sem varð að lögum nr. 46/2000 var síðarnefnda ákvæðið sniðið að því skráningarkerfi sem komið var á fót með lögum nr. 77/2000. Þá verður einnig að telja að hugtakið bein markaðssókn sé nátengt hugtakinu bein markaðssetning í 46. gr. laga um fjarskipti 81/2003, sem fjallar um óumbeðin fjarskipti. Telja verður ljóst að hugtakið bein markaðssókn taki ekki til hvers konar símtala fyrirtækja við viðskiptavini sína. Kærandi hefur enda undir rekstri málsins nefnt ýmis dæmi um slík samskipti sem ekki fara í bága við lög. Hitt verður að telja jafnljóst að þótt viðskiptasamband sé til staðar, geti símtöl fyrirtækja við viðskiptavini sína engu að síður talist til beinnar markaðssóknar. Niðurstaðan um það hvort slík símtöl feli í sér beina markaðssókn hlýtur fyrst og fremst að ráðast af tilgangi símtalanna og eftir atvikum efni þeirra. Þannig verður að telja að það teljist ekki til beinnar markaðssóknar ef fyrirtæki hringir í viðskiptavini sína vegna tiltekinna viðskipta, t.d. til þess að veita nauðsynlegar upplýsingar vegna þeirra, ákveða greiðslufyrirkomulag viðskiptanna eða leysa úr tilfallandi álitæfnum þeim tengdum, enda sé ekki um að ræða markaðssetningu á annarri eða aukinni þjónustu. Sé tilgangur símtals hins vegar að kynna nýjar vörur eða þjónustuleiðir verður að líta á það sem beina markaðssókn í skilningi ákvæðisins.
51. Þótt oftast megi vera ljóst hvort símtöl fyrirtækja til neytenda feli í sér beina markaðssókn eða ekki getur samkvæmt framansögðu reynt á örðugt mat í ákveðnum tilvikum, ekki síst þegar um símtöl fyrirtækja til eigin viðskiptavina er að ræða. Bera úrlausnir stjórnvalda um 28. gr. laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga nr. 77/2000 og 46. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 þetta raunar að nokkru leyti með sér. Þegar litið er til framangreinds, fyrirbyggjandi gagna og hinnar stutturðu kærðu ákvörðunar verður að telja að ónóg rannsókn og rökstuðningur liggji henni til grundvallar, sbr. m.a. 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Ekki liggur annað fyrir um tilgang

umræddra hringinga en fremur óljósar yfirlýsingar Miðlunar ehf., sem hringdi fyrir hönd Allianz á Íslandi, en þar er vísað til þess að vegna nýlegra lagabreytinga er varði lífeyrissparnað hafi verið boðinn fundur með ráðgjafa „til að skoða áhrif umræddra lagabreytinga og mögulegar breytingar á viðskiptum í því sambandi“, án þess að nokkur lýsing fylgi á því hvaða lagabreytingar var um að ræða, ástæðum þess að þær gáfu tilefni til hringinga eða hinum mögulegu breytingum sem skoða átti á þeim fundi sem boðinn var. Áfrýjunarnefnd neytendamála telur nauðsynlegt að leitað verði eftir nánari upplýsingum um þessi atriði, eftir atvikum einnig frá Allianz á Íslandi, áður en unnt er að taka afstöðu til þess hvort um beina markaðssókn hafi verið að ræða í umræddu tilviki. Eðlilegt er að slík frekari rannsókn fari fram á lægra stjórnáslustigi og að Neytendastofa taki að henni lokinni rökstudda afstöðu til kvörtunarefnis kæranda. Kærandi hefur aukinheldur hreyft ýmsum atriðum á áfrýjunarstigi, sem ekki var fjallað um á lægra stjórnáslustigi, og snerta m.a. þýðingu þess að kærandi eigi ekki í viðskiptasambandi við Miðlun ehf., lagaskilin á milli laga um húsgöngu- og fjarsölusamninga nr. 46/2000 og laga um fjarsölu á fjármálaþjónustu nr. 33/2005, og 26. tölul. 1. gr. reglugerðar um viðskiptahætti sem teljast undir öllum kringumstæðum óréttmætir nr. 160/2009, sbr. lög um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005. Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála er nauðsynlegt að fjalla um þessi frekari atriði á lægra stjórnáslustigi, áður en til umfjöllunar áfrýjunarnefndarinnar um þau getur komið, sbr. m.a. grunnreglur um stigskiptingu stjórnáslunnar og kærümöguleika aðila, en hlutverk áfrýjunarnefndar neytendamála er að endurskoða niðurstöður Neytendastofu í ákvörðunum sínum, sem aðilum máls gefst kostur á að kæra til nefndarinnar.

52. Samkvæmt þessu verður hin kærða ákvörðun felld úr gildi og málinu vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar Neytendastofu. Rétt er að áréttá að með því hefur engin efnisleg afstaða verið tekin til þess hvort þær hringingar sem um er deilt hafi falið í sér beina markaðssókn, né til annarra þeirra atriða sem að framan eru nefnd, svo sem um skil milli einstakra laga.

ÚRSKURÐARORÐ:

Hin kærða ákvörðun er felld úr gildi og málinu vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar hjá Neytendastofu.

Eiríkur Jónsson

Egill Heiðar Gíslason

Eyvindur G. Gunnarsson