Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MACIEJ SZPUNAR
esitatud 24. juunil 2021 [1]

Kohtuasi C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, kelle seaduslik esindaja on Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV

versus

Peek & Cloppenburg KG, kelle seaduslik esindaja on Van Graaf Management GmbH

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus))

Eelotsusetaotlus – Tarbijakaitse – Ebaausad kaubandustavad – Reklaamitegevus – Meediaettevõtja ja kaubandusettevõtja toodete müügi edendamine

I. Sissejuhatus

1. H.G. Wellsile omistatud tsitaadi järgi: „Reklaam on seadustatud vale“. Ilma et oleks vaja selle väite põhjendatust arutama hakata, on kindel, et liidu õiguses ei ole reklaam, mis väljendub tekstilises sisus, näitamata selgelt selle reklaamiolemust, „seadustatud“.

2. Nimelt on direktiivi 2005/29/EÜ [2] I lisa punkti 11 kohaselt reklaamteksti puhul tegemist kaubandustavaga, mida loetakse ebaausaks kõigil tingimustel, ilma et seda oleks vaja hinnata iga üksikjuhul eraldi selle direktiivi artiklite 5–9 sätete alusel. Lisaks on Euroopa Kohus otsustanud, et nimetatud direktiiv paneb reklaamivatele ettevõtjatele kohustuse selgelt näidata, et nad rahastasid teksti meedias, kui see sisu võib reklaamida nende ettevõtjate tooteid või teenuseid [3].

3. Käesolev eelotsusetaotlus annab Euroopa Kohtule võimaluse täpsustada direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 ulatust. Täpsemalt palutakse Euroopa Kohtul tõlgendada selles sättes kasutatud mõistet „maksnud“, et kirjeldada eelist, mille annab reklaamiv ettevõtja meediaettevõtjale.

[1] Algkeel: prantsuse.

[2] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. mai 2005. aasta direktiiv, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2006/2004 („ebaausate kaubandustavade direktiiv“) (ELT 2005, L 149, lk 22).

[3] 17. oktoobri 2013. aasta kohtuotsus RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 48).

II. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

4. Direktiivi 2005/29 artikli 5 lõikes 5 on sätestatud:

„I lisas on selliste kaubandustavade nimekiri, mida loetakse ebaausateks kõigil tingimustel. Kõikides liikmesriikides kohaldatakse sama ühtset nimekirja ja seda saab muuta ainult käesolevat direktiivi läbi vaadates."

5. Direktiivi I lisa punkt 11 on sõnastatud järgmiselt:

„Toote reklaamimiseks reklaamiga mitteseostatavate tekstide kasutamine meedias, kui ettevõtja on maksnud reklaami eest, ilma tarbijale sellest sisu või selgelt eristatava kujutise või heli kaudu selgelt teada andmata. (Reklaamtekst). […]".

B. Saksa õigus

6. Ebaausat konkurentsi keelava seadusega (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), põhikohtuasjas kohaldatavas redaktsioonis (edaspidi „UWG"),[4] võeti üle direktiiv 2005/29. UWG § 3 „Ebaausate kaubandustavade keeld" lõigetes 1 ja 3 on ette nähtud:

„1. Ebaausad kaubandustavad on õigusvastased.

[…]

3. Käesoleva seaduse lisas nimetatud kauplemisvõtted tarbijate suhtes on alati õigusvastased. […]

[…]".

7. Nimetatud seaduse lisa § 3 lõike 3 kohta punkt 11 on sõnastatud järgmiselt:

„11) niisuguse tekstilise sisu kasutamine, mille eest on ettevõtja maksnud, toote reklaamimiseks, ilma et see seos oleks sisust või visuaalsest või helikujundusest selgelt nähtav (reklaamtekst)."

III. Põhikohtuasja faktilised asjaolud

8. Peek & Cloppenburg KG, keda esindab Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (edaspidi „P&C Düsseldorf"), ja Peek & Cloppenburg, keda esindab Van Graaf Management GmbH (edaspidi „P&C Hamburg"), on kaks õiguslikult ja majanduslikult teineteisest sõltumatu äriühingut, kes mõlemad tegelevad eri tütarettevõtjate kaudu rõivaste jaemüügiga ärinime Peek & Cloppenburg all. Nad tegutsevad Saksamaa territooriumil eri piirkondades ja kõigis neis piirkondades peab rõivakauplusi ainult üks nendest kahest äriühingust. Need äriühingud teevad oma rõivakaubandusele reklaami eraldi ja sõltumatult.

[4] *BGBl.* 2010 I, lk 254.

9. 2011. aasta märtsis kutsuti moeajakirjas *GRAZIA* avaldatud kaheleheküljelises artiklis pealkirja „Operatsioon „Lugejad““ all lugejaid „eksklusiivsele ostlemisõhtule“ nimetusega „GRAZIA StyleNight by Peek&Cloppenburg“.

10. Nende kauplusepiltide taustal, kus võis sissepääsude kohal helendavate tähtedega lugeda „Peek & Cloppenburg“, oli tekstis täpsustatud „Õhtu kõikidele GRAZIA-*Girls*'idele: tulge pärast tööd koos meiega moetemplisse uudistama! Vahuveini ja personaalse stilistiga. Kuidas saada VISiks (*Very important Shopper*)? Ennast väga kiiresti kirja pannes!“. Artiklis oli märgitud, et on olemas kaks sõltumatut ettevõtjat nimega Peek & Cloppenburg ning et käesoleval juhul on tegemist äriühingu Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf teabega.

11. Landgericht Hamburgile (Hamburgi esimese astme kohus) esitatud hagis väitis P&C Hamburg, et selline kaubandustava on vastuolus UWG § 3 lõikes 3 koostoimes selle seaduse lisa punktiga 11 osutatud teksti kujul reklaami keeluga. P&C Hamburg palus keelata P&C Düsseldorfil kui konkurendil avaldada reklaamkuulutusi, mis ei ole sellistena selgelt identifitseeritavad, kohustada teda esitama teatavaid andmeid ja tuvastada P&C Düsseldorfi kohustus tekitatud kahju hüvitada.

12. Esimese astme kohus rahuldas P&C Hamburgi nõuded. P&C Düsseldorfi apellatsioonkaebus Oberlandesgericht Hamburgile (Hamburgi liidumaa kõrgeim üldkohus, Saksamaa) jäeti rahuldamata. Oma kassatsioonkaebusega palub P&C Düsseldorf eelotsusetaotluse esitanud kohtul P&C Hamburgi nõuded rahuldamata jätta.

IV. Eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus

13. Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus), kellele P&C Düsseldorf esitas kassatsioonkaebuse, otsustas 25. juuni 2020. aasta lahendiga, mis saabus Euroopa Kohtusse 7. augustil 2020. aastal, menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised küsimused:

„1. Kas „maksmine“ toote reklaamimise eest direktiivi 2005/29/EÜ I lisa punkti 11 esimese lause tähenduses esineb ainult juhul, kui tekstilise sisu meedias reklaamimise eesmärgil kasutamise eest tehakse vastusooritus rahas, või hõlmab „maksmise“ mõiste mis tahes vastusooritust, ilma et oleks tähtis, kas see seisneb rahas, kaubas, teenustes või muus varas?

2. Kas direktiivi 2005/29/EÜ I lisa punkti 11 esimene lause eeldab, et ettevõtja annab meediaettevõtjale rahaliselt hinnatava hüve vastusooritusena tekstilise sisu kasutamise eest, ja kui sellele tuleb vastata jaatavalt, siis kas selline vastusooritus esineb ka juhul, kui meediaettevõtja teavitab koos ettevõtjaga korraldatavast reklaamikampaaniast, kui ettevõtja on teadaande jaoks andnud meediaettevõtja käsutusse piltidega seotud õigused, mõlemad ettevõtjad osalevad reklaamikampaaniaga seotud kulutuste ja väljaminekute kandmisel ning reklaamikampaania eesmärk on edendada mõlema ettevõtja toodete müüki?“

14. Kirjalikud seisukohad on esitanud P&C Düsseldorf, P&C Hamburg, Ungari valitsus ja Euroopa Komisjon. Käesoleval juhul kohtuistungit ei toimunud.

V. Õiguslik analüüs

15. Eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitab oma põhjendustes, mille tõttu ta esitas kaks eelotsuse küsimust, et tema menetluses oleva kassatsioonkaebuse edu sõltub direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tõlgendusest. Ta märgib, et selle direktiivi artikli 5 lõige 5 ja I lisa punkt 11 võeti Saksa õigusesse üle vastavalt UWG § 3 lõikes 3 ja lisa § 3 lõike 3 kohta punktis 11 ning järelikult tuleb neid Saksa õiguse sätteid tõlgendada kooskõlas selle direktiiviga.

16. Võttes arvesse käesoleva eelotsusetaotluse õigusliku ja faktilise raamistiku eripära, näib mulle kohane esitada enne eelotsuse küsimuste analüüsimist mõned märkused direktiivi 2005/29 kohaldamisala kohta.

17. Täpsemalt analüüsin esiteks, kas põhikohtuasjas kõne all olev tava kujutab endast kaubandustava direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti d tähenduses ja kas selle suhtes kehtivad seega nimetatud direktiivis sätestatud nõuded, ning teiseks, kas asjaolu, et eelotsuse küsimused esitati kahe konkurendi vahelises vaidluses, võib selle direktiivi kohaldatavuse välistada.

A. Põhikohtuasjas vaidlustatud tava kui kaubandustava

18. Viidates apellatsioonikohtu selgitustele, märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et põhikohtuasjas vaidlustatud tava ei puuduta mitte kõnealuses artiklis väljakuulutatud ja kirjeldatud sündmuste toimumist, vaid selle artikli avaldamist [5].

19. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib samuti, et näib, et apellatsioonikohtu hinnang, mille kohaselt kõnealune avaldamine kujutab endast P&C Düsseldorfi ja ajakirja *GRAZIA* ühist kaubandustava, mille eesmärk on edendada nende kahe ettevõtja müüki, ei riku õigusnormi. P&C Hamburgi nõuded on siiski esitatud ainult P&C Düsseldorfi vastu.

20. Selleks et põhikohtuasjas vaidlustatud tava kuuluks direktiivi 2005/29 kohaldamisalasse, peab see olema kaubandustava selle direktiivi artikli 2 punkti d tähenduses.

21. See tava peab seega esiteks pärinema „ettevõtjalt“ nimetatud direktiivi artikli 2 punkti b tähenduses, st olema sellise isiku tegu, kes tegutseb „eesmärkidel, mis on seotud tema kaubandus-, majandus-, käsitöö- või kutsetegevusega“ või ettevõtja nimel või huvides [6]. Teiseks peab see tava olema tegevus, tegevusetus, teguviis või esitusviis, kommertsteadaanne, mis on „otseselt seotud toote reklaamimise, müügi või tarnimisega tarbijatele“ [7].

[5] Eelotsusetaotluse põhjendustes märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et „vaidlustatav reklaamtoiming seisneb käesoleval juhul üksnes artikli avaldamises, mitte aga selles väljakuulutatud ja kirjeldatud sündmuste toimumises“ ning et „vaidluse ese on riigisisese ulatusega reklaamtoiming, mille käivitas [P&C Düsseldorf] moeajakirjas“. Mõistet „reklaamtoiming“ kasutatakse nii teise eelotsuse küsimuse sõnastuses kui ka eelotsusetaotluse põhjenduste muudes lõikudes siiski P&C Düsseldorfi kauplustes korraldatud sündmuste kirjeldamiseks, mille kohta avaldati artikkel ajakirjas *GRAZIA*. Igasuguse segaduse vältimiseks leian, et põhikohtuasjas vaidlustatud tava puudutab selle artikli avaldamist ja terminit „reklaamtoiming“ kasutatakse käesolevas ettepanekus selles artiklis väljakuulutatud ja kirjeldatud sündmuste kirjeldamiseks.

[6] Vt 4. oktoobri 2018. aasta kohtuotsus Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, punkt 32). Direktiivi 2005/29 artikli 2 punktis b on ettevõtja määratletud kui „füüsiline või juriidiline isik, kes käesoleva direktiiviga hõlmatud kaubandustavade raames tegutseb eesmärkidel, mis on seotud tema kaubandus-, majandus-, käsitöö- või kutsetegevusega, ning ettevõtja nimel või huvides tegutsev isik“.

[7] Vt 4. oktoobri 2018. aasta kohtuotsus Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, punktid 42 ja 43).

22. Nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, viidates apellatsioonikohtu järeldustele, algatas kõnealuse tava P&C Düsseldorf[8] ja seda kasutati selle ettevõtja müügi edendamiseks. See tava pärineb P&C Düsseldorfilt, moodustades esiteks osa selle äriühingu äristrateegiast ning teiseks on selle eesmärk otseselt tema müügi edendamine ja müük. See tava on seega kaubandustava direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti d tähenduses ning kuulub seega direktiivi kohaldamisalasse[9].

23. Seda kaalutlust ei sea kahtluse alla ei asjaolu, et ajakirjas *GRAZIA* avaldatud artikkel puudutas reklaamtoimingut, mille korraldas P&C Düsseldorf koostöös selle ajakirjaga, ega ka asjaolu, et see artikkel oli mõeldud nende kahe ettevõtja müügi edendamiseks.

24. Nagu on Euroopa Kohus direktiivi 2005/29 artikli 2 punktis b sisalduva mõiste „ettevõtja" määratluse kohta juba märkinud, võib seda direktiivi kohaldada ka olukorras, kus ühe majandustegevuses osaleja kaubandustavasid järgib teine ettevõtja, kes tegutseb esimese nimel ja/või huvides, mistõttu direktiivi sätteid võib teatavates olukordades kasutada mõlema vastu juhul, kui nad vastavad mõiste „ettevõtja" määratlusele[10]. *A fortiori* ei saa välistada, et üksainus kaubandustava on omistatav kahele erinevale ettevõtjale, kui nad tegutsevad iseenda ja ühe koostööd tegeva isiku arvel. Niisugune kaubandustava kuulub väidetavalt ka direktiivi 2005/29 kohaldamisalasse. Seda arvestades, nagu ma juba märkisin käesoleva ettepaneku punktis 19, on P&C Hamburgi hagi esitatud ainult P&C Düsseldorfi vastu, mistõttu käesoleval juhul ajakirja *GRAZIA* vastu selle direktiivi sätetele tuginemise võimaluse küsimust seega ei teki[11].

25. Lisaks vastab käesoleva ettepaneku punktis 22 esitatud õiguslik kvalifikatsioon sisuliselt eelotsusetaotluse esitanud kohtu antud kvalifikatsioonile. See kohus märgib nimelt, et apellatsioonikohtu hinnangul kujutab artikli avaldamine endast kaubandustava nii UWG § 2 lõike 1 punkti 1 kui ka direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti d tähenduses. Lisaks kinnitab ta, et apellatsioonikohtu hinnangus ei ole rikutud õigusnormi. Ma mõistan seda kinnitust nii, et sellega peetakse silmas ka artikli avaldamise õiguslikku kvalifitseerimist selle liidu õigusnormi seisukohast.

26. Selles kontekstis juhib eelotsusetaotluse esitanud kohus tähelepanu nüansile, mis iseloomustab mõistet „kaubandustavad", nii nagu see on määratletud Saksa õiguses. Ta selgitab, et see mõiste on UWG § 2 lõike 1 punktis 1 määratletud kui isiku mis tahes tegevus oma ettevõtte või kolmandast isikust ettevõtja kasuks enne või pärast äritehingu sõlmimist või selle ajal ning millel on objektiivne seos kaupade või teenuste müügi või tarnimise edendamisega. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul on Saksa õiguses kasutatud mõiste „kaubandustavad" laiem kui direktiivi 2005/29 artikli 2 punktis d kasutatud mõiste, kuna see hõlmab ka kolmandate isikute tegevust kolmandast isikust äriühingu müügi või ostude edendamiseks, tegutsemata ettevõtja arvel või tema nimel. Ta leiab siiski, et direktiiviga 2005/29 ei ole vastuolus see, kui mõistel „kaubandustavad" on riigisiseses õiguses laiem määratlus, kuna see direktiiv reguleerib ebaausat konkurentsi käsitleva õiguse „osalist aspekti".

8 Vt joonealune märkus 5 ja märge, et „vaidluse ese on riigisisese ulatusega reklaamtoiming, mille käivitas [P&C Düsseldorf] moeajakirjas".

9 Vt selle kohta 17. oktoobri 2013. aasta kohtuotsus RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 36).

10 Vt selle kohta 17. oktoobri 2013. aasta kohtuotsus RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 38).

11 Soovimata sellele küsimuse vastust ette otsustada, [märgin, et] on tõsi, et 17. oktoobri 2013. aasta kohtuotsuse RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669) punkt 39 võib panna mõtlema, et artikli avaldamine ei saa kujutada endast ajakirjanduse kirjastaja kaubandustava. Kohtuasi, milles see kohtuotsus tehti, puudutas siiski artikleid ajakirjanduse kirjastaja väliste sündmuste kohta, samas kui käesolev kohtuasi puudutab sellise artikli avaldamist, mis puudutas reklaamtoimingut, mille korraldas ajakirjanduse kirjastaja koostöös P&C Düsseldorfiga.

27. Samas ei paluta Euroopa Kohtul selgitada, kas UWG § 2 lõike 1 punkt 1 kujutab endast direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti d nõuetekohast ülevõtmist. Samuti ei ole eelotsuse küsimustele vastamiseks vaja kindlaks teha, mil määral võib Saksa õiguses antud määratlus olla laiem kui liidu õiguses. Oluline on üksnes kindlaks teha, kas põhikohtuasjas vaidlustatud tava kujutab endast P&C Düsseldorfi kaubandustava selle direktiivi tähenduses, mis – nagu ma märkisin [12] – käesoleval juhul nii on.

B. Kaubandustava vaidlustamine kahe konkurendi vahelises vaidluses

28. Käesolev eelotsusetaotlus sai alguse kohtuvaidlusest, milles P&C Hamburg palub keelata P&C Düsseldorfil kui konkurendil avaldada reklaamkuulutusi, mis ei ole selgelt sellisena identifitseeritavad, kohustada teda esitama teatavat teavet ja mõista temalt välja tekitatud kahju. Selle vaidluse kontekstis soovibki eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas kõnealuse artikli avaldamine kujutab endast direktiivi 2005/29 I lisa punktis 11 nimetatud kaubandustava ja kas seda tuleb seega igal juhul pidada ebaausaks.

29. Tõsi on, et selle direktiivi tähenduses kaubandustava olemasolu saab tunnistada üksnes juhul, kui see puudutab ühelt poolt ettevõtjat ja teiselt poolt tarbijat [13].

30. Asjaolu, et põhikohtuasja poolteks on kaks ettevõtjat, kes tunduvad olevat konkurendid, ei tähenda siiski automaatselt, et direktiivi 2005/29 üle võtnud riigisisesed õigusnormid ei ole käesolevas asjas kohaldatavad.

31. Euroopa Kohus on nimelt juba märkinud, et riigisisesed õigusnormid, mis tarbijate huvides keelavad ebaausa kaubandustava sanktsioonide ähvardusel, kuuluvad direktiivi 2005/29 kohaldamisalasse [14]. Tarbijate huve võib kaitsta konkurentide vahel toimuvate vaidlustega, kusjuures sellisel juhul on tegemist selle kaitsega direktiivi artikli 11 lõikes 1 ette nähtud tarbijakaitseõiguse *private enforcement*'i kujul. Selles õigusnormis on sätestatud, et liikmesriigid tagavad piisavad ja tõhusad meetmed ebaausate kaubandustavade vastu võitlemiseks. Need meetmed võivad hõlmata õigusnorme, mille alusel konkurendid võivad esitada nende tavade vastu hagi.

32. Asjaolu, et konkurendil on sellise kohtuhagi vastu isiklik huvi, ei välista direktiivi 2005/29 kohaldatavust.

33. Direktiiv 2005/29 võeti nimelt vastu ELTL artikli 114 alusel ja – nagu on selle artiklis 1 sätestatud – üks direktiiviga taotletavatest eesmärkidest on aidata kaasa siseturu nõuetekohasele toimimisele [15]. Selles kontekstis on direktiivi põhjendustes 6 ja 8 märgitud, et direktiiv kaitseb otseselt tarbijate majandushuve ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausate kaubandustavade eest ning kaitseb seega kaudselt ka seaduskuulekate konkurentide majandushuve. [16]. Nagu Euroopa Kohus on selle direktiivi põhjendusele 6 viidates juba märkinud,

[12] Vt käesoleva ettepaneku punkt 22.

[13] Vt minu ettepanek kohtuasjas Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, punkt 40).

[14] Vt 17. jaanuari 2013. aasta kohtuotsus Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punkt 33).

[15] Vt selle kohta minu ettepanek kohtuasjas Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, punkt 32). Seose kohta siseturu nõuetekohase toimimise ja liidu õiguse eri vormis *private enforcement*'i vahel vt analoogia alusel 17. septembri 2002. aasta kohtuotsus Muñoz ja Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, punktid 29–32).

[16] Vt selle kohta ka 17. oktoobri 2013. aasta kohtuotsus RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 40), milles Euroopa Kohus tuvastas, et direktiivi 2005/29 eesmärk on kaitsta nendesamade ettevõtjate toodete ja teenuste tarbijaid ning nende ettevõtjate seaduskuulekaid konkurente.

on selle direktiivi kohaldamisalast välja jäetud ainult riigisisesed õigusaktid, mis käsitlevad selliseid ebaausaid kaubandustavasid, mis kahjustavad „ainult“ [see tähendab eranditult] konkurentide majandushuve või mis on seotud ettevõtjatevaheliste tehingutega [17].

C. Märkused eelotsuse küsimuste eseme ja ulatuse kohta

34. Nende kahe eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas arvestades põhikohtuasja asjaolusid ja täpsemalt eeliseid, mida andis P&C Düsseldorf meediaettevõtjale, st ajakirja *GRAZIA* kirjastajale, kujutab vaidlusalune kaubandustava endast igal juhul ebaausat kaubandustava direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses. Kuigi selles sättes on esitatud mitu tingimust, mis peavad olema täidetud, et tuvastada, kas esineb kaubandustava, mida loetakse kõigil asjaoludel ebaausaks, puudutavad need kaks eelotsuse küsimust üksnes toote reklaamimise eest maksmise tingimust.

35. Esimese küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tuleb tõlgendada nii, et kui toote reklaamimiseks kasutatakse teksti kujul sisu, siis on ettevõtja selle eest „maksnud“ mitte ainult juhul, kui ta on reklaami tegemiseks andnud meediaettevõtjale eelise rahas, vaid ka siis, kui ta on andnud eelise, mis seisneb kaupades või teenustes või muudes varalise väärtusega elementides [18].

36. Teine eelotsuse küsimus koosneb kahest osast. Selle küsimuse esimese osaga, millele tuleb vastata vaid juhul, kui vastus esimesele küsimusele on jaatav, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses kujutab selline varalise väärtusega eelis endast vastusooritust teksti kasutamise eest toote reklaamimiseks.

37. Kuigi esimese küsimuse sõnastuses võib mõiste „vastusooritus“ „ tekstide kasutamise eest“ kasutamine viia mõttele, et see küsimus kattub teise küsimuse esimese osaga, ei ole see siiski nii. Nimelt, kui esimene küsimus puudutab seda, kas maksmine võib toimuda muus vormis kui rahas maksmine, siis teise küsimuse esimene osa puudutab seda, kas selline maksmine peab endast kujutama – nagu selgitab eelotsusetaotluse esitanud kohus eelotsusetaotluse põhjendustes – varalise väärtusega vastusooritust „vastastikuse suhte tähenduses“.

38. See küsimus kajastab P&C Düsseldorfi argumenti, mille ta esitas oma kassatsioonkaebuses, väites, et järeldamiseks, et tegemist on kaubandustavaga, mida loetakse ebaausaks kõigil tingimustel, peab ettevõtja antud eelisel olema seos tekstilise sisuga, mistõttu võib asuda seisukohale, et selle eest maksmisega „ostis“ ettevõtja meediakajastuse. P&C Düsseldorfi sõnul ei saa seda järeldust aga teha asjaolust, et ettevõtja osaleb meediaettevõtjaga ühiselt korraldatud reklaamtoimingu kulude kandmises, millest saavad kasu mõlemad ettevõtjad. Sellisel juhul makstakse ühiselt vaid koos korraldatud sündmuse eest, samas kui meediaettevõtja kuulutab reklaamtoimingu artiklis välja ainult enda huvides.

39. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib selle kohta, et seost, millele P&C Düsseldorf viitab, saab tuvastada ainuüksi asjaolu põhjal, et reklaamtoimingut ja artiklit võib vaadelda ühe ja sama reklaamtoimingu osadena, mida saab hinnata ja kvalifitseerida vaid kogumis. Selline lahendus ei

[17] Vt 14. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12 punkt 39) ja 17. jaanuari 2013. aasta kohtuotsus Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punkt 30).

[18] Märgin, et eelotsusetaotluse esitanud kohus ei palu Euroopa Kohtul selgitada, kas maksmine võib toimuda mittevaralise eelise vormis. Ammendavuse huvides piisab sellest, kui märkida, et õiguskirjanduses on ette nähtud sellele küsimusele jaatav vastus. Vt Namysłowska, M., Sztobryn, K., „Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych“, *Państwo i Prawo*, 2008, kd 11, lk 61.

ole möödapääsmatult vajalik. Seda väidet arvestades märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et apellatsioonikohtu järelduste kohaselt andis P&C Düsseldorf meediaettevõtjale selles artiklis kasutatud piltidega seotud kasutusõigused. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul näib vähemalt osa P&C Düsseldorfi osutatud varalise väärtusega teenustest olevat konkreetselt seotud nimetatud artikli avaldamisega.

40. Nagu nähtub teise küsimuse sõnastusest, tekib selle küsimuse teine osa vaid juhul, kui vastus esimesele osale on jaatav. Teise küsimuse teise osaga soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus kindlaks teha, kas tekstilise sisu kasutamise eest on „makstud" direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses, kui ettevõtja andis meediaettevõtjale piltide kasutamise õigused ja kui kaks ettevõtjat on osalenud oma toodete müügi edendamise reklaamtoimingu kulude ja kohustuste kandmisel.

41. Võttes arvesse nende kahe küsimuse ühist eset ja asjaolu, et need on olemuslikult seotud, leian, et neid tuleb analüüsida koos ja neile tuleb anda üks vastus.

42. Järelikult tuleb kõigepealt kindlaks teha, kas direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tuleb tõlgendada nii, et kui toote reklaamimiseks kasutatakse tekstilist sisu, siis on ettevõtja selle eest „maksnud" mitte ainult siis, kui ta on andnud meediaettevõtjale selle reklaami tegemiseks rahalise eelise, vaid ka siis, kui ta on andnud eelise, mis seisneb kaupades või teenustes või muudes varalise väärtusega elementides (D osa).

43. Kui sellele küsimusele tuleb vastata jaatavalt, tuleb teiseks kindlaks teha, kas direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses kujutab selline varalise väärtusega eelis endast vastusooritust tekstilise sisu kasutamise eest toote reklaamimiseks, mistõttu eelise ja kõnealuse reklaami vahel on seos. Kui see on nii, siis tuleb kontrollida, kas juhul kui meediaettevõtja teavitab ettevõtjaga ühiselt korraldatud reklaamtoimingust, on meediaettevõtjale piltide kasutamise õiguste andmine ja/või osalemine selle reklaamtoimingu kuludes ja kohustustes niisugune vastusooritus (E osa).

D. Maksmine kui varalise väärtusega eelis

1. Grammatiline tõlgendamine

44. Nagu nähtub direktiivi 2005/29 põhjendusest 5, on liidu seadusandja leidnud, et takistusi teenuste ja kaupade piiriülesele vabale liikumisele ning asutamisvabadusele saab kõrvaldada üksnes ühetaoliste eeskirjade vastuvõtmise ja teatavate õigusmõistete selgitamise teel. Järeldan sellest, et liidu seadusandja jaoks on selles direktiivis kasutatud mõisted põhimõtteliselt liidu õiguse autonoomsed mõisted.

45. Direktiivi 2005/29 erinevate keeleversioonide ja kasutatud terminite järgi võib selle I lisa punkti 11 mõista nii, et maksmine peab toimuma rahalise eelise[19] vormis, või – teistes keeleversioonides kasutatud laiemate terminite kohaselt – nii, et see maksmine võib toimuda mis tahes varalise väärtusega eelise vormis[20].

[19] Osundada võib versioone hispaania („pagando"), tšehhi („zaplatil"), taani („betalt"), saksa („bezahlt"), eesti („maksnud"), inglise („paid for"), läti („ir samaksājis"), leedu („sumokėjo"), hollandi („betaald"), poola („zapłacił"), rumeenia („a plătit"), slovaki („zaplatil"), sloveenia („*plačal*"), soome („maksanut") ja rootsi („betalat") keeles, milles on kasutatud verbi „maksma" erinevaid grammatilisi vorme.

[20] Eelkõige just itaaliakeelne versioon („costi […] sostenuti") tähendab vabas tõlkes „reklaami kulude kandmine". Selles mõttes näib, et prantsuskeelse („financer"), ungarikeelse („fizetett") ja portugalikeelse („financiar") versiooni sõnastus ei välista ka muud varalist eelist peale raha.

46. Selle mitmekesisuse tõttu ei ole võimalik teha ühest järeldust selle kohta, mis laadi eelis võib kujutada endast maksmist direktiivi I lisa punkti 11 tähenduses. Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt tuleb seega kasutada muid tõlgendusmeetodeid kui grammatiline tõlgendamine [21].

2. Süstemaatiline tõlgendamine

47. Direktiivi 2005/29 sätted on välja töötatud peamiselt tarbija kui ebaausate kaubandustavade adressaadi ja nende all kannataja vaatepunktist [22]. Selliselt välja töötatud süsteemis on direktiivi 2005/29 I lisa punktis 11 kirjeldatud kaubandustava kvalifitseeritud „ebaausaks kaubandustavaks kõigil tingimustel“ ja, nagu nähtub selles lisas kasutatud pealkirjadest, „eksitavaks kaubandustavaks“.

48. Dihhotoomia, mis vastandab kaubandustavasid, mida loetakse ebaausateks kõigil tingimustel, kaubandustavadele, mida saab ebaausateks tunnistada alles pärast juhtumipõhist hindamist direktiivi 2005/29 artiklite 5–9 sätete alusel, põhineb kaalutlusel, et absoluutselt keelatud on ainult need kaubandustavad, mis on tarbijatele kõige kahjulikumad [23].

49. Tarbija seisukohast ei ole oluline, kas teksti kasutamise eest maksmine toimub rahalise eelise vormis või mitte. Direktiivi 2005/29 I lisa punktis 11 kirjeldatud kaubandustava loetakse kõigil tingimustel ebaausaks eksitamise tõttu, mida see võib põhjustada. Selle vältimiseks, nagu on Euroopa Kohus juba märkinud, siis „direktiiv 2005/29, eelkõige selle I lisa punkt 11 [tegelikult kohustab] teadaandeid avaldavaid ettevõtjaid märkima selgelt, et nad on spondeerinud meedias […] tekste, kui selle [sisuga] reklaamitakse nende [ettevõtjate] toodet või teenust“ [24].

50. Direktiivi 2005/29 süstemaatiline tõlgendamine räägib seega selle teesi kasuks, et maksmise vorm, kas tegemist on rahalise eelise või siis muu varalise väärtusega eelisega, ei oma tähtsust.

[21] Kohtuotsuses 4finance kinnitas Euroopa Kohus direktiivi 2005/29 I lisa punkti 14 grammatilise tõlgendamise tulemust teleoloogilise tõlgendamise tulemusega, tuletades seejuures meelde, et liidu õigusakti ühetaolise kohaldamise ja ühetaolise tõlgendamise vajadus välistab õigusakti ühe keeleversiooni eraldiseisva käsitlemise ning eeldab õigusakti tõlgendamist tulenevalt nii akti vastuvõtja tegelikust tahtest kui ka viimase taotletavast eesmärgist, võttes muu hulgas arvesse kõikides ülejäänud keeltes koostatud versioone (3. aprilli 2014. aasta kohtuotsus C-515/12, EU:C:2014:211, punktid 19, 20 ja 24). Samuti on Euroopa Kohus selle direktiivi kontekstis märkinud kohtuotsuses Trento Sviluppo ja Centrale Adriatica, et kui keeleversioonid üksteisest erinevad, tuleb asjaomast sätet tõlgendada lähtuvalt selle õigusakti üldisest ülesehitusest ja eesmärkidest, mille osa see säte on (19. detsembri 2013. aasta kohtuotsus C-281/12, EU:C:2013:859, punkt 26). Lisaks vastas Euroopa Kohus kohtuotsuses Purely Creative jt direktiivi 2005/29 I lisa punkti 31 puudutavatele eelotsuse küsimustele, kasutades selle sätte grammatilist (punktid 25 ja 26), ajaloolist (punkt 28), süstemaatilist (punktid 35 ja 42) ja teleoloogilist (punkt 43) tõlgendust (18. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus C-428/11, EU:C:2012:651, edaspidi „kohtuotsus Purely Creative jt“). Samas liinis viitas Euroopa Kohus kohtuotsuses Wind Tre ja Vodafone Italia selle direktiivi I lisa punkti 21 kohta esitatud eelotsuse küsimusele vastamiseks grammatilisele (punkt 43), süstemaatilisele (punkt 45) ja teleoloogilisele (punkt 54) tõlgendamisele (13. septembri 2018. aasta kohtuotsus C-54/17 ja C-55/17, EU:C:2018:710). Kahes viimases kohtuotsuses ei ole Euroopa Kohus küll maininud erinevusi selle direktiivi keeleversioonides. Nendes kohtuotsustes valitud metodoloogiline lähenemine kinnitab siiski, et grammatilise tõlgendamise tulemus ei saa varjutada tõlgendusi, mis tulenevad teistest tõlgendamismeetoditest.

[22] Vt 16. aprilli 2015. aasta kohtuotsus UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, punkt 52).

[23] Vt 3. aprilli 2014. aasta kohtuotsus 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punkt 32). Ettevalmistavate tööde käigus märkis komisjon, et direktiivi 2005/29 I lisa sisaldab kaubandustavasid, mis muudavad tarbijate otsuseid alati oluliselt. Vt 18. juuni 2003. aasta ettepanek võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ ning direktiive 97/7/EÜ ja 98/27/EÜ („ebaausate kaubandustavade direktiiv“) KOM(2003) 356 (lõplik), lk 10.

[24] 17. oktoobri 2013. aasta kohtuotsus RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 48).

3. Teleoloogiline tõlgendamine

51. Viidates kohtuotsuse Purely Creative jt punktidele 46 ja 47, kinnitab P&C Düsseldorf, et Euroopa Kohus otsustas, et direktiivi 2005/29 eesmärki ei saavutata, kui selle direktiivi I lisa sätete kohaldamisel võetakse erinevate juhtumite tõlgendamisel arvesse tingimusi, mis eeldavad keerulist juhtumipõhist hindamist.

52. Leian, et direktiivi 2005/29 teleoloogiline tõlgendamine ei toeta seda seisukohta ja see tuleneb selle kohtuotsuse valikulisest tõlgendamisest.

53. Kohtuasjas, milles tehti kohtuotsus Purely Creative jt, paluti Euroopa Kohtul tõlgendada direktiivi 2005/29 I lisa punkti 31, et selgitada, kas selle sätte kohaselt loetakse kaubandustava ebaausaks kõigil tingimustel, kui tarbija, kellele on teatatud, et ta on võitnud auhinna, on kohustatud kandma kulu, isegi kui see on väga väike.

54. Esiteks järeldas Euroopa Kohus selle lisa punkti 31 grammatilise ja süstemaatilise tõlgenduse põhjal, et kulude kehtestamise keeld on absoluutne [25]. Teiseks kasutas Euroopa Kohus selle sätte grammatilise tõlgendamise tulemuse kinnitamiseks teleoloogilist tõlgendamist [26]. Selle käigus tuletas Euroopa Kohus meelde, et nagu on märgitud direktiivi 2005/29 põhjenduses 17, on õiguskindlus oluline tegur siseturu nõuetekohaseks toimimiseks ning just selle eesmärgi saavutamiseks rühmitas seadusandja selle direktiivi I lisasse kaubandustavad, mida loetakse ebaausateks kõigil tingimustel [27].

55. Euroopa Kohus leidis seejärel, et taotletavat eesmärki ei ole võimalik saavutada, kui direktiivi 2005/29 I lisa punkti 31 tõlgendataks esiteks nii, et see hõlmab eksitamise elementi, mis erineb selle sätte teises osas kirjeldatud asjaoludest, ja teiseks nii, et see lubab tarbijalt nõuda auhinna väärtusega võrreldes „minimaalseid“ kulusid [28]. Ta esitas ka järeldused, millele P&C Düsseldorf viitab ja mille kohaselt nõuab teistsugune tõlgendamine keerukaid juhtumipõhiseid hindamisi, mida kõnealuse tava I lisasse lisamisega püütakse just vältida.

56. Esiteks tuleb märkida, et Euroopa Kohus kasutas teleoloogilist tõlgendamist üksnes selleks, et kinnitada direktiivi 2005/29 I lisa punkti 31 grammatilist tõlgendust, mis võimaldas erinevalt käesolevast kohtuasjast jõuda ühesele järeldusele.

57. Teiseks võimaldas teleoloogilise tõlgendamise kasutamine välistada, et I lisa kohaldamisalasse kuuluva kaubandustava kirjelduses esineb selles sättes sõnaselgelt ette nähtud asjaoludest erinev element. Lisaks on alati vaja kontrollida, kas tingimused, mis vastavad I lisas nimetatud kaubandustava kirjeldusele, on käesoleval juhul täidetud. Nimelt on Euroopa Kohus otsustanud, et selle lisa kohaldamiseks on vaja teatavate asjaolude kvalifitseerimist „olulisteks“ või „põhilisteks“ asjaoludeks ja teatavate selliste asjaolude arvesse võtmist, mis on kaudselt seotud teiste asjaoludega [29].

[25] Kohtuotsus Purely Creative jt, punktid 30 ja 36.

[26] Kohtuotsus Purely Creative jt, punkt 43.

[27] Kohtuotsus Purely Creative jt, punkt 46.

[28] Kohtuotsus Purely Creative jt, punktid 46 ja 47.

[29] Vt selle kohta 15. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, punkt 30). Vt selle kohta ka 3. aprilli 2014. aasta kohtuotsus 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punkt 33).

58. Kolmandaks tuleb tõdeda, et Euroopa Kohtu arutluskäigu tulemus on vastupidine sellele, millele soovib jõuda P&C Düsseldorf. Euroopa Kohus viitas teleoloogilisele tõlgendusele, et mitte piirata „kaubandustava, mida peetakse ebaausaks kõigil tingimustel“ määratlust, samas kui P&C Düsseldorfi eesmärk on välistada selle määratluse alt igasugune muu maksmisviis peale rahas maksmise.

59. Neljandaks leian, et Euroopa Kohtu arutluskäik on täielikult kooskõlas direktiivi 2005/29 teise eesmärgiga, millele viidati ka kohtuotsuses Purely Creative jt[30], nimelt kõrgetasemelise tarbijakaitse tagamisega.

60. Viiendaks võib direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 mõiste „kaubandustavad“ määratluse kitsendamine ainult rahalisele eelisele jätta sätte ilma selle kasulikust mõjust, kuna selline piirang võimaldaks kergesti reklaamteksti keelust mööda minna[31]. Selles suhtes, nagu märgib P&C Hamburg, ei ole rahaliste eeliste muudest varalistest eelistest eristamine mingil juhul ajakirjandusliku praktikaga vastavuses.

61. Direktiivi 2005/29 eesmärgid kinnitavad seega tõlgendust, mille järgi ei ole oluline, kas maksmine selle direktiivi I lisa punkti 11 tähenduses toimub rahalise eelise või muu varalise väärtusega eelise vormis.

4. Ajalooline tõlgendamine

62. Ettevalmistavate tööde käigus tegi Euroopa Parlament muudatusettepanekuga 72[32] ettepaneku kirjeldada direktiivi 2005/29 I lisa punktis 11 nimetatud kaubandustava järgmiselt: „Pakkumised reklaamkuulutuse, reklaamkuulutuste või müügiedenduse kohta, mida mõnikord nimetatakse „reklaamtekstiks“ ja *mida levitatakse maksete või muude vastastikuste kokkulepete abil*, peavad olema kooskõlas direktiivi sätetega, kui nende sisu kontrollivad turu korraldajad, mitte kirjastajad. Ettevõtjad ja kirjastajad teatavad, et reklaamkuulutuse teel pakkumised on reklaamkuulutused, näiteks nimetades neid „pakkumiseks reklaamkuulutusega““[33] [mitteametlik tõlge].

63. Euroopa Liidu Nõukogu oli selle muudatusettepaneku vastu, märkides, et „[seda] ei saanud vastu võtta, kuna selles ei ole määratletud kaubandustava, mis on ebaaus kõigil tingimustel, mis on lisasse kandmise kriteeriumiks“[34]. Komisjon omakorda ei võtnud kõnealust muudatusettepanekut arvesse ja direktiivi 2005/29 I lisa punkt 11 ei ole ettevalmistavate tööde

30 Kohtuotsus Purely Creative jt, punktid 48 ja 49.

31 Vt analoogia alusel selle lisa punkti 14 kohta 15. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, punkt 31).

32 18. märtsi 2004. aasta aruanne ettepaneku kohta võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse direktiive 84/450/EMÜ, 97/7/EÜ ja 98/27/EÜ (ebaausate kaubandustavade direktiiv) (KOM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)) [A5-0188/2004 lõplik].

33 Kohtujuristi kursiiv.

34 Nõukogu 15. novembri 2004. aasta ühine seisukoht (EÜ) nr 6/2005, toimides Euroopa Ühenduse asutamislepingu artikli 251 kohaselt, pidades silmas Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning määrust (EÜ) nr 2006/2004 („ebaausate kaubandustavade direktiiv“) (ELT 2005, C 38 E, lk 1), lk 20.

käigus oluliselt muutunud[35]. Neid asjaolusid ei saa siiski mõista nii, et liidu seadusandja on vastu tõlgendusele, mille järgi reklaamteksti ei levitata mitte ainult maksmise eest, vaid seda levitatakse ka teiste vastastikuste kokkulepete teel.

64. Esiteks, mis puutub nõukogu vastuseisu, siis võis muudatusettepanekut 72 tõepoolest tõlgendada nii, et see ei puudutanud mitte sellise kaubandustava kirjeldust, mida loetakse ebaausaks kõigil tingimustel, vaid pigem juhist, mis võimaldab vältida tekstilise sisu käsitamist sellise tavana („peavad olema kooskõlas direktiivi sätetega […] Ettevõtjad ja kirjastajad teatavad, et reklaamkuulutuse teel pakkumised on reklaamkuulutused“). Seega ei ole üllatav, et komisjon ei võtnud seda muudatusettepanekut parlamendi välja pakutud kujul vastu.

65. Teiseks täpsustas muudatusettepanek 72 eelist, mille pidi ettevõtja andma („mida levitatakse maksete või muude vastastikuste kokkulepete abil“). Parlament põhjendas seda muudatusettepanekut sellega, et eesmärk on takistada sõna „reklaamtekst“ liiga laia tõlgendamist, mida võib mõista kui („tahtmatult“) tekstiosa sisaldavana. Järeldan sellest, et parlamendi jaoks kujutas selle lõigu lisamine, mille kohaselt iseloomustab reklaamteksti asjaolu, et „[väljaande sisu] kontrollivad turuosalised, mitte kirjastajad“, endast komisjoni algul välja pakutud kirjelduse muutmist. Võib ka oletada, et parlament leidis, et algul välja pakutud kirjeldus juba tähendas seda, et ettevõtja antud eelis ei pea tingimata olema makse vormis. Sellist arusaamist muudatusettepanekust 72 näib kinnitavat komisjoni tõdemus, et komisjon oleks võinud muudatusettepanekud, mida vastu ei võetud, sealhulgas muudatusettepaneku 72, vastu võtta vähemalt osaliselt[36].

66. Tõlgendust, mille kohaselt võib igasugune varalise väärtusega eelis kujutada endast maksmist direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses, ei seatud seega selle direktiivi ettevalmistavates töödes kahtluse alla.

5. Vahejäreldus

67. Võttes arvesse asjaolu, et direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 grammatiline tõlgendamine ei võimalda teha rahuldavat järeldust, ja võttes arvesse selle direktiivi süstemaatilisest ja teleoloogilisest tõlgendamisest tulenevaid üheseid järeldusi, millega ei ole vastuolus need, mis tulenevad ajaloolisest tõlgendamisest, olen arvamusel, et seda sätet tuleb tõlgendada nii, et kui toote reklaamimisel kasutatakse tekstilist sisu, siis on ettevõtja selle eest „maksnud“, kui see ettevõtja annab meediaettevõtjale eelise, mis seisneb kaupades, teenustes või muudes varalise väärtusega elementides.

68. Nüüd käsitlen küsimust, kas selline varalise väärtusega eelis direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses kujutab endast vastusooritust toote reklaamimiseks teksti kasutamise eest, ning jaatava vastuse korral, kas põhikohtuasja asjaoludel toimus selline vastusooritus.

[35] Komisjoni algse ettepaneku järgi oli selle tava kirjeldus sõnastatud järgmiselt: „Toote reklaamimiseks reklaamiga mitteseostatavate tekstide kasutamine meedias, mille eest on ettevõtja ise maksnud, ilma sellest sisus selgelt teada andmata (reklaamtekst).“ [mitteametlik tõlge] Vt ettepanek võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse direktiive 84/450/EMÜ, 97/7/EÜ ja 98/27/EÜ (ebaausate kaubandustavade direktiiv) (KOM(2003) 356 (lõplik)).

[36] Komisjoni 16. novembri 2004. aasta teatis parlamendile, KOM(2004) 753 (lõplik), lk 6.

E. Maksmine kui vastusooritus teksti kasutamise eest

69. Mõiste „maksnud“ ja teistes direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 keeleversioonides kasutatud sõnade kasutamine viitab sellele, et varalise väärtusega eelis tuleb anda toote reklaamimiseks mõeldud tekstilise sisu kasutamiseks ning et seega peab sellise eelise ja selle toote reklaamimise vahel olema kindel seos.

70. Sellega seoses on tarvis märkida, et *a priori* on olemas nüanss, mis eristab selles liidu õigusnormis esitatud kirjeldust sellest, mis on esitatud Saksa õiguses. Direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 kohaselt seisneb nimelt kaubandustava, mida nimetatakse „reklaamtekstiks“, teksti kasutamises toote reklaamimiseks, samas kui *selle reklaamimise eest on maksnud ettevõtja*, samal ajal kui UWG lisa punkti 11 kohaselt on see *teksti kasutamine* toote reklaamimiseks, mille eest maksab ettevõtja. Euroopa Kohus selgitas juba kohtuotsuses RLvS [37] direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11, leides, et see säte kohustab teadaandeid avaldavaid ettevõtjaid märkima selgelt, *et nad on spondeerinud teksti*. See kohtuotsus kinnitab seega termini „maksnud“ tõlgendust, mille ma just esitasin.

71. Samadel põhjustel, mis on esitatud esimese küsimuse [38] analüüsimisel, võiks väita, et ka ajalooline tõlgendamine räägib selle tõlgenduse kasuks. Nimelt oli parlamendi tehtud muudatusettepaneku 72 eesmärk teha reklaamtekste silmas pidades täpsustus, mille kohaselt see hõlmab reklaamkuulutusega pakkumisi, reklaamkuulutusi ja reklaame, mida *levitatakse maksete või muude vastastikuste kokkulepete abil*. Nagu ma selgitasin, näib, et seda muudatusettepanekut ei lükatud tagasi selle täpsustuse lisamise tõttu.

72. Eeltoodut arvestades tuleb asuda seisukohale, et direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses on varalise väärtusega eelis, mida ettevõtja annab meediaettevõtjale, vastusooritus teksti kasutamise eest toote reklaamimiseks, mistõttu sellise eelise ja selle toote reklaamimise vahel on kindel seos.

73. Selles kontekstis leian, et piltide kasutamise õiguste andmine, millele eelotsusetaotluse esitanud kohus teise küsimuse teises osas viitab, on vastusooritus selle eest, et toote reklaamimiseks kasutatakse tekstilist sisu.

74. Nimelt on ühelt poolt P&C Düsseldorfi antud eelise ja selle tekstilise sisu abil reklaami tegemise vahel kindel ja otsene seos, kuna piltide kasutamise õigused anti meediaettevõtjale selleks, et teavitada ka selle ettevõtja korraldatud reklaamtoimingust, ja kuna nendel piltidel, mida selles sisus kasutati, olid kujutatud P&C Düsseldorfi kaupluste vaated ning selle ettevõtja poolt müügiks pakutavad tooted.

75. Teiselt poolt ei ole direktiivi 2005/29 I lisa punktis 11 ette nähtud ühtegi miinimumsummat, mida peab varalise väärtusega eelis kujutama selleks, et seda saaks pidada maksmiseks selle sätte tähenduses. [39]. Järelikult ei oma tähtsust asjaolu, et ka meediaettevõtja ise kandis osa avaldamisega seotud kuludest ja kohustustest. Teksti avaldamisega kaasnevad meediaettevõtjale alati sellised

[37] 17. oktoobri 2013. aasta kohtuotsus RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 48).

[38] Vt käesoleva ettepaneku punktid 64 ja 65.

[39] Pealegi jääks tagamata selle direktiivi põhjenduses 17 osutatud eesmärk tagada ebaausate kaubandustavade identifitseerimisel suurem õiguskindlus, kui liikmesriigid saaksid otsustada, milliseid summasid on võimalik käsitada maksmisena direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses. Vt analoogia alusel 3. aprilli 2014. aasta kohtuotsus 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punkt 26).

kulud ja kohustused. Eriti kuna direktiivi 2005/29 I lisa punkt 11 ei näe ettevõtja varalise väärtusega eelise osas ette mingit miinimumsummat, ei nõua see säte, et eelis peaks olema võrdväärne meediaettevõtjale kaasnevate kulude ja kohustustega.

76. Käesoleva ettepaneku punktis 72 esitatud kaalutlus võib seega tähistada teise küsimuse analüüsi lõppu ja anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule tarviliku vastuse. Sellest kaalutlusest saab nimelt järeldada, et direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tuleb tõlgendada nii, et varalise väärtusega eelis peab kujutama endast vastusooritust tekstilise sisu kasutamise eest toote reklaamimiseks, mistõttu selle eelise ja selle toote reklaamimise vahel on kindel seos. Selline seos on eelkõige olemas juhul, kui meediaettevõtja annab teavet ühise reklaamtoimingu kohta koos ettevõtjaga, kes omakorda annab meediaettevõtjale selle reklaami tegemiseks õiguse kasutada pilte, millel on kujutatud tema kaupluste vaateid ja selle ettevõtja poolt müügiks pakutavaid tooteid.

77. Seda arvestades võib ammendavuse huvides siiski veel käsitleda küsimust, kas kindel seos varalise väärtusega eelise ja toote reklaamimiseks teksti kasutamise vahel võib olla ka kaudne, ning kui see on nii, siis kas käesoleval juhul on meediaettevõtjaga koostöös korraldatud reklaamtoimingu kuludes ja kohustustes osalemise ning vaidlustatud artikli avaldamise vahel selline kindel ja kaudne seos. Eraldi võetuna ei ole sellise koostöös reklaamtoimingu korraldamisel selle avaldamisega otsest seost. Just sellise otsese seose puudumine näib olevat ajendanud eelotsusetaotluse esitanud kohut arvama, et see reklaamtoiming ja see artikkel moodustavad terviku [40].

78. Ma ei välistaks kohe, et kaudne seos meediaettevõtjale antud varalise väärtusega eelise ja toote reklaamimiseks tema teksti kasutamise vahel on piisav selleks, et järeldada, et tegemist on kõigil tingimustel ebaausa kaubandustavaga direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses. Selle sätte vastupidine tõlgendus võiks jätta selle sätte ilma kasuliku mõjuta, kuna otsese seose nõue võimaldaks reklaamteksti absoluutsest keelust kergesti mööda minna [41].

79. Kaudne seos meediaettevõtjaga koostöös korraldatud reklaamtoimingu kuludes ja kohustustes osalemise ja vaidlustatud artikli avaldamise vahel on siiski tõendatud ainult kaheldava eelduse alusel ning see ei oleks seega kindel.

80. Nimelt, kui kõigepealt asuda seisukohale, et ettevõtja on maksnud toote reklaamimiseks tekstilise sisu kasutamise eest, kui meediaettevõtja teavitab koostöös selle ettevõtjaga korraldatud reklaamtoimingust, tähendaks see nõustumist, et on olemas eeldus, et see ettevõtja tegutseb selle äriühinguga koos sellise reklaami tegemiseks. Seejärel, kui nõustuda selle eelduse asjakohasusega direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 kontekstis, võiks see muuta nimetatud eelduse ümberlükkamatuks, arvestades asjaolu, et tegemist on ebaausa kaubandustavaga kõigil tingimustel. Lõpuks loetaks seda kaubandustava selle ettevõtja tegevuseks, isegi kui tema seostamine reklaamimiseks teksti kasutamisega põhineb üksnes sellel eeldusel.

81. Samas võib ettevõtja ettevõtlusvabadust kasutades astuda koostöösse meediaettevõtjaga, kes võib tegeleda erineva tegevusega, mitte meediakajastamise tagamiseks, vaid selleks, et saada kasu selle äriühingu üldtuntusest, oskusteabest, ressurssidest või ärikontaktidest.

[40] Vt käesoleva ettepaneku punkt 39.

[41] Vt analoogia alusel 15. detsembri 2016. aasta kohtuotsus Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, punkt 31). Selles kohtuotsuses tuli Euroopa Kohtul selgitada, kas direktiivi 2005/29 I lisa punkti 14 tuleb tõlgendada nii, et see säte võimaldab kvalifitseerida kaubandustava „müügiedenduse püramiidskeemiks“ isegi juhul, kui selle kohtu arvates on uute süsteemiosaliste makstavate tasude ja olemasolevate süsteemiosaliste saadava kompensatsiooni vahel üksnes kaudne seos. Euroopa Kohus otsustas selle kohta, et selle kompensatsiooni rahastamine, mida juba olemas olev liige võib saada, võib kaudselt sõltuda tasudest, mida maksavad uued süsteemiosalised.

82. Kui maksmist direktiivi 2005/29 I lisa punkti 11 tähenduses ei ole, ei saaks selle sätte alusel pidada kaubandustava kõigil asjaoludel ebaausaks. Sellise kaubandustava, mida selles lisas ei ole, võiks tunnistada ebaausaks pärast seda, kui on juhtumipõhiselt kontrollitud selle tunnuseid selle direktiivi artiklites 5–9 sätestatud kriteeriumide alusel.

83. Ilma et see mõjutaks eespool esitatud märkusi meediaettevõtjaga koostöös korraldatud reklaamtoimingu kuludes ja kohustustes osalemise kohta, jään käesoleva ettepaneku punktis 76 esitatud järelduse juurde.

84. Märgin lisaks, et tuvastamiseks, et tegemist on direktiivi 2005/29 I lisa punktis 11 nimetatud ebaausa kaubandustavaga, mida loetakse ebaausaks kõigil tingimustel, tuleb alati kontrollida, kas ka teised selle sättega nõutavad tingimused peale toote reklaamimise eest maksmise on täidetud. Sellistel asjaoludel nagu põhikohtuasjas tuleb eelkõige kontrollida, kas tegemist on „tekstiga“ selle sätte tähenduses, kuna Euroopa Kohus ei ole seda mõistet oma praktikas tõlgendanud, ja kas asjaomasest artiklist ei nähtu selgelt, et tegemist on ettevõtja kaasrahastatava sisuga. Neid ülejäänud tingimusi Euroopa Kohtule esitatud eelotsuse küsimused siiski ei puuduta ja seetõttu ei ole neid käesolevas ettepanekus analüüsitud.

VI. Ettepanek

85. Eespool esitatud kaalutlustele tuginedes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Bundesgerichtshofi (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus) esitatud esimesele eelotsuse küsimusele järgmiselt:

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. mai 2005. aasta direktiivi 2005/29/EÜ, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2006/2004 („ebaausate kaubandustavade direktiiv“), I lisa punkti 11 tuleb tõlgendada nii, et kui toote reklaamimisel kasutatakse tekstilist sisu, siis on ettevõtja selle eest „maksnud“ siis, kui see ettevõtja annab meediaettevõtjale eelise, mis seisneb kaupades, teenustes või muudes varalise väärtusega elementides.

Selline varalise väärtusega eelis peab kujutama endast vastusooritust tekstilise sisu kasutamise eest toote reklaamimiseks, mistõttu selle eelise ja selle toote reklaamimise vahel on kindel seos.

Selline seos on eelkõige olemas juhul, kui meediaettevõtja annab teavet koos ettevõtjaga korraldatud ühise reklaamtoimingu kohta, kes omakorda annab meediaettevõtjale selle reklaami tegemiseks õiguse kasutada pilte, millel on kujutatud tema kaupluste vaateid ja selle ettevõtja poolt müügiks pakutavaid tooteid.