KOHTUJURISTI ETTEPANEK
VERICA TRSTENJAK
esitatud 24. märtsil 2010[1]

Sisukord

I. Sissejuhatus ..... I - 10913

II. Õiguslik raamistik ..... I - 10914

A. Ühenduse õigus ..... I - 10914

B. Siseriiklik õigus ..... I - 10916

III. Asjaolud, põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused ..... I - 10917

IV. Menetlus Euroopa Kohtus ..... I - 10918

V. Poolte peamised argumendid ..... I - 10919

A. Esimene eelotsuse küsimus ..... I - 10919

B. Teine eelotsuse küsimus ..... I - 10921

VI. Õiguslik hinnang ..... I - 10922

A. Sissejuhatavad märkused ..... I - 10922

B. Esimene eelotsuse küsimus ..... I - 10923

1. Mõiste „kaubandustavad" direktiivi 2005/29 artikli 2 punktis d ..... I - 10924

2. Direktiivi 2005/29 isikuline kohaldamisala ..... I - 10924

a) Direktiiviga 2005/29 hõlmatud valdkond ..... I - 10925

1 – Algkeel: saksa.

b) UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sätestatud keelu kaitse-eesmärk ..... I - 10928

i) Üksikute kaitstavate huvide erinev osatähtsus ..... I - 10928

ii) Asjaomaste siseriiklike sätete ja kohtupraktika uurimine ..... I - 10930

c) Järeldus ..... I - 10932

3. Mõlema õigusakti ülesehituse uurimine ..... I - 10932

a) Direktiivi 2005/29 sätted ..... I - 10932

i) Siseriiklike õigusnormide täielik ja maksimaalne ühtlustamine kui direktiivi eesmärk ..... I - 10933

ii) Direktiivi 2005/29 ülesehitus ..... I - 10934

b) UWG sätted ..... I - 10935

i) UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sätestatud keelu ülesehitus ..... I - 10936

4. Vaidlusaluse õigusnormi kooskõla direktiiviga 2005/29 ..... I - 10937

a) Kirjutatud siseriiklik õigus ..... I - 10937

i) Ülesehituse ümberpööramine ..... I - 10937

ii) UWG § 9a lõikes 2 sätestatud erandite ebapiisavus ..... I - 10938

iii) Vahejäreldus ..... I - 10939

b) Direktiiviga kooskõlas oleva tõlgendamise võimalus ..... I - 10940

i) Hindamine direktiivi sätete alusel ..... I - 10941

– Direktiivi 2005/29 artikli 5 lõiked 4 ja 5 ..... I - 10941

– Direktiivi 2005/29 artikli 5 lõige 2 ..... I - 10943

c) Järeldus ..... I - 10950

5. Järeldused ..... I - 10953

C. Teine eelotsuse küsimus ..... I - 10954

VII. Ettepanek ..... I - 10956

I. Sissejuhatus

1. Käesolevas EÜ artikli 234 alusel [2] algatatud eelotsusemenetluses esitab Austria Oberster Gerichtshof (edaspidi „eelotsusetaotluse esitanud kohus") Euroopa Kohtule kaks eelotsuse küsimust selle kohta, kuidas tõlgendada ebaausaid kaubandustavasid siseturul käsitlevat direktiivi 2005/29/EÜ [3] (edaspidi „direktiiv 2005/29"). Küsimus seisneb sisuliselt selles, kas ühenduse õigusega on kooskõlas siseriiklikud õigusnormid, mille kohaselt on keelatud tasuta lisahüvede andmise väljakuulutamine, tasuta lisahüvede pakkumine ja andmine seoses perioodiliste trükistega, samuti tasuta lisahüvede andmise väljakuulutamine seoses muude kaupade või teenustega, ilma et igal üksikjuhtumil oleks vaja kontrollida, kas selline kaubandustava on eksitav.

2 – Eelotsusemenetlusele kohaldatakse praegu vastavalt 13. detsembri 2007. aasta Lissaboni lepingule, millega muudetakse Euroopa Liidu lepingut ja Euroopa Ühenduse asutamislepingut (ELT C 306, lk 1), Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklit 267.

3 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. mai 2005. aasta direktiiv 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) (ELT L 149, lk 22).

2. Eelotsusetaotluse alus on Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (edaspidi „põhikohtuasja hageja") esialgse õiguskaitse taotlus, millega põhikohtuasja hageja esitab nõude kohustada „Österreich"-Zeitungsverlag GmbH-d (edaspidi „põhikohtuasja kostja") hoiduma auhinnamängu vormis pakutava konkurentsivastase lisahüve kasutamisest, mis on siseriikliku õiguse kohaselt põhimõtteliselt keelatud.

3. Käesolev kohtuasi on liidetud kohtuasjade C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) [4] ning kohtuasja C-304/08 (Plus) [5] järel juba kolmas kohtuasi, milles on tegemist eelotsusetaotlusega, millega siseriiklikud kohtud esitavad Euroopa Kohtule küsimuse selle kohta, kas liikmesriikide seotud pakkumiste keelud on kooskõlas direktiiviga 2005/29. Ühe põhiküsimusena, mis eristab käesolevat kohtuasja varasematest ja mida tuleb seetõttu õiguslikust aspektist hoolikalt hinnata, soovitakse teada seda, kas selline kooskõla kontrollimine on võimalik ka siis, kui asjaomase siseriikliku õigusnormi väidetav eesmärk on kaitsta nii meedia mitmekesisust kui ka konkurente.

4 – 23. aprilli 2009. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-261/07 ja C-299/07: VTB-VAB ja Galatea (EKL 2009, lk I-2949).

5 – 14. jaanuari 2010. aasta otsus kohtuasjas C-304/08: Plus (EKL 2010, lk I-217).

II. Õiguslik raamistik

A. *Ühenduse õigus*

4. Direktiivi 2005/29 artikkel 1 on sõnastatud järgmiselt:

„Käesoleva direktiivi eesmärk on aidata kaasa siseturu nõuetekohasele toimimisele ja tarbijakaitse kõrge taseme saavutamisele, lähendades tarbijate majandushuve kahjustavad ebaausaid kaubandustavasid käsitlevad liikmesriikide õigus- ja haldusnormid."

5. Direktiivi 2005/29 artiklis 2 on sätestatud:

„Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

[…]

d) ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud kaubandustavad (edaspidi ka kaubandustavad) – ettevõtjapoolne tegevus, tegevusetus, teguviis või esitusviis,

kommertsteadaanne, sealhulgas reklaam ja turustamine, mis on otseselt seotud toote reklaamimise, müügi või tarnimisega tarbijatele;

[…]”

6. Direktiivi artikli 3 lõige 1 näeb ette:

„Käesolevat direktiivi kohaldatakse artiklis 5 sätestatud ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausate kaubandustavade suhtes enne ja pärast tootega seonduva äritehingu sõlmimist ja selle ajal.”

7. Direktiivi artikkel 4 on sõnastatud järgmiselt:

„Liikmesriigid ei piira teenuste osutamise vabadust ega kaupade vaba liikumist käesoleva direktiiviga lähendatava valdkonnaga seotud põhjustel.”

8. Direktiivi artiklis 5 „Ebaausate kaubandustavade keeld” on sätestatud:

„1. Ebaausad kaubandustavad on keelatud.

2. Kaubandustava on ebaaus, kui see

a) on vastuolus ametialase hoolikuse nõuetega

ja

b) seoses mingi tootega moonutab oluliselt või tõenäoliselt moonutab oluliselt selle keskmise tarbija majanduskäitumist, kes tootega kokku puutub või kellele see on suunatud, või tarbijarühma keskmise liikme majanduskäitumist, kui kaubandustava on suunatud teatavale tarbijarühmale.

3. Kaubandustavasid, mis tõenäoliselt moonutavad oluliselt ainult selliste selgesti eristatavate tarbijarühmade majanduskäitumist, kes oma vaimse või füüsilise puude, vanuse või kergeusklikkuse tõttu on eriti vastuvõtlikud kaubandustava või sellega seotud toote

suhtes viisil, mille ettenägemist võib ettevõtjalt õigustatult eeldada, hinnatakse, lähtudes selle mõjust kõnealuse tarbijarühma keskmisele liikmele. See ei piira üldist ja seaduslikku reklaamitava esitada liialdavaid väiteid või väiteid, mida ei tule võtta sõna-sõnalt.

9. Tasuta lisahüvede väljakuulutamine, pakkumine või andmine seoses perioodiliste trükistega ei kuulu direktiivi I lisas loetletud kaubandustavade hulka, mida loetakse ebaausaks kõigil tingimustel.

4. Eelkõige on ebaausad need kaubandustavad, mis

B. *Siseriiklik õigus*

a) on eksitavad vastavalt artiklitele 6 ja 7

10. Austria seaduse kõlvatu konkurentsi tõkestamise kohta (edaspidi „UWG”) [6] § 9a lõige 1 on sõnastatud järgmiselt:

või

„Isiku suhtes, kes äritegevuses konkurentsi eesmärgil

b) on agressiivsed vastavalt artiklitele 8 ja 9.

1) avalikes kuulutustes või muudes laiale avalikkusele mõeldud teadetes kuulutab välja, et ta annab tarbijatele koos kaupade või teenustega tasuta lisahüvesid (preemiad), või pakub või annab tarbijatele koos perioodiliste trükistega tasuta lisahüvesid (preemiad) või kuulutab nende andmise välja või

5. 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.”

6 – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, *Bundesgesetzblatt,* edaspidi *„BGBl.”,* nr 448, muudetud 13. novembri 2007. aasta seadusega, *BGBl.* I, nr 79/2007.

2) pakub või annab ettevõtjatele koos kaupade või teenustega tasuta lisahüvesid (preemiad) või kuulutab nende andmise välja,

võib esitada rikkumise lõpetamise nõude ja kahju hüvitamise nõude. See kehtib ka juhul, kui asjaolu, et lisahüve antakse tasuta, on kaupade või teenuste koguhinnaga, lisahüve näiliku hinnaga või muul viisil varjatud."

III. Asjaolud, põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

11. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu andmetel peab ta lahendama kohtuvaidluse kahe Austria päevalehtede turul konkureeriva ettevõtja vahel, mille põhjustas asjaolu, et põhikohtuasja kostja kuulutas oma ajalehes välja aasta jalgpalluri valimise. Artikli sissejuhatus oli trükitud poolpaksus kirjas ja kõlas järgmiselt: „Osalemine tasub ära: teil on võimalik võita õhtusöök kuulsa valimise võitnud jalgpalluriga." Artiklist vasakul oli „valimissedel" märkega „lõika välja ja saada ära". Paremal teavitati võimalusest teha oma valik Interneti teel. Sarnased artiklid ilmusid ka järgmisel üheksal päeval.

12. Esimese astme kohus otsustas hageja taotluse põhjal, et väljakuulutamine on lubamatu lisahüve UWG § 9a lõike 1 punkti 1 tähenduses, ning rahuldas hagi tagamise määrusega lisahüve väljakuulutamisest hoidumise nõude. Apellatsioonikohus otsustas seevastu, et lisahüve väljakuulutamisel puudub märkimisväärne mõju turule; kõnealuse otsuse peale esitas hageja eelotsusetaotluse esitanud kohtule määruskaebuse, milles palub jätta jõusse esimese astme kohtu tehtud hagi tagamise määrus. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu esialgse hinnangu kohaselt tuleks määruskaebus UWG § 9a lõike 1 punkti 1 põhjal rahuldada. Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb siiski, kas UWG § 9a lõike 1 punkti 1 kohaldamine on direktiiviga kooskõlas, mis sõltub aga direktiivi kohaldamisala tõlgendamisest.

13. Seetõttu otsustas Oberster Gerichtshof menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas direktiivi 2005/29/EÜ artikli 3 lõikega 1 ja artikli 5 lõikega 5 või selle direktiivi muude sätetega on kooskõlas siseriiklikud õigusnormid, mille kohaselt ei ole lubatud välja kuulutada, et antakse tasuta

lisahüvesid, ega selliseid hüvesid pakkuda või anda seoses perioodiliste trükistega ning välja kuulutada, et antakse tasuta lisahüvesid seoses muude kaupade või teenustega, välja arvatud ammendavalt loetletud erandid, ilma et oleks vaja igal üksikjuhtumil kontrollida, kas selline kaubandustava on eksitav, agressiivne või muul viisil ebaaus, ning seda ka juhul, kui need õigusnormid ei teeni mitte ainult tarbijakaitse huve, vaid ka muid eesmärke, mida direktiivi esemeline kohaldamisala ei hõlma, näiteks meedia mitmekesisuse säilitamine või nõrgemate konkurentide kaitse?

2. Kui vastus esimesele küsimusele on jaatav: kas siis asjaolu, et seoses ajalehe ostmisega antakse võimalus osaleda auhinnamängus, kujutab endast ebaausat kaubandustava ebaausate kaubandustavade direktiivi artikli 5 lõike 2 tähenduses üksnes seetõttu, et selline osalemise võimalus ei ole vähemalt osale sihtrühmast küll ainus, kuid siiski määrav põhjus ajalehe ostmiseks?"

IV. Menetlus Euroopa Kohtus

14. 18. novembri 2008. aasta eelotsusetaotlus saabus Euroopa Kohtu kantseleisse 4. detsembril 2008.

15. Euroopa Kohtu põhikirja artiklis 23 sätestatud tähtaja jooksul esitasid kirjalikud märkused põhikohtuasja pooled, Austria Vabariigi ja Belgia Kuningriigi valitsus ning Euroopa Komisjon.

16. Euroopa Kohtu 19. jaanuari 2010. aasta istungil esitasid oma märkused põhikohtuasja pooled, Austria Vabariigi ja Saksamaa Liitvabariigi valitsuse esindajad ning komisjoni esindaja.

V. Poolte peamised argumendid

A. *Esimene eelotsuse küsimus*

17. Esimese eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas siseriikliku õiguse säte, mis põhimõtteliselt keelab kauba müümisel lisahüvede kasutamise, kuulub direktiivi 2005/29 kohaldamisalasse, kuigi kõnealuse sätte eesmärk ei ole üksnes tarbijate kaitse.

18. *Põhikohtuasja hageja* ning *Austria* ja *Belgia valitsus* leiavad, et Euroopa Kohus peaks vastama sellele küsimusele eitavalt.

19. Nad viitavad sellega seoses esiteks sellele, et müügi edendamist käsitleti määruse ettepanekus, mis tegi selget vahet müügi edendamise meetmete õigusliku käsitlemise ja nüüd direktiivi 2005/29 kohaldamisalasse kuuluvate ebaausate kaubandustavade õigusliku käsitlemise vahel. Komisjon võttis siiski kõnealuse ettepaneku 2006. aastal, st aasta pärast direktiivi vastuvõtmist, tagasi. Seega ei saa öelda, et müügi edendamine kuulub kaudselt direktiivi kohaldamisalasse. Lisaks sellele ei saa direktiivi kohaldada sellistele siseriiklikele õigusnormidele nagu põhikohtuasjas, mis taotlevad eelkõige muid eesmärke, nagu konkurentide kaitset ja meedia mitmekesisuse säilitamist, ja vaid kaudselt tarbijate kaitset, seda enam, et direktiivi eesmärk on selle põhjenduse 6 kohaselt tarbijate majandushuvide otsene kaitse.

20. Täiendavalt selgitavad *põhikohtuasja hageja* ja *Austria valitsus*, et UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sätestatud lisahüvede müügiga sidumise keeld on igal juhul direktiiviga kooskõlas.

21. Nimelt lubab direktiiv 2005/29 liikmesriikidel klassifitseerida artikli 5 lõike 2 kohaselt ebaausateks ja seega keelata sellised kaubandustavad, mis on vastuolus ametialase hoolikuse nõuetega ja tõenäoliselt moonutavad oluliselt keskmise tarbija majanduskäitumist. Kohtuvaidluse esemeks olevat liikmesriigi keeldu kohaldatakse siiski vaid juhul, kui siseriiklik kohus tuvastab, et tarbija on ostnud trükise ainult ebaratsionaalsetel kaalutlustel, lootes saada täiendavaid eeliseid, ja tingimusel et sellised eelised ei kuulu UWG

§ 9a lõikes 2 loetletud erandite hulka. Lisaks sellele hindavad siseriiklikud kohtud igat üksikjuhtumit eraldi.

22. *Põhikohtuasja hageja* arvates erineb Austria õigusnorm liidetud kohtuasjade C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) ning kohtuasja C-304/08 (Plus) esemeks olnud õigusnormidest selle poolest, et viimati nimetatud õigusnormid sisaldavaid üldisi keelde ja ei arvesta seetõttu konkreetse asja erilisi asjaolusid.

23. *Põhikohtuasja kostja* väidab seevastu, et põhjenduse 6 kohaselt jäävad direktiivi 2005/29 kohaldamisalast välja kõik need siseriiklikud õigusnormid, mis kahjustavad „ainult" konkurentide majandushuve või mis on seotud ettevõtjatevaheliste tehingutega. Vaidlusalune õigusnorm ei ole aga ilmselgelt selline, sest UWG § 9a lõike 1 punkti 1 eesmärk on eelkõige ja otseselt tarbijate kaitse.

24. Põhikohtuasja kostja leiab samuti, et selles sätestatud keeld ei ole direktiivi kontseptsiooniga kooskõlas, sest olenemata sellest, et lisahüvedega seotud müügi edendamine ei kuulu direktiivi 2005/29 I lisas sisalduvasse selliste kaubandustavade loetellu, mis on igal juhul ebaausad, on sellele kohaldatav Austria õiguses sätestatud üldine keeld, nagu Oberster Gerichtshof oma eelotsusetaotluses tuvastas.

25. *Saksamaa valitsus* viitas kohtuistungil kohtuasjale C-304/08 (Plus) ja märkis, et hoolimata direktiiviga 2005/29 taotletavast täielikust ühtlustamisest, jääb puutumata liikmesriikidele ülevõtmisel jäetud tegutsemisruum. See kehtib eeskätt seoses direktiivi 2005/29 legaaldefinitsioonides sisalduvate määratlemist vajavate mõistete ülevõtmisega siseriiklikku õigusesse. Lisaks sellele asus Saksamaa valitsus seisukohale, et siseriiklikud õigusnormid ei ole direktiiviga 2005/29 vastuolus siis, kui siseriiklikel õigusnormidel on muu eesmärk kui direktiivil.

26. *Komisjon* on seevastu teistsugusel õiguslikul arusaamal, selgitades esiteks, et direktiiviga 2005/29 on vastuolus selline üldine ja abstraktne keeld, nagu sisaldub vaidlusaluses õigusnormis, jõudes teisalt aga järeldusele, et kõnealune õigusnorm ei kuulu direktiivi kohaldamisalasse, kuna selle põhieesmärk on teistsugune, nimelt säilitada

meedia mitmekesisus, ja vaid vähesel määral peetakse silmas tarbijakaitset ja ausaid kaubandustavasid.

29. *Põhikohtuasja hageja* piirdub järeldusega, et põhikohtuasja kostja vaidlusalune tegevus on ebaaus kaubandustava, kuid ei esita selle kinnituseks mingeid pidepunkte.

B. *Teine eelotsuse küsimus*

30. *Komisjoni* arvates ei võimalda asjaolu, et auhinnamängus osalemise võimalus on tarbija jaoks määrav põhjus trükise ostmiseks, teha iseenesest järeldust, et tegemist on ebaausa kaubandustavaga direktiivi 2005/29 tähenduses, vaid see on kõigest üks element, mida siseriiklik kohus võib juhtumipõhisel hindamisel arvesse võtta.

27. Kui Euroopa Kohus peaks esimesele eelotsuse küsimusele vastama jaatavalt, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas lisahüvedega seotud müük on ebaaus kaubandustava direktiivi 2005/29 artikli 5 lõike 2 tähenduses ainuüksi seetõttu, et selline osalemise võimalus ei olnud vähemalt osale sihtrühmast küll ainus, kuid siiski määrav põhjus põhikauba ostmiseks.

31. *Põhikohtuasja kostja* rõhutab omakorda, et kaubandustava mõiste viitab keskmisele tarbijale, keda Euroopa Kohtu praktikas kirjeldatakse „piisavalt informeeritud, mõistlikult tähelepaneliku ja arukana". Selliselt iseloomustatud tarbija on teadlik asjaolust, et vabas turumajanduses on reklaami ja müügi edendamise eesmärk võita kliente, ja seda mitte üksnes toote hinna ja kvaliteediga, vaid ka lisahüvede pakkumisega. Seega võib lisahüvedega seotud müük olla ebaaus kaubandustava vaid erandjuhtudel, nimelt siis, kui pakkumine on kujundatud nii, et see ei ajenda tõenäoliselt tarbijat ostma põhitoodet mitte ratsionaalsetel kaalutlustel, vaid üksnes täiendava eelise saamise lootuses.

28. Kuna nii *Austria* kui ka *Belgia valitsus* vastasid esimesele eelotsuse küsimusele eitavalt, ei võta nad teise eelotsuse küsimuse osas seisukohta, samal ajal kui *põhikohtuasja hageja* ja *komisjon* esitavad selle kohta igaks juhuks märkusi.

VI. Õiguslik hinnang

A. *Sissejuhatavad märkused*

32. Käesoleva kohtuasja puhul on tegemist juba kolmanda eelotsusetaotlusega, millega siseriiklikud kohtud paluvad Euroopa Kohtult selgitust selle kohta, mil määral võib liikmesriikide seotud pakkumiste keelde pidada praegu kohaldatava ühenduse õigusega kooskõlas olevaks. Selle küsimuse olulisus tuleneb eelkõige asjaolust, et Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. mai 2005. aasta direktiivi 2005/29 eesmärk on luua ühtne õiguslik raamistik ebaausate kaubandustavade reguleerimiseks suhetes tarbijaga.

33. Pidades silmas seda, et direktiivi eesmärk on ettevõtjate ja tarbijate vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid käsitlevate normide täielik ühtlustamine [7] ühenduse liikmesriikides, ei tule luubi alla võtta mitte ainult selliste uute sätete kooskõla ühenduse õigusega, mille liikmesriigid on vastu võtnud direktiivi ülevõtmiseks, vaid just selliste sätete kooskõla ühenduse õigusega, mis – nagu vaidlusalune UWG § 9a lõige 1 – kehtisid juba enne direktiivi vastuvõtmist, mis on aga asjaomase liikmesriigi vaatepunktist siiski ülevõtva olemusega.

34. Pidades silmas kitsast tegutsemisruumi, mille täielik ühtlustamine direktiivi ülevõtmisel liikmesriikidele üldjuhul annab, ei ole selliste varasemate sätete jõushoidmine alati õiguslike probleemideta. Kuigi nimetatud sätted kuuluvad lõpuks asjaomase direktiivi kohaldamisalasse, ei vasta need tihti direktiivi nõuetele. Nagu näitasid liidetud kohtuasjad VTB-VAB ja Galatea ning kohtuasi Plus, oli olukord selline direktiivi 2005/29 ülevõtmisel Belgias [8] ja Saksamaal [9].

7 – Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus VTB-VAB ja Galatea, punkt 52, ja eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Plus, punkt 41.
Ausaid kaubandustavasid reguleerivate õigusaktide ja lepinguõiguse võimaliku ulatuslikuma ühtlustamise korral tuleks piisavalt arvesse võtta ka „Draft Common Frame of Reference'i" (DCFR) nõudeid, kuna selle eesmärk on mh ka just tarbijakaitse; piisav arvessevõtmine võib väljenduda nt selles, et ettevõtjat kohustatakse teavitama tarbijat ostetavate kaupade ja teenuste põhitunnustest (vt nt II.-3:102 DCFR). Need „head kaubandustavad" on teatavas mõttes direktiivi 2005/29 I lisas loetletud „keelatud kaubandustavade" vastandid.

8 – Kõnealuste sätete puhul oli tegemist Belgia 14. juuli 1991. aasta wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument'i (seadus äritavade ning tarbija teavitamise ja kaitse kohta) (*Belgisches Staatsblad*, 19.1.1994) artikliga 54 jj.

9 – Tegemist oli Saksa Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb'i (kõlvatu konkurentsi vastane seadus, edaspidi „UWG") (*BGBl.* I, lk 1414) – viimati muudetud 22. detsembri 2008. aasta esimese muutmise seaduse artikliga 1 (*BGBl.* I, lk 2949) – §-ga 3 ja § 4 punktiga 6.

35. Direktiiv 2005/29 jõustus selle artikli 20 kohaselt juba järgmisel päeval pärast direktiivi avaldamist *Euroopa Liidu Teatajas*, see tähendab 12. juunil 2005. Direktiivi artikli 19 esimese lõigu kohaselt pidid liikmesriigid asjaomase direktiivi täitmiseks vajalikud õigus- ja haldusnormid vastu võtma hiljemalt 12. juuniks 2007, samas kehtis teatavate rangemate siseriiklike õigusnormide suhtes ka sealt edasi kuueaastane üleminekuperiood. Asjaomaseid õigus- ja haldusnorme tuli kohaldada siiski alates 12. detsembrist 2007.

36. Austria Vabariik on formaalselt täitnud kõnealuse ülevõtmise kohustuse, võttes vastu seaduse, millega muudetakse 1984. aasta kõlvatu konkurentsi tõkestamise seadust (UWG 2007. aasta muutmise seadus), mis jõustus 12. detsembril 2007. [10] Nagu juba märgitud, ei ole aga vaidlusalust UWG § 9a lõike 1 punkti 1 vastu võetud direktiivi 2005/29 üle võttes, vaid selle alus on varasem siseriiklik õigusakt. [11] Eelotsusetaotluse esitanud kohus avaldab oma taotluses kahtlust, kas viidatud säte on ühenduse õigusega kooskõlas. [12]

10 – *BGBl.* I, nr 79/2007.

11 – UWG § 9a lisahüvede keeld, mis oli algselt reguleeritud 20. juuni 1929. aasta Prämiengesetz'iga (preemiate seadus) (*BGBl.* 227) ja hiljem 1934. aasta Zugabengesetz'iga (lisahüvede seadus), integreeriti 1992. aasta Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz'iga (konkurentsipiirangute kaotamist käsitlev seadus) (*BGBl.* 1992/147) UWG-sse. Vt kõnealuse sätte tekkeloo kohta Duursma, D., teoses *UWG – Kommentar* (väljaandjad Maximilian Gumpoldsberger ja Peter Baumann), Wien, 2006, § 9a, punkt 1, lk 276, ja Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2. Aufl., Wien, 2007, § 9a, lk 44.

12 – Vt mh eelotsusetaotluse lk 9 ja 10.

B. *Esimene eelotsuse küsimus*

37. Kõigepealt tuleb meenutada, et Euroopa Kohus ei ole EÜ artikli 234 alusel algatatud menetluse raames pädev otsustama, kas siseriiklik meede on ühenduse õigusega kooskõlas. Ta võib aga anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule kõik ühenduse õiguse tõlgendamise juhtnöörid, mis võimaldavad viimasel hinnata nimetatud kooskõla tema menetluses oleva kohtuasja lahendamiseks. [13]

38. Esimese eelotsuse küsimusega palutakse selgitada, kas selline siseriiklik õigusnorm nagu UWG § 9a lõike 1 punkt 1 on kooskõlas direktiiviga 2005/29. Vastuse andmiseks tuleb kõigepealt uurida, kas viidatud säte kuulub direktiivi 2005/29 esemelisse ja isikulisse kohaldamisalasse. Seejärel tuleb uurida, kas direktiivi 2005/29 tuleb tõlgendada nii, et see hõlmab ka õiguslikke tagajärgi, mida Austria õigus selle õigusnormi rikkumise puhul ette näeb.

13 – Vt 15. juuli 1964. aasta otsus kohtuasjas 6/64: Costa (EKL 1964, lk 1251, 1268); 29. novembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-17/00: De Coster (EKL 2001, lk I-9445, punkt 23) ja 16. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-265/01: Pansard jt (EKL 2003, lk I-683, punkt 18).

1. Mõiste „kaubandustavad” direktiivi 2005/29 artikli 2 punktis d

39. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu andmetel keelab UWG § 9a lõike 1 punkt 1 ettevõtjatel kuulutada välja tasuta lisahüvede andmise tarbijatele seoses kaupade või teenustega. Seega tuleb lähtuda seotud pakkumiste keelu olemasolust.

40. Lisaks sellele peaks kõnealune keeld hõlmama kaubandustavasid direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti d tähenduses. Selle sätte eriti üldise sõnastuse [14] kohaselt on kaubandustavad „ettevõtjapoolne tegevus, tegevusetus, teguviis või esitusviis, kommertsteadaanne, sealhulgas reklaam ja turustamine, mis on otseselt seotud toote reklaamimise, müügi või tarnimisega tarbijatele”.

41. Nagu ma oma ettepanekus liidetud kohtuasjades C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) põhjalikult selgitasin [15] ja nagu Euroopa Kohus nimetatud kohtuasjades tehtud otsustes [16] kinnitas, kujutavad seotud pakkumised endast kommertstegevust, mis kuulub ettevõtja turunduse valdkonda ning mis on vahetult seotud müügi ja selle edendamisega. Sellest tuleneb, et seotud pakkumised on kaubandustavad direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti d tähenduses, mistõttu UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sisalduv seotud pakkumiste keeld kuulub direktiivi esemelisse kohaldamisalasse. [17]

2. Direktiivi 2005/29 isikuline kohaldamisala

42. Küsimus, kas vaidlusalune siseriiklik UWG § 9a lõike 1 punkt 1 kuulub direktiivi isikulisse kohaldamisalasse, sõltub sellest, kas selle õigusnormi eesmärk on nagu direktiivilgi tarbijate kaitse.

14 – Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus VTB-VAB ja Galatea, punkt 49, ja eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Plus, punktid 36 ja 39. Vt Keirsbilck, B., „Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?”, *European business law review*, 4/2009, lk 505, kelle arvates iseloomustab direktiivi 2005/29 väga lai kohaldamisala.

15 – Vt minu 21. oktoobri 2008. aasta ettepanek eespool 4. joonealuses märkuses viidatud liidetud kohtuasjades C-261/07 ja C-299/07: VTB-VAB ja Galatea, ettepaneku punktid 68–70.

16 – Eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus VTB-VAB ja Galatea, punktid 48 ja 50. Vt seoses reklaamikampaaniaga, mis seadis loteriil osalemise sõltuvusse teatud koguses kaupade või teenuste ostmisest või kasutamisest, eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Plus, punkt 37.

17 – Samamoodi ka Heidinger, R., „Zugabenverbot, quo vadis?”, *Medien und Recht*, 1/2009, lk 45, kelle arvates riivatakse direktiivi 2005/29 kohaldamisala, sest UWG §-s 9a sätestatud lisahüvede keeld tuleb kvalifitseerida tarbijate suhtes ebaausaid kaubandustavasid reguleerivaks sätteks.

a) Direktiiviga 2005/29 hõlmatud valdkond

43. Direktiiv reguleerib nimelt üksnes B2C-valdkonda (*business to consumer*), st ettevõtjate ja tarbijate vahelist suhet. See nähtub esiteks artikli 3 lõikest 1, mille kohaselt kohaldatakse direktiivi *ettevõtja ja tarbija vaheliste* tehingutega seotud ebaausate kaubandustavade suhtes enne ja pärast tootega seonduva äritehingu sõlmimist ja selle ajal. Seda seost tuuakse eriti esile põhjenduses 8, mille kohaselt kaitseb direktiiv *otseselt vaid tarbijate majandushuve* ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausate kaubandustavade eest. [18]

44. Siiski on minu arvates ekslik oletus, et direktiiv peab seaduskuulekate konkurentide majandushuve seetõttu vähem kaitset väärivaks. [19] Viitasin sellele viimati oma 3. septembri 2009. aasta ettepanekus kohtuasjas C-304/08 (Plus) seoses Austria valitsuse sellesisulise argumendiga. [20] Nagu põhjendusest 8 ühemõtteliselt nähtub, kaitseb direktiiv nimelt *kaudselt ka seaduskuulekaid ettevõtjaid konkurentide eest*, kes selles direktiivis sätestatud eeskirju ei järgi. See on sätestatud direktiivi artikli 11 lõikes 1, millest tuleneb liikmesriikide kohustus anda direktiiviga vastuolus oleva tegevuse korral hagi esitamise õigus ka konkurentidele, et need saaksid võtta õiguslikke meetmeid selliste ebaausate kaubandustavade vastu.

45. Keskse tähtsusega on põhjendus 6, mille kohaselt ühtlustab direktiiv liikmesriikide õigusaktid, mis käsitlevad ebaausaid

18 – Nii ka Hoeren, T., „Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick", *Betriebs-Berater*, 2008, lk 1183; Stuyck, J., „The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, lk 166.

19 – Samamoodi ka Koppensteiner, H.-G., „Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, nr 12, lk 558, kelle arvates oleks vale võtta direktiivilt 2005/29 igasugune tähendus ettevõtjatevahelistes suhetes. Autor tugineb oma argumentidega nii põhjendusele 6 kui ka põhjendusele 8, millest nähtub, et seaduskuulekate konkurentide majandushuve kaitstakse kaudselt, samuti direktiivi artikli 11 lõikele 1, millest tuleneb liikmesriikide kohustus anda direktiiviga vastuolus oleva tegevuse korral hagi esitamise õigus ka konkurentidele. Ders., „Das UWG nach der Novelle 2007", *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen, 2009, lk 86, 8. joonealune märkus, viitab sellele, et kaudselt kaitseb direktiiv 2005/29 ka konkurente.

20 – Vt minu 3. septembri 2009. aasta ettepanek kohtuasjas C-304/08: Plus (ettepaneku punktid 35 ja 64).

kaubandustavasid, mis kahjustavad *otseselt* tarbijate majandushuve ja seeläbi *kaudselt* seaduskuulekate konkurentide majandushuve. Direktiiv arvestab seega asjaolu, et tarbijate ja konkurentide huve ei saa üksteisest alati selgelt eristada, kuna tihtipeale need kattuvad. [21] Ettevõtjate kaubandustavade paljusus avaldab mõju nii tarbijate kui ka konkurentide huvidele. Olles teadlik sellest tihedast seosest, otsustas ühenduse seadusandja võtta tarbijakaitse huvisid arvesse sellise tegelikult konkurentsipoliitilise õigusnormiga, nagu sisaldub direktiivis 2005/29. [22] Direktiivi konkurentsipoliitiline orienteeritus siseturu toimimise tingimustele ja sätestatud kaitseeesmärk, mis peab silmas Euroopa tarbija üldisi huve, ei ole metoodilises vastuolus. [23] Näiteks direktiivi artikli 11 lõikes 1 sätestatud

21 – Marsland, V., Unfair „Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, lk 194, viitab paikapidavalt sellele, et direktiiv 2005/29 tunnustab, hoolimata tarbijakaitsele orienteeritusest, tõsiasja, et tarbijate ja konkurentide huvid ebaausate kaubandustavade osas kattuvad ja et ettevõtjatepoolne normide järgimine on tarbijate ja konkurentide ühistes huvides. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München, 2008, lk 16, viitab sellele, et paljud ettevõtjate kaubandustavad mõjutavad nii tarbijate kui ka konkurentide huve. Selleks et äritegevust ausaid kaubandustavasid puudutavate normide seisukohast asjakohaselt hinnata, tuleb lähtuda mitmemõõtmelisest vaatenurgast, mis arvestab kõikide asjaosaliste huve ühetaoliselt. See, et konkurentide kaitse ja tarbijakaitse on üldjuhul „ühe mündi kaks poolt", ilmneb eksitava reklaami näitest, mis ei puuduta mitte ainult tarbija majandushuve, vaid ka konkurentide majandushuve, juhul kui on kahjustatud nende ärivõimalusi. Sama kehtib ka mahategemise kohta, mis ühelt poolt kahjustab alusetult kritiseeritud isikut ja teiselt poolt moonutab alust, mille põhjal teeb tarbija, kellele on antud ebaõiget teavet, otsuse. Bargelli, E., „L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turin, 2007, lk 80, viitab raskustele tarbijate huvide ja konkurentide huvide piiritlemisel. Schuhmacher, W., „The Unfair Commercial Practices Directive", *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (väljaandjad Reto M. Hilty ja Frauke Henning-Bodewig), Berlin/Heidelberg, 2007, lk 132, on arvamusel, et direktiiv 2005/29 näitab ühemõtteliselt, et konkurentsiõiguses leidub olukordi, kus konkurentide kaitset ja tarbijakaitset ei saa lahutada.

22 – Gamerith, H., „Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG", *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, lk 157, on koguni seisukohal, et direktiivi 2005/29 kohaldamisala tegelikult ei piiritle tarbijate ja konkurentide huve, vaid sisaldab „mittetäielikku B2B + B2C-süsteemi", mis räägib selle poolt, et direktiiv on Austria UWG-ga üle võetud.

23 – Samamoodi ka Kessler, J., „Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, nr 7, lk 716. Vt ka Falce, V. ja Ghidini, G., „The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection", *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law*, 2009, lk 374, kes selgitavad, et ühenduse seadusandja lähtub direktiivis 2005/29 sellest, et tarbija otsustusvabaduse siseturul võib tagada üksnes vaba konkurents.

kohustus anda asjaomastele konkurentidele õigus esitada ebaausalt tegutsevate konkurentide vastu tegevusest hoidumise nõudeid võib tulla kasuks ka tarbijakaitsele. [24]

46. Sellest hoolimata teeb direktiiv selle kohaldamisala parema piiritlemise eesmärgil selget vahet ühelt poolt sellistel kaubandustavadel, mis kahjustavad nii tarbijaid kui ka konkurente, ja teiselt poolt sellistel kaubandustavadel, mis võivad kahjustada vaid ühe isikute rühma huve. Nii on põhjenduses 8 öeldud, et endastmõistetavalt on muid kaubandustavasid, mis, kahjustamata tarbijaid, võivad tekitada kahju konkurentidele ning äriklientidele.

47. Euroopa Kohus tuvastas 14. jaanuari 2010. aasta otsuses kohtuasjas Plus, et kõnealune teine olukord ei kuulu direktiivi kohaldamisalasse, [25] sest põhjenduse 6 kohaselt ei hõlma ega mõjuta direktiiv siseriiklikke õigusakte, mis käsitlevad selliseid ebaausaid kaubandustavasid, mis kahjustavad *ainult* konkurentide majandushuve või mis on seotud ettevõtjatevaheliste tehingutega. Nagu tuleneb ka direktiivi 2005/29 eri keeleversioonide võrdlusest, [26] näitab sõna „ainult" semantiliselt üldjuhul ammendavust.

24 – Samamoodi ka eespool 22. joonealuses märkuses viidatud Gamerith, H., lk 157, kelle arvates asjaomaste ettevõtjate poolt konkurentide vastu esitatavad ebaausa tegevuse lõpetamise nõuded tõhustavad tarbijakaitset, kuivõrd on tegemist selliste keeldudega, mis hõlmavad mis tahes ebaausat mõju tarbija otsustusvabadusele, sh petmist, ülekavaldamist, ahvatlemist, surve avaldamist jms.

25 – Vt eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Plus, punkt 39. Vt Micklitz, H.-W., „Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, nr 4, lk 373, kelle arvates on direktiiv 2005/29 kohaldatav B2B-suhetele, juhul kui on täidetud kaks tingimust: kõnealune kaubandustava puudutab otseselt tarbijate huve ja kaudselt konkurentide huve. Autor kardab, et direktiivi kohaldamisala selline piiramine võib anda võimaluse uute kaitsestrateegiate kasutamiseks. Ettevõtjad võivad nt üritada väita, et nende kaubandustavad puudutavad vaid B2B-suhteid.

26 – Saksa keeles „lediglich"; taani keeles „udelukkende"; inglise keeles „only"; prantsuse keeles „uniquement"; itaalia keeles „unicamente"; hollandi keeles „alleen"; portugali keeles „apenas"; sloveeni keeles „samo"; hispaania keeles „sólo".

Põhjenduses 6 on öeldud ka seda, et võttes täies ulatuses arvesse subsidiaarsuse põhimõtet, saavad liikmesriigid soovi korral selliseid tavasid kooskõlas ühenduse õigusega reguleerida ka edaspidi.

läheb direktiiviga taotletud tarbijakaitsest kaugemale.

b) UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sätestatud keelu kaitse-eesmärk

49. Keelu eesmärk on lisaks tarbijakaitsele nii toimiva konkurentsi säilitamine kui ka meedia mitmekesisuse kaitse. Täiendavate kõrvalteenuste pakkumise kaudu konkurentide vastastikust ületrumpamist vältides kaitstakse selliseid konkurente, kelle väiksemad majandusressursid ei võimalda neil edendada oma toodete müüki tasuta lisahüvede kaudu. Pidades silmas meedia kui arvamust kujundava teguri tähtsust, on selline kaitse demokraatlikus ühiskonnas õigustatud. Seda märkis Austria valitsus juba kohtuasjas C-368/95: Familiapress, [29] milles käsitleti kõnealuse keelu kooskõla kaupade vaba liikumise põhimõttega, ning ka Euroopa Kohus ei seadnud seda kui õiguspärast õigusloomealast eesmärki, mis võib nimetatud põhivabaduse piiramist põhimõtteliselt õigustada, kahtluse alla.

i) Üksikute kaitstavate huvide erinev osatähtsus

48. Seetõttu kerkib küsimus, kas UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sisalduv vaidlusalune seotud pakkumise keeld on selline siseriiklik õigusnorm, millega tahetakse ära hoida *ainult* konkurentide majandushuve kahjustav kaubandustava. Eelotsusetaotluse esitanud kohus [27] ja Austria valitsus [28] viitavad selles osas sellele, et UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sisalduval vaidlusalusel seotud pakkumiste keelul on õigusloomealane lisaeesmärk, mis

50. Siiski tuleb tõdeda, et UWG üksikute kaitstavate hüvede osatähtsusele antud hinnangud lahknevad.

27 – Vt eelotsusetaotluse lk 10–12.

28 – Vt Austria valitsuse märkused, lk 4 ja 5.

29 – 26. juuni 1997. aasta otsus kohtuasjas C-368/95: Familiapress (EKL 1997, lk I-3689).

51. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates ei teeni UWG § 9a lõike 1 punkt 1 Austria seadusandja oletatava hinnangu kohaselt eeskätt tarbijakaitse eesmärki, vaid selle eesmärk on „vähemalt sama suurel määral" ka konkurentide kaitse ja tõhusa konkurentsi säilitamine turul. [30] Ent Austria valitsus vaidleb sellele omakorda sõnaselgelt vastu ja väidab, et seotud pakkumiste keelu „peamine" eesmärk on tõhusa konkurentsi kaitse meediasektoris, [31] esitamata siiski selle õigusliku arusaama kinnituseks veenvaid tõendeid, pealegi kuna oma märkustes ajakirja ja auhinnamängu sidumise kohta põhikohtuasjas juhib Austria valitsus korduvalt tähelepanu tarbija lubamatu mõjutamise ohule, mis seisneb tarbija mängusõltuvuse ärakasutamises. [32] Minu arvates ei ole kahtlust selles, et Austria valitsuse avaldatud kartus tuleneb eelkõige tarbijakaitset reguleerivate õigusnormidega seotud kaalutlustest.

52. Siseriikliku õiguse tõlgendamist käsitlevate lahknevate arvamuste kohta tuleb märkida järgmist.

53. Esiteks tuleb meenutada, et EÜ artikli 234 alusel algatatud menetlus põhineb Euroopa Kohtu ja siseriiklike kohtute vahelisel koostööl, milles Euroopa Kohus ei tõlgenda siseriiklikke õigussätteid ega otsusta eelotsusetaotluse esitanud kohtu antud tõlgenduse õigsuse üle. [33] Euroopa Kohus peab ühenduse ja siseriiklike kohtute pädevuste jaotuse raames võtma arvesse esitatud eelotsuse küsimuste faktilist ja õiguslikku raamistikku, menetluslikust aspektist peab ta aga põhimõtteliselt lähtuma eelotsusetaotluse esitanud kohtu tuvastatust. [34]

54. Teiseks osutub see erinev hinnang materiaalõiguslikust aspektist lõpuks ebaoluliseks, sest on selge, et igal juhul ollakse ühisel seisukohal, et UWG § 9a lõike 1 punkti 1 eesmärk ei ole ära hoida ebaausaid kaubandustavasid, mis direktiivi põhjenduse 6 kohaselt kahjustavad *ainult* konkurentide majandushuve või mis on seotud ettevõtjatevaheliste tehingutega. Vastupidi, ollakse üksmeelel, et UWG § 9a lõike 1 punkt 1 keelab oma eesmärgist

30 – Vt eelotsusetaotluse lk 10–12.

31 – Vt Austria valitsuse märkused, punkt 11, lk 4.

32 – Selles osas sarnanevad väited argumentidega, mille esitas Saksamaa valitsus kohtuasjas C-304/08: Plus, milles käsitleti küsimust, kas siseriiklik õigusnorm (Saksa UWG § 4 punkt 6), mis keelab teha seotud pakkumisi seoses auhinna- või õnnemängudega, on ühenduse õigusega kooskõlas. Selle keelu aluseks olid eeskätt tarbijakaitset reguleerivate õigusnormidega seotud kaalutlused. Vt Saksamaa valitsuse argumentide kohta minu 3. septembri 2009. aasta ettepanek nimetatud kohtuasjas, eeskätt ettepaneku punktid 93, 107.

33 – Vt selle kohta 3. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-58/98: Corsten (EKL 2000, lk I-7919, punkt 24) ja 29. aprilli 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-482/01 ja C-493/01: Orfanopoulos ja Oliveri (EKL 2004, lk I-5257, punkt 42).

34 – Vt 25. oktoobri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-475/99: Ambulanz Glöckner (EKL 2001, lk I-8089, punkt 10); 13. novembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-153/02: Neri (EKL 2003, lk I-13555, punktid 34–35); eespool 33. joonealuses viidatud kohtuotsus Orfanopoulos ja Oliveri, punkt 42, ja 21. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-267/03: Lindberg (EKL 2005, lk I-3247, punktid 41–42).

tulenevalt ebaausad kaubandustavad, mis mõjutavad alati B2C-valdkonda. UWG § 9a lõike 1 punkt 1 kuulub seega igal juhul direktiivi 2005/29 kohaldamisalasse, ilma et oleks oluline, kas kõnealune seotud pakkumiste keeld teenib eelkõige teatava õigushüve kaitset või tarbijate, konkurentide või üldsuse huvide kaitset, säilitades näiteks meedia mitmekesisuse. Selles osas võib käesoleva eelotsusemenetluse jaoks jääda õiguslikust aspektist lahtiseks, kas ja millisel määral järgib vaidlusalune siseriiklik õigusnorm lisaks hüvedele, mille tõi esile Austria valitsus, meedia mitmekesisuse säilitamise eesmärki.

ii) Asjaomaste siseriiklike sätete ja kohtupraktika uurimine

55. Pidades silmas vajadust anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule tarvilik vastus [35] ja ühtlasi täites EÜ artiklis 222 kohtujuristidele ette nähtud kohustust teha täiesti erapooletult ja sõltumatult põhjendatud ettepanekuid, [36] viitan selguse huvides sellele, et asjaomaste sätete uurimine (sealhulgas UWG ettevalmistavate materjalide uurimine) näitab, et Austria seadusandjale oli tarbijakaitse vähemalt sama oluline kui konkurentide kaitse. Nii nähtub valitsuse eelnõust UWG 2007. aasta muutmise seaduse vastuvõtmiseks, [37] et UWG reguleerib B2B-valdkonda põhiosas samamoodi

35 – 12. juuli 1979. aasta otsuses kohtuasjas 244/78: Union Laitière Normande (EKL 1979, lk 2663, punkt 5) selgitas Euroopa Kohus, et EÜ artikkel 234 ei luba tal küll hinnata eelotsusetaotluse esitamise põhjuseid, kuid vajadus jõuda ühenduse õiguse tarviliku tõlgendamiseni võib muuta vajalikuks piiritleda õiguslik raamistik, mille raames palutud tõlgendamine aset leiab. Lenaerts, K., Arts, A. ja Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl., lk 188, punkt 6-021, on arvamusel, et miski ei takista Euroopa Kohtul edastada oma arusaama põhikohtuasja asjaoludest ja siseriikliku õiguse teatavatest aspektidest, mida saab võtta kui lähtepunkti kohaldatavate ühenduse õiguse normide ja põhimõtete tarvilikuks tõlgendamiseks.

36 – Kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomer, „La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Problèmes d'interprétation*, Brüssel, 2004, lk 334 jj, on seisukohal, et kohtujuristi ettepanekute eesmärk on anda kohtunikele alus aruteludeks. Üldjuhul peavad kohtujuristi ettepanekud andma vastuse kõikidele menetluse raames kerkivatele õigusküsimustele, kusjuures põhjalikult tuleb uurida Euroopa Kohtu senist praktikat. Kohtujurist toob esile ka õigusteooria kasvavat tähtsust kõnealuste õigusküsimuste uurimisel.

37 – Artiklis „Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)", mis avaldati ajakirjas *Recht und Wettbewerb*, 53. aastakäik, nr 170, detsember 2007, lk 13, on märgitud: „Eelnõu reguleerib sarnaselt kehtiva UWG-ga B2B-valdkonda sisuliselt samamoodi nagu B2C-valdkonda, kuna konkurentide kaitset ja tarbijakaitset ei saa lahutada."

nagu B2C-valdkonda, kuna Austria seadusandja on seisukohal, et konkurentide kaitse ja tarbijakaitse „ei ole lahutatavad".

56. See vastab õiguskirjanduses levinud arusaamale, et ennekõike on UWG-s konkurentide ja üldsuse huvide kõrval samal määral kaitstud tarbijate huvid ja seetõttu tuleb lähtuda „kaitse-eesmärgiks olevast triaadist".[38]

See kehtib ka käesoleva kohtuasja keskmes oleva UWG § 9a lõike 1 punkti 1 suhtes, mille tarbijat kaitsvat olemust ei seata õiguskirjanduses kahtluse alla.[39]

57. Lisaks sellele tuleb tunnistada, et ka Oberster Gerichtshofi[40] praktikas – osalt viitega õigusteoorias esindatud arvamustele – nähakse UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sätestatud lisahüvede keelu eesmärki eelkõige tarbijakaitses. Selle kohaselt ei tohi

38 – Prunbauer, M., „Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU", *Recht und Wettbewerb*, 49. aastakäik, nr 161, september 2003, lk 3, on arvamusel, et UWG ei puuduta põhimõtteliselt mitte ainult konkurentsiga seotud tegevuse tarbijakaitseaspekte, vaid ühtlasi ka konkurentide ja üldsusega seotud aspekte. Reklaamimeedet ei saa näha ega hinnata ühepoolselt, vaid tarbijaga seotult. Konkurentide kaitse ja üldsuse huvid toimivas konkurentsis teenivad vähemalt kaudselt ka tarbijakaitse huve, kuna seeläbi tagatakse toimiv konkurents ka tarbija huvides. Autor järeldab sellest, et konkurentsialase tegevuse mõttekas lahutamine „tarbijaga seotud konkurentsi osaks" ja „ettevõtjaga seotud konkurentsi osaks" ei ole võimalik ei reaalses majanduselus ega dogmaatiliselt. Wiebe, A., „Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform", *Juristische Blätter*, 129. aastakäik, nr 2, veebruar 2007, lk 71, on arvamusel, et Austria ja Saksamaa puhul ei ole juba ammu vaidlust selle üle, et UWG eesmärk on konkurentide, tarbijate ja üldsuse huvide kaitse, nagu on sõnaselgelt sätestatud Saksa UWG uue redaktsiooni §-s 1. Kaitse-eesmärkide eriomane põimumine muudab B2B- ja B2C-tehinguid käsitlevate õigusnormide lahutamise asja olemusest tulenevalt tegelikult võimatuks. Samamoodi ka eespool 21. joonealuses märkuses viidatud Büllesbach, E., lk 15, kes viitab kaitse-eesmärkide triaadile (tarbijad, konkurendid, üldsus), mis on Saksamaa ja Austria ausaid kaubandustavasid käsitlevate õigusnormide alus. Lettner, H., „Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland", *European Law Reporter*, 2009, nr 9, lk 313, viitab samuti sellele, et Austria UWG taotleb tervikuna ettevõtjate huvide, üldsuse huvide ja tarbijate huvide kaitset.

39 – Eespool 11. joonealuses märkuses viidatud Duursma-Kepplinger, D., osutab sellele, et UWG § 9a eesmärk on tarbijakaitse (§ 16, punkt 24, lk 808). Lisahüvede seadusliku piiramise otstarve seisneb mh selles, et kaitsta ostjaid asjakohatute ja eksitavate reklaamide eest ning vältida konkurentide vastastikust ülepakkumist (täiendavate) kõrvalteenuste lubamisega (§ 9a, punkt 2, lk 276). Autor on seisukohal, et UWG tegelik eesmärk on pakkuda tarbijate üldiste huvide üldist ennetavat kaitset, et hoida konkurentsi puhtana ebaausatest kaubandustavadest (§ 16, punkt 26, lk 810). Horak, M., „Naht das Ende des Zugabenverbots?", *Ecolex*, 2008, lk 1138, leiab, et UWG § 9a kohase lisahüvede keelu eesmärk on eelkõige tarbijate kaitse. Autor osutab seejuures käesoleva ettepaneku 40. joonealuses märkuses viidatud Oberster Gerichtshofi otsusele. Vt ka Kucsko, G., „Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots", *Ecolex*, 1992, lk 709, kes kirjeldab Austria lisahüvede keelu vastuvõtmise aluseks olnud materjale alates 20. sajandi algusest. Autor viitab sellele, et Austria „lisahüvede keelu" esmane eesmärk on olnud algusest peale hoida ära seda, et lisahüvede kaudu mõjutatakse tarbijaid ostuotsuse tegemisel ebaratsionaalselt ja et lisahüvede kaudu varjatakse põhikauba tegelikku hinda ja seeläbi eksitatakse klienti. Lisaks sellele peab see takistama konkureerivate ettevõtjate vastastikuseid ülepakkumisi.

40 – Vt Oberster Gerichtshofi 9. märtsi 1999. aasta otsus kohtuasjas: Fini's Feinstes (nr 4 Ob 28/99t). Selles on märgitud: „Lisahüvede eesmärk on eeskätt tarbijakaitse: tarbijate otsust – andes näiteks võimaluse osaleda auhinnamängus – ei tohi mõjutada mängukire ja auhinna saamise lootusele apelleerides. Ostuotsus tuleb teha kauba kvaliteedi ja hinna ning kaupade asjakohase võrdluse alusel, mitte aga peibutiseks välja pandud auhinna alusel."

tarbijate otsust mõjutada mängukihu või auhinna saamise lootuse õhutamise kaudu, andes tarbijatele näiteks võimaluse osaleda auhinnamängus.

58. Seega tuleb ka asjaomaste Austria õigusnormide ja kohtupraktika kohaselt lähtuda sellest, et UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sätestatud lisahüvede andmise keeld teenib vähemalt samal määral tarbijakaitse eesmärki.

c) Järeldus

59. Eeltoodud kaalutlustele tuginedes järeldan, et UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sisalduv siseriiklik õigusnorm kuulub direktiivi 2005/29 kohaldamisalasse. Seega tuleb seda hinnata direktiivi nõuete alusel. [41]

3. Mõlema õigusakti ülesehituse uurimine

a) Direktiivi 2005/29 sätted

60. Selleks et määrata kindlaks, kas selline siseriiklik õigusnorm nagu UWG § 9a lõige 1 on kooskõlas direktiiviga 2005/29, tuleb

41 – Vt Horak, M., „Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?", *Ecolex*, 2009/123, lk 341, kelle arvates soovitakse esimese eelotsuse küsimusega teada, kas lisahüvede *per se* keeld, mis peab kaitsema nii tarbijaid kui ka ettevõtjaid, on direktiiviga 2005/29 kooskõlas. Autori arvates on selline *per se* keeld ühenduse õigusega vastuolus, kui selle kohaldamisala ei ole täpselt piiritletud ja seda saab piirata pakkumistega, mis on suunatud üksnes ettevõtjatele ja mis ei puuduta tarbijate huve. Need tingimused ei ole UWG § 9a lõike 1 punkti 1 puhul täidetud. Eespool 38. joonealuses märkuses viidatud Lettner, H., punkt 9, lk 317, on seisukohal, et asjaolu, et UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sätestatud seotud pakkumiste keeld ei teeni mitte ainult tarbijakaitse huve, vaid ka teisi eesmärke, mis kuuluvad direktiivi esemelisse kohaldamisalasse, nt meedia mitmekesisuse säilitamine või nõrgemate konkurentide kaitse, ei saa õigustada musta nimekirja kõrval *per se* keelu säilitamist B2C-valdkonna osas. Mõlemad autorid eeldavad seega, et vaidlusalune siseriiklik õigusnorm kuulub direktiivi 2005/29 kohaldamisalasse.

uurida ja seejärel võrrelda mõlema õigusnormi normatiivset eesmärki ja ülesehitust.

i) Siseriiklike õigusnormide täielik ja maksimaalne ühtlustamine kui direktiivi eesmärk

61. Nagu eespool märgitud,[42] on direktiivi 2005/29 eesmärk täielikult ühtlustada liikmesriikide õigusnormid, mis puudutavad ebaausaid kaubandustavasid. Lisaks ei seata erinevalt konkreetsetes sektorites kehtestatud tarbijakaitseõiguse ühtlustamist puudutavatest senistest õigusnormidest eesmärgiks mitte ainult minimaalne ühtlustamine, vaid siseriiklike õigusnormide maksimaalne lähendamine, mis keelab liikmesriikidel säilitada või kehtestada rangemaid õigusnorme, välja arvatud teatavad erandid, ja seda olenemata sellest, kas sellega taotletakse tarbijakaitse kõrgema taseme saavutamist.[43] See tuleneb nii direktiivi põhjendustest kui ka üldsätetest.

62. Esiteks tuleneb eelöeldu direktiivi põhjendusest 11, mille kohaselt tagab siseriiklike õigusnormide *ühtlustamine* direktiivi abil tarbijakaitse ühtse kõrge taseme. Teiseks märgitakse põhjenduses 12, et nii tarbijad kui ka ettevõtjad peavad saama lähtuda *ühtsest*, selgelt määratletud õiguslikel printsiipidel rajanevast *õigusraamistikust*, mis reguleerib ebaausate kaubandustavade kõiki aspekte kogu Euroopa Liidus. *Õigusnormide lähendamisele* viitab uuesti direktiivi artikkel 1, kus on sätestatud, et direktiivi eesmärk on aidata kaasa tarbijakaitse kõrge taseme saavutamisele ja siseturu nõuetekohasele toimimisele.

63. Eesmärk reguleerida direktiiviga hõlmatud valdkondi ühenduse tasandil ammendavalt ja maksimaalselt avaldub põhjendustes 14 ja 15, millega nähakse sõnaselgelt ette *täielik ühtlustamine*. Lisaks tuleneb see direktiivi 2005/29 artiklis 4 sätestatud siseturu klauslist, mille kohaselt ei piira liikmesriigid teenuste osutamise vabadust ega kaupade vaba liikumist asjaomase direktiiviga *lähendatava* valdkonnaga seotud põhjustel.

42 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 33.

43 – Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus VTB-VAB ja Galatea, punkt 52.

64. Direktiivi artikli 3 lõige 5 näeb erandina ette, et kuue aasta jooksul alates 12. juunist 2007 saavad liikmesriigid direktiiviga ühtlustatavas valdkonnas jätkuvalt kohaldada siseriiklikke õigusnorme, mis on direktiivist rangemad või üksikasjalikumad. Siiski piirdub viidatud erand nende siseriiklike sätetega, millega rakendatakse minimaalse ühtlustamise klausleid sisaldavaid direktiive.[44] Artikli 3 lõikes 9 sisaldub veel üks erand täielikust ühtlustamisest, mis puudutab direktiivis 2002/65/EÜ määratletud finantsteenuseid ja kinnisvara.

ii) Direktiivi 2005/29 ülesehitus

65. Direktiivi 2005/29 kese on artikli 5 lõikes 1 sisalduv üldnorm, millega sätestatakse ebaausate kaubandustavade keeld. Artikli 5 lõikes 2 on täpsustatud, milline kaubandustava on igal konkreetsel juhul „ebaaus". Viidatud sätte kohaselt on kaubandustava ebaaus, kui see on esiteks vastuolus „ametialase hoolikuse" nõuetega ja teiseks tõenäoliselt „moonutab oluliselt" keskmise tarbija majanduskäitumist. Lõike 4 kohaselt on ebaausad eelkõige need kaubandustavad, mis on eksitavad (artiklid 6 ja 7) või agressiivsed (artiklid 8 ja 9). Lõige 5 viitab I lisale ja selles loetletud kaubandustavadele, mida peetakse ebaausateks „kõigil tingimustel". Kõikides liikmesriikides kohaldatakse sama ühtset nimekirja ja seda saab muuta ainult direktiivi muutes.

66. Sellest tulenevalt tuleb siseriiklikes kohtutes ja haldusasutustes õiguse kohaldamisel lähtuda eelkõige I lisas sisalduvast 31 ebaausast kaubandustavast. Kui teatavat kaubandustava on võimalik liigitada ühe selles nimekirjas loetletud tava alla, siis tuleb see keelustada, kusjuures muid asjaolusid, näiteks selle mõju, ei ole tarvis uurida. Juhul kui keelatud tavade nimekiri ei hõlma asjaomast kaubandustava, tuleb hinnata, kas esineb

44 – Direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 5 viidatud minimaalse ühtlustamise klausleid sisaldavate direktiivide hulka kuuluvad: nõukogu 20. detsembri 1985. aasta direktiiv 85/577/EMÜ tarbija kaitsmise kohta väljaspool äriruume sõlmitud lepingute korral (EÜT L 372, lk 31; ELT eriväljaanne 15/01, lk 262); nõukogu 13. juuni 1990. aasta direktiiv 90/314/EMÜ reisipakettide, puhkusepakettide ja ekskursioonipakettide kohta (EÜT L 158, lk 59; ELT eriväljaanne 13/10, lk 132); Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. oktoobri 1994. aasta direktiiv 94/47/EÜ ostjate kaitse kohta, mis puudutab kinnisvara osaajalise kasutamise õiguse ostulepingute teatavaid aspekte (EÜT L 280, lk 83; ELT eriväljaanne 13/13, lk 315); Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. mai 1997. aasta direktiiv 97/7/EÜ tarbijate kaitse kohta sidevahendi abil sõlmitud lepingute korral (EÜT L 144, lk 19; ELT eriväljaanne 15/03, lk 319); Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. veebruari 1998. aasta direktiiv 98/6/EÜ tarbijakaitse kohta tarbijatele pakutavate toodete hindade avaldamisel (EÜT L 80, lk 27; ELT eriväljaanne 15/04, lk 32) ja nõukogu 3. oktoobri 1989. aasta direktiiv 89/552/EMÜ teleringhäälingutegevust käsitlevate liikmesriikide teatavate õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta (EÜT L 298, lk 23; ELT eriväljaanne 06/01, lk 224).

mõni direktiivi üldnormis nimetatud juhtudest, nagu eksitav või agressiivne kaubandustava. Kui ka seda ei esine, siis tuleb vahetult kohaldada direktiivi 2005/29 artikli 5 lõikes 1 sisalduvat üldnormi. [45]

b) UWG sätted

67. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on igal direktiivi adressaadiks oleval liikmesriigil kohustus võtta siseriiklikus õiguses kõik vajalikud meetmed, et tagada direktiivi täielik mõju vastavalt selles sätestatud eesmärkidele. [46] See hõlmab liikmesriigi seadusandja kohustust võtta asjaomane direktiiv siseriiklikku õigusesse üle nõuetekohaselt. [47] EÜ artikli 249 kolmanda lõigu sõnastuse kohaselt on vormi ja meetodite valik jäetud siiski riigi ametiasutustele. See valikuvabadus kuulub eelkõige siseriiklikule seadusandjale.

68. Seetõttu on Euroopa Kohtu praktikas tunnustatud, et direktiivi nõuetekohaseks ülevõtmiseks siseriiklikku õigusesse ei ole tingimata vaja sõnasõnalist direktiivi sätete kordamist sõnaselges ja konkreetses õigusnormis. [48] Pigem on vaja, et siseriiklik õigus, mis on vastu võetud direktiivi ülevõtmiseks, vastaks õigusselguse ja õiguskindluse nõuetele, et tagada kogu direktiiviga taotletud kava järgimine, kui asjaomase liikmesriigi kohtud ja ametiasutused kohaldavad siseriiklikku õigust. [49]

45 – Sellist hindamisskeemi järgisid ka De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, lk 12, ja Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, nr 8/9, lk 631.

46 – Vt mh 1. veebruari 1977. aasta otsus kohtuasjas 51/76: Verbond van Nederlandse Ondernemingen (EKL 1977, lk 113, punkt 22); 26. veebruari 1986. aasta otsus kohtuasjas 152/84: Marshall (EKL 1986, lk 723, punkt 48); 24. oktoobri 1996. aasta otsus kohtuasjas C-72/95: Kraaijeveld jt (EKL 1996, lk I-5403, punkt 55); 17. juuni 1999. aasta otsus kohtuasjas C-336/97: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 1999, lk I-3771, punkt 19); 8. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas C-97/00: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2001, lk I-2053, punkt 9); 7. mai 2002. aasta otsus kohtuasjas C-478/99: komisjon *vs.* Rootsi (EKL 2002, lk I-4147, punkt 15) ja 26. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-233/00: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2003, lk I-6625, punkt 75).

47 – Direktiivide ülevõtmine on kaheetapilise õigusloomemenetluse osa, kusjuures teine etapp toimub siseriikliku õiguse tasandil. Sisuline ülevõtmine siseriikliku õiguse tasandil täpsustab direktiivis sisalduvat õigust (vt selle kohta Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (väljaandja von Heinz Mayer), Wien, 2004, artikkel 249, punktid 48 ja 50, lk 17 ja 18).

48 – Vt 28. veebruari 1991. aasta otsus kohtuasjas C-131/88: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 1991, lk I-825, punkt 6); 20. märtsi 1997. aasta otsus kohtuasjas C-96/95: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 1997, lk I-1653, punkt 35); 15. novembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-49/00: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2001, lk I-8575, punktid 21 ja 22) ja 28. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-410/03: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2005, lk I-3507, punkt 60). Sellele viitab seoses vajadusega võtta direktiiv 2005/29 üle Saksamaa õigusesse paikapidavalt Seichter, D., „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, lk 1088.

49 – Selle kohta Ruffert, M., teoses Calliess ja Ruffert (väljaandjad), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. Aufl., 2007, artikkel 249, punkt 49, lk 2135. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peab direktiivi ülevõtmine tõepoolest tagama selle täieliku kohaldamise. Vt mh 9. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-217/97: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 1999, lk I-5087, punkt 31); 16. novembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-214/98: komisjon *vs.* Kreeka (EKL 2000, lk I-9601, punkt 49) ja 11. juuli 2002. aasta otsus kohtuasjas C-62/00: Marks & Spencer (EKL 2002, lk I-6325, punkt 26).

i) UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sätestatud keelu ülesehitus

69. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu andmetel keelab UWG § 9a lõike 1 punkt 1 ettevõtjatel kuulutada välja kaupade või teenustega kaasnevate tasuta lisahüvede andmine. Kui põhikaup on perioodiline trükis (ajaleht, ajakiri), laieneb keeld ka lisahüvede pelgale pakkumisele või andmisele. Oberster Gerichtshofi kohtupraktika [50] kohaselt käsitatakse lisahüvena eeskätt põhikauba ostmisega kaasnevat võimalust osaleda auhinnamängus.

70. Nagu eelotsusetaotlusest [51] nähtub, tõlgendatakse seda sätet kohtupraktikas siiski kitsalt, seega ei peeta iga tasuta lisahüve lubamatuks. Oberster Gerichtshofi väljakujunenud praktika kohaselt eeldab UWG § 9a lõike 1 punkti 1 kohaldamine, et etteheidetav tegevus on konkreetsel juhul a) objektiivselt selline, mis võib mõjutada tarbijat põhikauba (põhiteenuse) ostmise otsuse tegemisel, [52] ning et see tegevus võib seetõttu b) kaasa tuua märkimisväärse muutuse nõudluses. [53] Kuivõrd kõnealused Oberster Gerichtshofi välja töötatud eeldused puuduvad, langeb seetõttu teataval määral ära juba vastavus lõike 1 koosseisule, kuna tegemist ei ole lubamatu „lisahüvega" selle sätte tähenduses. [54]

71. Olenemata sellest kitsendavast tõlgendusest Austria kohtupraktikas, tuleb tunnistada, et vaidlusalune UWG §-s 9a sisalduv norm põhineb reegel-erand-põhimõttel nii, et kahe erineva kauba või teenuse sidumine müügi edendamise eesmärgil on vastavalt lõikele 1 keelatud, välja arvatud juhul, kui kohaldamisele kuuluvad lõikes 2 loetletud erandid. Teisisõnu keelab kõnealune säte kahe erineva kauba või teenuse sidumise müügi

50 – Vt eelotsusetaotluse lk 10.

51 – Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab eelotsusetaotluse leheküljel 8 Oberster Gerichtshofi 20. oktoobri 1992. aasta otsusele kohtuasjas Welt des Wohnens (kohtuasja nr 4 Ob 87/92); 30. jaanuari 2008. aasta otsusele kohtuasjas ORF-Teletext (kohtuasja nr 3 Ob 273/07d) ja 14. veebruari 2008. aasta otsusele (kohtuasja nr 4 Ob 17/08s).

52 – Eelotsusetaotluse esitanud kohus nimetab eelotsusetaotluse leheküljel 8 eespool 51. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsust Welt des Wohnens.

53 – Eelotsusetaotluse esitanud kohus nimetab eelotsusetaotluse leheküljel 8 Oberster Gerichtshofi 14. detsembri 1999. aasta otsust kohtuasjas Tipp des Tages III (kohtuasja nr 4 Ob 290/99x).

54 – Vt ka põhikohtuasja hageja märkused, lk 4.

edendamise eesmärgil ning seetõttu tuleb seda mõista seotud pakkumiste põhimõttelise keeluna, millest siiski on teatavatel juhtudel võimalik kõrvale kalduda. [55]

a) Kirjutatud siseriiklik õigus

i) Ülesehituse ümberpööramine

4. Vaidlusaluse õigusnormi kooskõla direktiiviga 2005/29

73. Vaidlusaluse õigusnormi kooskõla osas direktiiviga 2005/29 tuleb tõdeda, et UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sisalduv vaidlusalune seotud pakkumiste keeld kujutab endast UWG-sisest erinormi, millele vastav norm direktiivis 2005/29 esmalt puudub. UWG § 9a lõike 1 punkt 1 kehtestab põhimõttelise seotud pakkumiste keelu, mida direktiiv ise ette ei näe.

72. Edasi tuleb analüüsida vaidlusaluse õigusnormi kooskõla direktiiviga 2005/29, kusjuures esmajoones tuleb uurida siseriikliku õigusnormi ülesehitust. Kui vastavalt seaduse sõnastusele tehakse kindlaks siseriikliku õiguse vastuolu, tuleb seejärel kontrollida, kas kõnealust õigusnormi saab siiski pidada direktiiviga kooskõlas olevaks, kasutades Oberster Gerichtshofi eespool nimetatud kitsendavat tõlgendust.

74. Lisaks sellele on kõnealusel siseriiklikul õigusnormil tulenevalt selle aluseks olevast reegel-erand-põhimõttest teistsugune ülesehitus kui direktiivil 2005/29. Esmajoones on just ülesehituse ümberpööramine see, mis tekitab kahtlusi vastavuses direktiiviga, kusjuures tegemist ei ole niivõrd normi formaalse küljega – siseriiklikule seadusandjale jäetakse ju ülevõtmisel teatud tegutsemisruum – kui pigem selle siseriikliku sätte sisuga. Sisuliselt ei kattu see direktiiviga 2005/29. Nagu juba selgitasin oma ettepanekus liidetud kohtuasjades C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea), järgib direktiiv 2005/29

55 – Vt eespool 39. joonealuses märkuses viidatud Horak, M., lk 1137, kes võrdleb UWG §-s 9a sisalduvat normi nn *per se* keeludega. *Per se* keelud keelavad teatavad abstraktselt kirjeldatud kaubandustavad põhimõtteliselt, ilma et kohus saaks tarbijatele või konkurentidele avalduvat mõju igal üksikjuhtumil hinnata. Praktikas sobiva tasakaalu saavutamiseks on sellistele keeldudele üldjuhul lisatud erandite loetelu. Autori arvates järgib UWG, sätestades lisahüvede põhimõttelise keelu § 9a lõikes 1 ja sellest tehtavad erandid lõikes 2, seda süsteemi. Eespool 17. joonealuses märkuses viidatud Heidinger, R., lk 45, on seisukohal, et UWG § 9a on välja töötatud *per se* keeluna, millega teatavad kaubandustavad keelatakse, ilma et tarbijatele avalduvat mõju tuleks igal üksikjuhtumil eraldi hinnata.

ettevõtlusvabadust soodustavat lähenemisviisi, mis sisuliselt vastab *in dubio pro libertate* [56] põhimõttele. Seega lähtub direktiiv erinevalt UWG § 9a lõike 1 punktist 1 eeldusest, et kaubandustavad on ausad, kuni ei ole täidetud keelu rakendamiseks tarvilikud täpsemalt nimetatud õiguslikud tingimused. [57]

paljususest, ja seda määral, mida on vaja siseturu nõuetekohaseks toimimiseks ja tarbijakaitse kõrge taseme tagamiseks. [58]

ii) UWG § 9a lõikes 2 sätestatud erandite ebapiisavus

75. Sellel liberaalsel lähenemisviisil on konkreetne õigusloomepoliitiline taust, mille kohaselt tuleb tagada, et viiakse ellu direktiivi põhjendustes 4 ja 5 ning artiklis 1 sätestatud seadusandja eesmärk kõrvaldada ühenduse tasandil võetavate ühtsete normidega piiriüleseks kaupade ja teenuste vabaks liikumiseks ning asutamisvabaduse teostamiseks takistused, mis tulenevad ebaausaid kaubandustavasid reguleerivate siseriiklike õigusnormide

76. Lisaks sellele ei ole sellised UWG § 9a lõike 2 sarnased erandid põhimõttelistest keeldudest sobivad, et katta kõiki olukordi, mille puhul tuleb direktiivi 2005/29 sätete kohaselt eeldada lubatud kaubandustava, kuna need ei võimalda juhtumipõhist hindamist

56 – Vt minu eespool 15. joonealuses märkuses viidatud ettepanek liidetud kohtuasjades VTB-VAB ja Galatea, ettepaneku punkt 81. Samal seisukohal on ka eespool 25. joonealuses märkuses viidatud Micklitz, H.-W., lk 374.

57 – Abbamonte, G., „The unfair commercial practices Directive and its general prohibition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, lk 15, kirjeldab direktiivi lähenemisviisi seetõttu liberaalsena. Selle järgi on lubatud kõik, mis ei ole sõnaselgelt keelatud. Eespool 45. joonealuses märkuses viidatud De Cristofaro, G., lk 11, märgib õigustatult, et direktiiviga rakendatakse valikulist lähenemisviisi, määrates kindlaks kriteeriumid, mille alusel tunnistatakse kaubandustava ebaausaks, jättes määratlemata ausa kaubandustava tunnused.

58 – Vt Bakardjieva Engelbrekt, A., „An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, lk 47 jj, kes toob esile direktiivi 2005/29 ühtlustavat toimet, mille eesmärk on kõrvaldada ausaid kaubandustavasid reguleerivates liikmesriikide õigusnormides kuni direktiivi jõustumiseni esinenud olulised erinevused. Samamoodi ka eespool 21. joonealuses märkuses viidatud Bargelli, E., lk 79. Weatherill, S., „Who is the „Average Consumer"", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, lk 137, nimetab lähenemisviisi piirangute kaotamiseks samaaegselt piiranguid kehtestades. Siseriiklike õigusaktide ühtlustamine kaotab turul piirangud, tühistades liikmesriikide erinevad õigusloomealased võimalused üheainsa ühtse regulatsiooni kasuks. Eespool 23. joonealuses märkuses viidatud Falce, V. ja Ghidini, G., lk 372, on arvamusel, et direktiivi 2005/29 eesmärk on viia tasakaalu ühelt poolt konkurents piirideta siseturul ja teiselt poolt tarbijakaitse.

siseriiklike kohtute ja ametiasutuste poolt.[59] Seda kinnitas Euroopa Kohus ka kohtuotsuses VTB-VAB ja Galatea.[60]

77. Kuna seotud pakkumised ei kuulu direktiivi I lisas nimetatud kaubandustavade hulka, mida tuleb pidada ebaausaks kõigil tingimustel, võib neid põhimõtteliselt keelustada ainult sellisel juhul, kui need on ebaausad kaubandustavad näiteks seetõttu, et on direktiivi tähenduses eksitavad või agressiivsed. Sellest olenemata saab direktiivi 2005/29 kohast keeldu kohaldada ainult juhul, kui kaubandustava osutub ebaausaks, kuna see on vastuolus ametialase hoolikuse nõuetega või seoses mingi tootega moonutab oluliselt või tõenäoliselt moonutab oluliselt keskmise tarbija majanduskäitumist.

iii) Vahejäreldus

78. Seda, kas eeltoodu puudutab seotud pakkumisi, ei saa kindlaks määrata üldkehtivalt, vaid pigem tuleb hinnata konkreetsel juhul rakendatavat kaubandustava. See nähtub eeskätt direktiivi põhjendusest 7, mille kohaselt tuleb direktiivi, eriti selle üldklauslite kohaldamisel täielikult arvesse võtta asjaomase üksikjuhtumi konteksti. Sõna „eriti" näitab ka, et asjaomane üksikjuhtumi hindamine ei piirdu artikli 5 lõike 1 üldklausli kohaldamisega, vaid laieneb ka seda täpsustavatele artiklite 5–9 sätetele. Direktiivi põhjenduse 17 kohaselt peab ka ühenduse seadusandja vajalikuks hinnata iga üksikjuhtumi vastavust direktiivi 2005/29 artiklitele 5–9 siis, kui asjaomane kaubandustava ei kuulu I lisas loetletud kaubandustavade hulka. See järeldub põhjenduse 17 kolmanda lause *a contrario* järeldusest, mille kohaselt on I lisas loetletud kaubandustavad ainukesed kaubandustavad, „mida võib lugeda ebaausateks, hindamata iga üksikjuhtumi vastavust artiklite 5–9 sätetele".

79. Seaduse sõnastusest nähtuvalt ei ole vaidlusalune õigusnorm kooskõlas direktiiviga 2005/29.

59 – Selle kohta ka eespool 17. joonealuses märkuses viidatud Heidinger, R., lk 46.

60 – Viidatud eespool 4. joonealuses märkuses, punktid 64 ja 65.

b) Direktiiviga kooskõlas oleva tõlgendamise võimalus

80. Nagu ma juba selgitasin oma ettepanekus kohtuasjas Plus [61], ei ole, uurides küsimust, kas teatav siseriiklik õigusnorm on ühenduse õigusega vastuolus, nimelt määrav mitte ainult asjaomase õigusnormi sõnastus, vaid lisaks sellele tuleb arvesse võtta ka tõlgendust, mille annavad sellele sättele siseriiklikud kohtud. [62] Arvestades asjaolu, et liikmesriigi kohtupraktika kajastab seaduse siduvat tõlgendust kõikide õigussubjektide jaoks, on siseriiklik kohtupraktika oluline kriteerium hindamaks, kas ülevõtmine ja siseriikliku õigusnormi tõlgendamine on ühenduse õigusega kooskõlas. [63]

81. Direktiiviga kooskõla kasuks võiks seetõttu rääkida asjaolu, et Oberster Gerichtshof tõlgendab seotud pakkumiste põhimõttelist keeldu üldjuhul kitsalt. Ei saa välistada, et siseriikliku kohtu kitsendav tõlgendus muudab sellise keelu sedavõrd leebeks, et lõpuks on see direktiiviga kooskõlas. Sellest olenemata tuleb meenutada, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peab liikmesriigi kohus siseriiklike õigusnormide tõlgendamisel, olgu siis tegemist direktiivist varasemate või hilisemate sätetega, lähtuma võimalikult suures ulatuses direktiivi sõnastusest ja eesmärgist, [64] selleks et saavutada direktiivis ette nähtud tulemus ja järgida sel viisil EÜ artikli 249 kolmandat lõiku, kusjuures siseriiklike õigusnormide tõlgendamine ja rakendamine kooskõlas ühenduse õiguse nõuetega on siseriikliku kohtu ülesanne selle hindamisruumi ulatuses, mis on talle siseriikliku õigusega selles osas jäetud. [65] Sellega on seotud võimalus jätta asjaomane siseriiklik õigusnorm kooskõlas direktiiviga kohaldamata

61 – Viidatud eespool 20. joonealuse märkuses, ettepaneku punkt 82.

62 – Eespool 35. joonealuses märkuses viidatud Lenaerts, K., Arts, D. ja Maselis, I., punkt 5-056, lk 162, viitavad sellele, et siseriiklike õigus- ja haldusnormide ulatuse hindamisel tuleb arvesse võtta tõlgendust, mille on neile andnud siseriiklikud kohtud. Siseriikliku õiguse tõlgendamine kooskõlas ühenduse õigusega oli küsimus, mida käsitles Saksamaa Bundesgerichtshof kohtuasjas C-42/95: Siemens esitatud eelotsusetaotluses (milles otsus tehti 19. novembril 1996; EKL 1996, lk I-6017) ja Belgia Hof van beroep te Gent kohtuasjas C-205/07: Gysbrechts esitatud eelotsusetaotluses (milles otsus tehti 16. detsembril 2008; EKL 2008, lk I-9947).

63 – Vt selle kohta minu 4. septembri 2008. aasta ettepanek kohtuasjas C-338/06: komisjon *vs.* Hispaania, milles otsus tehti 18. detsembril 2008 (EKL 2008, lk I-10139, ettepaneku punkt 89).

64 – 10. aprilli 1984. aasta otsus kohtuasjas 14/83: von Colson ja Kamann *vs.* Nordrhein-Westfalen (EKL 1984, lk 1891, punkt 26); 10. aprilli 1984. aasta otsus kohtuasjas 79/83: Harz *vs.* Deutsche Tradax (EKL 1984, lk 1921, punkt 26); 15. mai 1986. aasta otsus kohtuasjas 222/84: Johnston *vs.* Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (EKL 1986, lk 1651, punkt 53); 8. oktoobri 1987. aasta otsus kohtuasjas 80/86: Kolpinghuis Nijmegen (EKL 1987, lk 3969, punkt 12); 20. septembri 1988. aasta otsus kohtuasjas 31/87: Beentjes (EKL 1988, lk 4635, punkt 39); 14. juuli 1994. aasta otsus kohtuasjas C-91/92: Faccini Dori (EKL 1994, lk I-3325, punkt 24); 25. veebruari 1999. aasta otsus kohtuasjas C-131/97: Carbonari (EKL 1999, lk I-1103, punkt 48); 15. juuni 2000. aasta otsus kohtuasjas 365/98: Brinkmann Tabakfabriken (EKL 2000, lk I-4619, punkt 40); 27. juuni 2000. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-240/98–C-244/98: Océano Grupo Editorial ja Salvat Editores (EKL 2000, lk I-4941, punkt 30); 13. juuli 2000. aasta otsus kohtuasjas C-456/98: Centrosteel (EKL 2000, lk I-6007, punkt 16); 3. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-371/97: Gozza (EKL 2000, lk I-7881, punkt 37). Samamoodi 13. novembri 1990. aasta otsus kohtuasjas C-106/89: Marleasing (EKL 1990, lk I-4135, punkt 8); 15. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-160/01: Mau (EKL 2003, lk I-4791, punkt 36); 22. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-462/99: Connect Austria (EKL 2003, lk I-5197, punkt 38); 23. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-408/01: Adidas-Salomon ja Adidas Benelux (EKL 2003, lk I-12537, punkt 21) ja 9. märtsi 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-397/01–C-403/01: Pfeiffer jt (EKL 2004, lk I-8835, punkt 113). Vt selle kohta Schweitzer, M., Hummer, W. ja Obwexer, W., *Europarecht*, Wien, 2007, lk 82 jj.

65 – Eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Colson ja Kamann *vs.* Nordrhein-Westfalen, punkt 28, ja eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Harz *vs.* Deutsche Tradax, punkt 28.

või koguni õigust edasi arendada, eeldusel et siseriiklikud kohtud on selleks pädevad. [66]

– Direktiivi 2005/29 artikli 5 lõiked 4 ja 5

82. Oberster Gerichtshofi kitsendav tõlgendus peaks siiski kaasa tooma UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sisalduva sätte valdava kattuvuse direktiivi sätetega.

Direktiivi I lisas sisalduv ebaausate kaubandustavade loetelu

i) Hindamine direktiivi sätete alusel

84. Esmalt tuleb märkida, et UWG § 9a lõikes 1 keelatud kaubandustava ei vasta ühelegi kõnealuse direktiivi I lisas loetletud ebaausale kaubandustavale. Kohaldatav ei ole eeskätt punktis 16 märgitud olukord, mille puhul tehakse reklaami väitega, et teatavad tooted suurendavad õnnemängudes võidu võimalust. See puudutab reklaami erivormi, [67] mitte aga seotud pakkumiste kasutamist. [68] Põhikohtuasja kostja ei reklaami siiski sugugi seda, et vaid kauba ostmine annab võimaluse võita auhind. Pakutakse üksnes võimalust osaleda õnnemängus, millest võivad Interneti

83. Järgnevalt tuleb uurida, kas vaidlusalust seotud pakkumiste keeldu, tõlgendatuna vastavalt Austria kohtupraktikale kitsendavalt, saab pidada direktiiviga kooskõlas olevaks. Selleks tuleb võtta aluseks käesoleva ettepaneku punktis 66 kirjeldatud hindamismudel.

66 – Streinz, R., *Europarecht*, 8. Aufl., Heidelberg, 2008, lk 161, punkt 456, on arvamusel, et direktiiviga kooskõlas oleva tõlgendamise kohustuse piir on siseriikliku õiguse tõlgendamisvõimalus. Kui siseriiklikud kohtud on pädevad õiguse edasiarendamiseks, peavad nad siseriiklikku õigust edasi arendama direktiiviga kooskõlas.

67 – Keelu selle koosseisu eesmärgi kohta vt eespool 21. joonealuses märkuses viidatud Büllesbach, E., lk 114. Kui ettevõtja väidab, et toode võib suurendada õnnemängudes võitmise võimalust, sisendatakse tarbijale, et võidu saamise võimalust saab ta toote ostmisega enda kasuks mõjutada. Õnnemänge iseloomustab aga see, et võitja määrab suures osas juhus. Selle juhusliku elemendi tõttu on võidu saamise mõjutamine põhimõtteliselt välistatud. Järelikult luuakse petlik mulje toote otstarbekohasusest. Kuna väide on kaudselt seotud mängukihuga, on tarbija eriti ohustatud, sest kergema võidu lootus võib tema otsuse ratsionaalsust tugevasti mõjutada.

68 – Vt eespool 20. joonealuses märkuses viidatud ettepanek kohtuasjas Plus, ettepaneku punkt 85.

teel nagunii kõik osa võtta, lubamata ostjale seeläbi suuremat võiduvõimalust. Tarbija, kes soovib osaleda aasta jalgpalluri valimises, ei pea seega tingimata ostma kõnealust ajalehte, vaid võib teha valiku eri osalemisvõimaluste vahel. Seda, et tema võiduvõimalused oleksid teiste osalemisviiside puhul väiksemad kui kõnealuse ajalehe ostmise puhul, talle ei sisendata ja see ei ilmne ka objektiivsest analüüsist.

Eksitavad ja agressiivsed kaubandustavad direktiivi artikli 5 lõike 4 tähenduses

85. On küsitav, kas UWG § 9a lõikes 1 keelatud kaubandustava saab nimetada eksitavaks või agressiivseks direktiivi artikli 5 lõike 4 tähenduses. Seda väidab ka Austria valitsus, kes näeb vaidlusaluses õigusnormis ka direktiivi artikli 6 lõike 1 punkti d ja/või direktiivi artiklite 8 ja 9 ülevõtmist. [69]

69 – Vt Austria valitsuse märkused, lk 21, punkt 55.

Eksitavad kaubandustavad direktiivi artiklite 6 ja 7 tähenduses

86. Nagu näitab direktiivi artiklite 6 ja 7 tõlgendamine, iseloomustab eksitavaid kaubandustavasid eelkõige tarbija petmine seoses toote oluliste tunnustega. Toote oluliste tunnuste hulka kuulub direktiivi artikli 6 lõike 1 punkti d kohaselt ka hind.

87. Kohtuotsuses Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, [70] millele Austria valitsus oma märkustes viitab, sedastas Euroopa Kohus, pidades silmas Madalmaade kehtestatud lisahüvede andmise keelu kooskõla kaupade vaba liikumisega, et „täiendava kauba või teenuse tasuta pakkumine kui müügi edendamise vahend võib tekitada tarbijates segadust toodete tegelike hindade suhtes ja moonutada tõhusa konkurentsi tingimusi". Euroopa Kohus leidis seetõttu, et „õigusnormid, mis piiravad või koguni keelustavad selliseid kaubandustavasid, aitavad tagada tarbijakaitset ja ausate kaubandustavade järgimist".

88. Need järeldused, mis tehti ammu enne direktiivi 2005/29 vastuvõtmist, ei ole kaotanud oma aktuaalsust, kuna, saades õigesti aru eespool osundatud kohtuotsuse lõigust, viitavad need tegelikult abstraktsele ohule,

70 – 15. detsembri 1982. aasta otsus kohtuasjas 286/81: Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (EKL 1982, lk 4575, punkt 18).

mis tuleneb pakkumiste sidumisest, mis ei näita teatavatel asjaoludel piisava selgusega üksikute toodete väärtust. Sellele viitab tegusõna „võima" kasutamine esimeses lauses. Seepärast lähtus Euroopa Kohus kaudselt üksikjuhtumi hindamise vajadusest, mida nõuab direktiivis 2005/29 ka ühenduse seadusandja.

89. Sellest olenemata tuleneb nimetatud kohtuotsusest ühemõtteliselt, et Euroopa Kohus võttis seisukoha üksnes küsimuses, kas kõnealune Madalmaade kehtestatud lisahüvede andmise keeld on kooskõlas kaupade vaba liikumisega, võttes arvesse selle seaduses sätestatud vormi. Seetõttu ei saa Euroopa Kohtu järeldusi ilma pikemata üle kanda põhikohtuasjale. Sellest tulenevalt puudub argumendil, et lisahüvede kasutamine mis tahes kujul, olenemata konkreetsest vormist, on eksitav, igasugune alus.

90. Järelikult ei saa vaidlusalust õigusnormi, tõlgendatuna vastavalt Austria kohtupraktikale kitsendavalt, pidada direktiivi artikli 6 lõike 1 punktiga d kooskõlas olevaks.

Agressiivsed kaubandustavad direktiivi artikli 8 tähenduses

91. Seotud pakkumiste üldine liigitamine agressiivsete kaubandustavade kategooriasse ei tule samuti kõne alla, kuna see eeldab direktiivi artikli 8 kohaselt keskmise tarbija valikuvõi käitumisvabaduse kahjustamist seoses konkreetse tootega, muu hulgas ahistamise, sunni või füüsilise jõu abil.

92. See tunnus ei ole aga seotud pakkumistele tüüpiline ja see puudub ka põhikohtuasjas. Seega ei ole vaidlusalune norm, hoolimata kitsendavast tõlgendusest, direktiivi artikliga 8 kooskõlas.

– Direktiivi 2005/29 artikli 5 lõige 2

93. Direktiivi kohaselt tuleb keeld lisaks kõne alla ainult siis, kui kaubandustava osutub ebaausaks, kuna see on vastuolus ametialase hoolikuse nõuetega või seoses mingi tootega moonutab oluliselt või tõenäoliselt moonutab oluliselt keskmise tarbija majanduskäitumist. Selleks peavad olema

kumulatiivselt täidetud artikli 5 lõike 2 punktide a ja b koosseisutingimused. [71]

94. Küsimust, kas UWG § 9a lõike 1 punkt 1 on direktiivi 2005/29 artikli 5 lõikega 2 kooskõlas, tuleb omakorda uurida kahes etapis. Esmalt tuleb hinnata, kas UWG § 9a lõike 1 punkti 1 säte, arvestades juba mainitud kitsendavat tõlgendust, kehtestab keelu osas samad õiguslikud nõuded nagu direktiiv. Kui vastus on jaatav, tuleb uurida, kas kõnealune liikmesriigi õigusnorm hõlmab üksnes olukordi, mis tuleb hinnata ebaausaks artikli 5 lõike 2 tähenduses.

Keskmise tarbija käitumise olulise moonutamise tõenäosus

Õiguslike nõuete kattuvus

95. Vaidlusalune õigusnorm kattub sisuliselt valdavas osas direktiivi 2005/29 nõuetega vähemasti artikli 5 lõike 2 punktis b sätestatud nõude puhul, kuna ka Austria kohtute kitsendava tõlgenduse kohaselt on selleks, et lisahüve käsitada UWG § 9a lõike 1 punkti 1 tähenduses keelatuna, vajalik, et selle väljakuulutamine, pakkumine või andmine on „objektiivselt selline, mis võib mõjutada sihtrühmaks olevate tarbijate käitumist". Võimalusele anda Austria kohtupraktikas väljatöötatud nõudele artikli 5 lõike 2 punkti b mõttes teistsugune tähendus viitab eelotsusetaotluse esitanud kohus oma eelotsuses pealegi ka ise. [72] Selles osas kahtlused puuduvad, eeldusel et kõnealuse valdavalt identselt sõnastatud siseriikliku nõude puhul lähtutakse samast tähendusest nagu ühenduse õiguse puhul.

Kohaldamisala kattuvus

96. „Tarbija majanduskäitumise oluline moonutamine" on vastavalt artikli 2 punktis e sätestatud legaaldefinitsioonile „kaubandustava järgimine eesmärgiga märgatavalt

71 – Selle kohta eespool 57. joonealuses märkuses viidatud Abbamonte, G., lk 21; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, lk 58, ja Maione, N., „Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE", *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, lk 1068.

72 – Vt eelotsusetaotluse lk 10.

kahjustada tarbijate võimet teha teadlikke valikuid, pannes tarbija seetõttu tegema tehinguotsust, mida ta muul juhul ei oleks teinud". Selle sätte eesmärk on kaitsta tarbija otsustamisvabadust. [73]

97. Kuigi eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib oma eelotsuse küsimuses üldiselt, kas UWG § 9a lõike 1 punkt 1 on direktiiviga kooskõlas, ei ole põhikohtuasja seisukohast oluline UWG § 9a lõike 1 punkti 1 kooskõla kõikide selle alla kuuluvate olukordade puhul (ajakirjad ja preemiad), vaid üksnes ajakirjade ja auhinnamängude sidumise puhul. Ka pooled viitavad oma märkustes eelkõige väga eriomasele ja tarbijakaitse seisukohast problemaatilisele seotud tehingute vormile. Seetõttu tuleb selle konkreetse kaubandustava mõju tarbijate käitumisele järgnevalt lähemalt uurida.

98. Austria valitsuse arvates on eespool nimetatud nõue seoses kaupade ja auhinnamängude sidumisega täidetud. [74] Austria valitsus selgitab, et just perioodiliste trükiste puhul, mille numbrihind on suhteliselt madal nagu põhikohtuasjas, teeb tarbija otsuse põhikauba ostmiseks võiduvõimaluse tõttu ebaratsionaalsetel põhjustel. Just siin võib auhinnamängus tasuta osalemise väljavaade, millega kaasneb ebaproportsionaalselt suure võidu võimalus, tarbija ostukäitumist meediasektoris oluliselt mõjutada.

99. Austria valitsusega tuleb nõustuda selles osas, et auhinnamängude kasutamine reklaamis võib äratada inimestes kergesti mängukihu. Nagu selgitasin juba oma ettepanekus kohtuasjas Plus, [75] tõmbavad sellised mängud inimesi ligi muu hulgas ka väga suurte võitude võitmise võimaluse tõttu. Nende kasutamine võib äratada võimalike klientide tähelepanu ja suunata neid valitud reklaamistrateegia abil teatava eesmärgi poole. Seetõttu ei või üldise

73 – Mitte aga tarbija majandushuvi. Eespool 57. joonealuses märkuses viidatud Abbamonte, G., lk 23, kohaselt tuleneb see säte põhieeldusest, et ebaausad kaubandustavad moonutavad üldjuhul tarbija eelistusi, kahjustades tarbija otsustamisvabadust või -võimet. Selle tulemusena võivad tarbijad osta kaupa, mida nad ei vaja või mida nad muidu – ilma sekkumiseta – peaksid väheväärtuslikuks. Direktiivi 2005/29 artikli 5 lõike 2 punkt b ei sea siiski tingimuseks tarbija majanduslikku kahju. Autori arvates ei oleks selline kooseisunõue olnud põhjendatud, kuna see oleks oluliselt langetanud tarbijakaitse taset Euroopa Liidus.

74 – Vt Austria valitsuse märkused, punkt 51, lk 20.

75 – Viidatud eespool 20. joonealuses märkuses, ettepaneku punkt 93.

lähenemisviisi korral jätta tähelepanuta esitatud argumenti, et selline kaubandustava võib tarbija ostukäitumist meediasektoris teatavatel asjaoludel oluliselt mõjutada.

100. Siiski on kaheldav, kas selline üldistav lähenemisviis on ilma pikemata kooskõlas ühenduse õiguse nõuetega, sest nagu juba näidatud, nõuab direktiiv 2005/29 esiteks, et järelduse tegemiseks konkreetse kaubandustava ebaaususe kohta peavad siseriiklikud kohtud ja ametiasutused üksikjuhtumi asjaolusid ulatuslikult hindama, [76] teiseks peab direktiiv asjaomase reklaamimeetme toimeviisi uurimise eesmärgil oluliseks seda, kuidas tajub meedet keskmine tarbija või tarbijarühma keskmine liige.

101. Nagu nähtub põhjendusest 18, vastab direktiivis 2005/29 kasutatud keskmise tarbija mõiste Euroopa Kohtu praktikas väljatöötatud tarbija kuvandile [77], kes on „piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik ja arukas", kusjuures arvesse võetakse „sotsiaalseid, kultuurilisi ja lingvistilisi näitajaid". Põhjenduse 18 viimases lauses selgitatakse keskmise tarbija mõistet lähemalt, kusjuures rõhutatakse, et „keskmise tarbija test ei ole statistiline test". Lisaks nõutakse, et „siseriiklikud kohtud või asutused peavad iga juhtumi puhul kasutama keskmise tarbija tüüpilise reaktsiooni kindlaksmääramisel oma otsustusvõimet, võttes arvesse Euroopa Kohtu praktikat".

102. Euroopa Kohtu välja töötatud meetod, mille alusel uuritakse reklaamimeetme mõju keskmisele tarbijale, tugineb proportsionaalsuse põhimõttele. See peab oluliseks tagada, et tarbijakaitse eesmärk ja vajadus edendada kaupade liikumist vabale konkurentsile avatud siseturul oleksid sobivas tasakaalus. Ühenduse seadusandja kodifitseerib selle meetodi direktiiviga 2005/29, kusjuures uurimise ülesande usaldab ta – kooskõlas

76 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 76–78.

77 – Vt tarbija kuvandi kohta Euroopa Kohtu praktikas 16. jaanuari 1992. aasta otsus kohtuasjas C-373/90: X (EKL 1992, lk I-131, punktid 15 ja 16); 16. juuli 1998. aasta otsus kohtuasjas C-210/96: Gut Springenheide ja Tusky (EKL 1998, lk I-4657, punkt 31); 4. mai 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-108/97 ja C-109/97: Windsurfing Chiemsee (EKL 1999, lk I-2779, punkt 29); 13. jaanuari 2000. aasta otsus kohtuasjas C-220/98: Estée Lauder (EKL 2000, lk I-117, punkt 27); 21. juuni 2001. aasta otsus kohtuasjas C-30/99: komisjon *vs.* Iirimaa (EKL 2001, lk I-4619, punkt 32); 24. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-99/01: Linhart ja Biffl (EKL 2002, lk I-9375, punkt 31); 8. aprilli 2003. aasta otsus kohtuasjas C-44/01: Pippig Augenoptik (EKL 2003, lk I-3095, punkt 55); 12. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-363/99 Koninklijke KPN Nederland (EKL 2004, lk I-1619, punkt 77); 12. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-218/01: Henkel (EKL 2004, lk I-1725, punkt 50); 9. märtsi 2006. aasta otsus kohtuasjas C-421/04: Matratzen Concord (EKL 2006, lk I-2303, punkt 24) ja 19. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-356/04: Lidl Belgium (EKL 2006, lk I-8501, punkt 78).

Euroopa Kohtu praktikaga – siseriiklikele kohtutele ja ametiasutustele. Sellega hoitakse ära oht, et ühte ja sama kaubandustava hinnatakse liikmesriikides erinevalt, misläbi suurendatakse omakorda õiguskindlust tarbijate ja konkurentide jaoks. [78]

103. Lähtumist „piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikust ja arukast keskmisest tarbijast" tuleb õiguslikult tõlgendada nii, et proportsionaalse suhte säilitamiseks mõlema eesmärgi vahel tuleb artikli 5 lõike 2 punkti b koosseisutingimuste täidetusele esitada vastavalt kõrged nõuded. Sellest tulenevalt ei tohi iga kaubandustava käsitada koosseisutingimustele vastavana ainuüksi seetõttu, et see võib ostuotsust mõjutada. Ühenduse õiguse vaatenurgast oodatakse tarbijalt pigem teatavate kaubandustavade kahjuliku mõju tuvastamist ja vastavalt ratsionaalset käitumist. [79] See on järjekindel ka õigusloomepoliitiliselt, kui ei soovita mis tahes vormis reklaami, mis võib teatavatel asjaoludel olla küll provotseeriv, kuid on üldiselt hinnatud ohutuks, käsitada kohe ebaausana ja seega keelamist vajavana. [80]

104. Nagu põhikohtuasja kostja minu hinnangul õigesti selgitab, [81] on keskmine tarbija praegu üldjuhul teadlik sellest, et reklaam ja müügi edendamine ei püüa vabas turumajanduses võita kliente mitte ainult kauba hinna ja kvaliteediga, vaid lubavad ka mitmesugust lisakasu. Lisakasu võib olla emotsionaalse olemusega, tulenedes näiteks reklaamiga tekitatavast vabaduse või sõltumatuse või teatavasse sotsiaalsesse rühma kuuluvuse tundest, või seisneda majanduslikus kasus, näiteks lisahüvede saamises. Seepärast on loogiline jätta piisavalt informeeritud ja mõistlikult tä-

78 – Eespool 57. joonealuses märkuses viidatud Abbamonte, G., lk 25, viitab sellele, et ühenduse seadusandja kodifitseerib nüüd direktiiviga 2005/29 selle meetodi, mille mõne liikmesriigi kohtud jätsid kohaldamata. Autor on seisukohal, et seeläbi piiratakse sama kohtupraktika erineva hindamise ohtu Euroopa Liidus ja suurendatakse õiguskindlust. Samamoodi ka eespool 38. joonealuses märkuses viidatud Wiebe, A., lk 75, ja Micklitz, H. W., „Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG", *Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel, 2006, lk 311. Eespool 58. joonealuses märkuses viidatud Weatherill, S., lk 135, selgitab, et lähtumine keskmisest tarbijast võib tarbijate erineva käitumise tõttu tunduda küll kunstlik, kuid on toimiva ja ühtlustatud reguleeriva süsteemi tagamiseks hädavajalik.

79 – Lecheler, H.„Verbraucherschutz", teoses *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (väljaandja Manfred Dauses), Band 2, München, 2004, H. V, punkt 27, lk 11, tõlgendab Euroopa Kohtu praktikat (viidatud käesoleva ettepaneku 77. joonealuses märkuses) nii, et põhimõtteliselt lähtutakse arukast ja kaalutletult toimivast tarbijast, kes suudab orienteeruda ja otsuseid langetada.

80 – Nt eespool 71. joonealuses märkuses viidatud Maione, N., lk 1068, viitab sellele, et vastavalt seadusandja tahtele ei tule keelata mitte igasugust kaubandustava, mis mõjutab tarbija ostukäitumist, vaid ainult selliseid tavasid, mis on vastuolus ametialase hoolikuse nõudega, mõjutades tarbija otsustusvabadust.

81 – Vt põhikohtuasja kostja märkused, lk 10.

helepanelikule ja arukale keskmisele tarbijale õigus ühenduse õiguses kindlaks määratud raamides otsustada, kas osta toode reklaamitud eeliste tõttu või hoopiski kvaliteedi või koguni madala hinna tõttu. [82]

patroneerimist. [83] Ühtlasi piiraks see ebaproportsionaalselt kaupade vaba liikumist ja teenuste osutamise vabadust. Selline keeld läheks nimelt kaugemale sellest, mis on vajalik nii tarbijate huvide kui ka kaupade vaba liikumise ja teenuse osutamise vabaduse arvestamiseks.

Vahejäreldus

105. Iga seaduses sätestatud põhimõttelise keeluga kaasnev eeldus, et kauba ja auhinnamängu mis tahes sidumine, olenemata selle tegelikust mõjutamisvõimest ning asjaomase sihtrühma eripäradest, on ohtlik ja tuleb seetõttu keelata, ei vastaks siiski ühenduse õiguses välja kujundatud tarbija kuvandile. Lõppkokkuvõttes tajutaks seda kui tarbija

106. Kokkuvõttes tuleb tuvastada, et UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sisalduv seotud pakkumiste keeld, tõlgendatuna vastavalt Austria kohtupraktikale kitsendavalt, põhineb õigusloomega seotud kaalutlusel, mis ei vasta direktiivi 2005/29 nõuetele.

107. Kuigi sellest järeldusest piisab, et vastata esimesele eelotsuse küsimusele jaatavalt, uurin järgnevalt, vastates eelotsusetaotluse esitanud kohtu ja Austria valitsuse märkustele,

82 – Vt selle kohta ka eespool 39. joonealuses märkuses viidatud Kucsko, G., lk 709, kes kahtleb, et argumendid, mis olid aluseks 1929. aasta preemiaid käsitlevale seadusele (millele UWG § 9a lõike 1 punkt 1 lõppkokkuvõttes tugineb), on praegu veel määrava tähtsusega. Tarbija on tänapäeval palju kriitilisem ja arukam. Ka reklaamimaastik on viimastel aastakümnetel oluliselt muutunud. Tarbija puutub reklaamiga – mis ei ole alati sugugi mitte ratsionaalne – kokku tunduvalt suuremal määral ja on sellega harjunud. Teatavate kaubamärkide „maine" on seotud assotsiatsioonidega, millel ei ole enam ammu midagi ühist toote tegelike omadustega. Teiselt poolt ei ole aga tarbijate kriitiline otsustusvõime tänu objektiivsete võrdlustestide avaldamisele, kontrollitähistele, kriitilistele tarbijalehtedele jmt paranenud mitte ainult asjaomaste testitoodete osas, vaid ka üldiselt. Tarbija suudab seetõttu täna tunduvalt paremini hinnata, kas ta tahab lasta ennast „ebaratsionaalselt ahvatleda" või on põhikauba hind tema jaoks liiga kõrge. Lisahüve näol saab ta pealegi rohkem kui mittemateriaalse „maine", ta saab reaalse kauba või teenuse. Patroneeriva olemusega argument, et tarbijaid soovitakse kaitsta, ei ole tänapäeval enam veenev.

83 – Eespool 17. joonealuses märkuses viidatud Heidinger, R., lk 46, ja Wittmann, H., „EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?", *Medien und Recht*, 6/2008, lk 284, ühinevad eelotsusetaotluse esitanud kohtu poolt eelotsusetaotluses esitatud kahtlustega. Nad viitavad sellele, et direktiivi 2005/29 artikli 5 lõike 2 aluseks olev aruka tarbija kuvand ei kinnita oletust, et põhikohtuasjas on tegemist ebaausa kaubandustavaga. Sedavõrd ulatuslik tarbijakaitse on vastuolus kuvandiga, mis on loodud arukast tarbijast, kellel peab põhimõtteliselt olema ka võimalus teha oma majandusotsused ebaratsionaalsete kaalutluste alusel.

teise võimalusena vaidlusaluse õigusnormi kooskõla direktiivi artikli 5 lõike 2 muude tingimustega.

Ametialase hoolikuse nõude rikkumine

Kooskõla õiguslike nõuetega

108. Ilmselge erinevus direktiivi sätetest nähtub sellest, et vaidlusaluse õigusnormiga loobutakse ka kitsendava tõlgenduse puhul täielikult ametialase hoolikuse nõude rikkumise olulisest eeltingimusest, mis on sätestatud direktiivi artikli 5 lõike 2 punktis a.

109. Austria valitsus märgib sellega seoses, et ametialase hoolikuse nõue on tegelikult vaidlusaluse õigusnormi alus, kuna sellega taotletakse konkurentsi kaitset tarbijate mängukihu ärakasutamisega kaasnevate ohtude eest. Ametialase hoolikuse nõudest kinnipidamist peab igal üksikjuhul, olenevalt eriomastest kutsenõuetest, kontrollima kohus. [84] Seda väidet tuleb mõista nii, et vaidlusaluse siseriikliku õigusnormiga tuleb üle võtta ka see nõue, toimugu see siis pädeva kohtu korrigeeriva tõlgenduse kaudu.

110. Need siseriikliku õiguse kohta esitatud märkused ei ole siiski veenvad, eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab selles osas pealegi sõnaselgelt sellele, et Austria kohtud ei ole siin – erinevalt nende suutlikkusest juba mainitud tarbijate käitumise olulise moonutamise nõude puhul [85] – suutelised kontrollima, kas lisahüve väljakuulutamine, pakkumine või andmine on ka tegelikult ebaaus, kuna see on vastuolus ametialase hoolikuse nõuetega. [86] Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb seetõttu selles, kas lisahüvede üldine keeld, mida näeb ette UWG praegune redaktsioon, saab olla direktiiviga 2005/29 kooskõlas.

Vahejäreldus

111. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu arutluskäik kinnitab seega minu arusaama, et UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sisalduv seotud

84 – Vt Austria valitsuse märkused, punkt 47, lk 19.

85 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 95.

86 – Vt eelotsusetaotluse lk 10.

pakkumiste keeld ei vasta direktiivi sätetele ka artikli 5 lõike 2 punktis a sisalduva nõude osas. Seega ei saa vaidlusaluse õigusnormi puhul tuvastada vastavust direktiivi artikli 5 lõike 2 punktis a sätestatud õiguslike nõuetega. Ei ole ka näidatud, et ausaid kaubandustavasid reguleeriv Austria õigus sisaldaks mõnda muud nõuet, mis vastaks üldjoontes direktiivi artikli 5 lõike 2 punktis a sätestatud õiguslikele nõuetele.

112. Pidades silmas asjaolu, et sellest piisab, et järeldada vaidlusaluse õigusnormi vastuolu direktiivi 2005/29 artikli 5 lõikega 2, ei pea ma vajalikuks jätkata uurimist direktiivi selle sätte alusel.

c) Järeldus

113. Selline siseriiklik õigusnorm nagu käesolevas tõlgenduses UWG § 9a lõike 1 punkt 1, mis sätestab seotud pakkumiste põhimõttelise keelu, ilma et näeks ette võimaluse võtta piisavalt arvesse iga üksikjuhtumi asjaolusid, on oma olemuselt direktiivist 2005/29 rangem ja piiravam.

114. Eeltooduga seoses tuleb tõdeda, et UWG § 9a lõike 1 punkt 1 puudutab valdkonda, mis tuleb täielikult ühtlustada ja mille suhtes direktiivi 2005/29 artikli 3 lõike 5 üleminekusätteid ei kohaldata. Ükski menetlusosaline ei ole ka väitnud, et vaidlusalune siseriiklik õigusnorm tuleb liigitada ühte direktiivi põhjenduses 9 nimetatud valdkonda.[87] Sama vähe on kohaldatav direktiivi artikli 3 lõikes 9 sätestatud erand.

115. UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sisalduv seotud pakkumiste põhimõtteline keeld, tõlgendatuna kitsendavalt, nagu eespool näidatud, toob lõppkokkuvõttes kaasa selle, et direktiivi I lisas sisalduvat keelatud kaubandustavade ammendavat loetelu laiendatakse, kuid just see on liikmesriikidel keelatud, kuna direktiiviga 2005/29 on ette nähtud täielik ja

87 – Nagu eespool 21. joonealuses märkuses viidatud Schuhmacher, W., lk 131, paikapidavalt märgib, on direktiivi 2005/29 põhjenduses 9 loetletud teatavad täieliku ühtlustamise piirangud. Siiski ei ole ükski käesoleva eelotsusemenetluse osaline sõnaselgelt väitnud, et need piirangud on kohaldatavad põhikohtuasjale. See ei tundu nii olevat ka objektiivse analüüsi korral.

maksimaalne ühtlustamine.[88] Arvestades asjaolu, et artikli 5 lõike 5 kohaselt saab seda loetelu muuta ainult kõnealust direktiivi läbi vaadates, st EÜ artiklis 251 ette nähtud kaasotsustamismenetluse teel, on liikmesriikidel keelatud loetelu ühepoolselt täiendada.

116. Eespool toodud kaalutlustele tuginedes järeldan, et selline liikmesriigi õigusnorm nagu UWG § 9a lõike 1 punktis 1 sätestatud keeld ei vasta, hoolimata kitsendavast tõlgendamisest, direktiivi 2005/29 nõuetele.

Komisjoni esitatud müügi edendamist siseturul käsitleva määruse ettepaneku tagasivõtmine

117. Austria valitsuse teatavad argumendid tuginevad sätetele komisjoni ettepanekus võtta vastu määrus müügi edendamise kohta siseturul, mille aga komisjon lõpuks tagasi võttis.[89] Kõnealused sätted sisaldasid muu hulgas norme, mis puudutasid kinkide, tasuta lisahüvede või auhinna- ja õnnemängudes osalemise võimaluse pakkumist. Austria valitsuse arvates saab selle eelnõu tagasivõtmise põhjal järeldada, et valdkond, mida müügi edendamist käsitlev määruse eelnõu oleks hõlmanud, on endiselt reguleerimata ja ei kuulu direktiivi 2005/29 kohaldamisalasse.

118. Seda, millised on komisjoni ettepaneku tagasivõtmise õiguslikud tagajärjed seotud pakkumiste keelu õiguslikule käsitlemisele, selgitasin põhjalikult juba oma ettepanekus liidetud kohtuasjades VTB-VAB ja Galatea[90] ning ettepanekus kohtuasjas Plus[91]. Ajendiks olid Belgia ja Saksamaa valitsuse poolt nimetatud kohtuasjades esitatud sisuliselt identsed argumendid. Ettepanekutes selgitasin, miks ei võimalda minu hinnangul ei komisjoni ettepanek võtta vastu määrus müügi edendamise kohta siseturul ega õigusloomemenetluse raames esitatud muudatusettepanekud teha järeldusi direktiivi 2005/29 tõlgendamise kohta.

88 – Eespool 57. joonealuses märkuses viidatud Abbamonte, G., lk 21, märgib, et liikmesriigid ei või direktiivi 2005/29 I lisas sisalduvat keelatud kaubandustavade ammendavat loetelu ise täiendada. Kui see oleks neile lubatud, tooks see kaasa direktiiviga taotletud täielikust ühtlustamisest kõrvalehoidmise, mis kahjustaks õiguskindluse eesmärki. Eespool 14. joonealuses märkuses viidatud Keirsbilck, B., lk 522, peab I lisas sisalduvat keelatud kaubandustavade loetelu ammendavaks.

89 – Komisjoni 15. jaanuari 2002. aasta ettepanek Euroopa Parlamendi ja nõukogu määruse vastuvõtmiseks müügi edendamise kohta siseturul (KOM(2001) 546 (lõplik)).

90 – Viidatud eespool 15. joonealuses märkuses, ettepaneku punktid 90–94.

91 – Viidatud eespool 20. joonealuses märkuses, ettepaneku punktid 106–111.

119. Eespool nimetatud ettepanek puudutab nimelt ühenduse õigusnormi, mis ei ole aga mitte kunagi jõustunud ja millest ei ole seetõttu mitte kunagi saanud ühenduse õiguskorra osa. Seetõttu ei saa seda võtta ilma pikemata tõlgendamise esemeks. See kehtib veelgi enam siis, kui komisjon võtab selle ettepaneku, nagu oli tegemist nimetatud määruse ettepaneku puhul, omal algatusel tagasi. Tuleb meenutada, et komisjonil on vaid algatusõigus ja seetõttu võimalus võtta oma ettepanekud tagasi. Lisaks sellele tuleb arvestada, et nõukogu ja parlament võivad kõnealuseid ettepanekuid õigusloomemenetluse raames oluliselt muuta, seega saab neid tõlgendamise abivahendina kasutada vaid mööndustega. [92] Sellise määruse lõpliku redaktsiooni kohta saab seetõttu teha vaid oletusi. Seega ei saa selline ettepanek tekitada õiguspärast ootust.

120. Liikmesriik ei saa tugineda õiguspärase ootuse kaitsele eelkõige siis, kui ta on osalenud olulisel määral mõlemas õigusloomemenetluses. Määruse ja direktiivi 2005/29 väljatöötamine kulgesid osaliselt üheaegselt. Nõukogus esindatud liikmesriigi põhiseadusliku esindajana osales Austria valitsus mõlemas õigusloomeprotsessis olulisel määral ja oli pidevalt informeeritud nende edenemisest. Seega ei saa ta kehtivalt tugineda väitele, et ta ei olnud õigusloomeprotsesside käigust teadlik.

121. Euroopa Kohus on rõhutanud nõukogus esindatud liikmesriikide valitsuste erivastutust direktiivide ülevõtmisel. Kuna viimased osalevad direktiivide ettevalmistamisel, on Euroopa Kohus leidnud, et nad peavad määratud tähtaja jooksul suutma välja töötada vajalikud õigusnormid direktiivide rakendamiseks. [93]

122. Hiljemalt komisjoni ettepaneku tagasivõtmise ajaks [94] oleks Austria valitsus pidanud vajaduse korral kontrollima, millises ulatuses

92 – Vt minu 29. oktoobri 2009. aasta ettepanek veel menetluses olevas kohtuasjas C-484/08: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, ettepaneku punkt 83. Selle kohta Riesenhuber, K., „Die Auslegung", teoses *Europäische Methodenlehre*, Berlin, 2006, lk 257, punkt 31. Autor selgitab, et Euroopa eraõiguses, mille puhul on tegemist eelloo ja tekkelooga, on ajaloolisel tõlgendusel keskne osa. Kui tõlgendamine taotleks eesmärki anda edasi seadusandja tahet, tuleks esmalt määrata, kelle tahe on otsustav. Demokraatlikult legitimeeritud seadusandjaks on vaid õigusloomeorganid, kelle heakskiidul õigusakt igal üksikjuhul põhineb. Eri institutsioonid tuleb aga vaid ära kuulata, ja ka komisjonil on vaid algatusõigus ja ettepanekute tagasivõtmise võimalus; komisjoni ettepanekuid saab õigusloomemenetluse käigus piiramatult muuta. Kui komisjoni ettepanekuid ja/või soove üle ei võeta, võib nendest parimal juhul (kuid mitte siduvalt) tuleneda vaid *a contrario* argument.

93 – 1. märtsi 1983. aasta otsus kohtuasjas 301/81: komisjon *vs.* Belgia (EKL 1983, lk 467, punkt 11) ja 23. novembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-319/99: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2000, lk I-10439, punkt 10).

94 – Komisjoni otsus võtta tagasi määruse ettepanek avaldati Euroopa Liidu Teatajas (ELT 2006, C 64, lk 3). Komisjon oli aga sellest otsusest teatanud juba 27. septembri 2005. aasta teatises „Seadusandjale esitatud seadusandlike ettepanekute sõelumise tulemus" (KOM (2005) 462 (lõplik), lk 10).

laieneb direktiivi 2005/29 esemeline kohaldamisala ka kavandatud määrusega hõlmatud valdkondadele. Kohustus nii toimida oli ilmselge, kuna esialgse versiooni kohaselt oli direktiivi eesmärk esiteks kehtestada ühenduse tarbijakaitset käsitleva õiguse valdkonnas üldised täiendavad eeskirjad ja teiseks saavutada ebaausaid kaubandustavasid puudutavate liikmesriikide õigusnormide täielik ühtlustamine. [95] Tagasivõtmine toimus ajal, mil direktiivi 2005/29 ülevõtmise tähtaeg ei olnud veel möödunud, mistõttu pidi Austria seadusandja siseriikliku õiguse muutmisel sellega arvestama.

124. Järelikult tuleb asjaomane väide tagasi lükata.

5. Järeldused

125. Kokkuvõtteks tuleb märkida, et seda, et vaidlusalune siseriiklik õigusnorm ei ole direktiivi 2005/29 nõuetega kooskõlas, toetab kõigepealt asjaolu, et põhimõttelise keeluna kujundatud siseriiklik õigusnorm on sellise ülesehitusega, mis ei võimalda konkreetse kaubandustava ausust hinnata igal üksikjuhul samasugusel määral nagu direktiiv. [97]

123. Kokkuvõtteks tuleb märkida, et Euroopa Kohus ei süvenenud kohtuotsuses VTB-VAB ja Galatea Belgia valitsuse samasisulistesse argumentidesse, näidates kaudselt seda, et ta ei nõustu nende argumentidega. See on lõpuks leidnud kinnitust ka kohtuotsuses Plus. [96]

126. Lisaks tuleb tõdeda, et vaidlusaluses siseriiklikus õigusnormis ei saa – ka juhul, kui võtta aluseks Austria valitsuse kitsendav tõlgendus – näha direktiivi artikli 5 lõigete 2, 4 ja 5 nõuetekohast ülevõtmist. See tuleneb sellest, et siseriiklikus õiguses sätestatud tingimused ei vasta direktiivis sätestatud ebaausaks kaubandustavaks klassifitseerimise tingimustele või ei saa neid tõlgendada kooskõlas direktiiviga.

95 – Nii ka eespool 18. joonealuses märkuses viidatud Stuyck, J., lk 161, kes oletab, et mõni liikmesriik ei olnud tõenäoliselt teadlik sellest, et tagasivõetud määruse ettepaneku sätted, mis puudutasid ettevõtjate ja tarbijate vahelisi suhteid, lisati lõpuks ikkagi direktiivi 2005/29 (pidades silmas direktiiviga taotletavat täielikku ühtlustamist).

96 – Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Plus, punkt 33.

97 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 76–79.

127. Kuna selline seotud pakkumiste keeld, nagu on sätestatud UWG § 9a lõike 1 punktis 1, on direktiiviga 2005/29 vastuolus, ei ole põhivabaduste võimalikku rikkumist vaja käsitleda. [98]

128. Eeltoodut arvestades tuleb esimesele eelotsuse küsimusele vastata nii, et direktiivi 2005/29/EÜ sätetega on vastuolus siseriiklikud õigusnormid, mille kohaselt ei ole lubatud välja kuulutada, et antakse tasuta lisahüvesid, ega selliseid hüvesid pakkuda või anda seoses perioodiliste trükistega ning välja kuulutada, et antakse tasuta lisahüvesid seoses muude kaupade või teenustega, välja arvatud ammendavalt loetletud erandid, ilma et oleks vaja igal üksikjuhtumil kontrollida, kas selline kaubandustava on eksitav, agressiivne või muul viisil ebaaus, ning seda ka juhul, kui need õigusnormid ei teeni mitte ainult tarbijakaitse huve, vaid ka muid eesmärke, mida direktiivi esemeline kohaldamisala ei hõlma, näiteks meedia mitmekesisuse säilitamine või nõrgemate konkurentide kaitse.

129. Lõpetuseks tuleb sellega seoses meenutada, et – erinevalt arvamusest, millel näib olevat eelotsusetaotluse esitanud kohus [99] – ühenduse õigus ei nõua vastavalt Euroopa Kohtu praktikale [100], et siseriiklikud kohtud jätaksid eraõiguslike isikute vahelises kohtuvaidluses siseriikliku õiguse, mis ei ole direktiiviga kooskõlas, kohaldamata.

C. Teine eelotsuse küsimus

130. Mõistliku tõlgendamise korral on teise eelotsuse küsimuse eesmärk sisuliselt paluda Euroopa Kohtult selgitust selle kohta, kas teatavat kaubandustava saab asjaoludel, mis eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates on ilmselgelt olemas, käsitada „ebaausana" direktiivi 2005/29 artikli 5 lõike 2 tähenduses. Eelotsusetaotluse esitanud kohus lähtub oma märkustes täpsemalt eeldusest, et „seoses ajalehe ostmisega antav võimalus osaleda auhinnamängus ei ole vähemalt osale sihtrühmast küll ainus, kuid siiski määrav põhjus ajalehe ostmiseks". See tunnus on oluline eeskätt selle

98 – Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus VTB-VAB ja Galatea, punkt 67.

99 – Vt eelotsusetaotluse punkt 2.2, lk 13. Selles lähtub eelotsusetaotluse esitanud kohus enda sõnul sellest, et UWG § 9a lõike 1 punkt 1 jääks „esemetuks" juhul, kui Euroopa Kohus peaks vastama esimesele eelotsuse küsimusele jaatavalt.

100 – Vt direktiivide horisontaalse vahetu õigusmõju kohta eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Marleasing, punkt 6; eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Faccini Dori, punkt 24 jj; 26. septembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-443/93: Unilever Italia (EKL 2000, lk I-7535, punkt 50). Vt seoses ühenduse õiguses sätestatud riigivastutuse nõudega, juhul kui siseriiklikke õigusnorme ei tõlgendata direktiiviga kooskõlas oleval viisil, 8. oktoobri 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-178/94, C-179/94 ja C-188/94–C-190/94: Dillenkofer jt (EKL 1996, lk I-4845); 24. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-111/97: EvoBus Austria (EKL 1998, lk I-5411, punktid 27 ja 28) ja 28. oktoobri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-81/98: Alcatel Austria (EKL 1999, lk I-7671, punktid 49 ja 50).

väljaselgitamisel, kas konkreetsel juhul on tegemist keskmise tarbija majanduskäitumise olulise moonutamisega direktiivi artikli 5 lõike 2 punkti b tähenduses.

131. Direktiivi artikli 5 lõike 2 punktis b selgitatakse, et esmajoones on oluline teatava kaubandustava mõju sellise keskmise tarbija majanduskäitumisele, kes puutub kaubandustavaga seotud tootega kokku või kellele see on suunatud. See direktiivi säte ei võta siiski Euroopa Kohtu väljatöötatud uurimismeetodit mitte ainult üle, vaid täpsustab seda, kohandades seda olukordadele, mis puudutavad erirühmade huve. [101] Kui teatav kaubandustava on suunatud teatavale tarbijarühmale, on määrav see, kas kõnealune kaubandustava oluliselt moonutab või tõenäoliselt oluliselt moonutab selle rühma keskmise tarbija majanduskäitumist. Selle uurimise puhul tuleb lähtuda keskmise tarbija vaatenurgast, kusjuures arvesse tuleb võtta tema ootusi ja eeldatavaid reaktsioone. [102]

132. Arvestades asjaolu, et põhikohtuasja kostja ajalehes avaldatud kutse osaleda auhinnamängus ilmus ilmselgelt päevalehes ja mitte näiteks spordilehes, tuleb siseriiklikul kohtul kontrollida, mil määral võib see pakkumine olla suunatud konkreetsele lugejate rühmale, mistõttu tuleb kohaldada seda teist hindamiskriteeriumi.

133. Sellest olenemata tuleb meenutada, et selleks et teha järeldust kaubandustava ebaaususe kohta artikli 5 lõike 2 tähenduses, peavad olema kumulatiivselt täidetud punktide a ja b koosseisutingimused. [103] Seega peaks põhikohtuasjas olema tegemist ka ametialase hoolikuse nõuete rikkumisega. Mõiste „ametialane hoolikus" on direktiivi artikli 2 punktis h määratletud kui „erioskuste tase ja hoolikus, mille kasutamist tarbijate suhtes võib ettevõtjalt õigustatult eeldada, ja mis on vastavuses ausate kaubandustavadega ja/või hea usu üldpõhimõttega ettevõtja tegevusalal". Seda, kas põhikohtuasjas on tegemist sellise rikkumisega, peab siseriiklik kohus igal üksikjuhul hindama.

134. Järelikult tuleb teisele eelotsuse küsimusele vastata nii, et seoses ajalehe ostmisega antav võimalus osaleda auhinnamängus ei ole üksnes seetõttu, et selline osalemise võimalus ei ole vähemalt osale sihtrühmast küll ainus, kuid siiski määrav põhjus ajalehe ostmiseks, ebaaus kaubandustava direktiivi 2005/29 artikli 5 lõike 2 tähenduses.

101 – Selle kohta ka eespool 57. joonealuses märkuses viidatud Abbamonte, G., lk 25, kes räägib selle uurimismeetodi täpsustamisest muutmise teel, juhul kui on puudutatud erirühmade huvid.

102 – Eespool 57. joonealuses märkuses viidatud Abbamonte, G., lk 25, toob näiteid selle sätte kohaldamise kohta. Kui teatav kaubandustava on suunatud teatavale tarbijarühmale, nt lastele või raketiinseneridele, tuleb lähtuda selle rühma keskmise liikme vaatenurgast. Lastesaate raames edastatava mänguasjade reklaami puhul tuleb autori arvates lähtuda kõnealuse sihtrühma keskmise lapse ootustest ja eeldatavatest reaktsioonidest ning jätta tähelepanuta sellised ootused ja reaktsioonid, mis on omased lapsele, kes on erandlikult ebaküps.

103 – Vt käesoleva ettepaneku punkt 93.

VII. Ettepanek

135. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Oberster Gerichtshofi esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. 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) – sätteid tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus selline siseriiklik õigusnorm nagu UWG § 9a lõike 1 punkt 1, mille kohaselt ei ole lubatud välja kuulutada, et antakse tasuta lisahüvesid, ega selliseid hüvesid pakkuda või anda seoses perioodiliste trükistega ning välja kuulutada, et antakse tasuta lisahüvesid seoses muude kaupade või teenustega, välja arvatud ammendavalt loetletud erandid, ilma et oleks vaja igal üksikjuhtumil kontrollida, kas selline kaubandustava on eksitav, agressiivne või muul viisil ebaaus, ning seda ka juhul, kui see õigusnorm ei teeni mitte ainult tarbijakaitse huve, vaid ka muid eesmärke, mida direktiivi esemeline kohaldamisala ei hõlma, näiteks meedia mitmekesisuse säilitamine või nõrgemate konkurentide kaitse.

2. Seoses ajalehe ostmisega antav võimalus osaleda auhinnamängus ei ole üksnes seetõttu, et selline osalemise võimalus ei ole vähemalt osale sihtrühmast küll ainus, kuid siiski määrav põhjus ajalehe ostmiseks, ebaaus kaubandustava direktiivi 2005/29 artikli 5 lõike 2 tähenduses.