

ÚRSKURÐUR
ÁFRÝJUNARNEFNDAR NEYTENDAMÁLA

MÁL NR. 17/2010

Kæra Húsasmiðjunnar ehf. á ákvörðun Neytendastofu [nr. 50/2010](#) og ákvörðun frá 28. október 2010.

1. Þann 10. febrúar 2011 er tekið fyrir mál áfrýjunarnefndar neytendamála nr. 17/2010: Kæra Húsasmiðjunnar ehf. á ákvörðun Neytendastofu nr. 50/2010 frá 15. október 2010 og ákvörðun frá 28. október 2010. Í málinu úrskurða Eiríkur Jónsson, Egill Heiðar Gíslason og Eyvindur G. Gunnarsson.
2. Með kæru, dags. 11. nóvember 2010, hefur kærandi kært til áfrýjunarnefndar neytendamála ákvörðun Neytendastofu nr. 50/2010 frá 15. október 2010, um að kærandi hafi brotið gegn 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr. og 14. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, með birtingu auglýsinga þar sem fram kom fullyrðing um að Húsasmiðjan byði „Lægsta lága verðið“. Með vísan til 2. mgr. 21. gr. b sömu laga var kæranda bönnuð birting umræddrar fullyrðingar. Með sömu kæru hefur kærandi jafnframt kært ákvörðun Neytendastofu, dags. 28. október 2010, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að breytingar sem gerðar voru á auglýsingum kæranda í kjölfar ákvörðunar nr. 50/2010 væru ekki nægjanlegar til að uppfylla skilyrði ákvörðunarinnar. Með vísan til 2. mgr. 21. gr. b laga nr. 57/2005 fór Neytendastofa fram á að nánar tiltekna breytingar yrðu gerðar á auglýsingum og kynningum kæranda svo ekki þyrfti að koma til frekari aðgerða stofnunarinnar. Kærandi krefst þess að ákvarðanirnar verði felldar 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. Hinn 7. október 2010 sendi Neytendastofa kæranda bréf þar sem vísað var til auglýsingaherferðar hans, sem áberandi væri í fjölmiðlum, og bæri yfirskriftina „Lægsta lága verðið“. Í dagblaðaauglýsingu, sem m.a. hefði birst í Fréttablaðinu þann 6. október 2010 segði: „Húsasmiðjan lækkar verð á völdum vörum og lætur ávinning af nýjum og betri samningum við framleiðendur renna beint til neytenda. Við leggjum okkur fram um að bjóða lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin í landinu. Þetta köllum við lægsta lága verðið!“. Í auglýsingabæklingi kæranda, sem hefði gildistíma 5.-17. október, væru kynntar ýmsar vörur og við hluta þeirra væri sérstakt merki sem gæfi til kynna að um væri að ræða „Lægsta lága verðið“. Í bréfinu var síðan vikið að 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 8. gr., 9. gr. og 14. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, og með vísan til þeirra farið fram á að kærandi færði sönnur á

fullyrðingu sína um að hann byði „Lægsta lága verðið“. Var frestur til svars veittur til kl. 13 mánudaginn 11. október 2010. Fyrir liggur kvittun fyrir móttöku bréfs Neytendastofu, tímasett 7. október 2010 kl. 14:35, og undirrituð af starfsmanni kæranda.

5. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun sendi lögmaður kæranda tölvubréf til Neytendastofu, dags. 8. október 2010, þar sem athugasemdir voru gerðar við hinn stutta frest sem kæranda væri gefinn til að koma að svörum. Fresturinn væri hvorki eðlilegur né sanngjarn og ekki kæmi fram í bréfi Neytendastofu hvers vegna lægi svo á svari. Farið var fram á að frestur yrði framlengdur til föstudagsins 15. október 2010. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun svaraði Neytendastofa tölvubréfinu samdægurs þar sem fram kom að ástæða hins stutta frests væri sú að stofnuninni hefðu borist margar ábendingar, bæði frá neytendum og keppinautum kæranda. Um væri að ræða afdráttarlausu fullyrðingu sem fyrirtækið yrði að geta fært sönnur á samkvæmt 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Neytendastofa hafi litið svo á að fyrirtæki yrðu að tryggja að allar forsendur fyrir fullyrðingum lægju fyrir aður en þær væru birtar. Fyrirtæki ættu því ekki að þurfa langan frest til að leggja fram gögn fullyrðingum til staðfestu lægju þau fyrir þegar fullyrðing væri birt. Framangreindar skýringar hefðu þó réttilega átt að koma fram í bréfi stofnunarinnar. Hún gæti ekki fallist á að frestur yrði framlengdur til föstudagsins 15. október 2010, en þar sem skýringar hafi skort í bréfið féllist hún á að framlengja frestinn til kl. 15 þriðjudaginn 12. október 2010.
6. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun var tölvubréfi Neytendastofu svarað samdægurs af lögmanni kæranda. Þar var ítrekuð beiðni um framlengdan frest auk þess sem farið var fram á afrit af öllum skriflegum gögnum sem Neytendastofu hefðu borist vegna málsins, þ.m.t. þeim kvörtunum sem vísað væri til í tölvubréfi stofnunarinnar. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun var tölvubréfinu svarað samdægurs af Neytendastofu. Þar kom fram að flestar ábendingarnar hefðu borist stofnuninni símleiðis. Sérstaklega gæti stofnunin nefnt ábendingu þar sem vakin hafi verið athygli hennar á því að í Fréttablaðinu, þann 7. október 2010, hafi birst auglýsing bæði frá kæranda og Byko. Þar hafi báðir aðilar auglýst ryksugu sem samkvæmt auglýsingunum virtist ódýrari í Byko. Bréfi Neytendastofu mun hafa fylgt afrit af einni ábendingunni sem stofnuninni barst nafnlaust á Rafræna Neytendastofu. Þar var einnig tiltekið að stofnuninni bærisk mikill fjöldi ábendinga í síma, sem flestar væru nafnlausar, og því væru þær í raun ekki hluti af gögnum málsins. Slíkar ábendingar tæki stofnunin til skoðunar og gripi til aðgerða að eigin frumkvæði teldi hún þörf. Í bréfinu sagði jafnframt að stofnunin gæti framlengt frestinn ef birtingu auglýsinganna yrði hætt meðan á meðferð málsins stæði.
7. Svar barst með bréfi lögmanns kæranda, dags. 12. október 2010. Þar er þeim fresti til andmæla sem kæranda hafi verið veittur sérstaklega mótmælt. Bréf Neytendastofu hafi borist um miðjan dag á föstudegi og frestur verið veittur til kl. 13 á mánudegi. Samkvæmt þessu hafi veittur frestur verið innan við einn virkur vinnudagur. Fresturinn hafi eingöngu fengist framlengdur vegna þess að bent hafi verið á að hvergi væri tilgreind í bréfi Neytendastofu ástæða fyrir hinum skamma fresti. Aðili málsins hafi því fengið auka sólarhring til þess að gæta andmælaréttar síns. Þessi skammti frestur verði þó að teljast brot á andmælarétti aðila, sbr. 13. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Í samskiptum lögmanns kæranda og Neytendastofu hinn 8. október 2010 hafi komið fram að Neytendastofa líti almennt svo á, að fyrirtæki verði að tryggja að allar forsendur fyrir

fullyrðingum liggi fyrir áður en þær séu birtar og að þau ættu því ekki að þurfa langan frest til að leggja fram gögn þeim til staðfestu. Þessu sjónarmiði Neytendastofu sé mótmælt sem ómálefnalegu, enda geti margt annað ráðið því að fyrirtæki þurfi lengri andmælafrest, þótt gögn kunni að liggja fyrir innan fyrirtækis. Gögnin þurfi að taka saman, vinna þurfi úr þeim, og í mörgum tilvikum þurfi þeir sem svari fyrir hönd fyrirtækis að kynna sér gögnin. Framangreint sjónarmið Neytendastofu sé því ekki málefnalegt og ekki sé heimilt að gera andmælarétt aðila að engu með vísan til þess. Af þessum sökum megi telja að lögboðinn andmælaréttur aðila málsins hafi ekki verið virtur. Að því sögðu verði nú vikið efnislega að svari til Neytendastofu.

8. Neytendastofa fari fram á að kærandi færi sönnur á fullyrðingu sem fram komi í auglýsingum hans um lægsta lága verðið. Í þessu sambandi sé grundvallaratriði að skilgreina hver sú fullyrðing sé sem færa beri sönnur á, þ.e. hvað felist í þessari fullyrðingu um lægsta lága verðið. Svárið við því sé í raun fólgið í bréfi Neytendastofu. Þar sé réttilega vitnað til auglýsinga frá kæranda, þar sem eftirgreint komi fram (leturbreyting kæranda): „Húsasmiðjan lækkar verð á *völdum vörum* og lætur ávinninginn af nýjum og betri samningum við framleiðendur renna beint til neytenda. Við leggjum okkur fram um að bjóða lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin í landinu. *Þetta köllum við lægsta lága verðið!*“. Þarna sé skýrt út hvað átt sé við með því sem kallað sé lægsta lága verð kæranda. Átt sé við að kærandi leggi sig fram um að verðið sem neytendum standi til boða á völdum vörum í Húsasmiðjunni, sem sé lágt verð, sé það lægsta sem kærandi getið boðið viðskiptavinum sínum. Þetta sé loforð til neytenda um að þeir geti gengið út frá því að vöruverð í Húsasmiðjunni sé það lægsta sem kærandi geti boðið á hverjum tíma. Í auglýsingatextanum sé skýrt frá því að kærandi hafi gert nýja og betri samninga við framleiðendur. Með auglýsingunni sé tilkynnt að þeim ávinningi verði skilað áfram til neytenda í formi lægra vöruverðs, enda hafi kærandi einsett sér að bjóða ávallt eins lágt vöruverð í Húsasmiðjunni og kostur sé. Verðið í Húsasmiðjunni, sem ávallt sé lágt, sé það lægsta sem mögulegt sé að bjóða viðskiptavinum. Ávinningur af betri samningum við birgja renni því til neytenda, ekki fyrirtækisins sjálfs.
9. Framangreint sé skýrt út í tilvitnuðum auglýsingatexta, þ.e.a.s. tekið sé fram í auglýsingunum sjálfum hvað átt sé við með lægsta lága verðinu. Af bréfi Neytendastofu og öðrum samskiptum megi ráða að skilningur Neytendastofu sé sá, að í auglýsingum kæranda fellist fullyrðing um að kærandi bjóði lægsta verðið á markaði. Í tölvupósti starfsmanns Neytendastofu þann 8. október 2010 sé til dæmis vísað til þess að auglýsingar frá kæranda og Byko beri með sér að tiltekin ryksugutegund virðist vera ódýrari í Byko. Ekki hafi fylgt upplýsingar um það hvort umrædd ryksuga sé ein þeirra vara sem í boði séu á lægsta lága verðinu, en eins og áður sé rakið eigi lægsta lága verðið aðeins við um valdar vörur. Þá sé það ekki svo, eins og að framan sé rakið, að með auglýsingum kæranda sé fullyrt að kærandi bjóði lægsta vöruverð á markaðnum. Það sé skýrt út í sjálfum auglýsingunum, að átt sé við að kærandi leggi sig fram um að bjóða lægra verð, og þau verð sem kærandi bjóði séu þau lægstu sem fyrirtækið geti boðið á hverjum tíma.
10. Samkvæmt framangreindu sé ljóst, að ekki sé kveðið fastar að orði en svo að kærandi kappkosti að bjóða ávallt lágt vöruverð og að hið lága vöruverð, sem kærandi bjóði á umræddum vörum, sé lægsta lága vöruverð fyrirtækisins á hverjum tíma. Eins og af þessu verði ráðið byggist erindi Neytendastofu ekki á réttum forsendum, þar sem gengið sé út frá því að með auglýsingunum sé

verið að fullyrða um annað en raunin sé. Ljóst megi vera að fyrirtæki verði ekki gert að færa sönnur á fullyrðingu sína um að það kappkosti að bjóða ávallt sitt besta verð. Slík fullyrðing sé enda ekki fallin til þess að hafa nein blekkingaráhrif gagnvart neytendum, eða teljast ósanngjörn í garð samkeppnisaðila. Sé það mat Neytendastofu að auglýsingarnar séu, þrátt fyrir það sem að framan sé rakið, fallnar til þess að valda einhverjum misskilningi, lýsi kærandi sig reiðubúinn til að orða allar þær auglýsingar, þar sem lægsta lága verðið komi fram, þannig að þess sé getið að um lægsta lága verðið í Húsasmiðjunni sé að ræða. Þannig sé þessu reyndar þegar hagað í flestum auglýsingum, en þess verði gætt að allar auglýsingar verði þannig orðaðar.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU NR. 50/2010

11. Hinn 15. október 2010 tók Neytendastofa hina kærðu ákvörðun nr. 50/2010. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr. og 14. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005 með birtingu auglýsinga þar sem fram kæmi fullyrðing um að kærandi byði „Lægsta lága verðið“. Með vísan til 2. mgr. 21. gr. b laga nr. 57/2005 bannaði Neytendastofa kæranda birtingu fullyrðingarinnar „Lægsta lága verðið“ og tók bannið gildi við birtingu ákvörðunarinnar. Í ákvörðunarorðunum var jafnframt tekið fram að ef ekki yrði farið að banninu mætti búast við að tekin yrði ákvörðun um sektir á grundvelli IX. kafla laga nr. 57/2005.
12. Í niðurstöðukafla ákvörðunarinnar er fyrst vikið stuttlega að málsatvikum og efni framangreindra lagaákvæða. Þar er síðan vikið að athugasemdum kæranda um brot á andmælarétti. Neytendastofa vilji áréttta að bréf stofnunarinnar hafi verið boðsent kæranda fimmtudaginn 7. október 2010. Móttökukvittun sé undirrituð af starfsmanni kæranda kl. 14:35 þann 7. október. Frestur til að koma að athugasemdum hafi því verið tveir virkir dagar, en ekki einn, eins og segi í bréfi kæranda. Í bréfi stofnunarinnar hafi skort skýringar á því hvers vegna frestur hafi verið svo skammur og því hafi hún ákveðið að veita kæranda viðbótarfrest í einn sólarhring. Samkvæmt 3. mgr. 4. gr. laga nr. 57/2005 sé Neytendastofu heimilt að forgangsraða málum við afgreiðslu þeirra. Stofnuninni séu ekki veittar heimildir í lögnum til töku bráðabirgðaákvæðana og því sé afar mikilvægt að hún geti í einstökum tilvikum sett aðilum mjög skamman frest telji stofnunin það nauðsynlegt. Slíkt sé einkum gert þegar um sé að ræða fyrirferðarmiklar auglýsingaherferðir og stofnunin telji nauðsynlegt að flýta ákvarðanatöku með hagsmuni neytenda og keppinauta í huga. Við það mat sé m.a. litið til þess þegar stofnuninni berist margar og ítrekaðar ábendingar eða kvartanir vegna auglýsinganna. Þá sé einnig höfð hliðsjón af því að þegar um fullyrðingar sé að ræða, sem hægt skal vera að færa sönnur á, skuli þau gögn sem fullyrðingin er byggð á liggja fyrir áður en til birtingar hennar kemur. Í þeim tilvikum ættu aðilar því ekki að þurfa langan frest til að leggja fram gögn til staðfestu fullyrðingunni. Bent skuli á að stofnunin hafi áður tekið á málum með þessum hætti og þar hafi frestur jafnvel einungis verið einn sólarhringur. Megi þar t.d. nefna það mál sem leiddi til ákvörðunar Neytendastofu 14. ágúst 2009 (20/2009).
13. Í ákvörðuninni segir næst að Neytendastofa hafi farið fram á að kærandi færði sönnur á fullyrðingu sína, með vísan til 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Af hálfu kæranda hafi verið færð rök fyrir því að fullyrðingunni sé ekki ætlað að vísa til keppinauta félagsins heldur þess að félagið

þjóði valdar vörur á því lægsta verði sem það geti boðið. Neytendastofa geti ekki fallist á þær skýringar. Stofnunin telji fullyrðinguna afar villandi og verði ekki skilin með öðrum hætti en þeim að af þeim verslunum sem selji umræddar vörur á lágu verði, sé það lægst hjá kæranda. Í Fréttablaðinu, t.d. dagana 9. og 13. október 2010, séu auglýsingar frá kæranda þar sem fullyrðingunni hafi verið breytt og segi nú „Lægsta lága verðið í Húsasmiðjunni“. Að mati Neytendastofu renni það enn frekari stoðum undir það að því sé haldið fram að vöruverð sé lægst hjá kæranda og þar af leiðandi lægra en hjá keppinautum fyrirtækisins.

14. Í ákvörðuninni segir næst að í bréfi kæranda sé vísað til þess að átakið sé skýrt í nokkrum auglýsingum kæranda þar sem fram komi eftirfarandi skýring: „Húsasmiðjan lækkar verð á völdum vörum og lætur ávinning af nýjum og betri samningum við framleiðendur renna beint til neytenda. Við leggjum okkur fram um að bjóða lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin í landinu. Það köllum við lægsta lága verðið!“. Neytendastofa fallist á að með skýringunni sé tekið fyrir það að fullyrðingin eigi við um allar vörur sem seldar séu í verslunum kæranda, enda komi skýrt fram að hún eigi við um valdar vörur. Stofnunin fái hins vegar ekki skilið annað af setningunni „Við leggjum okkur fram um að bjóða lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin í landinu“ en að henni sé beint gegn keppinautum, þ.e. að kærandi ætli að bjóða lægra verð en keppinautar fyrirtækisins. Í bréfi kæranda segi að ætlunin sé ekki að veita lægsta verð á markaði. Eins og að framan hafi verið rakið telji Neytendastofa að fullyrðingin verði ekki skilin með öðrum hætti en að verð á vörum í Húsasmiðjunni sé lægra en hjá keppinautum. Kærandi hafi ekki fært sönnur á að félagið selji þær vörur sem kynntar séu á lægsta lága verðinu á lægra verði en keppinautarnir og hafi því brotið gegn ákvæðum 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005.
15. Í ákvörðuninni segir næst að þar sem kærandi hafi, að mati Neytendastofu, ekki fært sönnur á fullyrðinguna „Lægsta lága verðið“, komi til skoðunar hvort fullyrðingin teljist brjóta gegn ákvæðum 5., 8., 9. og 14. gr. laga nr. 57/2005. Telja verði að verð á vörum og þjónustu hafi mjög þýðingarmikil áhrif á ákvörðun neytenda um það hvort, og hvar, þeir hyggist eiga viðskipti. Vissulega séu dæmi um að neytendur haldi tryggð við tiltekin fyrirtæki, en almennt séð verði að líta svo á að verð skipti þar sköpum. Af auglýsingu kæranda, sem birtist í Fréttablaðinu 9. október 2010, megi bersýnilega sjá að fullyrðingin hafi haft áhrif á ákvörðun neytenda um viðskipti enda segi þar: „Lægsta lága verðið. Þökkum frábærar viðtökur!“. Því telji Neytendastofa sýnt að fullyrðing um lægsta lága verðið hafi haft áhrif á ákvörðun neytenda um viðskipti og því augljóslega haft veruleg áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda. Neytendastofa telji því að Húsasmiðjan hafi með birtingu fullyrðingarinnar brotið gegn ákvæðum 8. gr. og d-lið 1. mgr. 9. gr. laga nr. 57/2005. Í ljósi þess sem að framan hafi verið rakið telji Neytendastofa fullyrðingu kæranda einnig hafa brotið gegn keppinautum og þar með gegn ákvæðum 14. gr. laga nr. 57/2005.
16. Í ákvörðuninni kemur loks fram að í 5. gr. laga nr. 57/2005 sé lagt almennt bann við óréttmætum viðskiptaháttum, og í ákvæðinu segi að hvað teljist til óréttmætra viðskiptahátta sé nánar tilgreint í III.-V. kafla laganna. Ákvæði 8. og 9. gr. séu í III. kafla og ákvæði 14. gr. í V. kafla laganna. Að mati Neytendastofu sé því ljóst að kærandi hafi einnig brotið gegn ákvæði 5. gr. laga nr. 57/2005. Með vísan til alls framangreinds sem og ákvæða 2. mgr. 21. gr. b laga nr. 57/2005 banni Neytendastofa kæranda birtingu fullyrðingarinnar „Lægsta lága verðið“.

MÁLSATVIK Í KJÖLFAR ÁKVÖRÐUNAR NR. 50/2010

17. Með bréfi Neytendastofu til lögmanns kæranda, dags. 27. október 2010, var vísað til framangreindrar ákvörðunar og niðurstöðu hennar. Kæranda hafi verið birt ákvörðunin þann 15. október 2010 og bannið tekið gildi við birtingu ákvörðunarinnar. Þá var vísað til þess að í ákvörðunarorðum hennar kæmi fram að ef ekki yrði farið að banninu mætti búast við því að tekin yrði ákvörðun um sektir á grundvelli IX. kafla laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005.
18. Í bréfinu segir síðan að eftir birtingu ákvörðunarinnar hafi kærandi birt auglýsingar með sömu fullyrðingu, nema að orðinu „okkar“ væri skeytt aftan við. Fullyrðingin hljómi nú „Lægsta lága verðið okkar“. Neytendastofa fái ekki séð að breytingin hafi áhrif á merkingu fullyrðingarinnar. Hún vísi enn til þess að af þeim verslunum sem selji umræddar vörur á lágu verði, sé það lægst hjá kæranda. Þá sé fullyrðingin jafnframt notuð til auðkenningar á vörum í verslunum kæranda. Auk þeirra merkinga séu í verslunum kæranda enn merkingar á verðmiðum á vörum þar sem segi „Lægsta lága verðið“, sem sé að mati Neytendastofu brot á framangreindri ákvörðun. Áður en Neytendastofa tiki ákvörðun í málinu færi stofnunin fram á rökstuðning og skýringar kæranda við framangreint og þær þyrftu að hafa borist stofnuninni fyrir kl. 14 föstudaginn 29. október 2010. Fyrir liggur kvittun fyrir móttöku bréfs Neytendastofu, tímasett 27. október 2010 kl. 11:50, og undirrituð af starfsmanni lögmannsstofu kæranda.
19. Samkvæmt greinargerð Neytendastofu hafði forstjóri kæranda í kjölfarið samband við Neytendastofu símleiðis og óskaði eftir fundi með stofnuninni til að fara yfir málið. Fulltrúar kæranda hafi hitt starfsmenn Neytendastofu á fundi þann 28. október 2010, þar sem farið hafi verið yfir auglýsingar kæranda. Kærandi hafi gert stofnuninni nánari grein fyrir því hvernig staðið væri að fullyrðingunni og hvað átt væri við með henni. Í kjölfar fundarins sendi kærandi Neytendastofu skýringar í tölvubrési, dags. 28. október 2010. Þar kemur fram að í framhaldi af fundinum veiti kærandi Neytendastofu eftirfarandi upplýsingar um framkvæmd málsins. I upphafi hafi kærandi lækkað verðið á um 400 vörunúmerum umtalsvert, eða sem nemi tugum prósentu. Markmiðið hafi verið að bjóða vörur í öllum helstu vöruflokkum á því lægsta verði sem hann gæti mögulega boðið. Í flestum tilfellum hafi kærandi fengið stuðning frá viðkomandi erlendu birgjum. Þessi verð hafi einnig átt að vera jafn lág eða lægri en það lægsta sem keppinautarnir byðu á sambærilegum vörum. Kærandi hafi hins vegar alls ekki viljað fullyrða að hann væri með lægsta verðið á markaðnum öllum. Óhætt sé að fullyrða að þegar átakið hófst hafi kærandi verið að bjóða verð sem hafi verið mun lægra en almennt gildi á markaðnum.
20. Kærandi hafi byrjað á því að auðkenna þessar vörur með „lægsta lága verðið“. Eftir athugasemd Neytendastofa auðkenni hann þessar vörur nú með „lægsta lága verðið okkar“. Þannig vísi hann til þess að almennt sé kærandi með lág verð, en þetta séu þau lægstu sem hann bjóði. Áður en þessar vörur séu auglýstar séu gerðar verðkannanir á markaðnum (starfsmaður í fullu starfi sinni því að kanna verð hjá samkeppnisaðilum) og tryggt að engar vörur fái merkinguna „lægsta lága verðið okkar“ nema verðið sé jafn lág eða lægra en það lægsta sem kærandi finni hjá samkeppnisaðilum kæranda og fram komi í þessum verðkönnunum. Sé það ekki raunin fái varan ekki þessa merkingu, eða verðið sé lækkað, sé svigrúm til þess. Í slíkum tilfellum haldist þá

merkingin. Auglýsingin birtist þá þannig að hluti af þeim vörum sem auglýstar séu fái þessa merkingu. Skilaboðin séu þá að þetta séu lægstu verð kæranda á viðkomandi vörum og neytendur geti treyst því að hann bjóði eins lág verð og hann treysti sér til. Þetta sé því „lægsta lága verðið okkar“. Ef neytandi kaupir vörur sem eingöngu séu með þessu merki í versluninni, geti hann verið viss um að í Húsasmiðjunni geti hann ekki fengið vörur á lægra verði. Kjósi hann t.d. að kaupa parket á 999 kr/m² sem merkt sé með „lægsta lága verðið“, geti hann verið viss um að í Húsasmiðjunni geti hann ekki fengið ódýrara parket. Hann ætti einnig að átta sig á því, geri hann sínar eigin verðkannanir, að ódýrarara parket fái hann hvergi á markaðnum. En það fullyrði kærandi hins vegar ekki. Þessi merking sé því til verulegs hagræðis fyrir neytendur.

21. Þessar vörur séu síðan sérstaklega merktar inni í verslunum, bæði í aukaframstillingum og einnig inni í venjulegum hillurekkum. Þannig sé tryggt að neytendur geti á hverjum tíma gengið að þessum vörum. Hér sé því ekki eingöngu um að ræða þær vörur sem auglýstar séu, heldur einnig aðrar sem ekki hafi verið auglýstar en kærandi setji fram sem „lægsta lága verðið okkar“. Þær vörur séu einnig hluti af verðkönnunarferli kæranda og falli undir sömu aðferðafræði. Ef viðkomandi vörur séu ekki lægsta lága verð kæranda fái þær ekki þessa merkingu. Upplýsingaborðum sé síðan komið fyrir inni í versluninni sem útskýri „lægsta lága verðið okkar“ enn frekar. Mjög auðvelt sé að finna samsvörum með slagorði helsta keppinautar kæranda, „bestu Byko kaupin – það besta sem við bjóðum“, sem notað hafi verið lengi og Neytendastofa hafi ekki gert athugasemdir við. Engar merkingar með „lægsta lága verðið“ eigi nú að vera sýnilegar í verslunum kæranda. Í lok tölvubréfsins segir að kærandi óski eftir að fá heimild til að nota „lægsta lága verðið okkar“, enda vísi það, eins og að framan greini, til lægsta verðsins sem fyrirtækið geti boðið. Kærandi muni birta texta í auglýsingum sínum sem útskýri þetta með svipuðum hætti og gert hafi verið, telji Neytendastofa það til bóta. Þá er ítrekað að það sé vilji kæranda að vinna þetta í samvinnu við stofnunina.

ÁKVÖRÐUN NEYTENDASTOFU 28. OKTÓBER 2010

22. Með bréfi til kæranda, dags. 28. október 2010, tók Neytendastofa ákvörðun sem kærð er samhliða ákvörðun nr. 50/2010. Í bréfinu er tekið fram að Neytendastofa telji þær breytingar sem gerðar hafi verið á auglýsingum kæranda í kjölfar ákvörðunar nr. 50/2010 ekki nægjanlegar til að uppfylla skilyrði ákvörðunarinnar. Ríkar kröfur til sönnunar séu lagðar á fyrirtæki þegar auglýsingar eða kynningarefni innihaldi fullyrðingar í efsta stigi lýsingarorðs. Stofnunin telji þó að fari kærandi að eftirfarandi geti auglýsingarnar uppfyllt skilyrði ákvörðunarinnar:

„A) Fullyrðingin og skýring hennar. Annars vegar fer Neytendastofa fram á að bætt verði stjórnúmerki við fullyrðinguna „Lægsta lága verðið okkar“, þar sem fullyrðingin kemur fram í auglýsingum Húsasmiðjunnar í prentmiðlum. Skal stjórnúmerkið vísa til skýringar á fullyrðingunni. Hins vegar fer stofnunin fram á að í skýringunni komi skýrt fram að fullyrðingin eigi aðeins við þær vörur sem merktar eru henni, að þær séu á því lægsta verði sem í boði er hjá Húsasmiðjunni og að ekki sé átt við að um sé að ræða lægsta verð á markaði. Skal þess einnig gætt með leturstærð og leturgerð að skýringin sé vel greinileg.“

B) Framsetning á slagorði og vörum í auglýsingum. Sé fullyrðingin „Lægsta lága verðið okkar“ yfirskrift auglýsingar, eða komi hún fram í forgrunni auglýsingarinnar, skulu þar eingöngu kynntar vörur sem teljast hluti fullyrðingarinnar. Kjósi Húsasmiðjan að auglýsa aðrar vörur ásamt vörum tengdum fullyrðingunni, skal þess gætt að fullyrðingin komi hvorki fram í forgrunni né sem yfirskrift auglýsingarinnar, eða í forgrunni hennar. Í þeim auglýsingum skal þó einnig gætt að þeim athugasemdum sem fram koma í A lið hér að ofan.

C) Framkvæmd. Neytendastofa fer fram á að þess sé gætt að auglýsingar í tengslum við „Lægsta lága verðið okkar“ verði í samræmi við það sem fram kemur í tölvubréfi Húsasmiðjunnar, dags. 28. október 2010. Í því sambandi vísar stofnunin sérstaklega til 3., 5. og 6. töluliðar bréfsins.“

23. Í bréfinu segir síðan að með vísan til 2. mgr. 21. gr. b laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, fari stofnunin fram á að framangreindar breytingar verði gerðar á auglýsingum og kynningum kæranda. Verði þær framkvæmdar og sjái kærandi til þess að allar merkingar í verslunum félagsins með fullyrðingunni „Lægsta lága verðið“ verði fjarlægðar, muni Neytendastofa ekki aðhafast frekar í málinu að svo stöddu. Stofnunin vilji þó leggja áherslu á að telji hún ástæðu til eða komi fram ný sjónarmið eða rök muni málið hugsanlega verða tekið upp að nýju. Við þær aðstæður muni stofnunin gefa kæranda kost á að koma að skýringum og athugasemdum. Loks er vakin athygli á málskotsheimild til áfrýjunarnefndar neytendamála.

RÖKSTUÐNINGUR KÆRANDA OG ATHUGASEMDIR NEYTENDASTOFU

24. Í kæru, dags. 11. nóvember 2010, er því í fyrsta lagi lýst að kærandi telji að fella beri hina kærðu ákvörðun (nr. 50/2010) úr gildi þegar af þeirri ástæðu að málsmeðferðin hafi brotið gegn ákvæðum stjórnarsýslulaga, sem valdi ógildi hennar. Einkum hafi verið brotið gegn andmælarétti aðila, sbr. 13. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, en einnig rannsóknarreglu og meðalhófsreglu sömu laga. Bent sé á að lagaleg rök að baki andmælarétti séu þau að málsaðili eigi þess kost að gæta réttar síns og hagsmuna með því að kynna sér gögn máls, tjá sig um framkomnar upplýsingar og koma að frekari upplýsingum um málsatvik áður en stjórnvald taki ákvörðun í máli hans. Kærandi telji það ekki samræmast þessum rökum að veita aðila máls jafn skamman frest og raunin hafi verið með fyrri ákvörðunina. Í bréfi Neytendastofu frá 7. október 2010 hafi ekkert komið fram sem gefið hafi til kynna að ástæða væri til að víkja frá meginreglunni um andmælarétt aðila með því að svo gott sem svipta aðila þessum rétti með óeðlilega skömmum fresti.
25. Neytendastofa vísi í ákvörðun sinni um þetta atriði til máls sem leitt hafi til ákvörðunar Neytendastofu 14. ágúst 2009 (20/2009), þar sem frestur hafi verið ákveðinn einungis einn sólarhringur. Af lestri þeirrar ákvörðunar verði hins vegar ekki ráðið að málsaðili hafi hreyft þeim andmælum að fresturinn væri of skammur til að hann gæti neytt lögákveðins andmælaréttar síns. Af þeim sökum sé tilvísun Neytendastofu til ákvörðunarinnar þýðingarlaus, enda réttlæti það ekki brot á stjórnarsýslulögum að stofnunin hafi komist upp með slíkt brot í öðru máli, þar sem málsaðili hafi ekki hreyft andmælum. Þá verði að telja að jafn skamman frestur og veittur hafi verið í málinu feli í sér brot gegn 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Samkvæmt ákvæðinu beri stjórnvaldi að sjá

til þess að mál sé nægilega upplýst áður en ákvörðun sé tekin í því. Það sérkennilega viðhorf birtist í tölvubréfi starfsmanns Neytendastofu, hinn 8. október 2010, að upplýsingar sem fyrirtæki styðji auglýsingar sínar við hljóti að vera fyrirliggjandi og hægt að nálgast þær með skömmum fyrirvara. Starfsmanni Neytendastofu megi hins vegar vera ljóst að vera kunni að ganga þurfi í að taka upplýsingarnar saman og vinna úr þeim, og að starfsmenn sem það eigi að gera séu jafnvel ekki viðláttnir. Afleiðingin verði sú, eins og í þessu máli, að allar upplýsingar liggi ekki fyrir þegar ákvörðun sé tekin og málið því ekki rannsakað nægilega.

26. Þá telji kærandi að Neytendastofu hafi borið að hefja nýtt mál í kjölfar nýrra auglýsinga kæranda um „lægsta lága verðið okkar“. Það hafi ekki verið gert, heldur hafi Neytendastofa talið að verði væri að brjóta gegn fyrri ákvörðun, en hins vegar ekki lokið því máli með annarri ákvörðun um síðari fullyrðinguna. Þá telji kærandi að fyrri ákvörðun Neytendastofu og það sem henni tengist samræmist ekki ákvæðum 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 um meðalhóf. Í niðurlagi 12. gr. sé mælt fyrir um að þess skuli gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar við meðferð stjórnsýslumáls en nauðsyn beri til. Þetta hafi að mati kæranda augljóslega ekki verið viðhaft við töku nefndrar ákvörðunar, einkum þegar kæranda hafi verið bannað að auglýsa „lægsta lága verðið okkar“, ásamt útskýringum þar að lútandi. Síðari ákvörðun Neytendastofu sýni þetta best, en lítill munur sé á bönnuðum auglýsingum kæranda og því hvernig Neytendastofa hafi viljað að þær litu út.
27. Í kæru er næst vikið efnislega að ákvörðun Neytendastofu. Stofnunin hafi í fyrsta lagið talið að auglýsingar kæranda innihéldu afar villandi fullyrðingu, sem ekki yrði skilin með öðrum hætti en að af verslunum sem selji umræddar vörur á lágu verði, sé verðið lægst í Húsasmiðjunni. Upphaflega hafi auglýsing kæranda verið orðuð þannig að um væri að ræða „lægsta lága verðið“ og það útskýrt í auglýsingunum að um væri að ræða lægsta verð sem í boði væri í Húsasmiðjunni á þeim völdu vörum sem auglýsingarnar hafi náð til og verið birtar með auglýsingunum. Eftir að andmælabréf Neytendastofu hafi borist, hafi kærandi ákveðið að bæta við orðunum „í Húsasmiðjunni“ fyrir aftan orðin „lægsta lága verðið“, til að taka af þann vafa sem fram hafi komið í bréfi Neytendastofu, um að ekki væri verið að fullyrða að kærandi væri með lægsta verð á markaði.
28. Í ákvörðun Neytendastofu sé sérstaklega vikið að þessari breytingu og hún túlkuð þannig að auglýsingarnar fullyrði eftir þetta enn fremur en áður, að lægsta lága verðið í Húsasmiðjunni þýði að verðið á markaðnum sé lægst í Húsasmiðjunni. Þannig hafi þveröfugur skilningur verið lagður í þetta hjá Neytendastofu, en þó án þess að beina fyrirspurn til kæranda um hvers vegna auglýsingunni hafi verið breytt með þessum hætti, sem í raun feli í sér brot á andmælarétti kæranda. Kærandi sé ósammála þeirri túlkun Neytendastofu að auglýsingin sé afar villandi, einkum þegar litið sé til þess að með auglýsingunum fylgi skýrar útlistanir á því að „lægsta lága verðið í Húsasmiðjunni“ þýði að um sé ræða besta verð kæranda á hverjum tíma á viðkomandi vöru, sem merkt sé með þessari merkingu. Vakin sé athygli á því að hvergi sé vísað til samkeppnisaðila kæranda eða markaðarins, þótt í ákvörðun Neytendastofu sé byggt á því að í auglýsingunum felist fullyrðingar um lægra verð en hjá samkeppnisaðilum.

29. Kærandi hafi um árabíl auglýst sem svo að verðið í Húsasmiðjunni sé lágt. Vel þekktar séu auglýsingar fyrirtækisins, „sama lága verðið um allt land“, sem vísi til þess að vara kosti það sama í Reykjavík og annars staðar á landinu. Með „lægsta lága verðinu í Húsasmiðjunni“ og „lægsta lága verðinu okkar“ hafi Húsasmiðjan auglýst, sbr. ítarlegar útskýringar sem fylgi með auglýsingum fyrirtækisins, að þær vörur sem merktar séu með þessum hætti séu ódýrustu vörurnar í versluninni, þ.e.a.s. lögsta lága verðið. Þegar viðskiptavinur komi að versla geti hann leitað að vörunni sem merkt sé „lægsta lága verðinu“, t.d. parketi, rafmagnsborvél eða innimálningu. Viðskiptavinurinn geti því verið viss um að hann fái ódýrasta parketið, rafmagnsborvélin eða innimálninguna sem völ sé á í Húsasmiðjunni, sem vitaskuld sé eftir sem áður á lágu verði í Húsasmiðjunni. Neytendastofa hafi ekki fallist á þessar röksemdir, heldur talið auglýsinguna afar villandi og vísa til samkeppnisaðila fyrirtækisins. Því andmæli kærandi.
30. Að mati kæranda sé sú forsenda ákvörðunar Neytendastofu ómálefnaleg, að setningin „Við leggjum okkur fram um að bjóða lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin í landinu“, sem sé að finna í auglýsingatexta umræddra auglýsinga, sé einhvers konar skilaboð til keppinauta fyrirtækisins, um að kærandi ætli sér alltaf að vera lægri en keppinautarnir, eins og Neytendastofa haldi fram. Í ákvörðun Neytendastofu sé lagt út af þessu og komist að þeirri niðurstöðu að þar sem kærandi hafi ekki sannað að hann bjóði lægsta verð á markaði brjóti fullyrðingin gegn ákvæðum laga nr. 57/2005. Kærandi telji hins vegar að tilvitnuð setning geti ekki á nokkurn hátt falið í sér skilaboð til keppinauta eða annarra um að kærandi ætli sér ávallt að undirbjóða keppinauta sína. Jafnvel þó að með einbeittum vilja mætti lesa þetta út úr setningunni, geti það að mati kæranda ekki undir nokkrum kringumstæðum brotið í bága við ákvæði laga nr. 57/2005, enda felist ekki annað í fullyrðingunni en yfirlýsing um að fyrirtækið kappkosti að bjóða sem best verð. Slík yfirlýsing geti að mati kæranda ekki brotið í bága við lög.
31. Í ljósi þess að hvergi sé fullyrt í umræddum auglýsingum að kærandi bjóði lægsta verðið á markaðnum, og alls ekki fullyrt að hann bjóði betra verð en samkeppnisaðilarnir, hafi að mati kæranda ekki verið forsendur til að leggja á hann að sýna fram á sannleiksgildi slíkrar fullyrðingar. Fyrirtækið geti þar af leiðandi ekki hafa brotið gegn 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Kærandi telji að Neytendastofa hafi lesið of mikið og rangt út úr auglýsingum fyrirtækisins og litið framhjá skýringum þess með auglýsingunum. Neytendastofa hafi ekki gætt nauðsynlegs meðalhófs við málsmeðferðina, auk þess sem ekki hafi verið óskað eftir skýringum fyrirtækisins, t.d. þegar umræddum auglýsingum hafi verið breytt í þeim tilgangi að leggja enn meiri áherslu á að um væri að ræða lægsta verð sem kærandi væri að bjóða á tiltekinni vöru í verslun sinni. Þetta telji kærandi ekki fást staðist og að ógilda beri ákvörðunina, enda byggi framhald ákvörðunarinnar á þeirri forsendu að kærandi hafi brotið gegn nefndu ákvæði.
32. Í ákvörðun Neytendastofu sé komist að þeirri niðurstöðu að auglýsingar kæranda hafi brotið gegn 8. og 9. gr. laga nr. 57/2005, þar sem þær hafi haft áhrif á fjárhagslega hagsmuni neytenda. Sú niðurstaða stofnunarinnar sé byggð á því að kærandi hafi með auglýsingu þakkað viðskiptavinum sínum fyrir viðtökurnar. Tekið skuli fram af þessu tilefni, að engin rannsókn hafi farið fram á því af hálfu Neytendastofu, hvaða viðbrögð auglýsingaherferð kæranda hafi vakið í raun. Kærandi mótmæli því að stjórnvald geti rökstutt ákvörðun með þessum hætti, í stað þess að sinna

rannsóknarskyldu sinni með sjálfstæðri rannsókn á vegum stjórnvaldsins, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Þetta sé að mati kæranda slíkur ágalli á málsmeðferðinni að ógilda beri ákvörðunina, enda velti stærstur hluti málsins á þessu atriði, þ.e.a.s. hvaða áhrif auglýsing hafi haft á fjárhagslega hagsmuni neytenda. Það sé með öllu óupplýst og örökstutt.

33. Í ákvörðun Neytendastofu komi fram að stofnunin líti svo á, með vísan til framangreinds, að fullyrðing um lægsta lága verðið hafi haft áhrif á ákvörðun neytenda um viðskipti og því augljóslega haft veruleg áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda. Kærandi telur þessa ályktun og röksemdafærslu ekki standast skoðun. Í fyrsta lagi liggi ekkert fyrir um það í málinu hvaða áhrif auglýsingarnar hafi í raun og veru haft og því sé mótmælt að auglýsingarnar hafi haft veruleg áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda. Skilyrði ákvæðis 8. gr. laga nr. 57/2005 sé að viðskiptahættir raski eða séu líklegir til að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda. Ítrekað skuli að það sé með öllu óupplýst í málinu hvort fjárhagslegri hegðun neytenda hafi yfirhöfuð verið raskað, hvað þá verulega. Auglýsingar fyrirtækisins hafi enga lagalega þýðingu í þessu efni. Stjórnvaldið hafi hér ákveðið að stytta sér leið að niðurstöðu framhjá fyrirmælum stjórnsýslulaga, svo sem með því að sleppa því að upplýsa um grundvallaratriði málsins. Auðsótt mál hefði verið fyrir Neytendastofu að fá upplýsingar um áhrif auglýsinganna og þá hefði komið í ljós að Neytendastofa hafði rangt fyrir sér. Þar sem farið hafi verið framhjá stjórnsýslulögum í þessum efnum beri að ógilda ákvörðunina.
34. Kærandi bendi á að ákaflega lítill munur sé á upphaflegum auglýsingum kæranda og auglýsingunum eins og þær líti út samkvæmt fyrirmælum Neytendastofu. Ákvörðun Neytendastofu frá 28. október 2010 sé álit stofnunarinnar á því hvernig auglýsingar kæranda þurfi að vera úr garði gerðar til þess að teljast ekki villandi eða brjóta ekki í bága við hina fyrri ákvörðun. Þar sé í fyrsta lagi gerður áskilnaður um að stjórnúmerking eigi að vera fyrir aftan fullyrðinguna. Að mati kæranda breyti engu fyrir efni auglýsingarinnar hvort stjórnúmerking sé fyrir aftan fullyrðinguna. Í öðru lagi sé áskilnaður um að tekið sé sérstaklega fram að ekki sé átt við lægsta verðið á markaði. Að mati kæranda sé slíkt bæði ónauðsynlegt og óframkvæmanlegt, enda sé ekki fullyrt að um lægsta verð á markaði sé að ræða, auk þess sem verðið sé oft það lægsta á markaði þótt ekki sé það auglýst svo. Kærandi geti ekki farið að gera umfangsmiklar verðkannanir til þess að kanna hvort aðrir séu með dýrari vörur, svo hægt sé að auglýsa að kærandi sé dýrari en aðrir. Þá hafi verið gerður áskilnaður um að þess skyldi gætt, að þegar lægsta lága verðið væri auglýst, væru eingöngu kynntar vörur með lægsta lága verðinu. Að mati kæranda hafi þessi áskilnaður verið óþarfur, þar sem þessa hafi alltaf verið gætt í auglýsingum fyrirtækisins um lægsta lága verðið. Loks hafi verið gerður áskilnaður um að auglýsingarnar yrðu í samræmi við tölvupóst kæranda til Neytendastofu, dags. 28. október 2010, en vissulega standi ekkert annað til af hálfu kæranda. Þá hafi Neytendastofa gert áskilnað um að teknar yrðu niður allar merkingar með „lægsta lága verðið“, sem væru að finna inni í verslunum kæranda.
35. Eins og glögglega megi sjá séu fyrirmæli Neytendastofu um það hvernig auglýsingarnar verði að líta út algjörlega minniháttar og breyti engu um efni fullyrðingarinnar. Kröfur Neytendastofu séu þess eðlis að ómögulegt sé að koma auga á það hvernig auglýsingarnar eins og þær hafi upphaflega litið út, einkum auglýsingin um „lægsta lága verðið okkar“, hafi getað talist verulega

villandi og brjóta gegn ákvæðum laga nr. 57/2005. Kærandi telji einnig að það fái ekki staðist að Neytendastofa fái að ráða því hvernig fyrirtæki auglýsi vörur sínar inni í eigin verslunum og að of langt sé gengið af hálfu Neytendastofu að mæla fyrir um að kærandi verði að taka niður merkingar inni í verslunum sínum um „lægsta lága verðið“. Merkingar inni í verslunum kæranda séu ekki auglýsingar í eiginlegum skilningi og þær geti ekki haft áhrif, hvað þá veruleg áhrif, á fjárhagslega hagsmuni eða hegðun neytenda. Merkingarnar séu fyrst og fremst til að leiðbeina viðskiptavinum um það hvar þeir geti fengið ódýrustu vörunar í versluninni. Að mati kæranda sé Neytendastofa komin út fyrir verksvið sitt með því að banna þessar merkingar inni í versluninni, sem á engan hátt geti þar talist villandi auglýsingar.

36. Kærandi bendi á að auglýsingar séu tjáningarform og sem slíkar njóti þær verndar 73. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 um tjáningarfrelsi. Það hafi margsinnis verið staðfest í dómum Hæstaréttar. Í ákvæðinu felist að ekki megi ganga of nærri frelsi manna til slíkrar tjáningar, þar á meðal til birtingar auglýsinga. Takmörkunum megi einungis beita í samræmi við lög, og takmarkanir verði að vera málefnalegar og hafa lögmætan tilgang. Kærandi telji að hinar kærðu ákvarðanir stappi nærri því eða brjóti gegn lögvernduðu tjáningarfrelsi, sbr. m.a. þá forsendu ákvörðunar Neytendastofu að ekki megi auglýsa „Við leggjum okkur fram um að bjóða lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin í landinu“, þar sem það feli í sér skilaboð til keppinauta fyrirtækisins. Kærandi telji að sú framgangna Neytendastofu að banna auglýsingar kæranda, sem og fyrirmæli hennar um hvernig fyrirtækið megi auglýsa inni í verslunum sínum, gangi gegn 73. gr. stjórnarskrárinnar um tjáningarfrelsi og séu þar af leiðandi ólögmæt.
37. Þá telji kærandi að Neytendastofa gæti ekki samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti, sbr. 11. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 og meginreglur um jafnræði við töku stjórnvaldsákvarðana. Kæranda sé kunnugt um að kvartað hafi verið yfir auglýsingum Byko um „Bestu BYKO kaupin“ og um „betra verð“, svo sem „allt fyrir bílskúrin á betra verði“ og „betra verð á búsáhöldum“, sem sjá megi í auglýsingum Byko í október, sem meðfylgjandi voru kærinni. Þá hafi t.d. birst auglýsing frá Byko í Fréttablaðinu í október, og hugsanlega oftar, sem innihaldið hafi fullyrðinguna „alltaf lægra verð í BYKO“. Neytendastofa hafi ekki brugðist við þessum kvörtunum eða haft frumkvæði að því að banna þessar auglýsingar með ákvörðun. Á fundi með Neytendastofu 28. október 2010 hafi kærandi kvartað yfir auglýsingunum. Þá hafi komið fram hjá Neytendastofu að stofnunin teldi ekki forsendur til að banna auglýsingarnar, m.a. með tilliti til þess að þær hefðu verið í birtingu um lengri tíma. Kærandi telji þetta ekki málefnalegt eða lögmætt sjónarmið. Að mati kæranda sé enginn munur á t.d. auglýsingum kæranda um „lægsta lága verðið í Húsasmiðjunni“ og „Bestu BYKO kaupin“. Þá gangi auglýsingar Byko mun lengra, þar sem fullyrt sé að verðið í Byko sé alltaf lægra, þ.e. að lægsta verðið sé alltaf í Byko og að verðið sé betra í Byko en hjá öðrum. Þessi mismunandi afgreiðsla Neytendastofu feli í sér brot á jafnræði aðila, sem beinist gegn kæranda. Af þeim sökum beri að ógilda framangreindar ákvarðanir Neytendastofu.
38. Með bréfi, dags. 16. nóvember 2010, óskaði áfrýjunarnefnd neytendamála eftir afstöðu Neytendastofu til kærunnar. Neytendastofa svaraði með greinargerð, dags. 29. nóvember 2010, þar sem þess er krafist að hinar kærðu ákvarðanir verði staðfestar með vísan til forsendna þeirra. Í málsatvikalýsingu í greinargerðinni er m.a. tekið fram að á fundi Neytendastofu og kæranda þann

28. október 2010 hafi komið skýrt fram af hálfu kæranda að ekki væri vilji fyrir því að fara með málið fyrir áfrýjunarnefnd neytendamála, heldur vildi kærandi vinna að lausn málsins í samvinnu við Neytendastofu. Því hafi sú óvenjulega leið verið farin að setja birtingu auglýsinganna skilyrði, en stofnunin hafi þó talið rétt að vekja athygli á málskotsheimild til áfrýjunarnefndarinnar, enda um íþyngjandi ákvörðun að ræða.

39. Í umfjöllun um málsástæður og lagarök í greinargerðinni er því alfarið hafnað að Neytendastofa hafi brotið gegn andmælarétti kæranda, rannsóknarreglu og meðalhófsreglu. Um andmælaréttinn er tekið fram að hvorki í stjórnslutölum nr. 37/1993 né í lögum nr. 57/2005 sé mælt fyrir um hve langur frestur skuli vera til að koma að andmælum í málum. Stofnunin hafi talið málið þannig vaxið að nauðsynlegt væri að flýta meðferð þess eins og frekast væri unnt, enda væru auglýsingarnar til þess fallnar að hafa áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda og skírskotað væri til keppinauta með lýsingarorði í efsta stigi. Auglýsingarnar hafi verið fyrirferðarmiklar í prent-, net- og ljósvakamiðlum, auk þess sem kærandi hefði gefið út auglýsingabækling þar sem fullyrðingin kom fram. Kæranda hafi þó verið veittur frestur í tvo virka daga, auk laugardags- og sunnudags, til að koma að athugasemdum, og sá frestur hafi verið framlengdur vegna athugasemda kæranda.
40. Neytendastofa fái ekki skilið athugasemdir kæranda við tilvísun stofnunarinnar til þess frests sem veittur hafi verið í málinu sem leiddi til ákvörðunar Neytendastofu 14. ágúst 2009 (20/2009). Í hinni kærðu ákvörðun nr. 50/2010 sé vísað til þessa máls til stuðnings því að ekki sé um einsdæmi að ræða að veittur sé svo stuttur frestur til andmæla. Stofnunin fái ekki séð að sú staðreynd að í því máli hafi ekki komið fram athugasemdir við frestlengd hafi áhrif á tilvísun til málsins. Þá vilji Neytendastofa benda á að þegar eftirlit með óréttmætum viðskiptaháttum og markaðssetningu hafi verið flutt frá Samkeppnisstofnun til Neytendastofu, hafi sú breyting orðið á meðferð mála vegna viðskiptahátta og markaðssetningu að ekki sé lengur lagaheimild til að taka bráðabirgðaákvörðanir. Í sumum tilvikum séu auglýsingar eða kynningar mjög fyrirferðarmiklar og Neytendastofa telji ástæðu til að bregðast skjótt við og kanna lögmæti auglýsinganna. Í þeim tilvikum telji stofnunin því nauðsynlegt að veittur sé stuttur frestur til andmæla.
41. Neytendastofa mótmæli því að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu stjórnsluréttar við meðferð málsins. Sú krafa sé gerð til auglýsanda þegar auglýst sé með lýsingarorði í efsta stigi, að öll gögn sem færi sönnur á fullyrðinguna liggi fyrir þegar auglýsingin sé birt, sbr. 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005. Eins og áður hafi komið fram telji stofnunin að kæranda hafi verið gefinn nægur frestur til að koma að andmælum í málinu og því geti það eitt og sér ekki orðið til þess að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu. Neytendastofa hafni því alfarið að brotið hafi verið gegn meðalhófsreglu. Þvert á móti hafi stofnunin með hinni síðari ákvörðun gert kæranda kleift að notast við fullyrðingu sem stofnunin hafi þá þegar bannað, ef tiltekin skilyrði væru uppfyllt. Stofnunin telji að með því að heimila notkun fullyrðingarinnar að uppfylltum skilyrðum sé meðalhófsregla í hávegum höfð, sér í lagi í ljósi þess að stofnunin hafi þegar verið búin að banna notkun sambærilegrar fullyrðingar.
42. Í greinargerð Neytendastofu er næst vísað til þess að í kæru séu ýmsar efnislegar athugasemdir gerðar við hina kærðu ákvörðun nr. 50/2010. Þannig séu gerðar athugasemdir við túlkun

Neytendastofu á efni og texta auglýsinganna og kærandi telji að stofnunin hafi lesið of mikið og ranglega út úr auglýsingum. Neytendastofa tekur fram að í hinum upphaflegu auglýsingum kæranda hafi komið fram fullyrðingin „Lægsta lága verðið“, auk þess sem eftirfarandi skýring hafi verið gefin á fullyrðingunni: „Húsasmiðjan lækkar verð á völdum vörum og lætur ávinninginn af nýjum og betri samningum við framleiðendur renna beint til neytenda. Við leggjum okkur fram um að bjóða lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin í landinu. Þetta köllum við lægsta lága verðið!“. Neytendastofa telji það vísa með óbeinum hætti til keppinauta að bjóða eigi lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin. Stofnunin fái ekki með nokkru móti séð að túlka megi framangreinda skýringu sem svo að ætlunin sé ekki að veita lægsta verð á markaði. Þá telji stofnunin að fullyrðingin sem slík, „Lægsta lága verðið“, gefi til kynna að um lægsta verð á markaði sé að ræða.

43. Neytendastofa tekur fram að kærandi geri athugasemdir við að stofnunin hafi ekki óskað skýringa fyrirtækisins á breyttum fullyrðingum við meðferð málsins sem leiddi til ákvörðunar nr. 50/2010. Stofnunin fái ekki séð að viðbæturnar „í Húsasmiðjunni“ eða „okkar“ breyti nokkru um skilning á fullyrðingunni. Þá skuli á það bent að fullyrðingunni hafi verið breytt eftir að meðferð málsins hófst. Stofnunin hefði gert kæranda grein fyrir því að meðferð málsins yrði hraðað eins og frekast væri unnt og því telji stofnunin ófært að kærandi geti tafið meðferð málsins með því að breyta fullyrðingunni lítillega. Neytendastofa vísi því þar af leiðandi á bug að brotið hafi verið á andmælarétti kæranda. Með vísan til þessa geti stofnunin ekki heldur fallist á það með kæranda að fullyrðingin sé ítarlega skýrð í auglýsingum.
44. Neytendastofa tekur fram að jafnan hafi verið gerðar strangar kröfur til þess að auglýsendur geti fært sönnur á auglýsingar sem innihaldi fullyrðingar í efsta stigi lýsingarorðs. Í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 segi m.a. í umfjöllun um 11. gr. að „allar auglýsingar þar sem auglýsandi fullyrðir að vara hans eða þjónusta sé best, ódýrust, sterkust o.s.frv. feli í sér óbeinan samanburð við vöru keppinauta“. Þegar um sé að ræða fullyrðingu með lýsingarorði í efsta stigi sé því alla jafna litið svo á að með fullyrðingunni sé vísað til keppinauta. Séu fullyrðingar í efsta stigi lýsingaorðs ósannar telji stofnunin slíkar fullyrðingar til þess fallnar að vera villandi og ósanngjarnar gagnvart keppinautum. Auk þess geti slíkar fullyrðingar haft veruleg áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda og gefi þeim villandi upplýsingar. Neytendastofu hafi borist fjölmörg símtöl vegna auglýsinganna, auk nokkurra rafrænna ábendinga. Ábendingarnar hafi borist bæði frá neytendum og keppinautum kæranda. Starfsmenn stofnunarinnar reyni jafnan að fylgjast með auglýsingum og gera athugasemdir við þær ef ástæða þyki til. Í þeim tilvikum þar sem stofnuninni berist margar ábendingar vegna auglýsinga styrki það stofnunina í því að ástæða sé til að leita skýringa. Neytendastofa telji því að full ástæða hafi verið til þess að fara fram á það við kæranda að færðar yrðu sönnur á fullyrðinguna.
45. Neytendastofa vísar næst til þess að kærandi telji stofnunina ekki hafa sinnt rannsóknarskyldu sinni þar sem ekki hafi verið leitað eftir því hver viðbrögð neytenda hafi verið við auglýsingunum áður en ákvörðun var tekin um að brotið hefði verið gegn 8. gr. laga nr. 57/2005. Ákvæði 1. mgr. 8. gr. fjalli um það að viðskiptahættir séu óréttmætir ef þeir brjóti í bága við góða viðskiptahætti gagnvart neytendum og raski verulega fjárhagslegri hegðun eða séu líklegir til að raska verulega

fjárhagslegri hegðun. Eins og áður hafi fram komið hafi tilefni þess að Neytendastofa tók auglýsingarnar til skoðunar verið það að stofnuninni hafi borist margar ábendingar og fyrirspurnir frá neytendum vegna auglýsinganna. Í ákvörðuninni segi að telja verði að verð á vörum og þjónustu hafi þýðingarmikil áhrif á ákvörðun neytenda um viðskipti. Því til stuðnings hafi verið vísað til auglýsingar kæranda, þar sem sagði „Lægsta lága verðið. Þökkum frábærar viðtökur!“, sem að mati stofnunarinnar hafi sýnt fram á að fullyrðingin hafi skilað ætluðum árangri. Stofnunin geti ekki fallist á að orðalag 8. gr. feli í sér að á stofnuninni hvíli skylda til að sýna fram á að fjárhagslegri hegðun neytenda hafi verið raxað verulega, enda taki ákvæðið einnig til viðskiptahátta sem líklegir séu til þess. Það að kærandi hafi séð ástæðu til þess að þakka fyrir viðtökurnar með auglýsingu sýni að mati Neytendastofu að fullyrðingin hafi haft veruleg áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda.

46. Í greinargerð Neytendastofu er næst vísað til þess að í kæru séu einnig gerðar efnislegar athugasemdir við síðari ákvörðun stofnunarinnar frá 28. október 2010. Kærandi telji að Neytendastofu hafi borið að hefja nýtt mál í kjölfar nýrra auglýsinga kæranda. Neytendastofa bendi á að í bréfi Neytendastofu, dags. 27. október 2010, hafi komið fram að stofnunin teldi að breyting á fullyrðingunni „Lægsta lága verðið okkar“ hefði ekki áhrif á merkingu þeirrar fullyrðingar sem kæranda hafi verið bannað að birta með ákvörðun nr. 50/2010. Með bréfinu hafi stofnunin farið fram á rökstuðning og skýringar kæranda. Honum hafi því verið gefinn kostur á að koma að athugasemdum vegna hinnar breyttu fullyrðingar, í stað þess að strax yrði tekin ákvörðun um hugsanlegar sektir vegna brots á ákvörðun Neytendastofu. Þá hljóti ný málshöfðun óhjákvæmilega að tefja framgang málsins.
47. Neytendastofa geti ekki fallist á að ákaflega lítill munur sé á upphaflegum auglýsingum kæranda og auglýsingunum eins og þær hafi litið út samkvæmt skilyrðum Neytendastofu. Hin nýja skýring í auglýsingum kæranda sé svohljóðandi: „Vörur merktar „Lægsta lága verð Húsasmiðjunnar“ er lægsta verð sem Húsasmiðjan býður á viðkomandi vörum á hverjum tíma. Húsasmiðjan leggur sig fram um að bjóða alltaf lágt verð en ábyrgist ekki að „Lægsta lága verð Húsasmiðjunnar“ sé alltaf lægsta verð á markaðnum“. Með breytingum á skýringunni telji stofnunin að hún sé mun auðskiljanlegri, svo ekki fari á milli mála hvað átt sé við með fullyrðingunni. Í kæru segi m.a. að engu breyti fyrir efni auglýsingarinnar hvort stjórnumerking sé fyrir aftan fullyrðinguna. Í kjölfar ákvörðunarinnar hafi kærandi lýst yfir mikilli óánægju með það skilyrði og óskað eftir því að fallið yrði frá því. Neytendastofa telji umfjöllun í kæru í þversögn við þau samskipti sem Neytendastofa hafi átt við kæranda í kjölfar ákvörðunarinnar og ekki vera til marks um að lítill munur sé á auglýsingunum sem bannaðar hafi verið með ákvörðun nr. 50/2010 og þeim skilyrðum sem stofnunin hafi sett fyrir birtingu fullyrðingarinnar.
48. Í kæru komi einnig fram að kærandi telji það ekki geta staðist að Neytendastofa fái að ráða því hvernig fyrirtæki auglýsi vörur sínar inni í verslun og því sé of langt gengið með því að mæla fyrir um að kærandi verði að taka niður merkingar inni í verslun um „Lægsta lága verðið“. Neytendastofa lýsi yfir mikilli furðu með þennan lið kærunnar. Í tölvubréfi kæranda þann 21. október 2010 hafi komið fram að í samræmi við ákvörðunina hafi auglýsingar með fullyrðingunni „Lægsta lága verðið“ verið teknar úr birtingu og teknar verði niður verðmerkingar við hillumiða

þar sem fullyrðingin komi fram. Á fundi starfsmanna kæranda og Neytendastofu hafi verið gerð grein fyrir því að hálfu kæranda að slíkir hillumiðar hafi verið fjarlægðir. Starfsmaður Neytendastofu hafi komið í verslun kæranda deginum áður og séð að hillumiðar væru enn uppi. Þrátt fyrir loforð starfsmanna kæranda um að miðarnir yrðu fjarlægðir hafi stofnunin talið nauðsynlegt að taka það fram í ákvörðuninni að fjarlægja þyrfti miðana. Vakin skuli athygli á því að það að miðar hafi enn verið upp í versluninni hafi verið brot á ákvörðun nr. 50/2010 og því hafi stofnunin getað brugðist við samkvæmt IX. kafla laga nr. 57/2005. Í ljósi samstarfsvilja kæranda hafi það ekki verið gert.

49. Í 5., 8. og 9. gr. laga nr. 57/2005 sé lagt bann við óréttmætum og villandi viðskiptaháttum. Viðskiptahættir séu í 6. tölul. 3. gr. laganna skilgreindir svo: „markaðssetning fyrirtækja eða önnur athöfn, athafnaleysi eða háttarni sem tengist kynningu á vöru eða þjónustu eða viðskiptum með vöru og þjónustu“. Þá sé í 14. gr. um það fjallað að óheimilt sé að veita rangar, ófullnægjandi eða villandi upplýsingar í auglýsingum eða með öðrum hætti eða beita öðrum slíkum viðskiptaháttum sem sama marki séu brenndar. Því sé ljóst að þau ákvæði sem á hafi reynt í málinu taki ekki einungis til auglýsinga í þrengri merkingu þess orðs heldur til allra kynningar og eigi því einnig við um kynningu inni í verslun. Með ákvörðun nr. 50/2010 hafi kæranda verið bönnuð notkun á fullyrðingunni og það bann hafi tekið til allrar notkunar hennar, einnig inni í verslun.
50. Í greinargerð Neytendastofu er næst vísað til umfjöllunar í kæru um að auglýsingar séu tjáningarform sem njóti verndar samkvæmt 73. gr. stjórnarskrárinnar og að Neytendastofa hafi brotið gegn tjáningarfrelsi kæranda með hinum kærðu ákvörðunum. Af hálfu Neytendastofu sé því ekki hafnað að auglýsingar séu tjáningarform og njóti verndar sem slíkar. Hins vegar verði að gæta að rétti neytenda og keppinauta eins og lög nr. 57/2005 geri ráð fyrir. Vissulega séu ákvæði stjórnarskrár réttþærri og taka þurfi tillit til tjáningarfrelsis við mat á broti gegn ákvæðum laga nr. 57/2005. En tilgangi laganna verði ekki náð hafi Neytendastofa ekki heimildir til að banna birtingu fullyrðinga sem stangist á við ákvæði laganna eða setji þeim skorður. Neytendastofa hafni því alfarið að með ákvörðuninum hafi verið gengið of nærri tjáningarfrelsi kæranda.
51. Í greinargerðinni er næst vísað til þess að í lok kæru komi fram að kærandi telji Neytendastofu ekki hafa gætt jafnræðis við töku ákvarðana og í því sambandi vísað til notkunar Byko hf. á fullyrðingunum „Bestu BYKO kaupin“ og „Alltaf lægra verð í BYKO“. Fyrst beri að leiðrétta rangfærslu sem fram komi í kæru. Á fundi Neytendastofu og kæranda hafi kærandi gert athugasemdir við fullyrðinguna „Bestu BYKO kaupin“ en í bréfinu sé ranglega haft eftir starfsmanni stofnunarinnar að ekki séu forsendur til að banna þær auglýsingar þar sem þær hafi verið í birtingu um lengri tíma. Hið rétta sé að starfsmaður Neytendastofu hafi gert grein fyrir því að tekin hafi verið ákvörðun um fullyrðinguna fyrir nokkrum árum, en í því máli hafi forsendur verið aðrar en í máli vegna fullyrðinga kæranda. Þá hafi kæranda verið gerð grein fyrir því að hann gæti kynnt sér það á heimasíðu stofnunarinnar, sem hann hafi greinilega ekki gert.
52. Með ákvörðun samkeppnisráðs 27. janúar 2000 (7/2000) hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að Byko hafi brotið gegn þágildandi ákvæðum samkeppnislaga nr. 8/1993 með notkun

fullyrðingarinnar „Bestu kaupin“. Í kjölfar ákvörðunarinnar hafi fullyrðingunni verið breytt í „Bestu BYKO kaupin“, auk þess sem samhliða slagorðinu komi fram: „Það besta sem við bjóðum“. Ekki hafi verið gerðar athugasemdir við fullyrðinguna eftir breytingarnar. Að mati Neytendastofu sé fullyrðing og slagorð Byko mun skýrarara en fullyrðing kæranda um „Lægsta lága verðið“, „Lægsta lága verðið okkar“ eða „Lægsta lága verð Húsasmiðjunnar“. Þá veiti Byko viðskiptavinum sínum verðvernd og því geti þeir sem keypt hafa vöru hjá Byko fengið mismuninn endurgreiddan verði varan seld á lægra verði annarsstaðar innan tiltekins tíma frá því að kaupin áttu sér stað.

53. Vegna athugasemda við fullyrðinguna „Alltaf lægra verð í BYKO“ skuli tekið fram að á sama tíma og stofnunin hafi farið fram á að kærandi færði sönnur á fullyrðinguna „Lægsta lága verðið“, hafi hún farið fram á að Byko færði sönnur á fullyrðinguna „Alltaf lægra verð í BYKO“. Byko hafi lagt fram verðkönnun sem sýnt hafi að þegar auglýsingin þar sem fullyrðingin kom fram var unnin, hafi vörurnar verið ódýrari í Byko. Í ljósi þess og þar sem Byko hugðist ekki birta fullyrðinguna aftur hafi verið ákveðið að grípa ekki til frekari aðgerða af hálfu Neytendastofu í því máli. Í bréfi kæranda sé einnig vísað til þess að Byko hafi notast við orðalagið „betra verð“. Um þann lið vísi stofnunin til þess sem áður hafi komið fram um að fyrirtæki þurfi ávallt að geta sannað fullyrðingar sem fram komi í auglýsingum en gerðar hafi verið mun strangari kröfur til notkunar efsta stigs lýsingarorðs. Með vísan til framangreinds sé því harðlega mótmælt að Neytendastofa hafi ekki gætt jafnræðis gagnvart keppinaut kæranda við vinnslu hinna kærðu ákvarðana. Að öðru leyti vísi Neytendastofa til hinna kærðu ákvarðana og undirbúningsgagna.
54. Með bréfi, dags. 8. desember 2010, var kæranda gefinn kostur á að gera athugasemdir við greinargerð Neytendastofu. Athugasemdir bárust með bréfi lögmanns kæranda, dags. 20. desember 2010. Þar er tekið fram að kærandi staðfesti það sem fram komi í málsatvikalýsingu greinargerðar Neytendastofu um að forstjóri kæranda hafi, eftir ákvörðun Neytendastofu, haft samband símleiðis við Neytendastofu og að aðilar hafi hist á fundi þann 28. október 2010. Þar hafi verið komið á framfæri frekari skýringum og upplýsingum vegna auglýsinganna, sem síðan hafi leitt til þess að tekin hafi verið ný ákvörðun um að heimila auglýsingarnar með skilyrðum. Þetta telji kærandi eindregið styðja þá fullyrðingu hans að andmælafrestur vegna upphaflegrar ákvörðunar hafi verið of skammur og ekki nægilega langur til þess að kærandi mætti gæta andmælaréttar síns svo að fullu gagni gæti komið. Með því að banna auglýsingarnar og birta þá ákvörðun á heimasíðu stofnunarinnar hafi viðskiptaorðspor kæranda verið skaðað að nauðsynjalausu, sem sé afleiðing brota Neytendastofu á ákvæðum stjórnisýslulaga. Kærandi geti ekki tekið undir það að farin hafi verið óvenjuleg leið með setningu skilyrða fyrir birtingu auglýsinga eða að það eigi að styðja með einhverjum hætti við málstað Neytendastofu í málinu. Tekin hafi verið ný ákvörðun um að heimila auglýsingarnar með skilyrðum.
55. Kærandi sé ósammála því að Neytendastofa hafi gætt að meðalhófsreglu stjórnisýslulaga með því að taka nýja ákvörðun um að heimila auglýsingar kæranda með skilyrðum, eftir að hafa bannað þær upphaflega. Auglýsingarnar hafi verið heimilaðar á ný, með skilyrðum, eftir fund með kæranda. Kærandi telji að fyrst unnt hafi verið að heimila auglýsingarnar með skilyrðum, liggi fyrir að gengið hafi verið lengra en nauðsyn hafi borið, með því að banna þær alfarið.

Neytendastofa hafi átt að setja auglýsingunum skilyrði strax í upphafi, í stað þess að bíða eftir að kærandi óskað eftir fundi og kæmi á framfæri þeim gögnum og upplýsingum sem honum hafi ekki gefist tóm til innan hins skamma andmælafrests. Af þessu leiði að farið hafi verið strangar í sakirnar en nauðsyn hafi borið til, í þeim tilgangi að ná hinu lögmæta markmiði, þ.e.a.s. að tryggja að mati Neytendastofu að auglýsingarnar villtu ekki um fyrir neytendum, enda hafi mátt ná því markmiði með vægara móti, eins og raunin hafi orðið.

56. Kærandi geri alvarlegar athugasemdir við þær skýringar og fullyrðingar sem settar séu fram í greinargerð Neytendastofu. Í fyrsta lagi sé því mótmælt að Neytendastofa geti gert þá kröfu til auglýsenda að þegar auglýst sé með lýsingarorði í efsta stigi, án tillits til þess hvernig það sé notað í auglýsingu, beri auglýsanda ávallt að færa sönnur á fullyrðingu sína. Í tilviki kæranda hafi fullyrðingin m.a. gengið út á að kærandi myndi gera sitt besta gagnvart neytendum. Sú fullyrðing innihaldi efsta stig lýsingarorðs, en vísi ekki til samkeppnisaðila þótt Neytendastofa telji svo vera. Í greinargerð Neytendastofu sé til stuðnings þessu sjónarmiði vísað til greinargerðar með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000. Kærandi telji það ekki nægja til þess að sjónarmið Neytendastofu geti talist lögmætt.
57. Ákvæði laga nr. 57/2005 byggi á tilskipun 2005/29/EB um óréttmæta viðskiptahætti. Tilskipun þessa verði aðildarríkin að taka upp í heild sinni. Samkvæmt nýlegum dómum EB-dómstólsins, sbr. mál nr. C-304/08, C-261/08 og frá síðasta mánuði mál nr. C-540/08, sé óheimilt að setja þrengri reglur í landslögum heldur en mælt sé fyrir um í tilskipuninni. Samkvæmt formálaorðum tilskipunarinnar kvað eldri tilskipun um þetta efni, þ.e. 84/450/EBE, einungis á um lágmarksreglur og hindraði aðildarríkin ekki í að mæla fyrir um meiri vernd fyrir neytendur en tilskipunin mælti fyrir um. Að mati kæranda gangi það lengra en heimilt sé samkvæmt tilskipuninni að álíta notkun lýsingarorða í efsta stigi brjóta gegn ákvæðum laga um óréttmæta viðskiptahætti, enda sé notkun þeirra ekki heldur bönnuð í þeim lögum. Þessi afstaða Neytendastofa virðist hins vegar vera afleiðing réttarástands sem eldri tilskipun um sama efni hafi skapað, enda vísi Neytendastofa ekki til þess frumvarps sem varð að lögum nr. 57/2005 máli sínu til stuðnings, heldur til frumvarpsins sem varð að lögum nr. 107/2000, sem byggði á eldri tilskipuninni sem nú sé fallin úr gili. Kærandi telji með vísan til þessa, að sjónarmið Neytendastofu um að alla jafna sé litið svo á að notkun efsta stigs lýsingarorða sé bönnuð í auglýsingu, sé ólögmætt og þar með forsendur fyrir hinum kærðu ákvörðunum. Meta verði sérstaklega hvaða áhrif notkun efsta stigs lýsingarorða hafi í máli.
58. Að sama skapi verði að telja að mat Neytendastofu á því hvort auglýsingar kæranda hafi verið til þess fallnar að raska fjárhagslegri hegðun neytenda geti hvorki staðist lög nr. 57/2005 né tilskipun 2005/29/EB. Það sé grundvallarforsenda fyrir ákvörðun Neytendastofu að auglýsingar kæranda hafi haft veruleg áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda. Í greinargerð Neytendastofu sé tekið skýrt fram að sú staðreynd að kærandi hafi séð ástæðu til að þakka fyrir viðtökurnar með auglýsingu síni, að mati Neytendastofu, að fjárhagslegri hegðun neytenda hafi verið raskað. Að mati kæranda sé hér um misskilning Neytendastofu að ræða hvað varði túlkun og efni laga. Af greinargerð Neytendastofu og ákvörðuninni sjálfri verði ekki annað ráðið en að stofnunin líti svo á, að mat á því hvort auglýsingar hafi áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda ráðist af því hvort neytendur hafi framkvæmt viðskipti á grundvelli þeirra. Í lögum nr. 57/2005 sé ekki að finna skilgreiningu á því

hvað felist í því að hafa veruleg áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda. Þá skilgreiningu sé hins vegar að finna í nefndri tilskipun frá 2005. Þar segi í íslenskri þýðingu tilskipunarinnar: „,„að raska verulega hegðun neytenda í fjárhagslegu tilliti“: að beita viðskiptaháttum með það fyrir augum að draga verulega úr getu neytandans til að taka upplýsta ákvörðun og valda því þar með að neytandinn tekur ákvörðun sem hann hefði ekki annars tekið“.

59. Eins og augljóslega megi af þessu ráða sé það grundvallaratriði varðandi það hvort fjárhagslegri hegðun neytenda hafi verið raskað, hvort neytandinn hafi tekið ákvörðun sem hann hefði annars ekki tekið. Það sé því ekki hægt að fullyrða, eins og Neytendastofa geri og byggi ákvörðun sína á, að það nægi að auglýsandi þakki viðskiptavinum sínum fyrir góðar viðtökur. Slík skilaboð til viðskiptavina segi ekki til um það hvort neytendur hafi tekið ákvörðun um viðskipti sem þeir hefðu annars ekki tekið. Vel geti verið að allir þeir neytendur sem framkvæmdu viðskipti á grundvelli auglýsinga kæranda hefðu gert það hvort sem auglýsingarnar voru með þeim hætti sem Neytendastofa lagði bann við eða með þeim hætti sem hún síðar heimilaði. Að mati kæranda gangi túlkun Neytendastofu lengra en tilskipunin en það sé ólögmætt, sbr. tilvitnaða dóma EB-dómstólsins um túlkun á tilskipuninni. Neytendastofa hafi ekki sýnt fram á að hegðun neytenda í fjárhagslegu tilliti hafi verið raskað og þar með skorti grundvöll fyrir ákvörðun stofnunarinnar. Þeirri athugasemd í greinargerð Neytendastofu sé sérstaklega mótmælt, að það geti verið forsenda ákvörðunarinnar að auglýsing kæranda, þar sem hann þakki fyrir viðtökurnar, sýni að fullyrðingin um lægsta lága verðið hafi skilað ætluðum árangri. Að mati kæranda sé of langt gengið ef auglýsing sé ólögmæt eingöngu vegna þess að hún skili tilætluðum árangri. Þá sé ítrekað að vandséð sé hvernig þetta sjónarmið samræmist lögbundinni rannsóknarskyldu stjórnvalda.
60. Kærandi fái ekki séð að það geti talist lögmætt sjónarmið að hefja ekki nýtt mál gegn aðila ef hann ákveður að breyta fullyrðingu sem stjórnvaldið telur að banna verði, eingöngu þar sem ný „málshöfðun“ myndi tefja framgang þess máls sem þegar sé í gangi. Það geti í fyrsta lagi ekki staðist að mál sem þegar sé hafið tefjist við það að hefja nýtt mál vegna annarrar fullyrðingar. Stjórnvald geti tæplega leyft sér að hefja eitt allsherjarmál gegn aðila, sér til hægðarauka. Telja verði að ekki hafi verið lögmætt af hálfu Neytendastofu að banna breyttar auglýsingar kæranda í því máli sem þá hafi þegar verið farið af stað. Í greinargerð Neytendastofu sé rakið að stofnunin telji hina nýju skýringu í auglýsingum kæranda, sem samin hafi verið í samstarfi við Neytendastofu, auðskiljanlegri svo ekki fari á milli mála hvað átt sé við með fullyrðingunni. Kærandi sé þessu ósammála. Burtséð frá því hljóti aðaðalatriðið þó að vera hvernig fyrri fullyrðingin hafi áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda en hin síðari ekki. Það sé ekki rökstutt á nokkurn hátt, hvorki í ákvörðun Neytendastofu né í greinargerð stofnunarinnar. Einungis sé um huglægt mat Neytendastofu að ræða, án rökstuðnings. Kærandi telji að það geti ekki nægt til að banna honum að birta auglýsingar sínar.
61. Kærandi mótmæli því að það sé þversögn að kærandi hafi sagt að engu breytti fyrir auglýsingarnar hvort þær væru stjórnumerktar, en væri á sama tíma óánægður með þessar stjórnumerkingar. Kærandi sé ósáttur við að útliti auglýsinga hans sé breytt, einkum ef telja megi að slíkar útlitsbreytingar séu þýðingarlausar. Kærandi fái ekki séð að stjórnumerkingin geti breytt fjárhagslegri hegðun neytenda, enda hafi Neytendastofa ekki rökstutt hvernig það megi vera, og

kærandi sé ósáttur við þessa kröfu Neytendastofu. Í þessu felist engin þversögn. Þá mótmæli kærandi því að það hafi einhverja sérstaka merkingu að kærandi hafi ákveðið að taka niður merkingar í verslun sinni, þrátt fyrir að vera ósáttur við það. Það hafi einfaldlega verið gert að kröfu Neytendastofu, sem hótað hafi að beita valdheimildum sínum ef það yrði ekki gert, sbr. einnig ummæli í greinargerð Neytendastofu um að stofnunin hefði getað beitt valdheimildum sínum. Báðar þessar athugasemdir Neytendastofu séu til marks um að stofnunin hafi ekki skilning á því að hönnun og rekstur auglýsingaherferðar sé afar dýr. Veruleg verðmæti fari forgörðum ef auglýsingaherferð sé bönnuð í heilu lagi. Aðili leitist þá frekar við að laga auglýsingaherferð en að hætta henni alfarið. Þetta sé meginástæða þess að leitað hafi verið eftir samstarfi við Neytendastofu. Sú viðleitni sé ekki til marks um einhvers konar viðurkenningu á því að kærandi hafi brotið af sér.

62. Kærandi ítreki að lokum að hann telji ákvörðun Neytendastofu fela í sér mismunun við meðferð stjórnisýsluvalds gagnvart samkeppnisaðilum. Að mati kæranda sé enginn munur á fullyrðingunum „Það besta sem við bjóðum“ (Byko) og „Lægsta lága verðið okkar“ (kærandi). Báðar innihaldi lýsingarorð í efsta stigi, en að mati Neytendastofu sé hin fyrri mun skýrari en sú síðari, án þess að stofnunin geri nokkra tilraun til að rökstyðja það álit sitt. Sömuleiðis telji kærandi að enginn munur sé á fullyrðingunum „Bestu Byko kaupin“ og „Lægsta lága verð Húsasmiðjunnar“. Í báðum tilvikum telji Neytendastofa að fullyrðingar Byko séu ekki til þess fallnar að hafa áhrif á fjárhagslega hegðun neytenda, en báðar fullyrðingar kæranda. Enginn rökstuðningur sé að baki þessu álitu Neytendastofu og hafna beri þessari forsendu stofnunarinnar. Þá sé athyglisverður sá rökstuðningur stofnunarinnar að það skipti máli í þessu sambandi að Byko bjóði viðskiptavinum sínum verðvernd og það leiði til þess að fullyrðingar Byko séu réttlætanagerlegar. Þarna hafi Neytendastofu, eftirlitsaðila á markaðnum, yfirsétt að kærandi bjóði viðskiptavinum sínum nákvæmlega sömu verðvernd og í boði sé hjá Byko. Megi ætla að niðurstaða Neytendastofu hafi ráðist af þessari vanþekkingu stofnunarinnar og byggist því á misskilningi. Að öðru leyti sé vísað til efnis kærðu og þeirra málsástæðna og lagaraka sem þar komi fram, og gerðar kröfur ítrekaðar.

NIÐURSTAÐA

63. Í máli þessu er deilt um tvær ákvarðanir Neytendastofu. Í fyrri ákvörðuninni komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr. og 14. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, með birtingu auglýsinga þar sem fram kom fullyrðing um að Húsasmiðjan byði „Lægsta lága verðið“. Var kæranda bönnuð birting umræddrar fullyrðingar. Í síðari ákvörðuninni komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að breytingar sem gerðar voru á auglýsingum kæranda í kjölfar hinnar eldri ákvörðunar væru ekki nægjanlegar til að uppfylla skilyrði hennar. Var farið fram á að nánar tiltekna breytingar yrðu gerðar á auglýsingum og kynningum kæranda svo ekki þyrfti að koma til frekari aðgerða stofnunarinnar. Verður hér vikið að hvorri ákvörðuninni fyrir sig. Að því er fyrri ákvörðunina varðar verður fyrst vikið að málstæðum kæranda sem snerta málsmeðferð en síðan að málsástæðum sem snerta efni ákvörðunarinnar.

64. Kærandi telur að fella bera fyrri ákvörðunina úr gildi þegar af þeirri ástæðu að málsmeðferðin hafi brotið gegn ákvæðum stjórnslulaga nr. 37/1993, einkum 13. gr. um andmælarétt, en einnig gegn rannsóknarreglu og meðalhófsreglu sömu laga. Vísar hann m.a. til þess skamma frests sem honum hafi verið veittur til að svara bréfi Neytendastofu frá 7. október 2010. Samkvæmt móttökukvittun var umrætt bréf mótttekið af starfsmanni kæranda fimmtudaginn 7. október 2010 kl. 14:35, og frestur veittur til kl. 13:00 mánudaginn 11. október 2010. Sá frestur var síðar framlengdur til kl. 15:00 þriðjudaginn 12. október 2010.
65. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst ekki á að fella beri ákvörðunina úr gildi á þeim grunni að andmælaréttar hafi ekki verið gætt. Hvorki í stjórnslulögum nr. 37/1993 né í þeim lögum sem fjalla sérstaklega um Neytendastofu er mælt fyrir um hversu langur frestur til andmæla skuli vera, heldur ræðst það mjög af atvikum og eðli hvers máls fyrir sig hversu langur fresturinn þarf að vera svo að aðili teljist hafa fengið fullnægjandi ráðrúm til að tjá sig. Í greinargerð með því frumvarpi sem varð að stjórnslulögum nr. 37/1993 er þannig tekið fram að haga verði fresti eftir aðstæðum, en almennt beri að hafa hann stuttan á grundvelli reglunnar um málshraða og skilvirkni stjórnvalda. Þar segir jafnframt að þegar stjórnvald tekur ákvörðun um lengd frests skuli m.a. taka tillit til fjölda skjala og umfangs og eðlis málsins.
66. Sá frestur sem kæranda var gefinn samkvæmt framansögðu var ekki langur. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst hins vegar á það með Neytendastofu að eðli mála geti leitt til þess að frestir þurfi að vera stuttir, t.d. í tilviki auglýsingaherferða þar sem auglýsingar birtast jafnvel dag eftir dag, og nauðsynlegt getur verið að hraða málsmeðferð eins og frekast er kostur til að unnt sé að bregðast með virkum hætti við brotum gegn lögum nr. 57/2005. Áfrýjunarnefnd neytendamála telur að full ástæða hafi verið til að hraða málinu eftir föngum, en endanlegur frestur kæranda nam samtals 5 dögum frá því að bréf Neytendastofu var mótttekið. Þá er til þess að líta að í bréfinu fór Neytendastofa fram á að kærandi færði sönnur á fullyrðingu sína um að hann byði „Lægsta lága verðið“. Kærandi telur sig hins vegar ekki þurfa að færa sönnur á slíkt, enda hafi hann ekki fullyrt að kærandi byði lægsta lága verðið á markaðnum. Kom hann þessari afstöðu sinni skýrlega á framfæri í svarbréfinu frá 12. október 2010 og hefur ekki á síðari stigum leitast við að færa sönnur á fullyrðinguna eins og Neytendastofa túlkar hana. Verður þannig ekki séð að frekari frestur hefði leitt til frekari gagnaframlagningar kæranda eða að öðru leyti haft sérstaka þýðingu við töku fyrri ákvörðunar Neytendastofu. Í því sambandi athugast að þótt Neytendastofa hafi síðar ákveðið að heimila kæranda að auglýsa með nánar tilteknum hætti þá breytir það engu um þá afstöðu stofnunarinnar að þær auglýsingar sem hin fyrri ákvörðun laut að brytu gegn lögum nr. 57/2005 og skyldu bannaðar.
67. Samskonar sjónarmið og hér voru rakin eiga við um þær auglýsingar sem Neytendastofa tók jafnframt afstöðu til í fyrri ákvörðuninni, þar sem orðunum „í Húsasmiðjunni“ hafði verið bætt aftan við „Lægsta lága verðið“. Í samræmi við afstöðu kæranda í bréfi hans frá 12. október 2010, telur hann ekki fullyrt um lægsta lága verðið á markaðnum og hefur ekki lagt fram gögn til stuðnings fullyrðingunni eins og Neytendastofa skilur hana. Áfrýjunarnefnd neytendamála gerir ekki athugasemd við að umræddar auglýsingar hafi verið teknar til

umfjöllunar í fyrri ákvörðuninni, samhliða upphaflegu auglýsingunum, enda var um að ræða lítt breytta útgáfu af upphaflegu auglýsingunum og ljóst að afstaða Neytendastofu og kæranda til þeirra laut að sömu atriðum.

68. Auk framangreindra atriða verður að hafa í huga, við mat á þeim fresti sem kæranda var gefinn, að í hinni kærðu ákvörðun var ekki lögð stjórnvaldssekt á kæranda, heldur fól ákvörðunin í sér bann við umræddum auglýsingum, og ljóst að kærandi myndi fá svigrúm til tjáningar á ný áður en til beitingar slíkra viðurlaga kæmi. Loks er til þess að líta að kæranda hefur gefist rúmur frestur á áfrýjunarstigi til tjáningar og gagnaframlagningar. Jafnvel þótt fallist væri á að andmælaréttur hefði verið brotinn á lægra stjórnsýslustigi er því ljóst að úr því teldist hafa verið bætt á æðra stjórnsýslustigi. Samkvæmt þessu eru engin efni til að fella hinar kærðu ákvarðanir úr gildi á grundvelli skorts á andmælarétti. Þá verður ekki talið að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu stjórnsýsluréttar, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Ágreiningurinn í málinu lýtur fyrst og fremst að túlkun umræddra auglýsinga og laga nr. 57/2005. Þær auglýsingar lágu fyrir þegar ákvörðunin var tekin, sem og sjónarmið kæranda, og áfrýjunarnefnd neytendamála fær ekki séð að frekari rannsókn hefði leitt í ljós atriði sem þýðingu hefðu haft um ákvörðunina. Í því sambandi skal tekið fram að eins og máli þessu er háttað kölluðu ákvæði 8. og 9. gr. laga nr. 57/2005 ekki á að Neytendastofa framkvæmdi sérstaka rannsókn á því hve margir neytendur hefðu gengið til viðskipta á grundvelli auglýsinganna, enda verður að telja að fyrirbyggjandi gögn hafi borið með sér brot gegn ákvæðunum, sbr. það sem síðar greinir um 8. og 9. gr.
69. Verður nú vikið efnislega að fyrri ákvörðuninni. Þar taldi Neytendastofa sem fyrr segir að kærandi hefði brotið gegn 5. gr., 4. mgr. 6. gr., 1. mgr. 8. gr., d-lið 1. mgr. 9. gr. og 14. gr. laga nr. 57/2005, með birtingu auglýsinga þar sem fram kom fullyrðing um að Húsasmiðjan byði „Lægsta lága verðið“. Var kæranda bönnuð birting fullyrðingarinnar. Í auglýsingunum sagði m.a., auk framangreindrar fullyrðingar: „Húsasmiðjan lækkar verð á völdum vörum og lætur ávinning af nýjum og betri samningum við framleiðendur renna beint til neytenda. Við leggjum okkur fram um að bjóða lægra verð til hagsbóta fyrir heimilin í landinu. Það köllum við lægsta lága verðið!“ Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst á það með Neytendastofu að umræddar auglýsingar verði ekki skildar öðruvísi en svo að verið sé að vísa til lægsta lága verðsins á markaðnum. Skýringarnar í auglýsingunni fela ekki í sér fyrirvara sem dregið geta úr þeim skýru skilaboðum sem felast í fullyrðingunni „Lægsta lága verðið“, sem neytendur hljóta að skilja sem svo að um lægsta verðið á markaði sé að ræða. Þá verður raunar að teljast villandi hvernig fullyrðingum um „lægsta lága verðið“ er slegið upp, en þær síðan m.a. útskýrðar með því að kærandi leggi sig fram um að bjóða „læggra verð“, enda annars vegar um miðstig að ræða en hins vegar efsta stig. Í því sambandi skal tekið fram að fullyrðingar í efsta stigi verða eðli málsins samkvæmt ekki réttlættar með tilvísun til þess hvað auglýsandinn kalli hlutina, heldur verður að horfa til nærtækasta skilningsins á þeim fullyrðingum sem slegið er upp.
70. Þar sem auglýsingarnar bera með sér fullyrðingu um lægsta verð á markaði, sem kærandi hefur ekki fært sönnur á, fólu þær í sér brot gegn 4. mgr. 6. gr. laga nr. 57/2005, sem mælir fyrir um að

fullyrðingar sem fram koma í auglýsingum eða með öðrum hætti þurfi fyrirtæki að geta fært sönnur á. Vegna tilvísunar kæranda til tilskipunar 2005/29/EB og dóma EB-dómstólsins skal tekið fram að slík beiting ákvæðisins samrýmist umræddri tilskipun. Upphafleg tillaga framkvæmdastjórnarinnar að tilskipuninni hafði að geyma sönnunarreglu af framangreindum meiði og í greinargerð með tillögunni var m.a. vísað til þess að söluaðili ætti ekki að setja fram fullyrðingu ef hann væri ekki í aðstöðu til að sanna hana. Í endanlegum efnisákvæðum tilskipunarinnar er slíka reglu hins vegar ekki að finna, heldur er gert ráð fyrir því að sönnunarbyrði sé ákveðin í innlendum lögum, sbr. 21. tölulið inngangsorðanna. Þar segir m.a. að rétt sé „að dómstólar og stjórnvöld geti krafist þess að söluaðilar leggi fram sönnun fyrir því að staðhæfingar þeirra um staðreyndir séu réttar“. Ísland hefur lögfest slíka reglu í framangreindri 4. mgr. 6. gr., en áþekkar reglur er að finna í sambærilegum lögum ýmissa grannríkja, sbr. 2. mgr. 3. gr. norsku laganna og 3. mgr. 3. gr. dönsku laganna.

71. Í þessu sambandi skal tekið fram að reglan bannar ekki notkun efsta stigs lýsingarorða sem slíka, heldur krefst hún þess einfaldlega að unnt verði að vera að færa sönnur á slíkar fullyrðingar. Þótt sönnun á fullyrðingum sem innihalda efsta stig lýsingarorða sé iðulega erfið og jafnvel ómöguleg, er ekki útilokað að hún takist í einstaka tilvikum og þá telst ekki brotið gegn ákvæðinu. Sú er ekki raunin í þessu máli, enda hefur kærandi samkvæmt framangreindu ekki fært sönnur á fullyrðinguna. Samkvæmt þessu byggir niðurstaðan um brot kæranda ekki á almennri reglu um að öll notkun lýsingarorða í efsta stigi sé bönnuð, heldur hefur farið fram mat á þessum tilteknu fullyrðingum kæranda sem leiðir til þeirrar niðurstöðu að brotið hafi verið gegn 4. mgr. 6. gr. Loks skal tekið fram að erfiðleikar við að sanna fullyrðingar í efsta stigi geta með engu móti leitt til afsláttar af sönnunarkröfum að þessu leyti, enda er 4. mgr. 6. gr. skýr um að það er auglýsandans að sanna framsettar fullyrðingar, þar á meðal fullyrðingar sem erfitt er að sanna, enda á hann ekki að setja fram fullyrðingar sem hann er ekki í aðstöðu til að sanna.
72. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst jafnframt á að með framangreindum auglýsingum hafi verið brotið gegn 5. gr., 8. gr., 9. gr. og 14. gr. laga nr. 57/2005. Auglýsingarnar voru villandi, enda fólust í þeim skilaboð um að kærandi byði lágsta verðið á markaðnum, án þess að fyrir liggi að sú hafi verið raunin, sbr. og það sem áður greinir um nánari skýringar kæranda í auglýsingunum. Hér var um villandi viðskiptahætti að ræða, sem líklegir voru til að blekkja neytendur, og brutu því gegn 9. gr. Um leið var brotið gegn 8. gr. sömu laga, þar sem m.a. kemur fram að viðskiptahættir sem brjóti í bága við ákvæði kaflans (III. kafla) séu alltaf óréttmætir. Fullyrðingar kæranda, um að mat Neytendastofu á því hvort auglýsingar kæranda hafi verið til þess fallnar að raska fjárhagslegri hegðun neytenda fái ekki staðist, geta ekki breytt þessari niðurstöðu. Í því sambandi skal tekið fram að 8. gr. gerir ekki kröfu um að fyrir liggi ótvíræð sönnun um að neytendur hafi gengið til viðskipta sem þeir hefðu ella ekki gert, heldur nægir að fyrir liggi að viðskiptahættirnir séu „líklegir“ til að raska verulega fjárhagslegri hegðun neytenda. Er það til samræmis við b-lið 2. mgr. 5. gr. tilskipunar 2005/29/EB.
73. Með auglýsingunum gaf kærandi skýrlega til kynna að hann byði lágsta verðið á markaði, án þess að fyrir liggi að sú hafi verið raunin. Enginn vafi er á því að verð er meðal þeirra þátta sem mestu skipta þegar kemur að ákvarðanatöku neytenda, og skilaboð um lágsta verð á

markaði eru ótvírætt til þess fallin að hafa veruleg áhrif í þessum efnunum. Raunar liggur beinlínis í eðli auglýsinga að þeim er ætlað að hafa áhrif á ákvarðanatöku neytenda, og í þessum tilteknu auglýsingum fólust fullyrðingar sem juku verulega líkurnar á slíkum áhrifum, en óheimilt var að nota. Áfrýjunarnefnd neytendamála telur að auglýsingarnar verði að teljast líklegar til að draga verulega úr getu neytenda til að taka upplýsta ákvörðun, og þannig líklegar til að valda því að neytendur taki ákvörðun sem þeir annars hefðu ekki tekið. Þótt auglýsing kæranda, þar sem hann þakkar sérstaklega fyrir frábærar viðtökur sem „Lægsta lága verðið“ hafi fengið, valdi því ekki ein og sér að umrætt skilyrði teljist uppfyllt, styrkir hún framangreinda niðurstöðu enn frekar. Í þessu sambandi skal einnig áréttað að samkvæmt 9. gr. er nægilegt að viðskiptahættir séu „líklegir til að blekkja neytendur“ til að brotið teljist gegn ákvæðinu. Í hinum villandi auglýsingum fólust um leið að brotið var gegn 14. gr., sem gerir óheimilt að „veita rangar, ófullnægjandi eða villandi upplýsingar í auglýsingum“, „enda séu upplýsingar þessar og viðskiptaaðferðir til þess fallnar að hafa áhrif á eftirspurn eða framboð vara“. Af eðli 5. gr. laganna, sem bannar það sem III.-V. kafli tilgreinir með nánari hætti, leiðir að með brotum á framangreindum ákvæðum var um leið brotið gegn 5. gr.

74. Í fyrri ákvörðuninni var sem fyrr segir jafnframt tekin afstaða til þess að birting auglýsinga með fullyrðingunni „Lægsta lága verðið“, ásamt viðbótinni „í Húsasmiðjunni“, bryti gegn þeim ákvæðum sem að framan greinir. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst á þá niðurstöðu, enda felur umrædd viðbót ekki í sér fyrirvara sem breytir þeim skilaboðum sem í auglýsingunni felast, og um þessar auglýsingar gilda því sömu sjónarmið og áður hafa verið rakin. Í því sambandi er jafnframt rétt að taka fram að áfrýjunarnefndin telur að nærtækasti skilningur neytenda á fullyrðingunni „Lægsta lága verðið í Húsasmiðjunni“ sé að lægsta verðið sé að finna hjá Húsasmiðjunni.
75. Ekki verður fallist á að ákvörðunin hafi brotið gegn meðalhófsreglunni, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Neytendastofa taldi brotið gegn II., III. og V. kafla laga nr. 57/2005 og samkvæmt 22. gr. laganna hefur stofnunin heimild til að leggja á stjórnvaldssektir vegna slíkra brota. Neytendastofa greip hins vegar ekki til stjórnvaldssekta, heldur lét sitja við að leggja bann við birtingu umræddra fullyrðinga og taka fram að yrði ekki farið að banninu mætti búast við ákvörðun um sektir. Telja verður þessa nálgun stofnunarinnar í fullu samræmi við meðalhófsreglu stjórnsýslulaga. Áréttað skal að þótt Neytendastofa hafi síðar ákveðið að heimila kæranda að auglýsa með nánar tilteknum hætti, var sú heimild bundin skilyrðum um að auglýsingarnar yrðu með talsvert öðrum hætti en þær auglýsingar sem urðu tilefni fyrri ákvörðunar Neytendastofu. Stofnunin taldi þannig eftir sem áður að auglýsingarnar sem fyrri ákvörðunin laut að brytu gegn lögum nr. 57/2005 og það getur ekki gert bannið við þeim ónaðsynlegt þótt stofnunin hafi síðar fallist á að kæranda væri heimilt að auglýsa með nánar tilteknum öðrum hætti, sem telja verður verulega frábrugðinn framsetningunni í þeim auglýsingum sem fyrri ákvörðunin laut að.
76. Ekki verður heldur fallist á að fyrri ákvörðunin hafi brotið gegn jafnræðisreglunni, sbr. 13. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Fallist er á það með Neytendastofu að fullyrðingin „Bestu BYKO kaupin“, sett fram með orðunum „Það besta sem við bjóðum“, horfi öðruvísi við en fullyrðingarnar „Lægsta lága verðið“ og „Lægsta lága verðið í Húsasmiðjunni“, með þeim

skýringum sem fram komu í auglýsingum kæranda. Fullyrðingar kæranda verða sem fyrr segir að teljast fela í sér skilaboð um lágsta verð á markaði á meðan hin fullyrðingin vísar með fremur skýrum hætti til þess að um sé að ræða bestu kaupin í viðkomandi verslun. Að því er snertir fullyrðinguna „Alltaf lægra verð í BYKO“ hefur Neytendastofa upplýst að lögð hafi verið fram verðkönnun til stuðnings fullyrðingunni, ólíkt því sem á við í því máli sem hér er til úrlausnar. Þau tilvik sem kærandi vísar til og snerta samkeppnisaðila hans verða ekki talin sambærileg þeim tilvikum sem voru til úrlausnar í fyrri ákvörðun Neytendastofu, á þann hátt að jafnræðisregla teljist hafa verið brotin með ákvörðuninni.

77. Í fyrri ákvörðuninni var kæranda bönnuð birting fullyrðingarinnar „Lægsta lága verðið“ og í kjölfar hennar lýsti Neytendastofa því að hún teldi brotið gegn ákvörðuninni þar sem kærandi hefði ekki tekið niður allar merkingar inni í verslunum sínum með fullyrðingunni „Lægsta lága verðið“. Kærandi hefur hins vegar haldið því fram að ekki fái staðist að Neytendastofa fái að ráða því hvernig fyrirtæki auglýsi vörur inni í eigin verslunum og að of langt sé gengið af hálfu Neytendastofu að mæla fyrir um að kærandi verði að taka niður umræddar merkingar í verslunum sínum. Vegna þessa vill áfrýjunarnefnd neytendamála taka fram að framangreind ákvæði laga nr. 57/2005 eru ekki bundin við auglýsingar. Ákvæðið í 4. mgr. 6. gr. lýtur að fullyrðingum sem koma fram „í auglýsingum eða með öðrum hætti“, 14. gr. að upplýsingum sem veittar eru „í auglýsingum eða með öðrum hætti“, og 5., 8. og 9. gr. taka til viðskiptahátta, sem í 6. tölul. 3. gr. eru skilgreindir sem „markaðssetning fyrirtækja eða önnur athöfn, athafnaleysi eða hátterni sem tengist kynningu á vöru eða þjónustu eða viðskiptum með vöru og þjónustu“.
78. Þau ákvæði sem Neytendastofa taldi brotin með umræddum fullyrðingum kæranda taka samkvæmt þessu ótvírætt til merkinga inni í verslunum og telja verður að í banni Neytendastofu við birtingu fullyrðingarinnar „Lægsta lága verðið“ hafi m.a. falist bann við því að fullyrt væri með umræddum hætti á merkingum í versluninni. Áfrýjunarnefnd neytendamála fellst ekki á að ákvörðunin brjóti gegn 73. gr. stjórnarskrárinnar. Þær takmarkanir sem í ákvörðuninni fólust byggðu skýrlega á lögum, voru gerðar í lögmætum tilgangi og uppfylltu auk þess þriðja skilyrðið í 3. mgr. 73. gr., um að teljast nauðsynlegar og samrýmast lýðræðishefðum. Í því sambandi skal haft í huga að dómaframkvæmd Hæstaréttar sem og mannréttindadómstóls Evrópu ber með sér fremur rúmt svigrúm til mats á nauðsyn takmörkunar á viðskiptalegri tjáningu. Raunar hafa flest Evrópuríki sammælt um nauðsyn takmarkana í þá veru sem hér reyndi á, enda byggja framangreind lagaákvæði og gildissvið þeirra að verulegu marki á tilskipun 2005/29/EB. Fyrri ákvörðun Neytendastofu var samkvæmt þessu fyllilega innan marka 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.
79. Samkvæmt öllu framangreindu telur áfrýjunarnefnd neytendamála að fyrri ákvörðun Neytendastofu hafi verið í samræmi við lög nr. 57/2005, og að hún hafi ekki brotið gegn stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 eða stjórnsýslulögum nr. 37/1993, auk þess sem aðrar málsástæður kæranda geta ekki leitt til þess að fella beri ákvörðunina úr gildi. Samkvæmt því ber að staðfesta fyrri ákvörðunina.

80. Í síðari ákvörðun sinni komst Neytendastofa að þeirri niðurstöðu að breytingar sem gerðar hefðu verið á auglýsingum kæranda í kjölfar fyrri ákvörðunarinnar væru ekki nægjanlegar til að uppfylla skilyrði hennar. Farið var fram á að nánar tiltekna breytingar yrðu gerðar á auglýsingum og kynningum kæranda svo ekki þyrfti að koma til frekari aðgerða stofnunarinnar. Síðari ákvörðunin er á ýmsan hátt óvenjuleg þegar litið er til hefðbundinna ákvarðana Neytendastofu. Þar er í reynd lítið fjallað efnislega um hinar breyttu auglýsingar kæranda, sem fólu m.a. í sér breyttar skýringar, heldur setti Neytendastofa fram ítarleg skilyrði er snertu það hvernig kærandi skyldi haga auglýsingum sínum.
81. Þrátt fyrir að 2. mgr. 21. gr. b laga nr. 57/2005 veiti Neytendastofu m.a. heimild til að gefa fyrirmæli og veita „heimild með ákveðnu skilyrði“, hefur áfrýjunarnefnd neytendamála efasemdir um að svo ítarleg og margþætt fyrirmæli um það hvernig auglýsingum kæranda skuli háttað fái stöð í ákvæðinu, m.a. með hliðsjón af 73. gr. stjórnarskrárinnar. Í því sambandi athugast að það er eitt að grípa til aðgerða vegna tjáningar sem brotið hefur gegn lögum nr. 57/2005, t.d. til banns og stjórnvaldssekta, en annað að gefa aðilum ítarleg fyrirmæli um það hvernig nákvæmlega þeir verði að haga tjáningu sinni í framtíðinni. Þá er til þess að líta að niðurstaðan um að breyttar auglýsingar kæranda fælu í sér brot gegn fyrri ákvörðuninni og lögum nr. 57/2005 er í reynd ekki rökstudd, enda er sem fyrr segir lítið fjallað efnislega um auglýsingarnar, heldur því lýst yfir í einni setningu að breytingarnar séu ekki nægjanlegar, og umrædd skilyrði síðan sett fram. Telur áfrýjunarnefnd neytendamála skorta á að ákvörðunin uppfylli að þessu leyti þær kröfur sem gerðar eru í stjórnisýslulögum nr. 37/1993, sbr. t.d. 22. gr.
82. Að mati áfrýjunarnefndar neytendamála hefði verið eðlilegri farvegur, með tilliti til valdheimilda stofnunarinnar og venjubundinnar framkvæmdar, að Neytendastofa bannaði hinar breyttu auglýsingar og legði eftir atvikum á stjórnvaldssektir vegna þeirra, og færði rök að hvoru tveggja, fremur en að hún setti kæranda umrædd skilyrði. Það er enda á ábyrgð fyrirtækjanna sjálfra að tryggja að auglýsingar þeirra séu í samræmi við lög nr. 57/2005 og játa verður þeim svigrúm til að útfæra hvernig þau haga auglýsingum sínum svo að kröfum laganna sé mætt. Það er hins vegar Neytendastofu að grípa inn í ef hún telur þá útfærslu ekki í samræmi við lög og í slíkum tilvikum verður almennt að telja eðlilegast að hún banni viðkomandi auglýsingar og leggi eftir atvikum á stjórnvaldssektir vegna þeirra, fremur en að hún gefi svo margþætt og ítarleg fyrirmæli um það hvernig nákvæmlega viðkomandi aðilar skuli haga auglýsingum sínum.
83. Á grundvelli þess sem hér hefur verið rakið telur áfrýjunarnefnd neytendamála að fella beri síðari ákvörðun Neytendastofu úr gildi. Tekið skal fram að í því felst engin afstaða til þess hvort hinar breyttu auglýsingar samrýmist lögum nr. 57/2005 eða fyrri ákvörðun Neytendastofu, en gengið er út frá því að núverandi markaðssetning kæranda komi til athugunar stofnunarinnar, með framangreind sjónarmið fyrir augum.
84. Samkvæmt öllu framansögðu ber að staðfesta fyrri ákvörðunina sem kærð var, þ.e. ákvörðun Neytendastofu nr. 50/2010 frá 15. október 2010. Síðari ákvörðunina sem kærð var ber hins vegar að fella úr gildi, þ.e. ákvörðun Neytendastofu frá 28. október 2010

ÚRSKURÐARORÐ:

Hin kærða ákvörðun Neytendastofu nr. 50/2010 frá 15. október 2010 er staðfest.

Hin kærða ákvörðun Neytendastofu frá 28. október 2010 er felld úr gildi.

Eiríkur Jónsson

Egill Heiðar Gíslason

Eyvindur G. Gunnarsson