



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 31. mail 2018¹

Liidetud kohtuasjad C-54/17 ja C-55/17

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
versus
Wind Tre SpA, varem Wind Telecomunicazioni SpA,
ja
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
versus
Vodafone Italia SpA, varem Vodafone Omnitel NV,
menetlusse astusid:
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,
Altroconsumo,
Vito Rizzo,
Telecom Italia SpA

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu))

Eelotsuse küsimus – Tarbijakaitse – Ebaausad kaubandustavad – Agressiivsed kaubandustavad – Inertsmüük – Direktiiv 2005/29/EÜ – Artikli 3 lõige 4 – Kohaldamisala – Telekommunikatsiooniteenus – Direktiiv 2002/21/EÜ – Direktiiv 2002/22/EÜ – SIM-kaardile teenuste eelseadistamine ilma tarbijat teavitamata

1. Liidu õiguses on direktiiviga 2005/29/EÜ² ette nähtud *üldine* tarbijakaitse süsteem ettevõtjate ebaausate kaubandustavade vastu ja muud *valdkondlikud* õigusaktid, mis tagavad tarbijate huvide kaitse üksikutes turuvaldkondades.

2. Üks valdkondlikest õigusaktidest on direktiiv 2002/22/EÜ,³ mis kaitseb kommunikatsiooniteenuste kasutajate õigusi. Selle seos tarbijakaitse üldise raamistikuga⁴ ei ole probleemivaba. Nende probleemide lahendamiseks, on direktiiviga 2005/29 kehtestatud nõue, et selle sätteid ei kohaldata juhul, kui tekib vastuolu liidu õiguse teiste õigusnormidega, millega reguleeritakse ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte.

1 Algkeel: hispaania.

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

3 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiv universaalteenuse ning kasutajate õiguste kohta elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste puhul (ELT 2002, L 108, lk 51; ELT eriväljaanne 13/29, lk 367), mida on muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. novembri 2009. aasta direktiiviga 2009/136/EÜ (ELT 2009, L 337, lk 11) (universaalteenuse direktiiv).

4 Lisaks kaitsele ebaausate kaubandustavade eest pakuvad tarbijaile kaitset ka teised direktiivid, näiteks need, mis on seotud kauglepingute või tarbijatega sõlmitud lepingute ebaõiglaste tingimustega.

3. Kohtuasjus, mis on tinginud selle eelotsusetaotluse, on vaja otsustada, milliste õigusaktidega on reguleeritud selliste mobiiltelefonide turustamine, mille SIM-kaardid⁵ sisaldavad eelseadistatud teenuseid, millest tarbijaid müügihetkel ei teavitatud.

4. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib selles kontekstis ja kokkuvõttes: a) kas sellise käitumise puhul on tegemist direktiivi 2005/29 tähenduses „inertsmüügiga“ või „agressiivse kaubandustavaga“; b) kas eespool nimetatud direktiivi artikli 3 lõike 4 kohaldamisel luuakse tingimused *muude* liidu õigusnormide ülimuslikuks kohaldamiseks, ning c) kas viimatinimetatutega saab samastada liidu õigusega liikmesriikidele usaldatud raamistikus vastu võetud riiklikke õigusnorme.

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

1. Direktiiv 2005/29

5. 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;

[...]

j) liigne mõjutamine – tarbija suhtes jõupositsiooni ärakasutamine surve avaldamiseks (sealhulgas kasutamata füüsilist jõudu või ähvardamata seda kasutada) viisil, mis märkimisväärselt piirab tarbija võimet teha teadlikke valikuid;

[...]“.

6. Artikli 3 sisu on järgmine:

„1. 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.

[...]

4. Kui käesoleva direktiivi sätted on vastuolus ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte reguleerivate muude [liidu] eeskirjadega, siis on viimati nimetatud eeskirjad ülimuslikud ning neid kohaldatakse kõnealuste konkreetsete aspektide suhtes.

[...]“.

5 SIM on lühend ingliskeelsest sõnaühendist *subscriber identity module* (abonendi tuvastusmoodul).

7. Artiklis 5 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.

[...]

4. Eelkõige on ebaausad need kaubandustavad, mis:

a) on eksitavad vastavalt artiklitele 6 ja 7

või

b) on agressiivsed vastavalt artiklitele 8 ja 9.

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

8. Artikli 7 lõikes 1 on sätestatud:

„Kaubandustava loetakse eksitavaks, kui see konkreetses olukorras, võttes arvesse kõiki selle iseärasusi ja asjaolusid ning kommunikatsioonivahendiga seotud piiranguid, jätab välja olulise teabe, mida keskmine tarbija antud olukorras vajab teadliku tehinguotsuse tegemiseks ja seega paneb või tõenäoliselt paneb keskmise tarbija tegema tehinguotsust, mida ta muul juhul ei teeks.“

9. Artikkel 8 näeb ette:

„Kaubandustava loetakse agressiivseks, kui see konkreetses olukorras, võttes arvesse kõiki selle iseärasusi ja asjaolusid, ahistamise, sunni, sealhulgas füüsilise jõu kasutamise, või liigse mõjutamise kaudu kahjustab märkimisväärselt või tõenäoliselt kahjustab märkimisväärselt keskmise tarbija valikuvabadust või käitumist toote suhtes ning paneb või tõenäoliselt paneb ta seetõttu tegema tehinguotsust, mida ta muul juhul ei teeks.“

10. Artiklis 9 on sätestatud teave, mida tuleb arvesse võtta „[o]tsustades, kas kaubandustava raames kasutatakse ahistamist, sundi, sealhulgas füüsilist jõudu, või liigset mõjutamist [...]“.

11. Direktiivi I lisa „[k]aubandustavad, mis loetakse ebaausateks kõigil tingimustel“ punktis 29 on sätestatud:

„Ettevõtja poolt tarnitud toodete, mida tarbija ei tellinud, eest kohese või hilisema tasumise või toodete tagastamise või hoiule võtmise nõudmine, välja arvatud juhul, kui nimetatud toode on kooskõlas direktiivi 97/7/EÜ artikli 7 lõikega 3 tarnitud asendustoodete (inertsmüük).“

2. *Direktiiv 2002/21/EÜ*⁶

12. Artikli 1 lõikes 1 on sätestatud:

„Käesoleva direktiiviga kehtestatakse elektrooniliste sideteenuste, elektrooniliste sidevõrkude ja nendega seotud vahendite ja teenuste reguleerimise ühtlustatud raamistik. Käesolevas direktiivis sätestatakse riigi reguleerivate asutuste kohustused ja kehtestatakse kord reguleeriva raamistiku ühtse kohaldamise tagamiseks kogu ühenduses.“

13. Artikli 2 punkti g määratluse kohaselt on „riigi reguleeriv asutus“ määratletud järgmiselt:

„[...] organ või organid, kellele liikmesriik on usaldanud mõne käesolevas direktiivis või eridirektiivides nimetatud reguleerimisülesande“.⁷

14. Artiklis 3 on sätestatud:

„1. Liikmesriigid tagavad, et iga käesoleva direktiivi ja eridirektiividega riigi reguleerivatele asutustele määratud ülesandega tegeleb pädev organ.

2. Liikmesriigid kindlustavad riigi reguleerivate asutuste sõltumatuse, tagades, et kõnealused asutused on juriidiliselt eraldiseisvad ja funktsionaalselt sõltumatud kõigist elektroonilisi sidevõrke, -seadmeid ja -teenuseid pakkuvatest organisatsioonidest. [...]

[...]

4. Liikmesriigid avaldavad riigi reguleerivate asutuste ülesanded lihtsalt juurdepääsetaval kujul eelkõige juhul, kui kõnealuste ülesannete täitmine on määratud mitmele organile. [...]

5. Riigi reguleerivad asutused ja riigi konkurentsiasutused varustavad üksteist teabega, mis on vajalik käesoleva direktiivi ja eridirektiivide kohaldamiseks. [...]

6. Liikmesriigid teatavad komisjonile kõik riigi reguleerivad asutused, kellele on käesoleva direktiivi ja eridirektiivide alusel ülesandeid määratud, ja nende vastavad kohustused.“

3. „*Universaalteenuse*“ *direktiiv*

15. Artiklis 1 on ette nähtud:

„1. [...] (raamdirektiiv) raames käsitleb käesolev direktiiv elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste pakkumist lõppkasutajatele. Käesoleva direktiivi eesmärk on tagada tulemusliku konkurentsi ja valikuvabaduse abil kogu ühenduses hea kvaliteediga üldkasutatavate teenuste kättesaadavus ja käsitleda asjaolusid, mille puhul turg ei rahulda tulemuslikult lõppkasutajate vajadusi. [...]

2. Käesoleva direktiiviga kehtestatakse lõppkasutajate õigused ja üldkasutatavaid elektroonilisi sidevõrke ja -teenuseid osutavate ettevõtjate vastavad kohustused. [...]

[...]

⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiv elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv) (ELT 2001, L 108, lk 33; ELT eriväljaanne 13/29, lk 349).

⁷ Vastavalt sama sätte punktile l on selliste eridirektiivide seas ka universaalteenuse direktiiv.

4. Käesoleva direktiivi sätteid lõpptarbivate õiguste kohta kohaldatakse, ilma et need piiraksid tarbijakaitset käsitlevaid ühenduse eeskirjade, eriti direktiivide 93/13/EMÜ^[8] ja 97/7/EÜ^[9] ning [liidu] õigusega kooskõlas olevate siseriiklike eeskirjade kohaldamist“.

16. Artikli 20 kohaselt:

„1. Liikmesriigid tagavad, et üldkasutatava telefonivõrgu ühenduse ja/või juurdepääsu teenuseid tellides on tarbijatel õigus sõlmida leping selliseid teenuseid osutava ettevõtja või osutavate ettevõtjatega. Lepingus esitatakse vähemalt järgmised andmed:

a) teenuseosutaja nimi ja aadress;

b) osutatavad teenused [...];

[...]

d) üksikasjad hindade ja tariifide kohta [...];

[...]“.

17. Artikli 21 lõikes 1 on ette nähtud:

„Liikmesriigid tagavad, et riikide reguleerivatel asutustel oleks võimalik kohustada üldkasutatavaid elektroonilisi sidevõrke ja/või üldkasutatavaid elektroonilisi sideteenuseid pakkuvaid ettevõtjaid avaldama läbipaistvat, võrreldavat, piisavat ja ajakohast teavet kehtivate hindade ja tariifide, lepingu lõpetamisega seotud kulude ning standardtingimuste kohta, mis on seotud lõppkasutajate ja tarbijate juurdepääsuga osutatavatele teenustele ning teenuste kasutamise vastavalt II lisa sätetele. Selline teave avaldatakse selgel, arusaadaval ja kergesti kättesaadaval kujul. [...]“.

B. Liikmesriigi õigus. 6. septembri 2005. aasta seadusandlik dekreet nr 206¹⁰

18. Artikli 19 lõikes 3 on sätestatud:

„Vastuolu korral on direktiivide sätted või [liidu] muud sätted ja liikmesriigi üle võtvad sätted, millega reguleeritakse ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte, ülimuslikud käesoleva jaotise sätete ees ning neid kohaldatakse kõnealuste konkreetsete aspektide suhtes.“

19. Artikli 27 lõikes 1 on ette nähtud:

„Autorità garante della concorrenza e del mercato^[11] kasutab käesoleva artikliga reguleeritud volitusi õigusaktide sätete piires ka kui Euroopa Parlamendi ja nõukogu 27. oktoobri 2004. aasta määruse (EÜ) nr 2006/2004 tarbijakaitseaduse jõustamise eest vastutavate siseriiklike asutuste vahelise koostöö kohta^[12] kohaldamiseks pädev asutus.“

8 Nõukogu 5. aprilli 1993. aasta direktiiv ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes (EÜT 1993, L 95, lk 29; ELT eriväljaanne 15/02, lk 288).

9 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. mai 1997. aasta direktiiv tarbijate kaitse kohta sidevahendi abil sõlmitud lepingute korral (EÜT 1997, L 144, lk 19; ELT eriväljaanne 15/03, lk 319), Euroopa Parlamendi ja nõukogu 23. septembri 2002. aasta direktiiviga 2002/65/EÜ (EÜT 2002, L 271, lk 16; ELT eriväljaanne 06/04, lk 321) muudetud redaktsioonis.

10 6. septembri 2005. aasta seadusandlik dekreet nr 206, millega kehtestatakse 29. juuli 2003. aasta seaduse nr 229 artikli 7 alusel tarbijakaitseadustik (Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante „Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229“ (GURI nr 235, 8.10.2005)) (tarbijakaitseadustik).

11 Itaalia konkurentsiamet (edaspidi „konkurentsiamet“).

12 ELT 2004, L 364, lk 1.

20. Artikli 27 lõikes 1*bis* on sätestatud:

„[k]a [...] reguleeritud valdkondades on sekkumine ettevõtjate tegevuse korral, mis kujutab endast ebaausat kauplemistava, [...] [konkurentsiameti] ainupädevuses, kes kasutab seda pädevust käesolevas artiklis antud volituste alusel pärast seda, kui on saanud pädeva reguleeriva asutuse arvamuse. [...]“.

21. Elektroonilise side seadustiku (Codice delle comunicazioni elettroniche)¹³ III osas „Lõppkasutajate õigused“ on sätestatud hulk tarbijakaitsenorme sidevaldkonnas, andes sellega seotud reguleerimis- ja karistamispädevuse sideteenuste tagamise ametile (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁴).

II. Faktilised asjaolud

22. Konkurentsiamet määras äriühingutele Wind Telecomunicazioni (praegu Wind Tre) ja Vodafone Omnitel (praegu Vodafone Italy) rahatrahvi, kuna nad järgisid agressiivset kauplemistava, mis seisnes SIM-kaartide turustamises, millele olid eelnevalt seadistatud teenused,¹⁵ millest nad ei olnud tarbijaid teavitanud.

23. Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia), rahuldus äriühingute kaebuse konkurentsiameti otsuse peale, olles leidnud, et see ametiasutus ei olnud pädev karistama tegevust (teenuse inertsmüük), mis kuulub sideteenuste tagamise ameti karistamispädevusse.

24. Konkurentsiamet kaebas esimese astme kohtu otsuse edasi Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kuuendale kojale, mis otsustas menetluse peatada, et konsulteerida Consiglio di Stato täiskoguga.

25. Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) täiskogu leidis 9. veebruari 2016. aasta otsusega, et tegemist oli konkurentsiameti pädevusega. Täiskogu leidis kokkuvõttes, et:

- Vaidlusalune asjaolu kujutab endast tarbijakaitseseadustiku artikli 26 kohaselt „alati agressiivset kauplemistava“.
- ehkki selle käitumisega rikuti valdkondlikes eeskirjades, st elektroonilise side seadustikus ette nähtud kohustusi, on kõnealusel juhul tegemist üld- ja erinormides ette nähtud mitmele eri süüteokoosseisule vastava rikkumisega, nii et pelgalt teabe andmise kohustuse rikkumine tingis raskema ja laiema konkurentsialase õigusrikkumise, mida käsitleb tarbijakaitseseadustik, ning mis on seetõttu konkurentsiameti karistuspädevuses.

26. Sellisele järeldusele jõudmiseks kasutas täiskogu eriregulatsiooni põhimõtte tõlgendust, mis erines varasemast kohtupraktikast. Kohus põhjendas muudatust sellega, et tegemist on direktiivis 2005/29 sätestatud põhimõttega, mille rikkumisele oli komisjon viidanud Itaalia vastu algatatud kohustuse rikkumise menetluses.

27. Saanud täiskogult kohtuasja tagasi, esitab Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kuues koda Euroopa Kohtule mõlemas kohtuasjas ühesugused küsimused.

13 1. augusti 2003. aasta seadusandlik dekreet nr 259 (GURI nr 214, 15.9.2003) millega võeti muu hulgas üle raamdirektiiv ja universaalteenuse direktiiv.

14 Sideteenuste tagamise amet.

15 Väljendit „servizi preimpostati“ kasutatakse eelotsusetaotluses selleks, et tähistada SIM-kaardil funktsioone, mida kasutaja peab hiljem aktiveerima, sooritades vajalikke toiminguid, mis võimaldavad neid teenuseid kasutada. Samas tähenduses saab rääkida ka *eelaktiveeritud* teenustest.

III. Eelotsuse küsimus

28. Eelotsuse küsimused on sõnastatud järgmiselt:

- „1. Kas direktiivi 2005/29 artiklitega 8 ja 9 on vastuolus neile vastavate liikmesriigi ülevõtmisnormide (st Itaalia tarbijakaitseadustiku (Codice del consumo) artiklite 24 ja 25) tõlgendus, mille kohaselt käsitatakse telefoniteenuse operaatori käitumist, mis seisneb teatud telefoniteenuste (näiteks kõneposti- või internetiteenuse) SIM-kaardile eelseadistatuse kohta teabe andmata jätmises, kui „liigset mõjutamist“ ja seega „agressiivset kauplemistava“, mis tõenäoliselt kahjustab „märkimisväärselt“ keskmise tarbija valikuvabadust või mõjutab tema käitumist, ja konkreetsemalt käsitatakse seda nii olukorras, kus telefoniteenuse operaatorile ei panda süüks mingit edasist eraldiseisvat tegevust?
2. Kas [...] direktiivi 2005/29 I lisa punkti 29 võib tõlgendada nii, et kui mobiilioperaator nõuab oma kliendilt tasu kõneposti- või internetiteenuse eest, on tegemist „inertsmüügiga“, ning seda olukorras, mida iseloomustavad järgmised asjaolud:
 - telefoniteenuse operaator ei ole mobiilsidelepingut sõlmides tarbijale nõuetekohaselt teatanud, et kõneposti- ja internetiteenused on tema SIM-kaardile juba eelseadistatud, millest tulenevalt see tarbija saab potentsiaalselt neid teenuseid ilma *ad hoc* seadistamiseta (*setting*) kasutada;
 - nende teenuste tegelikuks kasutamiseks peab tarbija siiski tegema vajalikud toimingud (näiteks sisestama kõnepostinumbrid või andma käsud, mis käivitavad internetis surfamise);
 - ei seoses tehniliste ja kasutamistingimustega, mille juures tarbija neid teenuseid konkreetselt kasutab, ega seoses nende teenuste endi tingimusi ja hinda puudutava teabega ei ole midagi ette heita, vaid ettevõtjale heidetakse ette ainult teatamata jätmist, et need teenused on SIM-kaardile eelseadistatud?
3. Kas liikmesriigi õigusnormid, mis näevad ette, et valdkondlikus direktiivis 2002/22 tarbijate kaitseks ette nähtud spetsiifiliste kohustuste täitmise hindamine kuulub ebaausate kaubandustavade „ülddirektiivi“ 2005/29 kohaldamisalasse, mille tagajärjel on pädeva ametiasutuse sekkumine valdkondliku direktiivi rikkumise tõkestamiseks välistatud iga kord, kui asjaolud võivad kujutada endast ka ebaausat kauplemistava, on vastuolus ülddirektiivi 2005/29 kui tarbijate kaitsmiseks mõeldud „turvavõrgu“ eesmärgiga ning sellesama direktiivi põhjendusega 10 ja artikli 3 lõikega 4?
4. Kas direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 ette nähtud eriregulatsiooni põhimõtet tuleb mõista kui põhimõtet, mis korraldab regulatsioonide (üldregulatsiooni ja valdkondlike regulatsioonide) vahelisi suhteid või hoopis normide (üldnormide ja erinormide) või isegi hoopis vastavate valdkondade reguleerimise ja järelevalve eest vastutavate ametkondade vahelisi suhteid?
5. Kas direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 kasutatud mõistet „vastuolu“ võib mõista nii, et sellega on tegemist ainult siis, kui ebaausaid kauplemistavasid käsitlevad sätted on radikaalses vastuolus teiste Euroopa õigusest tuletatud normidega, mis reguleerivad valdkondlikke aspekte, või piisab sellest, kui kõnealused normid näevad seoses valdkonna spetsiifikaga ette korra, mis lahkneb ebaausaid kauplemistavasid käsitlevatest õigusnormidest, nii et samade konkreetsete asjaolude korral tekib normide kollisioon (*Normenkollision*)?
6. Kas direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 kasutatud mõiste „[liidu] eeskirjad“ hõlmab ainult Euroopa määruste ja direktiivide sätteid ning nende otseseid ülevõtmisnorme või hõlmab see ka seaduste ja määruste sätteid, mis rakendavad Euroopa õiguspõhimõtteid?

7. Kas eriregulatsiooni põhimõte, mida on käsitletud direktiivi 2005/29 põhjenduses 10 ja artikli 3 lõikes 4, direktiivi 2002/22 artiklites 20 ja 21 ning direktiivi 2002/21 artiklites 3 ja 4, keelab tõlgendada liikmesriikide vastavaid ülevõtmisnorme nii, et kui reguleeritud valdkonnas, kus on olemas valdkondlikud tarbijakaitsenormid, mis annavad reguleerimis- ja karistamisväime selle valdkonna ametiasutusele, leiab aset tegevus, mida võib käsitada direktiivi 2005/29 artiklite 8 ja 9 tähenduses mõiste „agressiivne kaubandustava“ alla kuuluvana või mis on direktiivi 2005/29 I lisa tähenduses „kõigil tingimustel“ agressiivne, siis tuleb alati kohaldada ebaausate kauplemistavade üldnorme, isegi kui on olemas tarbijate kaitseks kehtestatud ja liidu õigusel põhinevad valdkondlikud õigusnormid, mis reguleerivad täiendavalt samu „agressiivseid kauplemistavasid“ ja „alati agressiivseid kauplemistavasid“ või vähemalt samu „eabausaid kauplemistavasid“?

IV. Menetlus Euroopa Kohtus

29. Eelotsusetaotlused registreeriti Euroopa Kohtus 1. veebruaril 2017, need otsustati liita üheks kohtuasjaks.

30. Kirjalikud seisukohad esitasid Wind Tre, Vodafone Italia, Telecom Italia, Itaalia valitsus ja komisjon, kes kõik osalesid ka 8. märtsil 2018 toimunud kohtuistungil.

V. Õiguslik analüüs

A. Sissejuhatavad märkused

31. Kuigi ükski pool ei ole seda kahtluse alla seadnud, pean meelde tuletama, et Euroopa Kohus on tunnustanud¹⁶ Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kuuenda koja õigust esitada eelotsuse küsimus, milles kaitstakse väidet, mis ei pruugi kattuda sama kohtu täiskogu otsusega.

32. Vaidluse sisulises osas leiavad kõik pooled, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu seitse küsimust saab jagada kahte rühma:

- Esimese (esimene ja teine küsimus) eesmärk on kindlaks määrata, kas telefonioperaatorite käitumine on kvalifitseeritav direktiivi 2005/29 tähenduses „inertsmüügiks“ ja „agressiivseks kaubandustavaks“.
- Teise (kolmas kuni seitsmes küsimus) eesmärk on selgeks teha, kas direktiivi 2005/29 artikli 3 lõike 4 alusel peab nimetatud direktiivi sätete kohaldamisest loobuma teiste liidu õigusnormide kasuks ja lõpuks nende õigusnormide väljatöötamisel kehtestatud riiklike õigusnormide kasuks.

B. Mõisted „agressiivsed kaubandustavad“ ja „inertsmüük“ (esimene ja teine eelotsuse küsimus)

33. Esiteks tuleb kindlaks teha, kas vaidlusalune käitumine kujutab endast direktiivi 2005/29 artikli 5 lõikes 1 keelatud „eabausat kaubandustava“.¹⁷

¹⁶ 5. aprilli 2016. aasta kohtuotsus PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 36), mille kohaselt tehakse eelotsus, kui liidu õiguse tõlgendamist või kehtivust käsitleva küsimuse puhul „viimase astme kohtu koda [...] ei nõustu selle kohtu üldkogu otsusega määratletud suunaga“.

¹⁷ Vaidlust ei ole selles, et käitumine, mille eest nende kohtuasjade puhul vastutusele võeti, on direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti d tähenduses „kaubandustava“. Ma ei usu, et on oluline süveneda selle kvalifitseerimisele viinud põhjustesse, kuna Euroopa Kohtu praktika kohaselt on sellel direktiivil eriti laiaulatuslik sisuline kohaldamisala, mida tõendavad kohtuasjad, mida on loetlenud kohtujurist Saugmandsgaard Øe kohtuasjas Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95) tehtud ettepaneku punkti 75 23. joonealuses märkuses.

1. Poolte seisukohtade kokkuvõte

34. Wind Tre väidab esimese küsimusega seoses, et võttes arvesse direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti j ning artikleid 8 ja 9 ei saa pidada „agressiivseks kaubandustavaks“ midagi, mis tema arvates on pelgalt „teabe andmata jätmise“ SIM-kaardi eelseadistamise kohta.

35. Teise küsimuse osas väidab Wind Tre, et direktiivi 2005/29 I lisa punkt 29 ei ole kohaldatav, kuna teenuste kasutamiseks peab kasutaja tegema teatavaid toiminguid. Lisaks ei ole nende teenuste eelseadistamist sellisena kahtluse alla seatud, samuti ei ole vaidlust teenuste kui selliste olemasolu, liigi ja hindade kohta esitatud teabe asjakohasuse üle.

36. Vodafone Italia ei pea „agressiivseks kaubandustavaks“ lihtsat lünklikku käitumist, milleks on eelseadistatud põhiteenustega SIM-kaardi turustamine, mille tarbimise eest tasub ainult see tarbija, kes neid teadlikult ja vabatahtlikult kasutab. Puuduvad faktilised asjaolud, mis võimaldaksid tuvastada liigse surve või mõjutamise olemasolu.

37. Telecom Italia väidab seoses esimese küsimusega, et „agressiivne kaubandustava“ tähendab, et kutseala esindaja viib läbi aktiivseid toiminguid, mis erinevad lihtsalt teavitamisalasest tegevusest ja tegevusetusest, mis sunniksid keskmist tarbijat tegema ärilisi otsuseid, olemata veendunud, et need on talle kasulikud. Seepärast ei saa seda kvalifitseerida „agressiivseks kaubandustavaks“ üksnes seetõttu, et kutseala esindaja jättis olulise teabe esitamata.

38. Teise küsimuse kohta märgib Telecom Italia, et käesolevas asjas ei saa seda nimetada „inertsmüügiks“.

39. Itaalia valitsus teeb ettepaneku uurida ühiselt esimest ja teist küsimust ning seda tehes lähtuda konkurentsiameti õiguslikust hinnangust faktidele. Itaalia valitsus leiab, et direktiiv 2005/29 määratleb piisavalt selgelt agressiivsete kaubandustavade põhielemendid, iseloomustades neid tavasid mitte ainult nende mõju tõttu tarbija võimalustele omandada teadmisi, mis võimaldavad tal teha põhjendatud otsust, vaid eelkõige nende kalduvuse tõttu suruda tarbijale peale oma tahet.

40. Itaalia valitsuse silmis on agressiivsete kaubandustavade eelduseks funktsionaalsete ja struktuuriliste tingimuste kooskõla. Viimati nimetatud hulgas on liigne mõjutamine direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti j tähenduses, mis võib tuleneda sellest, et ettevõtte kasutab teabe asümmeetriat teadlikult enda kasuks ära.

41. Itaalia valitsuse arvates ei ole teabe puudumine SIM-kaardi müügi ajal võrreldav direktiivi 2005/29 artiklis 7 osutatud teabe väljajätmisega (eksitav kaubandustava). Ei ole oluline, et ettevõttel ei esineks mingit edasist eraldiseisvat tegevust, kuna tänu teenuste eelaktiviseerimisele ei ole see vajalik selliseks „käitumiseks“, mida on varem määratletud kui „jõupositsiooni ärakasutamist“.

42. Komisjon möönab, et antud kohtuasjas on tegemist direktiivi 2005/29 I lisa punkti 29 kohase „inertsmüügiga“. Ette heidetud käitumine ei seisne mitte niivõrd selles, et tarbijatele pakutakse teatavaid teenuseid, mida nad võivad aktiveerida või mitte, vaid selles, et need teenused on eelseadistatud – teisisõnu praktikas peale surutud – ilma, et neist teenustest oleks tarbijaid selgelt ja nõuetekohaselt teavitatud.

43. Selle eelduse põhjal leiab komisjon, et esimesele küsimusele pole tarvis vastata. Teise võimalusena väidab komisjon siiski, et käitumise kvalifitseerimisel agressiivseks kaubandustavaks direktiivi 2005/29 artiklite 8 ja 9 tähenduses ei pea kaaluma mitte ainult neid põhielemente, mida on nimetatud neist sätetest teises, vaid kõiki kohtuasjas asjakohaseid elemente, mis tuleb kindlaks määrata liikmesriigi kohtul.

2. Hinnang

44. Muutes eelotsusetaotluse esitanud kohtu valitud järjekorda, leian, et kõigepealt on vaja uurida, kas vaidlusalune tegevus vastab mõistele „inertsmüük“. Kui see on nii, oleks üks kahest tingimusest täidetud, nii et seda käitumist võiks määratleda kui „ebaausat kõigil tingimustel“, näitlikustamaks direktiivi 2005/29 artikli 5 lõike 5 sõnastust, mis viitab direktiivi I lisa sätestatud tavade (mustale) nimekirjale. Kui lisaks sellele nõuab tarnija ebaseaduslikult ka nimetatud teenuse eest tasumist, oleks täidetud teine kõnealuses nimekirjas loetletud tingimustest, mistõttu ei ole vaja analüüsida, kas see käitumine on hõlmatud ka muude direktiivi 2005/29 sätetega.

a) „Inertsmüügi“ mõiste

45. Direktiivi 2005/29 I lisa punkti 29 kohaselt kujutab „[e]ttevõtja poolt tarnitud toodete, mida tarbija ei tellinud, eest kohese või hilisema tasumise või toodete tagastamise või hoiule võtmise nõudmine, välja arvatud juhul, kui nimetatud toode on [...] tarnitud asendustoodete (inertsmüük)“ endast sama direktiivi artikli 5 lõikes 5 sätestatud „kõigil tingimustel“ ebaausat kaubandustava.¹⁸ Sellise käitumise eelduseks on seega, et tooteid ei ole taotletud, ja tegevuslikuks tuumaks see, et kaupmees nõuab nende eest tasu (või kaupade puhul nende tagasisaatmist või hoiule võtmist).¹⁹

46. Direktiivi 2005/29 põhjenduse 17 kohaselt ei nõua kaubandustavade kõigil tingimustel ebaausaks määratlemine „iga üksikjuhtumi vastavus[e hindamist direktiivi 2005/29] artiklite 5–9 sätetele“.

47. Teise küsimuse sõnastuse kohaselt käesoleval juhul „telefoniteenuse operaator ei ole mobiilsidelepingut sõlmides tarbijale nõuetekohaselt teatanud, et kõneposti- ja internetiteenused on tema SIM-kaardile juba eelseadistatud, millest tulenevalt see tarbija saab potentsiaalselt neid teenuseid ilma *ad hoc* seadistamiseta (*setting*) kasutada“. Tegemist oli niisiis selliste (vastamis- ja internetipõhiste) teenuste „müügiga“, millele kasutajad võivad hiljem juurde pääseda. Seda müüki ei saa seega kirjeldada kui „teavet omavat“. Küsimus on selles, kas see ainus asjaolu muudab selle müügi ka „inertsmüügiks“.

48. Minu arvates nõuab tarbijakaitse kõrge tase, mida direktiiv 2005/29 vastavalt oma artiklile 1 peab saavutama, mõiste „inertsmüük“ tõlgendust, mis võimaldab kvalifitseerida „tellimata“ teenuseks selle, mille kohta ei ole esitatud olulist teavet, mis võib viidata selle müügihinna, ²⁰ ega isegi teavet selle teenuse olemasolu kohta.

49. Teenuse või kauba tarnimisele peab eelnema asjakohane teave, mida tarbija direktiivi 2005/29 artikli 7 kohaselt „antud olukorras vajab teadliku tehinguotsuse tegemiseks“. ²¹ Kõige elementaarsem teave on ilmselgelt see, mis puudutab kaupa või teenust, mida kaupmees on kohustatud tarnima: selle kirjeldus peab vastama tarbija taotletule või sellele, mida kaupmees talle pakkus. Olgu siis taotletud või pakutud, vastab teabe sisu igal juhul sellele, milles nad on kokku leppinud.

50. Kuna direktiiviga 2005/29 soovitakse tarbijatele pakkuda kvalifitseeritud kaitset, võib ainult erandjuhtudel lubada võimalust, et pakkumine, millest tarbija jäeti sõnaselgelt teavitamata, on vaikimisi aktsepteeritud.

18 Vt 14. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12, punkt 45) ning 9. novembri 2010. aasta kohtuotsus Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, punkt 34).

19 Kuigi direktiivi 2005/29 I lisa punktis 29 viidatakse teatavatele tegevustele, mis on võimalikud ainult kaupade puhul (näiteks nende tagastamine või hoiule võtmine), hõlmavad need ka teenuseid, mis kuuluvad artikli 2 punktis c määratletud *toote* mõiste alamkategoriasse kui „kaubad või teenused“.

20 Kõigi kohta 26. oktoobri 2016. aasta kohtuotsus Canal Digital Danmark (C-611/14, EU:C:2016:800, punkt 55).

21 Selles mõttes kinnitatakse 7. septembri 2016. aasta kohtuotsuses Deroo-Blanquart (C-310/15, EU:C:2016:633, punkt 40), et „tarbijale on ülimalt oluline, et enne lepingu sõlmimist on teda teavitatud lepingu tingimustest ja lepingu sõlmimise tagajärgedest. Eelkõige selle teabe alusel otsustab tarbija, kas ta soovib end lepinguliselt siduda kaupleja eelnevalt koostatud tingimustel (30. aprilli 2014. aasta kohtuotsus Kásler ja Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punkt 70)“.

51. Selles asjas müüdi SIM-kaarte nutitelefonidesse (*smartphone*) sisestamiseks. Sellisel juhul on tavapäraselt informeeritud keskmisel tarbijal raske eirata, nagu kinnitab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et need kaks teenust käivitused, kui ta pidi „sisestama kõnepostinumbriga või andma käsud, mis käivitavad internetis surfamise“. Millest võib loogiliselt eeldada, et ta teadis või oleks pidanud teadma ka, et need teenused olid telefoni paigaldatud. Kuna seda asjaolu ei saa ignoreerida, võib mõlema teenuse kasutamine olla kasutaja puhul samaväärne nende teenuste pakkumise vaikimisi aktsepteerimisega.²²

52. Kuid nagu komisjon on juba märkinud,²³ võivad mõned mobiiltelefonide rakendused tähendada Interneti-liikluse automaatset tarbimist ilma kasutaja sekkumiseta, isegi tema teadmata.²⁴ Kindlasti on seda võimalik vältida telefoni ümberkonfigureerimisega niinimetatud „*opt-out*“-toimingu kaudu, kuid selleks on vaja teadmisi ja oskusi, mis minu arvates ei vasta direktiivis 2005/29 mainitud „keskmise tarbija“²⁵ profiilile.

53. Isegi kui seda peab tuvastama eelotsusetaotluse esitanud kohus, võttes arvesse asjaolusid, mis on tema hinnangul tõendamist leidnud, leian, et keskmine tarbija ei pea kahtlustama, mõistlikult võttes, et tema elektrooniline seade võib olla varustatud teenusega, mille olemasolust teda ei ole teavitatud ja mille deaktiveerimine eeldab ümberkonfigureerimist, mis ei ole talle kindlasti jõukohane.

54. Seepärast ei saa põhimõtteliselt välistada, et antud juhul on toimunud teenuste „inertsmüük“.

55. Kuid see iseenesest ei ole piisav selleks, et kõnealuse käitumise saaks klassifitseerida „ebaauksaks kaubandustavaks“ vastavalt direktiivi 2005/29 I lisa punktile 29.

56. Tõepoolest ei piisa sellest, et tarbija ei ole kõnealust pakumist taotlenud. Samuti on vaja, et müüja *nõuaks* selle teenuse eest tasu.

57. Minu arvates võib selles sättes sisalduv *tasu nõudmine* olla üksnes *liigne nõue*, sest selle aluseks on nõusolekuta pakumine, mis juhtub siis, kui teenust ei ole isegi taotletud.

58. Siiski tundub antud kohtuasjas ja veel kord vastavalt eelotsusetaotluse pakutavatele andmetele, et tarbijatelt nõutava tasuga võib sellisena olla nõustunud, kuigi vaidlusaluste teenuste eelseadistamisega, ega seega ka nende pakumisega nõustunud ei ole. Sellega seoses väidab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et „ei seoses tehniliste ja kasutamistingimustega, mille juures tarbija neid teenuseid konkreetselt kasutab, ega seoses nende *teenuste endi* tingimusi ja *hinda puudutava teabega* ei ole midagi ette heita, vaid ettevõtjale heidetakse ette ainult teatamata jätmist, et need teenused on SIM-kaardile eelseadistatud“.²⁶

22 Eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimuse sõnastus võib praegusel hetkel põhjustada teatud arusaamatusi. Kinnitanud, et vaidlusalused teenused „olid eelaktiveeritud“, selgitas Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu), et „nende teenuste tegelikuks kasutamiseks peab tarbija siiski tegema vajalikud toimingud (näiteks sisestama kõnepostinumbriga või andma käsud, mis käivitavad internetis surfamise)“; teises lõigus kinnitab kohus, et tarbija sai „potentsiaalselt neid teenuseid ilma *ad hoc* seadistamiseta (*setting*) kasutada“. Kohtuasja C-54/17 eelotsusetaotluse lõikes 13.1 on öeldud: „samm tarbija omandatud SIM-kaardile eelseadistatud teenuste juures nende teenuste tegeliku kasutamiseni eeldab sellelt tarbijalt iseseisvaid toiminguid“, mis punkti 13.1 kontekstis erineb kõnepostinumbriga märkimisest või internetis surfamist käivitavatel ikoonidel klõpsamisest. See asjaolu tuleb välja selgitada eelotsusetaotluse esitanud kohtul.

23 Komisjoni kirjaliku seisukoha punktid 56 ja 57.

24 Taustarakenduste värskendamise protsessidele lisaks võivad teavitamata aktiveeruda ka teatud asukohafunktsioonid (mis hõlmab ka eraelu puutumatus eõigusega seotud riske).

25 Sellisena määratleb „piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepaneliku ning aruka keskmise tarbija, võttes arvesse sotsiaalseid, kultuurilisi ja lingvistilisi näitajaid“ vastavalt 12. mai 2011. aasta kohtuotsus *Ving Sverige* (C-122/10, EU:C:2011:299, punkt 22). Keskmine tarbija ei ole mingil juhul „statistiline mõiste“, nagu rõhutab direktiivi 2005/29 põhjendus 18. Vastavalt 26. oktoobri 2016. aasta kohtuotsusele *Canal Digital Danmark* (C-611/14, EU:C:2016:800, punkt 39) peavad „siseriiklikud kohtud või asutused [...] konkreetse juhtumi puhul kasutama keskmise tarbija tüüpilise reaktsiooni kindlaksmääramisel oma otsustusvõimet“.

26 Kohtujuristi kursiiv. Kohtuistungil oli võimalus seda küsimust käsitleda Wind Tre kirjalike seisukohtade valguses, mille 30. joonealuses märkuses antakse ülevaade vastavalt ostjatele ja turustajatele edastatud kaartide infolehtedes esitatud hindade ja tariifide kohta, nagu ka toote pakendil.

59. Kui see väide vastab tegelikult toimunud sündmusele, esitas operaator tarbijale viisil, mis eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates ei ole taunitav, piisava teabe mitte ainult eelseadistatud teenustele juurdepääsemiseks vajalike tehniliste ja kasutamistingimuste kohta, vaid ka nende *hinna* kohta. Selles kontekstis võib keskmine tarbija, isegi see, kellelt ei saa eeldada ülaltoodud tehnoloogilisi teadmisi, järeldada, et ostetud SIM-kaart suutis talle pakkuda teenuseid, mille kulude kohta ei oleks mingit mõtet teda muul juhul teavitada.

60. Liikmesriigi kohtul tuleb otsustada, millises ulatuses edastati sõnumiteenuste ja internetiühenduse hinna kohta teave selliselt, et see ei tekitaks kahtlusi seoses nende teenuste eelseadistamisega ja nende kasutamisega seotud kuludega, millest kasutaja oli või oleks pidanud olema teadlik just tänu talle SIM-kaardi ostmisel antud teabele. Selles olukorras ei saa „tasumise nõue“ nende kahe teenuse osutamise eest, millele eelnes asjakohane hinnateave, kuuluda direktiivi 2005/29 I lisa punkti 29 kohaldamisalasse.

b) „Agressiivsete kaubandustavade“ mõiste

61. Kas teabe väljajätmise puhul vaidlusaluste teenuste eelseadistamise kohta „olukorras, kus telefoniteenuse operaatorile ei panda süüks mingit edasist eraldiseisvat tegevust [...]“, on tegemist „agressiivse kaubandustavaga“, mis „kahjustab märkimisväärselt keskmise tarbija valikuvabadust või käitumist toote suhtes“?

62. Direktiivi 2005/29 artiklis 8 on „agressiivsenä“ määratletud kaubandustava, mis, võttes arvesse kõiki selle iseärasusi ja asjaolusid, põhjustab teatud vahenditega teatud tagajärje.

63. Seda tagajärge tuleb tõlgendada nii, et see kahjustab või tõenäoliselt kahjustab „märkimisväärselt“ tarbija valikuvabadust toote suhtes ning paneb või tõenäoliselt paneb ta seetõttu tegema tehinguotsust, mida ta muul juhul ei teeks. Nimetatud sätte kohaselt peab see kahjustamine toimuma „ahistamise, sunni, sealhulgas füüsilise jõu kasutamise, või liigse mõjutamise kaudu“.

64. Teabe väljajätmine, mida selles kohtuasjas telefonioperaatoritele süüks pannakse, ei ole hõlmatud ühegi nende vahendiga, pidades silmas tegureid, mis on loetletud direktiivi 2005/29 artiklis 9, et eristada, kas kaubandustava sisaldab ahistamist, sundi, või liigset mõjutamist.²⁷ Arvan, et nii ahistamine kui ka sund – ja muidugi ka füüsilise jõu kasutamine – tähendavad aktiivset käitumist, millega ei ole tegemist teabe väljajätmise puhul.

65. Võib arvata siiski, et väljajätmisega, kui see on tarbijale otsuse tegemisel otsustav, võib avaldada „liigset mõju“. Direktiivi 2005/29 artiklites 8 ja 9 nimetatud mõju ei tulene siiski lihtsalt eksitamisest – see tähendab sama direktiivi artiklis 7 käsitletust –, vaid see on mõju, mis on aktiivse *surve* avaldamise teel tarbijale oma tahte pealesurumise tulemus.²⁸

66. Itaalia valitsus väidab, et lisaks eelseadistatud teenuste kohta teabe puudumisele eeldab tegelik eelaktiveerimise ja tarbijale nende teenuste kasutamise eest tuleneva tasumiskohustuse asjaolu, et turustaja kasutas jõupositsiooni.

27 Arvesse võetakse: „a) selle ajastust, asukohta, olemust või pealekäivust; b) ähvardava või solvava keelekasutuse või käitumise kasutamine; c) tarbija otsustusvõimet kahjustava tõsise õnnetusjuhtumi või eriliste asjaolude ärakasutamist ettevõtja poolt, millest ettevõtja on teadlik, eesmärgiga mõjutada tarbija otsust toote suhtes; d) koormavate või ebaproportsionaalsete lepinguväliste tõkete kehtestamist ettevõtja poolt, kui tarbija soovib kasutada lepingulisi õigusi [...]; e) ähvardust meetmete võtmiseks, mida seaduslikult pole võimalik võtta“.

28 Direktiivi 2005/29 artikli 2 punkti j kohaselt on see käitumine „tarbija suhtes jõupositsiooni ärakasutamine surve avaldamiseks (sealhulgas kasutamata füüsilist jõudu või ähvardamata seda kasutada) viisil, mis märkimisväärselt piirab tarbija võimet teha teadlikke valikuid“. Seetõttu ei piisa tarbija eksitamisest, pannes tarbija ekslikult uskuma, et ta tegutseb vabalt ja teadlikult, vaid sundimisest teda lepingut sõlmima vastu tema tahtmist.

67. Leian siiski, et nii nagu tegevusetuse mõjutamisvõimet ei saa segi ajada „liigse mõjutamisega“ direktiivi 2005/29 artikli 8 tähenduses, tuleb ka eristada jõupositsiooni kahte aspekti:

- Ühest küljest on jõupositsiooni kasutamine, mis võimaldab turustajal tarbija vabadust toote omandamisel kahjustada.
- Teisest küljest võib jõupositsioonilt, kus kaupmees õiguslikult asub, pärast lepingu sõlmimist nõuda tarbijalt tasu, milleks viimane on lepingut allkirjastades kohustunud.

68. „Agressiivse kaubandustavaga“ on tegemist, kui kasutades ära tarbija võrreldes ettevõtjaga ebasoodsamat olukorda²⁹ ja ebaseaduslikult omandatud jõupositsiooni – kasutades ahistamist, sundi, füüsilist jõudu või ennetavat mõjutamist – kahjustatakse tarbija vabadust, mis võimaldab tal sõlmida lepingu talle vastuvõetamatu ebaseadusliku eeliseta.

69. Just sellepärast, et lepingu sõlmimine eeldab teatud kohustuste võtmist, mille täitmist vastaspool võib õiguspäraselt kohtu kaudu nõuda, kaitseb direktiiv 2005/29 tarbija vabadust sõlmida teadlikult leping, võttes endale üksnes neid kohustusi, mida ta seda vabadust teostades on valmis võtma. Direktiiv ei kaitse seega tarbijat juba vabalt võetud õiguslike kohustuste puhul, vaid ebaausa kaubandustava tagajärjel kohustuste võtmise eest.

70. Selleks et kindlaks teha, kas teabe väljajätmine eelseadistatud teenuste kohta on agressiivne kaubandustava, on oluline asjaolu see, kas ettevõtja kahjustas teabe väljajätmisega tarbijat sel määral, et pani ta nõustuma lepinguliste kohustustega, millega ta muus olukorras poleks nõustunud. Ebaoluline on seevastu see, et juba sõlmitud lepingu alusel võib kaupmees tarbija vastu kasutada sellest tulenevaid õigusi (näiteks tasu teenuste eest). Lühidalt öeldes on tegemist sellega, et kaupmees ei saa kasutada isegi lepingust tulenevat (õiguslikku) jõupositsiooni.

71. Kokkuvõttes leian, et vaidlusalune käitumine ei vasta agressiivsete kaubandustavade omadustele direktiivi 2005/29 artiklite 8 ja 9 tähenduses.

C. Direktiivi 2005/29 koostoimest teiste eeskirjadega, mis reguleerivad ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte (kolmas kuni seitsmes küsimus)

72. Minu pakutav vastus kahele esimesele küsimusele muudab tegelikult ülejäänud küsimuste analüüsi ebavajalikuks. Analüüsin neid siiski teise võimalusena.

1. Poolte seisukohtade kokkuvõte

73. Wind Tre uurib eraldi eriregulatsiooni põhimõtte ulatust, „vastuolu“ kontseptsiooni ja „liidu“ eeskirjade“ mõistet.

74. Seoses *lex specialis*'e põhimõttega täpsustab Wind Tre, et kui mingi valdkond on riiklike õigusnormidega (nagu võivad olla universaalteenuse direktiivi üle võtavad või liikmesriigi reguleeriva asutuse vastuvõetud normid) ammendavalt reguleeritud, kohaldatakse ainsana neid ja mitte tarbijakaitse üldreegleid.

75. Wind Tre leiab, et „vastuolu“ ei viita antonüümiajuhtumitele, vaid „kattuvatele“ sätetele, mille eesmärk on kaitsta tarbijaid, ja et mõnel juhul eristatakse neid eriregulatiivsete omaduse pärast.

²⁹ 16. aprill 2015. aasta kohtuotsus UPC Magyarorszá (C-388/13, EU:C:2015:225, punkt 53).

76. „[Liidu] eeskirju“ tuleb Wind Tre arvamuse kohaselt mõista kui liikmesriigi reguleeriva asutuse poolt tema tarbijakaitseülesannete täitmisel vastuvõetud norme, milles täpsustatakse universaalteenuse direktiivi artiklite 20 ja 21 sätteid üle võtvates liikmesriigi õigusaktides sätestatud kohustusi.

77. Vodafone Italy väidab, et direktiiv 2005/29, universaalteenuse direktiiv ja raamdirektiiv takistavad samal ajal kohaldamast direktiivis 2005/29 sätestatud „turvavõrku“, kui konkreetsetes faktilises kontekstis (ja mitte kogu valdkonnas) esineb liidu õigusest tulenev ammendav valdkondlik regulatsioon.

78. Teise võimalusena väidab Vodafone Italy, et samad direktiivid on vastu ka asjaolule, et konkurentsiamet võib täielikult asendada valdkondlike õigusaktide kohaldamise alternatiivsete paralleelsete õigusaktide kaudu, mis ei ole kooskõlas erinormide konkreetsete aspektidega.

79. Telecom Italia seisukohast ei saa direktiivi 2005/29 kohaldamist välistada pelgalt seetõttu, et on olemas muud liidu õigusaktid, millega reguleeritakse ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte. Igat olukorda tuleb uurida igal üksikjuhul eraldi, et teha kindlaks, kas see on täielikult reguleeritud erinormidega, millisel juhul kohaldatakse ainult neid.

80. Telecom Italia usub, et mõistet „[liidu] eeskirjad“ tuleb mõista laias tähenduses, hõlmates mitte ainult määrustes ja direktiivides sätestatud ja nende ülevõtmisel vastuvõetud õigusakte, vaid ka liikmesriikide õigusakte, mis on vastu võetud liidu õiguse praktikasse rakendamisel.

81. Itaalia valitsuse arvates ei näe Itaalia tarbijakaitseadustiku artikli 27 lõige 1 *bis* ette ühtegi uut ega erakorralist kriteeriumi direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 sätestatud eriregulatsiooni põhimõtte kohaldamiseks. Ajades segi ühest küljest õigusnormidevahelised suhted ja teisest küljest pädevuse jaotuse põhimõtte, tõstatab eelotsusetaotluse esitanud kohus vale probleemi, nimelt universaalteenuse direktiivi kohaldamatuse ebaausate kaubandustavade konkreetsete aspektide suhtes.

82. Itaalia valitsus tuletab meelde, et pädevuse jaotuse otsustavad liikmesriigid ja et tarbijakaitseadustiku artikli 27 lõike 1 *bis* eesmärk oli lahendada 2012. aastal Itaalias tekkinud ebakindlus küsimuses, milline asutus on pädev tegelema reguleeritud valdkondades ebaausate kaubandusvõtetega. Selle eesmärgi saavutamiseks allkirjastasid sideteenuste tagamise amet ja konkurentsiamet 23. detsembril 2016. aastal omavahelise ebaausate kaubandustavade lepingu protokoll, mille sisu kinnitab, et tarbijakaitseadustiku artikli 27 lõige 1 *bis* ei kehtesta direktiiviga 2005/29 ette nähtud üldnormide kohaldamisalasse kuuluvate valdkondlike rikkumiste analüüsi.

83. Neljanda küsimuse kohta väidab Itaalia valitsus, et eriregulatsiooni põhimõtte kohaldamiseks peab olema vastuolu üld- ja erinormi vahel: siinsel juhul tooks see põhimõtte kaasa tarbijakaitse üldnormi kohaldamatuse.

84. Itaalia valitsus peab viiendat ja seitsmendat küsimust hüpoteetilise tõttu vastuvõetamatuks, kuna vaidlusalune käitumine ei kujuta endast agressiivset kaubandustava.

85. Mis puudutab kuuendat küsimust, siis Itaalia valitsus väidab, et „[liidu] eeskirjade“ mõiste hõlmab üksnes määruste ja direktiivide erinorme ning ka nende otsese ülevõtmise sätteid.

86. Kolmanda küsimusega seoses väidab komisjon, et direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 sätestatu tähendab, et juhul, kui tekib vastuolu kõnealuse direktiivi sätte ja ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte reguleeriva liidu õigusnormi vahel, on viimane neist ülimuslik ainult selles viidatud eriaspektide osas. Direktiivi 2005/29 rakendatakse paralleelselt niipea, kui see on seotud selliste tavade muude aspektidega.

87. Komisjoni arvates ei sisalda universaalteenuse direktiiv sätteid, mis reguleerivad direktiivi 2005/29 artikli 3 lõike 4 tähenduses selliste ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte.

88. Neljanda küsimusega seoses on komisjoni sõnul direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 sätestatud normide vaheliste suhete regulatiivsed kriteeriumid, kuid mitte kriteeriumid erinevate distsipliinide (üldine ja valdkondlik) omavaheliste suhete kohta, ning see ei mõjuta riiklike ametiasutuste pädevuse jaotust.

89. Mis puutub viiendasse küsimusse, siis leiab komisjon, et kuna universaalteenuse direktiiv ei sisalda ebaausate kaubandustavade konkreetsete aspektide alaseid eeskirju direktiivi 2005/29 artikli 3 lõike 4 tähenduses, siis ei ole täidetud kaks selle sätte kohaldamiseks vältimatult vajalikku eeltingimust, mistõttu ei ole vaja „vastuolu“ mõistet ammendavalt tõlgendada. Seepärast ei ole vaja viiendale küsimusele vastata.

90. Kuuenda küsimuse puhul märgib komisjon, et sideteenuste tagamise amet on kehtestanud väga üksikasjaliku regulatsiooni, mis ületab universaalteenuse direktiivi ülevõtmiseks vajaliku. Tema arvates ohustaks see direktiivi 2005/29 artikli 3 lõike 4 õiguslikku järjepidevust, kui nõustutaks sellega, et õigusnorm ei viita liidu *acquis*’le, vaid pigem õiguslikule olukorrale, mis lisaks riiklikule on samuti võimalik ja tulevikus saabuv, mis oleks vastuolus õiguskindluse nõudega.

91. Seitsmenda küsimuse osas leiab komisjon, et universaalteenuse direktiiv ja raamdirektiiv ei karista direktiivi 2005/29 I lisa punktis 29 mainitud „inertsmüügis“ seisnevat agressiivset kaubandustava, mistõttu sellele küsimusele ei ole vaja vastata.

2. Õiguslik hinnang

a) Direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 kehtestatud mittekohaldatavuse reegli piirav olemus

92. Direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 on sätestatud, et kui selle direktiivi sätted on vastuolus „ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte reguleerivate muude [liidu] eeskirjadega, siis on viimati nimetatud eeskirjad ülimuslikud ning neid kohaldatakse kõnealuste konkreetsete aspektide suhtes“.

93. See ülimuslikkuse eeskiri rõhutab direktiivi 2005/29 eesmärki tagada „tarbijakaitse juhul, kui [liidu] tasandil puuduvad üksikasjalikud valdkondlikud õigusaktid“.³⁰ Lõppkokkuvõttes on tegemist kõigisse valdkondadesse tõelise tarbijaõiguste kaitse süsteemi loomisega.³¹

94. Tegelikult arvan, et direktiivi 2005/29 eesmärk ei ole niivõrd – või mitte peamiselt – hüvitada tarbijakaitset käsitlevate muude liidu valdkondlike eeskirjade puudujääke, kuivõrd luua üldise kaitsesüsteemi tuum, millesse koos selle direktiivi õigusnormidega integreeritakse need õigusnormid, mis on teatavates liidu reguleeritud valdkondades juba olemas.

95. Selle üldsüsteemiga tuleb „tagada [direktiivi 2005/29] ja kehtiva [liidu] õiguse ühtsus, eelkõige juhul, kui üksikasjalikke ebaausaid kaubandustavasid käsitlevaid sätteid kohaldatakse konkreetsete valdkondade suhtes“.³² Seetõttu peab nii ühte kui teisi tõlgendama ja rakendama ühtsuse ja harmoonia vaimus.

³⁰ Direktiivi 2005/29 põhjendus 10.

³¹ Komisjon väljendab seda nii: direktiiv 2005/29 „kujutab endast peamist [liidu] õigusakti, mis reguleerib eksitavat reklaami ja muid ebaausaid võtteid ettevõtja ja tarbija vahelistes tehingutes“ ja mida selle laia reguleerimisalaga „kohaldatakse kõigi ettevõtjate ja tarbijate vaheliste tehingute [...] suhtes [...], millega tagatakse tarbijakaitse kõrge tase kõigis sektorites“, mis „toimib turvaabinõuna seal, kus muud [liidu] valdkondlikud eeskirjad on lünklikud“. Vt komisjoni teatise parlamendile, nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ebaausaid kaubandusvõtteid käsitleva direktiivi kohaldamise kohta (COM(2013) 138 final) punkt 1.

³² Direktiivi 2005/29 põhjendus 10.

96. Pooltevahelisest vaidlusest ja eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusest paistab siiski, et õigusnormide vaheline suhe on üksnes vastuoluline ja välistav, nagu oleks direktiivi 2005/29 ja teiste regulatiivsete sätete vaheliste suhete režiimi alus ammendatud kõnealuse direktiivi artikli 3 lõikes 4 sätestatuga.

97. Direktiiv 2005/29 toetub tõepoolest enda kohaldatavust kahjustades [liidu] „õiguse erisätetele, millega reguleeritakse ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte, näiteks teabe esitatavaid nõudeid ja tarbijale teabe esitamise viisi käsitlevaid õigusnorme.“³³ Kuid minu jaoks on see äärmuslik lahendus, mis on mõeldud samuti äärmuslikuks juhtumiks ja mille puhul ei ole kõik direktiivi 2005/29 ja teiste liidu eeskirjade *rahumeelse kooseksisteerimise* eeldused ammendatud.

98. Direktiivi 2005/29 artikli 3 lõige 4 kehtestab direktiiviga 2005/29 *valikulise* viitenormi liidu õiguse nendele (muudele) sätetele, mis käsitlevad väga konkreetseid aspekte, nagu on tarbijate teavitamise nõuded. Lisaks sellele piirdub see viide, mis on pealegi reguleerimisala suhtes *piirav*, selle õigusnormi kohaselt rangelt „nende konkreetsete aspektidega“. Ja lõpuks on tegemist *äärmusliku* viitega, kuna see esineb ainult vastuolu olukorras. Võib öelda, et selle eesmärk on parandada süsteemi *patoloogiat*, mitte määratleda selle *füsioloogiat*.

99. Selle äärmusliku lahenduse osas – mis, ma väidan, ei ole ainus ega pruugi olla tüüpiline – ja kooskõlas direktiivi 2005/29 põhjenduses 10 sätestatuga pooldab sama direktiivi artikli 3 lõike 4 sõnastus selle viite kitsendavat tõlgendamist, mis selles õigusnormis tehakse „muudele [liidu] eeskirjadele“, mis võivad olla ainult need, millega „reguleeritakse ebaõiglaste kaubandustavade konkreetseid aspekte“. ³⁴ Direktiiv 2005/29 jäetakse kohaldamata nende eeskirjade kasuks rangelt ainult *nende konkreetsete aspektide reguleerimise* osas.

100. Kuid minu arvates ei ole põhjuseks, miks muudele regulatiivsetele sätetele viitamise puhul on nõutav kitsas tõlgendus, üksnes direktiivi 2005/29 artikli 3 lõike 4 grammatiline tähendus. Lisaks on direktiiviga 2005/29 kehtestatud „tarbijakaitse ühtne kõrge tase“, mis tuleneb “[k]äesoleva direktiivi abil siseriiklike õigusnormide ühtlustamisega saavutatud lähenemise kõrge[st] tase[mest]“. ³⁵ Ka kohtujurist Saugmandsgaard Øe on märkinud, ³⁶ et iga selle sätete kohaldamatuse olukord „riskib avada prao direktiiviga loodud nõ turvavõrgus, kuna teised liidu eeskirjad – need, mis on ülimuslikud – ei taga tarbijatele sama tasemega kaitset“. ³⁷

101. Seega tuleb direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 sätestatud viidet rangelt piirata liidu õigusaktidega, millega reguleeritakse ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte. Peale selle peab seda kohaldama ainult juhul, kui need sätted on *vastuolus* direktiivi 2005/29 sätetega, mille tarvis on aga vaja üksikasjalikku analüüsi.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Kohtujuristi kursiiv.

³⁵ Direktiivi 2005/29 põhjendus 11: „Käesoleva direktiivi abil siseriiklike õigusnormide ühtlustamisega saavutatud lähenemise kõrge tase tagab tarbijakaitse ühtse kõrge taseme. Käesoleva direktiiviga kehtestatakse tarbijate majanduskäitumist moonutavate ebaausate kaubandustavade ühtne üldine keeld. Direktiiv sätestab ka eeskirjad agressiivsete kaubandustavade kohta, mis ei ole hetkel [liidu] tasandil reguleeritud“.

³⁶ Kohtujuristi ettepanek kohtuasjas Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95, punktid 81–85).

³⁷ *Ibidem*, punkt 82.

b) Kohaldamatuse reegli tingimused

1) Direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 aktsepteeritava eriregulatsiooni suhte esemeks olevat õigusnormid

102. Neljanda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas eriregulatsiooni põhimõtet, mis on direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 ette nähtud, tuleb mõista „kui põhimõtet, mis korraldab regulatsioonide [...] vahelisi suhteid või [...] normide [...] või [...] vastavate valdkondade reguleerimise ja järelevalve eest vastutavate ametkondade vahelisi suhteid“. Kolmandas ja seitsmendas küsimuses on tõstatatud samasisuline küsimus, ehkki mõlemad omast konkreetsest vaatenurgast.³⁸

103. Minu arvates tuleneb direktiivi 2005/29 põhjenduse 10 ja artikli 3 lõike 4 koostoimes tõlgendusest, et liidu seadusandja kavatsus ei olnud toimida niivõrd *valdkondlikes* tingimustes, kuivõrd normatiivsetes tingimustes ja seoses kõigi valdkondadega.

104. Nagu on rõhutanud komisjon, erinevalt direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikest 9 (mille alusel selles direktiivis tema kohaldamisala tarvis sätestatud nõudeid võivad liikmesriigid rangemaks muuta finantsteenuste ja kinnisvarateenuste sektoris), viitab sama artikli lõige 4 rangelt võimalikele vastuoludele „käesoleva direktiivi sätete ja muude [liidu] eeskirjade vahel, mis reguleerivad ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte“. Seepärast on tegemist kõiki majandustegevuse valdkondi puudutava transversaalse sättega, mis sobib direktiivile, mille esmane eesmärk on kohalduda kõikide ebaausate kaubandustavade suhtes, olenemata asjaomasest majandusvaldkonnast ja parima tarbijakaitse nimel.³⁹

105. „Konkreetsete aspektide“ hulgas, mida võidakse reguleerida „muude [liidu] eeskirjadega“, mainitakse direktiivi 2005/29 põhjenduses 10 näiteks „teabele esitatavaid nõudeid ja tarbijale teabe esitamise viisi käsitlevaid eeskirju“.

106. Tegelikult on tegemist väga *konkreetsete* küsimustega, mida võib leida erineva kategooria normidest, ilma et neid oleks vaja integreerida ühte õigusakti, et tekiks ühe tegevusvaldkonna regulatiivne režiim. Seepärast ei esine vastuolu direktiivi 2005/29 üldise tarbijakaitseüsteemi ja tarbijakaitse erinevate valdkondlike raamistike vahel nagu see, mis on sätestatud praegu käsitletavas universaalteenuse direktiivis.

107. Selleks et direktiivi 2005/29 sätete kohaldamise asemel kohaldataks muid sätteid, ei ole valdkondliku tarbijakaitseüsteemi olemasolu tingimata vajalik. Selle direktiiviga loodud üldine kaitseüsteem kui selline ei jää tegelikult kohaldamata ühegi muu süsteemi kasuks. Kohaldamata jäävad vaid osad selle sätted ja üksnes siis, kui esinevad muud sätted (integreeritud või erikaitseüsteem), millega reguleeritakse „ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte“, ja seda ka ainult *vastuolu* korral. Lühidalt öeldes piirdub direktiivi 2005/29 kohaldamatus selles kohtuasjas üksnes nende „konkreetsete aspektidega“.

108. Direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 osutatud „konkreetsed aspektid“ on toodud direktiivi põhjenduses 10, kus on mainitud näiteks „teabele esitatavaid nõudeid ja tarbijale teabe esitamise viisi käsitlevaid eeskirju“. Nimelt on eelotsusetaotluse esitanud kohtu osutatud universaalteenuse direktiivi artiklites 20 ja 21 sätestatud andmed, mis peavad olema esitatud lepingus, mis sõlmitakse üldkasutatava telefonivõrgu ühenduse teenuseid osutavate ettevõtjatega.

38 Kolmas küsimus puudutab probleemi orgaanilist mõõdet (see tähendab mõjutab pädevuse jaotust haldusametuste vahel), samas kui seitsmendas käsitletakse sama probleemi üldise ja valdkondliku regulatsiooni suhte vaatenurgast. Seega eeldatakse, et eriregulatsiooni põhimõtet kohaldatakse lõppkokkuvõttes selles teises vaatenurgast.

39 Sama mõtet väljendab ka kohtujurist Saugmandsgaard Øe oma ettepanekus kohtuasjas Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95, punkt 81), et selles suhtes on märkimisväärne tähtsus direktiivi 2005/29 artikli 1 eesmärgil („[...] aidata kaasa siseturu nõuetekohasele toimimisele ja tarbijakaitse kõrge taseme saavutamisele, lähendades tarbijate majandushuve kahjustavad ebaausaid kaubandustavasid käsitlevad liikmesriikide õigus- ja haldusnormid“) ning artikli 3 lõikes 1 sätestatud direktiivi kohaldamisala määratlusel („[...] ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausad kaubandustavad [...] enne ja pärast tootega seonduva äritehingu sõlmimist ja selle ajal“).

109. Sellistel asjaoludel leian, et direktiivi 2005/29 sätted, mis käsitlevad tarbijatele antavat teavet üldiselt, peaks elektrooniliste sideteenuste valdkonnas jätma kohaldamata universaalteenuse direktiivis sisalduvate sätete kohaldamise kasuks. Kuid ainult selles osas ja eeldamata direktiivi 2005/29 tervikuna kohaldamatust, mille artikli 3 lõikega 4, kordan veel kord, piiratakse selle kohaldamata jätmist ainult „konkreetsed aspekte“ reguleerivate muude õigusnormidega. Lisaks tuleb täita ka teine selle sättega ette nähtud tingimus – õigusnormide vastuolu – mida kohe käsitlen.

110. See on kokkuvõttes direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 nimetatud erandi sisu.⁴⁰ Loomulikult rõhutan, et tingimusel, et esineb *vastuolu* täidetud direktiivi 2005/29 ja sätte vahel, millega saab seda võimaluse korral asendada.

111. Lühidalt öeldes on direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 kehtestatud eriregulatsiooni suhte esemeks õigusnormid või sätted, mitte valdkondlikud eeskirjad. Pealegi ei ole sellega seotud pädeva haldusasutuse määramine, kes peab vastavat regulatsiooni kohaldama, kuna nendevahelise pädevuse jaotamine või omistamine on liikmesriikide pädevuses.

112. Lähtudes asjaolust, et tegemist on rangelt normidevaheliste suhetega, on vaja veel täpsustada, milliste normidega on tegemist.

2) *Vastuolulised õigusnormid*

113. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib kuuendas küsimuses, kas direktiivi 2005/29 artikli 3 lõike 4 viide „muude[le] [liidu] eeskirjad[ele]“ hõlmab ainult „Euroopa määruste ja direktiivide sätteid ning nende otseseid ülevõtmisnorme või hõlmab see ka seaduste ja määruste sätteid, mis rakendavad Euroopa õiguspõhimõtteid“.

114. Algul oli direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 käsitletud olukorda, kui esineb vastuolu „käesoleva direktiivi sätete ja muude ühenduse [praegu „liidu“] eeskirjade vahel“.

115. Ühenduse või liidu eeskirjad on rangelt võttes need, mille on vastu võtnud liidu institutsioonid, see tähendab ELTL artiklis 288 loetletud „õigusaktid“. Seetõttu leian, et sellesse kategooriasse ei ole alust lisada Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) viidatud riiklikke õigusnorme, nagu „seaduste ja määruste sätted, mis rakendavad Euroopa õiguspõhimõtteid“⁴¹, ega ka riiklikke direktiivi ülevõtmise eeskirju.

116. Itaalia valitsus viitab aga võimalusele direktiivi 2005/29 artikli 3 lõike 4 laiendamiseks, mis tooks kaasa selle kohaldamisala laienemise riiklikele sätetele, millega liikmesriigi õigusse võetakse üle liidu õigusnormid. Samal ajal on mõned osapooled märkinud,⁴² et liikmesriigi reguleeriva asutuse ülesanne on töötada välja väga üksikasjalik valdkondlik regulatsioon, mis oleks direktiivile 2005/29 allutatud, kui see ei sisalduks mõistes „muud [liidu] eeskirjad“.

117. Minu arvates on tõlgendus, mida ma pooldan (ja mis tundub mulle otseselt tulenevalt direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikest 4), kooskõlas Itaalia valitsuse ja teiste vaidluspoolte väljendatud murega.

40 Seega üsna tagasihoidlik erand, mis kattub samal ajal universaalteenuse direktiivi artikli 1 lõikes 4 sätestatuga, et viimati nimetatud direktiivi sätteid lõppkasutajate õiguste kohta kohaldatakse, *ilma et need piiraksid* tarbijakaitset käsitlevate [liidu] eeskirjade [...] kohaldamist, [mis eelnesid direktiivile 2005/29] [kohtujuristi kursiiv].

41 Sellised „seaduste ja määruste sätted“ võivad olla ainult riiklikud, sest kui need oleksid formaalselt liidu sätted, oleks see küsimus mõttetu.

42 Nagu Wind Tre ja Telecom Italia oma kirjalike vastavate seisukohtade punktides 71–75 ja 43–50. Telecom Italia märgib, et selle mõiste kitsendav tõlgendamine tooks kaasa „ilmselgelt vastuvõetamatuid tulemusi“, näiteks mis tahes sellise riikliku sätte kohaldata jätmise, mis reguleerib ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte rangematel tingimustel ja tagatistel kui direktiiv 2005/29.

118. Direktiivi 2005/29 saavutatud ühtlustamise on korduvalt tunnistanud ammendavaks Euroopa Kohus, kelle sõnul direktiiv „ühtlustab need [äriühingute ebaausate kaubandustavade eeskirjad nende suhetes tarbijatega] ühenduse tasandil täielikult“, nii et „liikmesriigid [ei tohi] võtta piiravamaid meetmeid, kui direktiiviga kehtestatud, ja seda isegi kõrgema tarbijakaitse taseme saavutamise tagamiseks“.⁴³

119. Kuid see ammendavuse märkus ei tähenda seda, et ei peaks põhimõtteliselt kohaldama riiklike õigusnorme, mis reguleerivad ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte üksikasjalikumalt kui direktiivi 2005/29 sätteid. Et tagada nende üksikasjalikumate riiklike õigusnormide kohaldatavus, ei ole vaja lisada neid „liidu õigusnormide“ kategooriasse. Piisab nende viitest (valdkondlikule) direktiivile, millest need pärinevad, ja uurimisest, kas see direktiiv peab omakorda olema direktiivi 2005/29 suhtes ülimuslik, kuna on täidetud selle direktiivi artikli 3 lõikes 4 sätestatud tingimused.

120. Teisisõnu, kui liidu õigus lubab liikmesriikidel reguleerida ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte rangemalt, kui seda on tehtud direktiivi 2005/29 sätetega, ei ole selle direktiivi kohaldamata jätmine tingitud selle võimaluse alusel sätestatud riiklikust õigusnormist, vaid (valdkonna) direktiivist, milles see võimalus on antud.

3) *Vastuolu olemus. Vastuolu või erinevus*

121. Ainuüksi ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte reguleerivate muude liidu eeskirjade olemasolu iseenesest ei ole piisav, et direktiiv 2005/29 jääks nende muude sätete korral kohaldamata. Samuti on oluline, et muude õigusnormide ja direktiivi vahel oleks „vastuolu“.⁴⁴

122. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 käsitletud vastuolu mõiste hõlmab sätete vahelist „täieliku antinoomiat“ või vastupidi, piisab sellest, kui õigusnormid kehtestavad „erineva regulatsiooni“. Teisisõnu, kas see viitab ületamatule normatiivsele vastuolule või lihtsalt normikollisioonile.

123. Arutelu käigus selle äärmuse üle on kasutatud mitmesuguseid mõisteid (mõnikord kuni tähenärimise piirideni), viidates mõne õigusemõiste suhte teistesse: lisaks varem mainitud *antinoomiale* ja *kollisioonile* on kasutatud termineid, nagu *kattuvus*, *kokkulangevus*, *kooseksistents* ja muid rohkem või vähem sarnaseid termineid.

124. Minu arvates tähistab liidu seadusandja valitud väljend („vastuolu“) suhet nende sätete vahel, mille erinevus ületab pelga lahknevuse või lihtsa erinevuse. Öelda, et vastuolus on kaks tegelikkust, tähendab kinnitada, et nende vahel on erinevusi; kuid lisaks sellele ka seda, et neid erinevusi on võimatu ületada integreeriva valemi abil, mis võimaldaks mõlema reaalsuse kooseksisteerimist, ilma vajaduseta neid erinevaid osasid moonutada.

125. See, et direktiivis 2005/29 on kasutatud sõna „vastuolu“ selles tähenduses, tuleneb lahendusest, mida seadusandja kasutas: ta ei valinud vaidlusaluste eeskirjade integreerivat tõlgendamist, vaid seadis selgelt ülimuslikuks need eeskirjad, mis on eespool väljendatud tingimustel vastuolus direktiivi 2005/29 sätetega.

43 23. aprilli 2009. aasta kohtuotsus VTB-VAB ja Galatea (C-261/07 ja C-299/07, EU:C:2009:244, punkt 52).

44 Mõlema tingimuse koos esinemist on Euroopa Kohus käsitlenud 16. juuli 2015. aasta kohtuotsuses Abcur (C-544/13 ja C-545/13, EU:C:2015:481, punktid 79–81).

126. Seega, nagu leidis kohtujurist Saugmandsgaard Øe,⁴⁵ tundub ka mulle, et selline vastuolu, nagu direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 ette nähtud, on võimalik ainult siis, kui reguleerides selliseid ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte nagu teave, mis tuleb tarbijale anda, kehtestavad liidu õiguse sätteid, mis ei kuulu direktiivi 2005/29 sätete hulka, ettevõtjatele ilma igasuguse liikumisruumita kohustusi, mis on vastuolus selles direktiivis sätestatud nõuetega.

c) Nende kriteeriumide kohaldamine põhikohtuasja asjaoludele

127. Kui direktiiv 2005/29 oleks kohaldatav telefonioperaatoritele etteheidetavale käitumisele, kuna see sisaldab mõnda ebaausat kaubandustava, mis on määratletud mõnes eespool analüüsitud direktiivi sätetest (mida ma ei arva), usun, et see ei vastaks direktiivi 2005/29 artikli 3 lõikes 4 ette nähtud tingimustele, et selle sätteid jäetaks kohaldamata liidu muude õigusnormide ees, millega reguleeritakse ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte.

128. Nõustun komisjoniga, et nendel asjaoludel oleks võimalik kohaldada paralleelselt direktiivi 2005/29 ja universaalteenuse direktiivi. Kui esimene neist märgib, et hinna nõue „inertsmüügi“ eest on igal juhul ebaaus kaubandustava, sätestatakse universaalteenuse direktiivis (artiklites 20 ja 21) teave, mida elektrooniliste sideteenuste ettevõtted peavad esitama tarbijatele, kuid ei liigita ebaseaduslikuks käitumiseks inertsmüüki, mille üle põhikohtuasjades vaieldakse.

129. Seetõttu ei ole sugugi tegu mõlema direktiivi vahelise vastuoluga, vaid on tegu juhtumiga, kus on vaja neid integreeritult kohaldada, kuna selleks, et määrata kindlaks, kas tarbija oli teenust taotlenud või mitte (direktiiv 2005/29), tuleb nimelt muu hulgas kontrollida, kas talle esitatud teave on kooskõlas universaalteenuse direktiiviga ettevõtjale kehtestatud nõuetega.

VI. Ettepanek

130. Esitatud arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kuuendale kojale 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, tuleks tõlgendada nii, et:
 - eespool nimetatud direktiivi artikli 5 lõike 5 koostoimes I lisa punktiga 29 tähenduses ei ole võimalik klassifitseerida ebaausaks kaubandustavaks seda, kui kasutajale üksnes jäetakse teatamata nutitelefoni sisestamiseks mõeldud SIM-kaardile vastajateenuse ja internetijuurdepääsu eelseadistamisest, kui nimetatud tarbijat on varem teavitatud „tehnilistest ja kasutamistingimustest, mille juures tarbija neid teenuseid konkreetselt kasutab ja [...] nende teenuste endi tingimusi ja hinda puudutav[ast]“, mis tuleb välja selgitada eelotsusetaotluse esitanud kohtul.
 - direktiivi 2005/29 artikleid 8 ja 9 tuleb tõlgendada nii, et need ei võimalda kvalifitseerida telefoniettevõtja eespool kirjeldatud käitumist „agressiivseks kaubandustavaks“.

⁴⁵ Kohtujuristi ettepanek kohtuasjas Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95, punkt 91).

2. Teise võimalusena: direktiivi 2005/29 artikli 3 lõiget 4 tuleb tõlgendada nii, et see direktiiv jäetakse kohaldamata muude liidu õiguse normide kasuks, millega reguleeritakse ebaausate kaubandustavade konkreetseid aspekte, vaid siis, kui nende sätete vahel on vastuolu, mida ei saa lahendada nende omavahelise integreerimise või sidusa kohaldamise abil.