

ÚRSKURÐUR

ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 16/2014

Kæra Símans hf. á ákvörðun Neytendastofu nr. 32/2014.

1. Þann 5. maí 2015 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 16/2014: Kæra Símans hf. á ákvörðun Neytendastofu nr. 32/2014 frá 23. júlí 2014. Í málinu úrskurða Pétur Örn Sverrisson, Jón Trausti Sigurðarson og Egill Heiðar Gíslason. Tveir hinir fyrrnefndu voru skipaðir ad hoc í máli þessu vegna vanhæfis reglulegra nefndarmanna.
2. Með kæru, dags. 19. ágúst 2014, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu nr. 32/2014 frá 23. júlí 2014. Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn 5. gr., 1. mgr. 8. gr. og 2. mgr. 9. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2015, með birtingu tiltekinnar fullyrðingar í auglýsingu, án þess að skýra nánar hvað væri fólgið í fullyrðingunni. Í ákvörðuninni var kæranda, með vísan til 2. mgr. 21. gr. nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, bannað að birta fullyrðinguna án þess að henni fylgdi skýring. Kærandi krefst þess að ákvörðunin verði felld úr gildi.
3. Kæruheimild er í 2. mgr. 4. gr. laga um Neytendastofu og talsmann neytenda nr. 62/2005, sbr. 4. mgr. 4. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005

MÁLAVEXTIR

4. Með erindi lögfræðings Fjarskipta hf. til Neytendastofu, dags. 12. júlí 2013, var kvartað yfir auglýsingum kæranda, Símans hf. (sem eftirleiðis er einnig nefnt Síminn í erindinu en vísað verður til hér sem kæranda), sem báru yfirskriftina „Segjum sögur“. Kvörtuðu Fjarskipti hf. yfir þeirri fullyrðingu kæranda að hann hefði yfir að ráða stærsta farsímaneti landsins. Í erindi

Fjarskipta hf. sagði jafnframt að upplýsingafulltrúi kæranda hefði haldið sömu fullyrðingu fram í viðtölum. Engar sönnur hafi verið færðar á fullyrðingunni, hvorki á vefsíðum kæranda né annars staðar. Töldu Fjarskipta hf. fullyrðingu kæranda ranga og að hún bryti í bága við 5. gr., 8. gr. og 9. gr. laga nr. 57/20005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu. Fóru Fjarskipta hf. fram á að Neytendastofa bannaði þær auglýsingar kæranda sem fólu í sér framangreinda fullyrðingu, sem og aðrar auglýsingar sem Neytendastofa teldi að hefði sambærileg áhrif.

5. Með bréfi Neytendastofu, 25. júlí 2013, sem Fjarskipta hf. fengu jafnframt afrit af, var kæranda kynnt fram komið bréf Fjarskipta hf. og honum boðið að koma að athugasemdum sínum við það. Í bréfi Neytendastofu kom jafnframt fram að Neytendastofa teldi einnig geta komið til álita í málinu ákvæði 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005, en þar kæmi fram að auglýsandi yrði ávallt að geta sannað fullyrðingar sem fram kæmi í auglýsingum. Benti Neytendastofa jafnframt á að gæti auglýsandi ekki sannað fullyrðingar sinnar væri það mat Neytendastofu að auglýsingin væri til þess fallin að vera villandi gagnvart neytendum og keppinautum og því gætu einnig komið til álita í málinu ákvæði 14. og 15. gr. laga nr. 57/2005.
6. Svar barst með bréfi kæranda, dags. 14. ágúst 2013. Þar kemur fram að kærandi sjái engan rökstuðning fyrir þeirri fullyrðingu Fjarskipta hf. að fullyrðingar kæranda séu villandi eða blekkjandi. Þá bendir kærandi á að Fjarskipta hf. haldi því fram á heimasíðu sinni að GSM þjónustuvæði Fjarskipta hf. sé það stærsta á Íslandi. Ekki verði séð að GSM þjónustuvæði Fjarskipta hf. sé stærra en kæranda. Í ljósi fullyrðinga Fjarskipta hf. sé augljóst að fyrirtækið hafi viðurkennt að hafa brotið gegn ákvæðum laga nr. 57/2005. Kærandi geri ráð fyrir að Neytendastofa skoði umrædda fullyrðingu. Kærandi bendir á að GSM þjónustuvæði sé bundið við GSM kerfi en taki ekki til farsímanets í heild sinni.
7. Kærandi telji engan vafa leika á því að dreifikerfi hans í farsímaþjónustu sé það stærsta Íslandi. Byggi það á útbreiðslumyndum Fjarskipta hf. og Nova ehf. sem séu einu farsímanetrekendur á Íslandi auk kæranda. Farsímar séu í stöðugri þróun og í dag séu komnar nokkrar kynslóðir af kerfum. Þau kerfi sem hafi verið mest áberandi séu GSM eða önnur kynslóð, UTMS eða þriðja kynslóð sem almennt sé vísað til sem 3G og síðan LTE eða fjórða kynslóð, 4G. Farsímakerfi samanstandi af öllum þessum kerfum í heild og því þurfi að líta til heildarinnar þegar vísað sé til farsímanets en þegar verið sé að vísa til tiltekins hluta dreifikerfisins sé vísað til GSM eða 3G kerfis. Kerfi Fjarskipta hf. sé fyrst og fremst af annarri

kynslóð eða GSM, Nova ehf. sé fyrst og fremst með UTMS eða 3G kerfi. Félögin hafi einnig, í litlum mæli hafið uppbyggingu á 4G kerfi. Uppbygging félaganna á 4G sé hins vegar það skammt á veg komin að það hafi ekki þýðingu fyrir mat á stærsta farsímanetinu. Farsímanet kæranda samanstandi í dag af GSM og 3G sendum, þ.m.t. 3G langdrægum sendum. Kerfin geri notendum kleift að nota farsíma sína til þess að hringja, senda smáskilaboð eða fara á netið eftir því sem þeir kjósi.

8. Fjarskipti hf. hafi ekki byggt upp eigið 3G kerfi eftir því sem best verði vitað, heldur noti kerfi Nova ehf. í gegnum gagnkvæman samning fyrirtækjanna. Nova ehf. hafi að sama skapi ekki yfir GSM kerfi að ráða heldur noti kerfi Fjarskipta hf. Þrátt fyrir að litið væri á GSM og 3G kerfi Fjarskipta hf. og Nova ehf. sem sameiginlegt farsímanet, þá sé farsímanet kæranda engu að síður stærra. Kærandi sé því sannanlega með stærsta farsímanet landsins enda geti notendur notað farsíma með öllu því sem tækin hafi upp á að bjóða, víðar á landinu á kerfi kæranda en á kerfum annarra netrekenda. Farsímanet kæranda, m.t.t. útbreiðslu netsins í heild, þar með talið GSM, 3G og jafnvel 4G þótt það væri tekið með, sé það stærsta á landinu.
9. Auglýsingar kæranda fari ekki gegn ákvæðum laga nr. 57/2005 enda sé umþrætt fullyrðing rétt og í engu villandi eða blekkjandi. Kærandi geri kröfu um að Neytendastofa hafni kröfum Fjarskipta hf. um bann við því að kærandi kynni net sitt sem stærsta farsímanet landsins.
10. Bréf Kæranda var sent Fjarskiptum hf. til umsagnar með bréfi Neytendastofu, dags. 19. ágúst 2013. Svar barst með bréfi, dags. 9. september 2013, þar sem fram kemur að Fjarskipti hf. hafni því að enginn rökstuðningur sé fyrir fullyrðingu félagsins að auglýsing kæranda sé villandi eða blekkjandi. Fjarskipti hf. hafi vísað til útbreiðslumynda á heimasíðum félaganna þar sem Fjarskipti hf. sýni með augljósum hætti að farsímaþjónusta félagsins sé útbreiddari en farsímaþjónusta kæranda. Fjarskipti hf. telji þar af leiðandi fullyrðingu kæranda þess efnis að farsímakerfi hans sé stærst vera blekkjandi og villandi þar sem mælingar Fjarskipta hf. sýni fram á annað. Farsímakerfi Fjarskipta hf. hafi mestu farsímaútbreiðslu landsins og sýni meðfylgjandi mynd fram á það. Fjarskipti hf. haldi því ekki fram blekkjandi og villandi staðreyndum líkt og kærandi. Haldi kærandi öðru fram beri honum að sýna fram á að svo sé.
11. Fjarskipti hf. telji rökstuðning kæranda um að félagið sé með stærsta farsímakerfi landsins ekki vera innihaldsmikinn, þar sem félagið búi yfir 2G og 3G kerfi sem samanlögð útbreiðsla á sé meiri en annarra fjarskiptafélaga, og einungis settan fram til að slá ryki í augu eftirlits og

neytenda. Stærsta farsímakerfi landsins sé mælt á einn hátt og það sé hve stórt svæði farsímaþjónusta viðkomandi fyrirtækis ná til. Sá málalíbúnaður að halda því fram að útbreiðsla mismunandi tegunda farsímaþjónustu á sama svæði eigi að leggja saman standist enga skoðun þegar stærð farsímakerfa sé skoðuð. Taki Neytendastofa rökstuðning kæranda fyrir fullyrðingu sinni gildan sé stofnunin að samþykkja að fjöldi kerfa á sama svæði segi til um heildarstærð kerfa. Vandamál sem þetta kynni að skapa sé t.d. ef Samkaup/Úrval væri með fleiri vörutegundir af kaffi til sölu í verslunum sínum en Bónus gæti verslunin haldið því fram að hún væri stærri verslunarkeðja en Bónus. Þetta sýni hve villandi og blekkjandi framsetningin sé. Kærandi gæti aftur á móti haldið því fram að félagið sé með mestu útbreiðslu á 3G þjónustu á Íslandi líkt og Samkaup/Úrval gæti haldið fram að mesta framboð af kaffitegundum sé hjá versluninni. Slíkar auglýsingar væru ekki blekkjandi eða villandi.

12. Þrátt fyrir að Fjarskipti hf. geri ekki athugasemdir við að kærandi sé með stærsta 3G kerfi landsins telji Fjarskipti hf. mikilvægt að koma á framfæri eftirfarandi varðandi 3G kerfi sitt. Eins og kæranda sé kunnugt um hafi Fjarskipti hf. fengið úthlutað tíðniheimildum fyrir 3G hjá Póst- og fjarskiptastofnun. Fjarskipti hf. hafi uppfyllt allar útbreiðslukröfur stofnunarinnar og sé með eigin tíðni í loftinu á 3G dreifikerfi sínu. Tæknilegt samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. tengist þessari staðreynd ekki að nokkru leyti, heldur sé hún ráðstöfun til að senda 3G tíðni félagsins út. Fjarskipti hf. bendi einnig á að þótt kærandi sé hugsanlega með stærra 3G dreifikerfi en Fjarskipti hf., séu Fjarskipti hf. með svokallaðan EDGE gagnaflutningsstuðning (með margfalt betri gagnaflutningsgetu en hefðbundnir GSM sendar) um alla GSM senda sína, en kærandi eingöngu á hluta þeirra. Fjarskipti hf. telji að rökstuðningur sem þessi hafi ekkert að gera með hver sé með stærsta farsímakerfið, heldur lýsi eiginleikum kerfanna hvað varði gagnaflutningsgetu.

13. Fjarskipti hf. telji, í ljósi framangreinds, mikilvægt að Neytendastofa skoði útbreiðslumyndir félaganna þar sem komi skýrt fram, þegar útbreiðsla fyrirtækjanna sé lögð saman í eina mynd, að Fjarskipti hf. hafi meiri útbreiðslu á farsímaþjónustu en kærandi og önnur farsímafélög á fjarskiptamarkaði. Allur málalíbúningur kæranda um að leggja eigi saman útbreiðslu mismunandi tækni í kerfinu sé einungis til að slá ryki í augu eftirlitsins þar sem eiginleikar farsímakerfa á sömu svæðunum hafi ekkert með útbreiðslugetu og því stærð þjónustusvæðis að gera. Fjarskipti hf. fari fram á að auglýsingar kæranda verði stöðvaðar og kærandi beittur ýrtruðu viðurlögum þar sem hann hafi ekki sýnt fram á lögmati fullyrðinga sinna.

14. Bréf Fjarskipta hf. var sent kæranda til umsagnar með bréfi Neytendastofu, dags. 17. september 2013. Svar kæranda barst Neytendastofu með bréfi, dags. 10. október 2013, þar sem fram kemur að kærandi ítreki fyrri athugasemdir og árétti að félagið hafi yfir stærsta farsímakerfinu að ráða. Hvað varði GSM kerfi Fjarskipta hf., þá sé það aðeins einn hluti af nútíma dreifikerfi farsíma og kærandi mótmæli því að GSM kerfi Fjarskipta hf. sé raunverulega með meiri útbreiðsluvæði en GSM kerfi kæranda. Að mati kæranda séu GSM kerfi félaganna sambærileg enda um sambærilega tækni að ræða og ekki unnt að staðreyna með nákvæmum og sannanlegum hætti hvort kerfið hafi stærra þjónustusvæði. Raunveruleg útbreiðsla byggir á spám og mati að einhverju leyti sem í engu sé vikið að í erindi Fjarskipta hf. Þetta atriði skipti þó ekki máli þar sem fullyrðing kæranda sé ekki að félagið sé með stærsta þjónustusvæðið, heldur að farsímakerfi kæranda sé það stærsta á Íslandi. Þá bendi kærandi á að Fjarskipti hf. noti ekki það kort sem kærandi hafi lagt fram síðast, þ.e. 3G með sjóáskrift, þannig að hluti af kerfi kæranda sé ekki með í samanburði Fjarskipta hf.

15. Kærandi hafi byggt upp GSM kerfi og 3G kerfi. Samanlagt sé það eitt farsímakerfi í heildina. Óumdeilt sé að kærandi hafi víðfeðmasta 3G þjónustusvæðið og sé það viðurkennt af Fjarskiptum hf. Reyndar vekir athygli að Fjarskipti hf. hafi breytt heimasíðu sinni og haldi því ekki lengur fram að félagið sé með stærsta GSM þjónustusvæðið, sem styðji það að Fjarskipti hf. séu ekki eins sannfært um eigin rök og ætla mætti af bréfi félagsins. Farsímakerfi samanstandi af sendum. Þótt einn sendir nái mikilli útbreiðslu þá skerðist geta hans eftir því sem fleiri noti viðkomandi sendi. Séu of margir notendur tengdir inn á sama sendinn geti það haft neikvæð áhrif á kerfið. Kerfi sem hafi fleiri senda en sé e.t.v. með sambærilega eða minni útbreiðslu, sé eðli málsins samkvæmt stærra, þ.e. kerfi með tveimur eða fleiri sendum sé stærra en það sem sé með einn sendi. Þannig hafi bilun í einum sendi í kerfi sem sé stærra, minni áhrif þar sem fleiri sendar geti mögulega tekið við. Það sé því engum blöðum um það að fletta að kerfi kæranda sé það stærsta enda með flesta senda þar sem kerfi Fjarskipta hf. skorti alveg einn þátt, þ.e. 3G kerfið, og þurfi þar af leiðandi þann fjölda sem fylgi því kerfi. Útbreiðsluvæði kerfis sé ekki það sama og stærð kerfis. Dreifikerfi kæranda samanstandi af tæplega 800 sendum á rúmlega 500 stöðum sem skiptist milli GSM og 3G. Samkvæmt fjárfestakynningu Fjarskipta hf. frá því í nóvember 2012 þá hafi Fjarskipti hf. 500 GSM senda um allt land sem sé sambærilegt á við fjölda GSM senda kæranda. Kerfi kæranda sé því sannarlega með um 300 fleiri senda en Fjarskipti hf. Það megi því ætla að farsímakerfi kæranda sé um 60% stærra en kerfi Fjarskipta hf. og þar af leiðandi stærsta farsímakerfi landsins.

16. Þótt GSM kerfi félaganna sé áþekk þurfi ekki annað en að líta á 3G kerfi kæranda til að sjá að farsímakerfi hans sé augljóslega það stærsta á Íslandi enda vanti einn mikilvægan hluta í dreifikerfi Fjarskipta hf., þ.e. 3G kerfið. Kærandi bendi á nýlegar fréttir sem bendi til þess að 60% Íslendinga séu með snjallsíma en slíkir símar séu almennt stilltir með þeim hætti að þeir noti 3G kerfið fyrst og færi sig svo yfir á GSM ef 3G kerfið sé ekki í boði eða tiltækt af einhverjum ástæðum. Það sé því fráleitt af Fjarskiptum hf. að líta ekki til þess kerfis sem neytendur noti væntanlega mest í dag. Þrátt fyrir tilraunir Fjarskipta hf. til að draga úr þeirri staðreynd að farsímakerfi kæranda sé það stærsta, með því að fjalla um meint útbreiðslusvæði GSM kerfis Fjarskipta hf., þá sé kærandi sannarlega með stærsta farsímakerfið á Íslandi, eins og staðan sé í dag. Kærandi árétti því kröfur sínar um að Neytendastofa hafni kröfum Fjarskipta hf. og áskilji sér allan rétt til að koma á framfæri frekari athugasemdum eða gögnum ef ástæða þyki til.
17. Bréf Símans var sent Fjarskiptum hf. til upplýsingar með bréfi Neytendastofu, dags. 14. október 2013. Með bréfinu var aðilum málsins jafnframt tilkynnt að gagnaöflun þess væri lokið en vegna mikils fjölda fyrirbyggjandi mála væru fyrirséðar tafir á afgreiðslu þess.
18. Með tölvubréfi kæranda, dags. 29. janúar 2014, óskaði kærandi eftir að koma að frekari gögnum í málinu. Í tölvubréfinu segir að kærandi vilji vekja athygli á nýlegu erindi Nova ehf. og Fjarskipta hf. til Samkeppniseftirlitsins vegna fyrirhugaðs samstarfs félaganna. Í erindinu sé nokkuð vísað til kæranda og stærðar dreifikerfis hans og það notað til þess að réttlæta sameiningu dreifikerfa Fjarskipta hf. og Nova ehf. sem eigi að geta keppt við dreifikerfi kæranda. Það sem vekir ef til vill helst athygli sé umfjöllun um að l'ramdo sé með viðameira dreifikerfi en önnur fyrirtæki og eina félagið sem taki bæði GSM og 3G net. Fyrirtækin geri mikið út á meintan styrk kæranda og vísi m.a. til „viðameira dreifikerfis“ hans. Ekki verði hægt að túlka þetta erindi Fjarskipta hf. og Nova ehf. með öðrum hætti en að félögin haldi því fram gagnvart Samkeppniseftirlitinu að dreifikerfi kæranda sé stærra en samanlagt dreifikerfi þessara félaga. Kærandi telji mikilvægt að þetta erindi Fjarskipta hf. og Nova ehf. komist til Neytendastofu vegna kvörtunar Fjarskipta hf. um að kærandi sé ekki með stærsta farsímakerfið. Þarna virðist vera ósamræmi í málflutningi Fjarskipta hf. gagnvart Neytendastofu annars vegar og Samkeppniseftirlitinu hins vegar. Í öllu falli telji kærandi að erindi Fjarskipta hf. og Nova ehf. feli í sér viðurkenningu af hálfu Fjarskipta hf., og raunar Nova ehf. einnig, að kærandi sé með stærsta farsímakerfið.

19. Það þurfi vart að taka fram að kærandi sé ekki sammála erindi Nova ehf. og Fjarskiptum hf. um meintan markaðsstyrk kæranda og hafi mótmælt fullyrðingum félaganna sem röngum. Það hafi reyndar enga þýðingu fyrir mat á því hvaða fyrirtæki hafi yfir stærsta farsímakerfinu að ráða.
20. Tölvubréf kæranda var sent Fjarskiptum hf. til umagnar með bréfi Neytendastofu, dags. 18. febrúar 2014. Svar barst með bréfi, dags. 8. mars 2014, þar sem vísað er til þess að í erindi Fjarskipta hf. og Nova ehf. til Samkeppniseftirlitsins sé tiltekið að kærandi sé eina fyrirtækið sem reki bæði GSM og 3G net og nái útbreiðslan nokkurn vegin yfir landið allt og miðin. Fjarskipti hf. reki GSM net sem hafi einnig útbreiðslu um landið og miðin. Líkt og fram komi í upphaflegu erindi Fjarskipta hf. til Neytendastofu þá geri félagið athugasemd við auglýsingaherferð kæranda „Segjum sögur“. Í umræddri herferð kynni kærandi dreifikerfi sitt sem það stærsta á landinu. Líkt og fram komi í kvörtuninni geri Fjarskipti hf. athugasemd við þá fullyrðingu kæranda að félagið sé með „stærsta dreifikerfið“. Í fyrri auglýsingu sem kærandi hafi birt hafi hins vegar verið fullyrðing um „stærsta 3G kerfið“. Hið fyrrnefnda, 2G dreifikerfi kæranda, sé með sambærilega dekkun og Fjarskipti hf. og því hafi félagið gert athugasemdir við auglýsingarnar.
21. Fjarskipti hf. hafi engar athugasemdir gert við þær fullyrðingar kæranda að félagið búi yfir stærsta 3G neti landsins, það sé óumdeilt. Fjarskipti hf. séu vel meðvitað um að kærandi hafi yfirburðadreifingu á háhraðagnaflutningsþjónustu (3G) sem þeir hafi byggt upp í krafti yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaðnum og háhraðanetsútboðs sem nú sé til rannsóknar hjá Eftirlitsstofnun EFTA (ESA). ESA hafi nýlega hafið rannsókn á því hvort háhraðanetsútboð fjarskiptasjóðs, þar sem kærandi hafi verið hlutskarpastur, hafi falið í sér ríkisaðstoð. Grundvallarmunur sé á því sem Fjarskipti hf. og Nova ehf. haldi fram í erindi sínu til Samkeppniseftirlitsins og því sem kærandi vilji meina. Það eina sem félögin bendi á í erindinu sé að 3G net kæranda sé eina landsdekkandi 3G netið. Það komi hins vegar skýrt fram að bæði Fjarskipti hf. og kærandi séu með GSM net sem nái yfir landið og miðin. Hvað varði ábendingar kæranda um „viðameira dreifikerfi“ þá sé þar enn og aftur átt við 3G net kæranda.
22. Stærð farsímakerfa sé mæld á einn veg og það sé hve stórs svæðis farsímaþjónusta viðkomandi fjarskiptafyrirtækis nái til. Ekki hve mörg landsdekkandi farsímakerfi fjarskiptafélög séu með. Farsímaþjónusta nái ekki til fleiri viðskiptavina þó svo að kerfin séu

fleiri. Farsímakerfið með mestu útbreiðsluna ráði hvaða farsímakerfi sé stærst. Farsímakerfi Fjarsskipta hf. sé það kerfi líkt og framlagðar yfirlitsmyndir sýni fram á. Til að taka allan vafa af framangreindum skilningi bendi Fjarsskipti hf. á að í erindi sínu og Nova ehf. til Samkeppniseftirlitsins segi m.a.: „Hvað varðar háhraða gagnaflutningskerfi um farsíma (3G/4G tækni) er þjónustusvæði gagnaflutningskerfa [Nova ehf. og Fjarsskipta hf.] ekki jafn víðtækt og gagnaflutningskerfi [kærandi] og á þetta sérstaklega við í dreifðari byggðum landsins.“

23. Máltilbúnaður kærandi hvað þetta atriði varði sýni enn og aftur hvernig félagið reyni að blekkja, ekki bara viðskiptavini sína með röngum fullyrðingum, heldur einnig Neytendastofu. Máltilbúnaður sem þessi sé villandi og blekkjandi fyrir neytendur og sé líklegur til að hafa áhrif á ákvörðun viðskiptavina um val á þjónustuveitanda. Að lokum sé ítrekaður fyrri máltilbúnaður.
24. Með bréfi Neytendastofu, dags. 24. mars 2014, var kærandi sent bréf Fjarsskipta hf. og báðum aðilum tilkynnt að gagnaöflun málsins væri lokið.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU

25. Hinn 23. júní 2014 tók Neytendastofa hina kærðu ákvörðun nr. 32/2014. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn ákvæðum laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005 og honum bannaðir þeir viðskiptahættir sem Neytendastofa taldi fela í sér brot, svo sem nánar verður nú rakið.
26. Í niðurstöðukafla hinar kærðu ákvörðunar er fyrst tekið fram að í málinu kvarti Fjarsskipti hf. yfir auglýsingum kærandi undir yfirskriftinni „Segjum sögur“. Telja Fjarsskipti hf. að í auglýsingunum sé ranglega fullyrt að kærandi hafi yfir að ráða stærsta farsímaneti landsins. Telji Fjarsskipti hf. fullyrðingar kærandi brjóta gegn ákvæðum 5. gr., 8. gr. og 9. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu. Af hálfu Neytendastofu var á það bent að stofnunin teldi ákvæði 4. mgr. 6. gr., 14. gr. og 15. gr. sömu laga einnig geta átt við um erindið. Af hálfu kærandi er því hafnað að hann hafi brotið gegn ákvæðum laganna með auglýsingunum. Þá bendi kærandi á að farsímanet samanstandi af neti fyrir GSM (2G net), UTMS (3G net) og LTE (4G net) og því þurfi að líta til heildarinnar þegar vísað sé til farsímanets. Farsímakerfi Fjarsskipta hf. sé fyrst og fremst 2G net og Nova ehf. sé fyrst og

fremst með 3G netkerfi. Uppbygging félaganna á 4G kerfi sé svo skammt á veg komin að það hafi ekki þýðingu fyrir mat á stærsta farsímanetinu. Jafnvel þó litið væri til sameiginlegs farsímanets FjarSKIPTA hf. og Nova ehf. sé farsímanet kæranda stærra enda hafi kærandi yfir flestum sendum að ráða. Farsímakerfi sem hafi fleiri senda en sé ef til vill með minni útbreiðslu sé eðli málsins samkvæmt stærra. Þjónustusvæði kerfis sé ekki það sama og stærð kerfis.

27. Í ákvörðuninni er næst tekið fram að í lögum nr. 57/2005 sé fjallað um það hvaða viðskiptahætti skuli viðurkenna og hverja ekki. Lögin feli fyrst og fremst í sér vernd fjárhagslegra hagsmuna neytenda en einnig vernd fyrirtækja gegn óréttmætum viðskiptaháttum keppinauta vegna auglýsinga eða annarra svipaðra viðskiptaaðferða. Í ákvörðuninni er síðan vikið að efni 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., 1. og 2. mgr. 9. gr., 14. gr., 15. gr. (þ.á m. a-liðar 2. mgr. 15. gr.) laga nr. 57/2005. Síðan segir m.a. að í hinni umkvörðuðu auglýsingu sé ekki að finna skýringar á því hvað átt sé við með stærsta farsímanetinu, þ.e. hvort átt sé við stærsta þjónustusvæðið eða stærsta net þjónustukerfa með flestum sendum. Neytendastofa telji að hvort tveggja, stærð þjónustusvæðisins og stærð dreifinets, geti haft áhrif á ákvörðun neytenda um viðskipti þar sem hvort tveggja geti haft áhrif á þá þjónustu sem þeir njóti.

28. Í lokamálsgrein ákvörðunarinnar er síðan rakið að engar almennar skilgreiningar eða skýringar séu til um það hvernig stærð farsímanets skuli mæld, þ.e. hvort stærðin skuli metin út frá stærð þjónustusvæðis eða stærð dreifinets og fjölda senda. Því telji Neytendastofa fullyrðingu kæranda þess eðlis að hún geti verið sönnuð með upplýsingum um stærð dreifinetsins og fjölda senda. Þar sem kærandi hafi lagt fram gögn til staðfestingar því að félagið hafði yfirburði yfir keppinauta í stærð dreifinets og fjölda senda á þeim tíma sem umrædd auglýsing var birt, taldi Neytendastofa fullyrðinguna sannaða. Hins vegar taldi Neytendastofa að jafnframt yrði að líta til þess að í auglýsingu kæranda hefðu ekki komið fram neinar upplýsingar um hvað átt væri við með stærð farsímanets. Í ljósi þess að enginn almenn skilgreining lægi fyrir á því hvernig stærð farsímanets skyldi skilgreint taldi Neytendastofa það fela í sér villandi viðskiptahætti gagnvart neytendum í skilningi laga nr. 57/2005 að greina ekki frá því hvað fælist í því að farsímanet kæranda væri það stærsta. Eins taldi Neytendastofa að jafnframt væri þá um óréttmæta viðskiptahætti að ræða skv. sömu lögum.

29. Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru svohljóðandi:

„Síminn hf., Ármúla 25, Reykjavík, hefur með birtingu fullyrðingarinnar „Segjum sögur á stærsta farsímaneti landsins“ án þess að fram komi skýringar á því hvað felist í stærsta farsímanetinu, brotið gegn ákvæðum 5. gr., 1. mgr. 8. gr. og 2. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.

Með vísan til 2. mgr. 21. gr. laga nr. 57/2005, um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, er Símanum hf. bannað að viðhafa ofangreinda viðskiptahætti.“

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR ANNARRA

30. Í kæru, dags. 19. ágúst 2014, er tekið fram að kærandi telji að hin kærða ákvörðun, um að kærandi hafi brotið ákvæði laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, standist ekki. Kærandi byggir á því að auglýsingar félagsins um stærsta farsímanetið hafi ekki verið villandi í skilningi laga nr. 57/2005 enda hafi kærandi, þegar auglýsingarnar voru birtar og enn þann dag í dag, yfir að ráða stærsta farsímaneti á Íslandi. Staðhæfing kæranda í umræddum auglýsingum hafi verið sannar. Beri því að fella ákvörðun Neytendastofu úr gildi.

31. Í kærinni er vikið að rökstuðningi Neytendastofu í forsendum niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar þar sem m.a. komi fram að kærandi hafi lagt fram gögn til staðfestingar á því að félagið hafi yfirburði yfir keppinauta í stærð dreifinets og fjölda senda og því hafi félagið, að mati Neytendastofu, sannað fullyrðingu sína. Á sama stað komi fram að Neytendastofa telji að ekki sé að finna almennar skilgreiningar eða skýringar á því hvernig stærð farsímakerfis skuldi mæld. Á síðarnefnda atriðið getur kærandi ekki fallist og vísar til þess að bæði í fjarskiptalögum og almennri framkvæmd sé gerður greinarmunur á því hvað felist í þjónustusvæði eða útbreiðslusvæði annars vegar og farsímaneti eða farsímakerfi hins vegar. Auglýsingar kæranda hafi aðeins fjallað um hið síðarnefnda, þ.e. að farsímanet kæranda væri það stærsta á Íslandi, en ekki hvaða farsímanet væri með stærsta þjónustusvæðið. Vísar kærandi máli sínu til stuðnings til 13. tl. 3. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 þar sem fjarskiptanet sé skilgreint, sem og til fjölmargra ákvarðanna Póst- og fjarskiptastofnunnar, laga um fjarskipti sem og afleiddra stjórnvaldsfyrirmæla þar sem orðið farsímanet sé notað til að lýsa því sendikerfi sem um ræði, þ.e. því fjarskiptaneti sem sé til umfjöllunar.

32. Í kærinni er næst vísað til bréfs kæranda til Neytendastofu, dags. 10. október 2013, þar sem fram komi að sendikerfi kæranda samanstandi af tæplega 800 sendum á rúmlega 500 stöðum sem skiptist milli GSM (tæplega 500 senda) og 3G (um 300 senda). Samkvæmt fjárfestakynningu Fjarskipta hf. frá því í nóvember 2012 hafi Fjarskipti hf. 500 GSM senda um landið allt sem sé sambærilegt við kerfi kæranda. Fjarskiptanet kæranda sé því með 300 fleiri senda en Fjarskipti hf. Því megi ætla að farsímakerfi kæranda sé um 60% stærra en kerfi Fjarskipta hf. og því sannanlega stærsta fjarskiptakerfi landsins. Segir kærandi að fjölmörg önnur dæmi væri hægt að nefna en þau eigi það öll sameiginlegt að með umfjöllun um þau sé átt við farsímakerfið sjálft, þ.e. sendikerfið. Röksemdir kæranda fyrir fullyrðingu félagsins um stærsta farsímanetið byggist á því að fullyrðingin sé víðtæk og taki til allra farsímaneta sem boðið sé upp á, þ.e. GSM (2G), UTMS (3G) og LTE (4G). Þá byggi stærð farsímanetsins ekki á þjónustusvæði netsins, heldur á fjölda senda og þannig stærra neti enda skipti fjöldi senda mestu máli þar sem þeir myndi farsímanetið og fjöldi þeirra hafi mest að segja um afkastagetu netsins. Þegar talað sé um stærð þess fari það eðlilega eftir því sem býr til kerfið, þ.e. samsetningu þess og afkastagetu og þá hvort hún sé meiri en annarra farsímaneta sem séu á markaðnum.
33. Að lokum bendir kærandi á að Neytendastofa telji sannað að kærandi hafi yfirburði yfir keppinauta sína þegar komi að stærð dreifinets og fjölda senda á þeim tíma sem auglýsingin var birt. Með því hafi Neytendastofa staðfest með vísan til framangreindrar umfjöllunar um skilgreiningu á fjarskiptaneti og farsímaneti og notkun þess í framkvæmd að kærandi hafi haft yfir að ráða stærsta farsímanetinu á umræddum tíma. Af því leiði jafnframt að auglýsingar kæranda hafi ekki verið villandi í skilningi 2. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005, sbr. einnig 5. og 8. gr. laganna. Síðan segir að staðhæfing kæranda um stærsta farsímanetið verði að teljast sönnuð og því beri að ógilda ákvörðun Neytendastofu þegar af þeirri ástæðu.
34. Með bréfi, dags. 1. september 2014, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 9. september 2014, þar sem þess er krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Þar er rakið að niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar hafi byggt á því að kærandi hefði fært sönnur á að félagið hefði yfir að ráða flestum fjarskiptasendum sem að mati stofnunarinnar gat komið til sönnunar fullyrðingar um stærsta farsímanet landsins. Birting fullyrðingarinnar hafi því ekki verið bönnuð með hinni kærðu ákvörðun.

35. Neytendastofa rekur næst að í bréfi kæranda til áfrýjunarnefndar neytendamála sé um það fjallað að í fjarskiptalögum og ákvörðunum Póst- og fjarskiptastofnunnar sé orðið farsímanet notað til lýsingar á því sendikerfi sem um ræði. Með vísan til þessa telji kærandi að fella beri úr gildi ákvörðun Neytendastofu. Bendir Neytendastofa á að við vinnslu ákvörðunarinnar hafi stofnunin leitað óformlegs álits hjá sérfræðingum Póst- og fjarskiptastofnunnar á því hvort stærð farsímanets væri mæld í fjölda senda eða flatarmálsstærð dreifikerfisins. Samkvæmt sérfræðingum Póst- og fjarskiptastofnunnar hafi ekki verið til skilgreining á því hvernig stærð farsímanets skyldi mæld. Byggi ákvörðun Neytendastofu á þessu. Eins bendir Neytendastofa á að í þeim lagaákvæðum og ákvörðunum Póst- og fjarskiptastofnunnar sem kærandi vísi til í bréfi sínu sé ekki að finna neinar skilgreiningar á framangreindu.
36. Neytendastofa tekur að lokum fram að við mat á ákvæðum 9. gr. laga nr. 57/2005 verði að taka mið af meðalneytandanum og skilningi meðalneytandans á fullyrðingu um stærsta farsímanet landsins. Sé það mat Neytendastofu að ekki sé hægt að gera ráð fyrir því að meðalneytandi, sem ekki hafi sérstaka tækniþekkingu á dreifikerfum farsíma, skilji fullyrðingu kæranda sem svo að átt sé við flesta senda. Ítrekar Neytendastofa að með ákvörðun stofnunarinnar hafi ekki verið lagt bann við birtingu umræddrar fullyrðingar, heldur bann við að fullyrðingin yrði birt án þess að samhliða henni kæmu fram frekari upplýsingar um það hvað átt væri við með stærð dreifikerfisins.
37. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 11. september 2014, var lögmanni kæranda send greinargerð Neytendastofu og óskað eftir afstöðu kæranda til hennar. Svar barst með bréfi lögmannsins, dags. 7. október 2014. Þar er fyrst rakið að í hinni kærðu ákvörðun Neytendastofu sem og athugasemdum stofnunarinnar við kærana sé það lagt til grundvallar að í lögum sé ekki að finna skilgreiningu á því hvað felist í hugtakinu farsímanet. Í kærinni sé hins vegar rakið að enginn vafi leiki á því hvað a skilgreiningu beri að leggja til grundvallar á hugtakinu farsímanet. Fjarskiptalög nr. 81/2003 séu skýr hvað þetta atriði varði. Þá liggi fyrir að kærandi hafi yfir að ráða stærsta farsímanetinu líkt og Neytendastofa hafi í raun staðfest að hafi verið sannað. Farsímanet sé ein tegund fjarskiptanets og þegar talað sé um fjarskiptanet í fjarskiptalögum, komi þar skýrt fram að átt sé við sendikerfið sjálft en ekki þjónustusvæði svo sem nánar hafi verið gert grein fyrir í kærinni. Telur kærandi að ákvörðun Neytendastofu byggi því á röngum forsendum þar sem tekið sé mið af meintum skilningi meðalneytandans án þess að það sé nánar rökstutt hvernig sá skilningur sé fundinn. Telur

kærandi að þegar það liggi fyrir með skýrum hætti í lögum og ákvörðunum sem vísað var til í kæru, hvernig hugtakið farsímanet skuli skilgreint verði það að teljast andsætt lögætisreglu stjórnsýsluréttarins að víkja lögunum til hliðar og byggja þess í stað á ímyndaðri afstöðu meðalneytandans. Verði ákvörðun Neytendastofu því að teljast ógildanleg af þessum sökum.

38. Í bréfi kæranda er næst vísað til þess að í greinargerð Neytendastofu segi orðrétt: „Stærð farsímanetsins getur verið mælt annað hvort með fjölda senda eða flatarmálsstærð dreifikerfisins.“ Segist kærandi hafa sannað að félagið búi bæði yfir flestum sendum sem og stærsta dreifinetinu. Telur kærandi að í framangreindri tilvitnun hafi Neytendastofa ruglað saman orðunum dreifikerfi og þjónustusvæði. Sé misskilningur Neytendastofu með þeim hætti telur kærandi að hafna verði þeirri fullyrðingu stofnunarinnar að stærð farsímanets geti bæði veið mæld með fjölda senda sem og flatarmálsstærð þjónustusvæðisins. Stærð farsímanets sé fundin út frá fjölda senda líkt og ráðið verði af fjarskiptalögum. Auglýsingar kæranda hafi einungis fjallað um að farsímanet félagsins væri það stærsta á Íslandi en ekki hvaða farsímanet væri með stærsta þjónustusvæðið. Þar með sé ljóst að auglýsingar kæranda brjóti ekki gegn ákvæðum laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu.

39. Í bréfi kæranda segir síðan að fallist áfrýjunarnefnd neytendamála ekki á rökstuðning um að gerður sé greinarmunur á stærð farsímanets annars vegar og stærð þjónustusvæðis hins vegar byggji kærandi á því að auglýsingar félagsins hafi þrátt fyrir það staðist ákvæði laga nr. 57/2005. Í forsendum ákvörðunar Neytendastofu komi fram að bæði stærð þjónustusvæðis og stærð dreifinets geti haft áhrif á ákvörðun neytenda um viðskipti þar sem hvort tveggja geti haft áhrif á þá þjónustu sem þeir njóti. Neytendastofa taldi að kærandi hefði sannað fullyrðingu sína um stærsta dreifinetið, en þó talið villandi fyrir netendur að ekki væri tekið fram í auglýsingum kæranda hvað fælist í því að farsímanet kæranda væri hið stærsta. Skilja megj niðurstöðu Neytendastofu sem svo, að kærandi hefði þurft að taka það sérstakalega fram í auglýsingu sinni að stærð farsímanetsins væri byggð á stærð dreifinets og fjölda senda. Kveðst kærandi ekki geta fallist á þetta.

40. Í bréfi kæranda er næst rakið að kærandi telji að GSM kerfi félaganna séu sambærileg enda um sambærilega tækni að ræða og ekki sé hægt með nákvæmum og sannanlegum hætti hvort kerfið hafi stærra þjónustusvæði. Raunveruleg útbreiðsla byggji í raun á spám og mati að einhverju leyti. Á hinn bóginn sé óumdeilt að kærandi hafi víðfeðmasta 3G þjónustusvæðið

og hafi Fjarskipti hf. viðurkennt það undir rekstri málsins. Þá hafi Fjarskipti hf. einnig talið að GSM kerfi sitt væri með sambærilega dekkun og kerfi kæranda. Þessu til stuðnings hafi Fjarskipti hf. tekið út af heimasíðu sinni fullyrðingu ess efnis að félagið sé með stærsta GSM þjónustusvæðið. Samanlagt séu GSM kerfi og 3G kerfi eitt heildstætt farsímanet. Í heildina hafi kærandi stærra þjónustusvæði fyrir bæði GSM og 3G á meðan Fjarskipti hf. bjóði aðeins GSM þjónustu. Kærandi verði því að teljast vera með stærsta þjónustusvæðið fyrir alla farsímaþjónustu þó svo auglýsingin hafi einungis miðað að því að vekja athygli á stærsta farsímanetinu sem er annað en þjónustusvæði líkt og ítrekað hafi komið fram.

41. Kærandi rekur að Neytendastofa telji sannað að kærandi sé með stærra dreifinet og fleiri senda en Fjarskipti hf. Þegar litið sé til þessa sé erfitt að sjá hvernig auglýsing kæranda sé villandi fyrir neytendur. Burtséð frá því hvort skilgreina eigi farsímanet út frá stærð þjónustusvæðis eða stærð dreifinets, þá sé ljóst að kærandi sé að lágmarki með sambærilegt þjónustusvæði og Fjarskipti hf. en með mun stærra dreifinet og fleiri senda og búi því yfir stærsta farsímanetinu sem í boði sé hér á landi fyrir neytendur. Væri framkvæmd heildarmat á þessu tvennu til að skera úr um stærð farsímanets yrði niðurstaða þess alltaf sú að farsímanet kæranda væri það stærsta. Er það því mat kæranda að honum sé algjörlega óþarft að koma með frekari skýringar í auglýsingu sinni á því hvað felist í stærsta farsímanetinu. Þau skilaboð sem send séu til neytandans í gegnum hina kærðu auglýsingu séu rétt og sönnuð og því ekki villandi á nokkurn hátt. Auglýsingar kæranda fari því ekki gegn ákvæðum laga nr. 57/2005 enda sé umþrætt fullyrðing rétt og í engu villandi eða blekkjandi. Telur kærandi því rétt að ákvörðun Neytendastofu verði felld úr gildi.

42. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 10. október 2014, var lögmanni Fjarskipta hf. send fyrirbyggjandi gögn á kærustigi og óskað eftir afstöðu félagsins til kærunnar. Svar barst með bréfi lögmannsins, dags. 3. nóvember 2014, þar sem þess er aðallega krafist að málinu verði vísað frá áfrýjunarnefnd neytendamála, en til vara að hin kærða ákvörðun Neytendastofu nr. 32/2014 verði staðfest. Til stuðnings aðalkröfu sinni vísa Fjarskipti hf. til forsendna Neytendastofu í hinni kærðu ákvörðun þar sem komi fram að kæranda sé ekki bannað að birta fullyrðingu um „stærsta farsímanet landsins“ heldur beri kæranda að skýra fullyrðinguna þegar við hana sé stuðst. Niðurstaða Neytendastofu feli einungis í sér leiðbeinandi tilmæli til kæranda og annarra fjarskiptafélaga um hvernig skuli nálgast aðila markaðarins til að tryggja að ekki sé hætt á að upplýsingar séu villandi fyrir viðskiptavinum. Með vísan til þessa telja Fjarskipti hf. verulegan vafa leika á um hvort kærandi eigi

raunverulegra, beinna, einstaklegra og verulegra lögvarða hagsmuna að gæta af úrlausn málsins. Af þessari ástæðu beri að vísa málinu frá nefndinni.

43. Í bréfi Fjarskipta hf. er næst fjallað um varakröfu félagsins um að hin kærða ákvörðun Neytendastofu nr. 32/2014 verði staðfest. Þar er rakið að kærandi haldi því fram að hann hafi yfir að búa stærsta farsímaneti landsins. Telja Fjarskipti hf. ákveðin misskilnings gæta í kæru kæranda. Kærandi telji að hægt sé að leggja öll kerfi að jöfnu og þannig búa til stærsta farsímanet landsins. Fjarskipti hf. benda á að farsímanetin 2G, 3G og 4G séu öll með mismunandi virkni, t.d. sé 3G öflugasta farsímanetið er kemur að símtölum og 4G að gagnaflutningshraða, enda kerfin kynnt sem slík fyrir viðskiptavinum. Kærandi haldi því fram að hægt sé að leggja alla senda mismunandi farsímanets saman og þannig sé fullyrðingin fyrir „stærsta farsímanet landsins“ réttlætanleg. Fjarskipti hf. benda á að Póst- og fjarskiptastofnun gefi út sérstakt tíðnileyfi fyrir hverja fjarskiptaþjónustu fyrir sig. Sé af því ljóst að skilgreining á 13. tl. 1. mgr. 3. gr. fjarskiptalaga nr. 81(2003 eigi við um hvert sjálfstætt farsímanet með skilgreinda tíðni en ekki heildarumfang allra farsímaneta. Telja Fjarskipti hf. að umfjöllun kæranda um fjölda senda í farsímanetum sínum, þar sem félagið flokkaði fjölda senda niður eftir því hvernig kerfi þeir tilheyrðu, verði að skilja sem svo að kærandi viðurkenni að stærð farsímaneta eigi að skilgreina niður á hvert og eitt kerfi, en ekki öll kerfin saman sem eitt heildstætt farsímanet.
44. Í bréfi Fjarskipta hf. er að lokum fjallað um að í greinargerð Neytendastofu komi fram að stofnunin hafi leitað til Póst- og fjarskiptastofnunar varðandi mælingar á stærð farsímaneta. Niðurstaða þeirrar umleitunar hafi verið sú að ekki sé að finna skilgreiningu á því hvernig stærð farsímaneta skuli mæld. Því hafi Neytendastofa talið að beita ætti 9. gr. laga nr. 57/2005 við mat á stærð farsímaneta. Sé sú afstaða, að mati Fjarskipta hf., í fullu samræmi við skilgreiningar fjarskipafélaga, þ.e. að auglýsa með skýrum hætti styrkleika sína á hverju kerfi. Sú aðferð fjarskiptafélaga hafi verið óumdeild, s.s. stærð og styrkur á hverjum farsímaneti fyrir sig; GSM, 3G og 4G. Telja Fjarskipti hf. að fullyrðingin „segum sögur af stærsta farsímaneti landsins“ sé í andstöðu við lög nr. 57/2005 og til þess fallin að hafa áhrif á val viðskiptavina á þjónustuveitanda með villandi hætti. Því beri að staðfesta hina kærðu ákvörðun.
45. Með bréfi áfrýjunarnefndar neytendamála, dags. 4. nóvember 2014, var lögmanni kæranda kynnt framangreint bréf lögmanns Fjarskipta hf. og honum gefinn kostur á að tjá sig um það.

Svar barst með bréfi lögmanns kæranda þann 18. nóvember 2014. Þar er fyrst fjallað um frávísunarkröfu Fjarskipta hf. og þeirra sjónarmiða félagsins að verulegur vafa leiki á því að kærandi eigi raunverulegra, beinna, einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta af úrlausn málsins þar sem hin kærða niðurstaða Neytendastofu feli einungis í sér leiðbeinandi tilmæli til kæranda og annarra fjarskiptafyrirtækja um hvernig skuli nálgast aðila markaðarins til að koma í veg fyrir villandi upplýsingar til viðskiptavina. Fellst kærandi ekki á röksemdir Fjarskipta hf. og rekur að hin kærða ákvörðun Neytendastofu frá 23. júlí 2014 hafi verið stjórnvaldsákvörðun skv. stjórnarsýslulögum nr. 37/1993 og með ákvörðun sinni hafi Neytendastofa einhliða, í skjóli stjórnarsýsluvalds, bannað kæranda tiltekna háttsemi. Ákvörðunin hafi beinst að kæranda sem geri hann að aðila máls sbr. 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga. Kærandi hafi því einstaklegra, verulegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta, þar sem ákvörðun Neytendastofu sé félaginu íþyngjandi.

46. Í bréfinu segir síðan að kærandi hafni því að hin kærða ákvörðun hafi einungis falið í sér „leiðbeinandi tilmæli“. Kærandi álíti að ákvörðun Neytendastofu feli í sér stjórnvaldsákvörðun. Til frekari rökstuðnings vísar kærandi til úrskurðar áfrýjunarnefndar neytendamála frá 4. mars 2008 (nr. 11/2007). Þar hafi Neytendastofa ritað fyrirtæki skriflegt erindi þar sem m.a. hafi komið fram að framsetning auglýsinga þess væri til þess fallin að vera villandi og að stofnunin beindi þeim „eindregnu tilmælum“ til fyrirtækisins að taka tillit til þessa í auglýsingum. Neytendastofa hafi haldið því fram að ekki væri um kæránlega stjórnvaldsákvörðun að ræða, en því hafi áfrýjunarnefnd neytendamála hafnað, m.a. með eftirfarandi rökum: „Hvað sem líður því sjónarmiði Neytendastofu að úrlausn hennar hafi einungis verið „tilmæli“ sem kæranda hafi verið í sjálfs valds sett að fara eftir verður ekki fram hjá því litið að um var að ræða niðurstöðu stofnunarinnar um hvað skyldi rétt í málinu, að undangenginni málsmeðferð samkvæmt stjórnarsýslulögum. Er vandséð hvernig kæranda hefði verið stætt á því að fylgja ekki „tilmælum“ stofnunarinnar.“ Telur kærandi, að framansögðu virtu, að frávísunarkrafa Fjarskipta hf. sé með öllu tilhæfulaust og gerir kærandi þá kröfu að henni verði hafnað og málið tekið til formlegrar rannsóknar lögum samkvæmt hjá áfrýjunarnefnd neytendamála.

47. Í bréfi kæranda er næst fjallað um varakröfu Fjarskipta hf. um að hin kærða ákvörðun skuli staðfest. Segir kærandi að Fjarskipti hf. hafi haldið því fram að félagið hafi sýnt fram að það búi yfir stærra 2G (GSM) farsímaneti en kærandi. Það standist ekki enda hafi Fjarskipti hf. sjálf haldið því fram í bréfi félagsins til Neytendastofu að „2G dreifikerfi [kæranda væri] með

sambærilega dekkun og [Fjarskipti hf.]“. Þá hafi félagið einnig viðurkennt að 3G kerfi kæranda væri það stærsta hér á landi. Því hafi Fjarskipti hf. viðurkennt að 2G kerfi félaganna séu sambærileg en 3G kerfi kæranda hafi „yfirburðardreifingu“ miðað við önnur kerfi. Þessar staðhæfingar staðfesti því í raun fullyrðingu kæranda um að félagið hafi yfir að ráða stærsta farsímanetinu þegar framkvæmt sé heildarmat á stærð farsímanetsins.

48. Í bréfi sínu rekur kærandi næst að félagið hafi áður bent á að farsímanet sé ein tegund fjarskiptanets. Stærð fjarskiptanets sé fundin út frá fjölda senda svo sem ráðið verði af fjarskiptalögum nr. 81/2003, sbr. 13. tl. 1. mgr. 3. gr. laganna. Kærandi sé sannarlega með flesta senda og því sé auglýsing félagsins um „stærsta farsímanetið“ ekki villandi á nokkurn hátt. Ítrekar kærandi að ákvörðun Neytendastofu byggji á röngum forsendum þar sem tekið sé mið af meintum skilningi neytandans án þess að það sé nánar rökstutt hvernig sá skilningur sé fundinn. Þegar það liggi fyrir með skýrum hætti í lögum hvernig beri að skilgreina hugtakið farsímanet verði það að teljast andstætt lögmætisreglu stjórnisýsluréttarins að víkja lögum til hliðar og byggja þess í stað á ímyndaðri afstöðu meðalneytandans.
49. Í bréfi kæranda er næst fjallað um farsímanet. Telur kærandi það rangan skilning hjá Fjarskiptum hf. að fjalla eigi um hvert og eitt farsímakerfi sérstaklega. Farsímanet séu rekin sem eitt heildstætt net og viðskiptavinir séu í þjónustu við farsímanetið sem eina heild. Viðskiptavinir tengist síðan ýmist með 2G, 3G eða 4G tækni við notkun á farsímanetinu. Það sé ekki gerður samningur við viðskiptavini um hvert farsímakerfi fyrir sig, heldur sé gerður samningur um notkun á farsímanetinu í heild. Telur kærandi þetta vera kjarnaatriði í málinu og ástæðuna fyrir því að kærandi sé með stærsta farsímanetið. Kærandi hafnar því að hann hafi í raun viðurkennt í málatilbúnaði sínum að stærð farsímanets skuli skilgreind niður í hvert og eitt kerfi, en ekki með því að telja öll kerfin saman í eitt heildstætt farsímanet.
50. Að lokum segir í bréfi kæranda að félagið telji auglýsingar sínar um „stærsta farsímanetið“ ekki fara gegn ákvæðum laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu enda sé fullyrðingin í engu villandi eða blekkjandi fyrir neytendur. Því beri að ógilda ákvörðun Neytendastofu dags. 23. júlí sl.
51. Með bréfi til lögmanns kæranda, dags. 30. mars 2015, tilkynnti áfrýjunarnefnd neytendamála, með vísan til 3. mgr. 9. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, að fyrirsjáanlegt væri að afgreiðsla málsins myndi tefjast. Þó væri stefnt að því að kveða upp úrskurð fyrir 1. maí 2015

NIÐURSTAÐA

52. Í máli þessu er deilt um þá niðurstöðu Neytendastofu að kærandi hafi brotið gegn ákvæðum laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, með auglýsingum undir yfirskriftinni „Segjum sögur“ en í auglýsingunum var fullyrt að kærandi hefði yfir að ráða stærsta farsímaneti landsins. Taldi Neytendastofa að birting fullyrðingarinnar; „Segjum sögur á stærsta farsímaneti landsins“ án þess að fram kæmu skýringar á því hvað fælist í „stærsta farsímanetinu“, væri brot gegn ákvæðum 5. gr., 1. mgr. 8. gr. og 2. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005. Með vísan til 2. mgr. 21. gr. laganna bannaði Neytendastofa kæranda að birta umrædda fullyrðingu án skýringa. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Fjarskipti hf. gera síðan aðallega þá kröfu að kærinni verði vísað frá áfrýjunarnefnd neytendamála, en til vara að ákvörðun Neytendastofu verði staðfest.
53. Í hinni kærðu ákvörðun Neytendastofu, nr. 32/2014 frá 23. júní 2014, er skýrt tekið fram í ákvörðunarorðum að kæranda sé, með vísan til 2. mgr. 21. gr. laga nr. 57/2005, bannað að birta fullyrðinguna „Segjum sögur á stærsta farsímanetinu“ án þess að fram komi skýringar á því hvað felist í stærsta farsímanetinu. Beinist bannið sérstaklega að kæranda og meinar honum tiltekna háttsemi. Verður því ekki fallist á að ákvörðun Neytendastofu hafi aðeins falið í sér „leiðbeinandi tilmæli til [kæranda] og annarra fjarskiptafélaga“ líkt og Fjarskipti hf. halda fram. Í ljósi framangreinds og með hliðsjón af formi og efni hinnar kærðu ákvörðunar fæst ekki séð að aðalkrafa Fjarskipta hf. í málinu eigi sér nokkra stoð. Er því ekki tilefni til að fallast á kröfu Fjarskipta hf. um að málinu verði vísað frá.
54. Í 1. mgr. 8. gr. laga nr. 57/2005 kemur fram að viðskiptahættir séu óréttmætir ef þeir brjóta í bága við góða viðskiptahætti gagnvart neytendum og raska verulega eða eru líklegir til að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda. Þá kemur fram að viðskiptahættir sem brjóti í bága við ákvæði III. kafla laganna séu alltaf óréttmætir. Ákvæði 9. gr. eru hluti af III. kafla laganna. Samkvæmt 2. mgr. 9. gr. eru viðskiptahættir villandi ef ekki er greint frá upplýsingum sem telja má að almennt skipti máli fyrir neytendur eða þeim er leynt og þær eru til þess fallnar að hafa áhrif á ákvörðun neytenda um að eiga viðskipti. Í skýringum sem fylgdu með frumvarpi til laga nr. 50/2008 um breytingu á lögum nr. 57/2005, með síðari breytingum, segir um nógildandi 2. mgr. 9. gr.: „Með 2. mgr. er lagt til að innleidd verði

ákvæði 1. og 2. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar um villandi aðgerðarleysi, en þar kemur fram að viðskiptahættir séu villandi og geti þar af leiðandi verið ólögmætir ef upplýsingar vantar þannig að það verði til þess að neytandinn taki ákvörðun um að eiga viðskipti sem hann hefði annars ekki gert. Ef fyrirtæki leynir upplýsingum sem skipta máli fyrir neytendur eða þær eru veittar á óljósan eða margræðan hátt gildir það sama, viðskiptahættirnir teljast villandi. Má hafa til hliðsjónar þau atriði sem tilgreind eru í a–g-liðum 1. mgr. ákvæðis þessa.“

55. Auglýsing kæranda fól í sér fullyrðingu um að kærandi hefði yfir að ráða „stærsta farsímanetinu“. Hin kærða ákvörðun er reist á því að þessi fullyrðing ein og sér, án þess að greina frá því hvað felist í því að farsímanet kæranda sé hið stærsta, feli í sér villandi viðskiptahætti gagnvart neytendum, sbr. 2. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005. Byggði Neytendastofa niðurstöðu sína á því að engar almennar skilgreiningar eða skýringar væru til um það hvernig stærð farsímanets skyldi mæld, þ.e. hvort stærðin skyldi metin út frá stærð þjónustusvæðis eða stærð dreifinetsins og fjölda senda.

56. Af hálfu kæranda er vísað til þess að bæði í fjarskiptalögum og almennri framkvæmd sé gerður greinarmunur á því hvað felist í þjónustusvæði eða útbreiðslusvæði annars vegar og farsímaneti eða farsímakerfi hins vegar. Auglýsingar kæranda hafi aðeins fjallað um hið síðarnefnda, þ.e. að farsímanet kæranda væri það stærsta á Íslandi, en ekki hvaða farsímanet væri með stærsta þjónustusvæðið. Vísar kærandi máli sínu til stuðnings til 13. tl. 3. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 þar sem fjarskiptanet sé skilgreint, sem og til fjölmargra ákvarðanna Póst- og fjarskiptastofnunnar, laga um fjarskipti sem og afleiddra stjórnvaldsfyrirmæla þar sem orðið farsímanet sé notað til að lýsa því sendikerfi sem um ræði, þ.e. því fjarskiptaneti sem sé til umfjöllunar.

57. Orðið „farsímanet“ er ekki sérstaklega skilgreint í lögum nr. 81/2003 um fjarskipti. Í 13. tl. 3. gr. laganna er hins vegar að finna skýringu á orðinu „fjarskiptanet“, en það er skilgreint sem sendikerfi, og þar sem það á við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera það mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, rafdreifikerfi, háspennulínunum eða með öðrum rafsegulsaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarp.

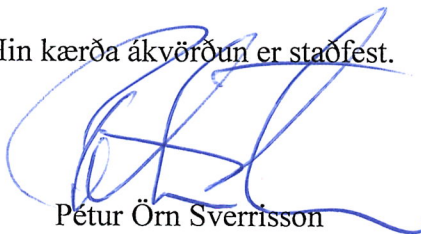
58. Hvað sem líður þeim greinarmun sem kann að vera gerður á þjónustusvæði eða útbreiðslusvæði annars vegar og farsímaneti eða farsímakerfi hins vegar í fjarskiptalögum og

almennri framkvæmd er ekki unnt að fallast á það með kæranda að fjöldi senda sé eina leiðin til að mæla stærð farsímanets. Að mati áfrýjunarnefndarinnar verður að leggja til grundvallar að fullyrðing um stærð farsímanets, þegar henni er beint almennt til neytenda eins og hér á við, geti hvort tveggja átt við um útbreiðslu þjónustusvæðis og fjölda senda innan sama kerfis. Stendur því óhöggðu fullyrðing Neytendastofu um að ekki liggi fyrir almenn skilgreining á því hvernig stærð farsímanets skuli skilgreind. Að mati áfrýjunarnefndar er það ekki óeðlilega íþyngjandi fyrir kæranda að greina frá því í auglýsingum eða annarri almennri kynningu, sem beint er að almenningi, hvaða forsendur liggi að baki fullyrðingunni um að kærandi hafi yfir að ráða „stærsta farsímaneti landsins“.

59. Samkvæmt framansögðu ber að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

ÚRSKURÐARORÐ:

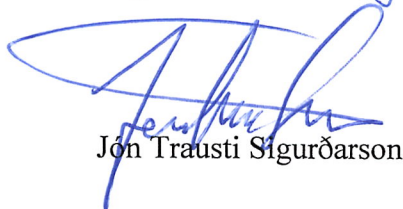
Hin kærða ákvörðun er staðfest.



Pétur Örn Sverrisson



Egill Heiðar Gíslason



Jón Trausti Sigurðarson