

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse instituut

Liina Põldma

**EKSITAVA REKLAAMI KEELD VÕRDLEVA REKLAAMI LUBATAVUSE
EELDUSENA**

Magistritöö

Juhendaja
Doctor iuris Margus Kingisepp

Tallinn
2014

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. VÖRDLEVA REKLAAMI OLEMUS JA ÕIGUSLIK REGULATSIOON	8
1.1. Võrdleva reklaami regulatsiooni kehtestamise põhjused.....	8
1.1.1. Võrdleva reklaami regulatsioon kui erinevate huvide kooslus	8
1.1.2. Tarbijate huvi	9
1.1.3. Konkurentide huvi.....	10
1.1.4. Ühiskonna huvi	11
1.1.5. Siseturu toimimine	12
1.2. Võrdleva reklaami õiguslik regulatsioon Euroopa Liidus ja Eestis.....	13
1.2.1. Regulatsiooni kujunemine Euroopa Liidus	13
1.2.2. Kehtiv regulatsioon Euroopa Liidus ja Eestis	15
1.3. Võrdleva reklaami mõiste	20
1.4. Võrdlevat reklaami iseloomustavad tunnused	23
1.4.1. Võrdlus konkurendi toodete ja teenustega	23
1.4.2. Konkurentsisuhte olemasolu	25
1.5. Võrdleva reklaami võimalikud avaldumisvormid	27
1.6. Võrdleva reklaami lubatavuse eeldused	30
1.7. Vahekokkuvõte	36
2. EKSIKAVUSE KEELD VÖRDLEVAS REKLAAMIS	40
2.1. Eksitava (võrdleva) reklaami õiguslik regulatsioon Euroopa Liidus.....	40
2.2. Eksitava reklaami mõiste	42
2.3. Tüüpilisemad eksitavad väited toodete ja teenuste kohta.....	44
2.3.1. Üldiselt eksitavatest väidetest	44
2.3.2. Eksitavad väited hinna kohta	45
2.3.3. Eksitavad väited kvaliteedi kohta.....	46
2.4. Eksitavuse hindamiskriteeriumid võrdlevas reklaamis.....	47
2.4.1. Üldised nõuded hindamisele	47
2.4.2. Tõepärasuse nõue	49
2.4.3. Võrreldavate toodete või teenuste samaväärsuse nõue	51
2.4.4. Eksitav tegevusetus	57
2.4.5. Objektiivsuse nõue	59
2.4.6. Võrdluse kontrollitavus	61
2.4.7. Võrdleva reklaami esitusviis	67
2.4.8. Mõju tarbijate majanduskäitumisele ja konkurendi huvide kahjustamine	69
2.4.9. Eksitavuse kontroll seoses kaubamärgi või ärinimega.....	73
2.5. Vahekokkuvõte	75
KOKKUVÕTE	77
THE PROHIBITION OF MISLEADING ADVERTISING AS A PRESUMPTION OF THE ADMISSIBILITY OF COMPARATIVE ADVERTISING. SUMMARY	82
KASUTATUD ALLIKAD	88

SISSEJUHATUS

Meie tarbimisharjumusi üritatakse igapäevaselt mõjutada erinevate turundusvõtete kaudu. Üheks selliseks viisiks on mõjutada meid reklaamidega, milliseid võime näha nendele isegi mitte suuremat tähelepanu pööramata kõikjal meie ümber – ajakirjanduses, televisioonis, raadios, internetis, kaubanduses erinevate kaupluste vaateakendel kui paljudes muudes kohtades. Seega võib reklaami esitada läbi erinevate infokanalite, mis ei jäta meist puudutamata kedagi, sõltumata sellest, kas teadvustame endale seda siis muu kõrval või mitte. Reklaami esitlusviisi järgi saame eristada reklaame, milles tutvustatakse kaupleja enda toodete või teenuste omadusi, nendest reklaamidest, milles üks kaupleja esitleb oma tooteid või teenuseid võrrelduna teise kaupleja toodete või teenustega. Viimasena nimetatud kujutab endast võrdlevat reklaami.

Euroopa Liidu tasandil on võrdlev reklaam reguleeritud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembril 2006 vastu võetud direktiiviga nr 2006/114/EÜ¹ (edaspidi ka direktiiv). Tähtsaimad võrdlevat reklaami puudutavad küsimused seonduvad võrdleva reklaami lubatavuse tingimustega. Eelnimetatud direktiivi ühe olulise põhimõttena võib välja tuua, et tegemist on täielikult ühtlustava direktiiviga. See tähendab, et direktiiv peaks ühtlustama võrdleva reklaami regulatsiooni liidu tasandil täielikult. Kõnesoleva direktiivi põhjenduste kohaselt on võrdlev reklaam vajalik, kuna aitab objektiivselt esile tuua võrreldavate toodete või teenuste omadusi ning suudab elavdada ka kauba ja teenuste tarnijate vahelist konkurentsi tarbija huvides.

Praktikas on konkurentsi edendamise eesmärgi saavutamine seotud mitmete probleemidega. On ilmne, et võrdleva reklaami puhul tuleb arvestada kauplejate huvi teha oma tootele võimalikult omakasupüüdlikku reklaami, et müüa oma tooteid või teenuseid teistest konkurentidest paremini. Konkurenti toote või teenusega võrreldes üritatakse võimalikult palju esile tuua oma toodete või teenuste paremust konkurenti omadega võrreldes, sh varjata oma toote või teenuse puudusi. Konkurentide toote või teenuse puuduste otsimine selleks, et rõhutada oma toote paremust, on asjaolu, millega võrdlev reklaam paratamatult tegeleb. Puuduksid ühe toote paremust iseloomustavad väited, puuduks võrdleval reklaamil mõte. Teiselt poolt tuleb võrdleva reklaami esitamisel silmas pidada tarbijate või ka teiste ettevõtjate kui reklaamist mõjutatud sihtrühma huvi saada tõest infot, et teha teadlik ostuotsus. Siinjuures

¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12.12.2006. a direktiiv nr 2006/114/EÜ, eksitava ja võrdleva reklaami kohta (kodifitseeritud versioon). – ELT L 376/21, 27.12.2006.

võib mõttes nende huvide vahele tõmmata piirjoone ehk teisisõnu, kui kaugemale saab kaupleja oma võrdleva reklaamiga minna ja millisest hetkest tuleb asuda kaitsma konkurente ja isikuid, kellele reklaam on suunatud, ning piirata õigusaktide alusel kaupleja reklaamväidete esitamist. Kui tasakaalu eelnimetatud huvide vahel ei saavutata, võib see viia konkurentsimoonutusteni turul, kahjustades konkurente ja isikuid, kellele reklaam on suunatud. Nimetatud keerulise küsimuse peavad lahendama õigusnormid.

Eelnevaga seoses on oluline erinevaid huve arvestades kindlaks määrata, millised peamised võrdleva reklaami tavad võivad tekitada konkurentsimoonutamist, kahjustada konkurente ning avaldada kahjulikku mõju tarbija valikule.²

Üheks olulisemaks nõudeks mistahes reklaami puhul võib pidada seda, et reklaam ei tohi olla eksitav³. Nii on see ka võrdleva reklaami puhul. Tegemist on ühe võrdleva reklaami lubatavuse eeldusega. Seega, sõltumata sellest, millise reklaamivormiga on tegemist, ei ole eksitav reklaam lubatud. Reklaami adressaadi peamine huvi reklaami vastu on mõistlikult võttes see, et see annaks tõepärast infot, mida reklaami adressaat vajab teadliku ostuotsuse tegemiseks. Tarbijatele suunatud reklaami puhul on veel oluline ka see, et reklaam ei varjaks olulisi asjaolusid konkreetse toote või teenuse kohta. Kui võrdlev reklaam ei peta selle adressaate ega mõjuta nende majanduskäitumist või ei kahjusta konkurente, annab see aluse järelduseks, et tegemist ei ole eksitava reklaamiga.

Magistritöö keskendub võrdleva reklaami eksitavusega seotud küsimusele Eesti ja Euroopa Liidu õiguses. Võrdleva reklaami üheks lubatavuse tingimuseks on direktiivi artikli 4 punkti a kohaselt eksitavuse keeld. Eesti kehtivas reklaamiseaduses⁴ võrdleva reklaami sätete all nimetatud eeldust otsesõnu kirjas ei ole. Seega on käesoleva magistritöö uurimisprobleemiks Eestis kehtiva võrdleva reklaami regulatsiooni vastavus Euroopa Liidu direktiivis 2006/114/EÜ sätestatud võrdleva reklaami regulatsioonile.

² Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2006/114/EÜ, 12. detsember 2006, eksitava ja võrdleva reklaami kohta (kodifitseeritud versioon), põhjenduse punkt 9.

³ Magistritöö kirjutaja soovib siinkohal rõhutada, et käesolevas töös kasutatakse sõna „eksitav“ lahtiseletamiseks ja mõistmiseks õigusaktides ja direktiivis 2006/114/EÜ määratletud „eksitava reklaami“ mõistet. Nimetatud direktiivis määratletud juriidilise termini kohaselt on eksitav reklaam selline reklaam, mis petab isikuid, kellele see on suunatud või kelleni jõuab, ja mis võib oma petliku iseloomu tõttu mõjutada nende majanduskäitumist või nimetatud põhjustel kahjustab või võib kahjustada konkurente.

⁴ Reklaamiseadus. 01.11.2008.- RT I 2008, 15, 108, RT I, 11.06.2013, 6.

Võrdleva reklaami regulatsioon peab olema selge ja täpne nii selle adressaatidele (sh piiriülestele ettevõtjatele) kui regulatsiooni rakendajatele. On oluline ja vajalik, et õigussubjektid teaksid selgelt ja täpselt, millised on nende õigused ja kohustused⁵. Seejuures tekib küsimus, kuidas ja millistel alustel hinnata võrdleva reklaami eksitavust. Eksitavuse hindamiseks on direktiivis viidatud eksitava reklaami mõistele, mis direktiivi kohaselt ei tohi petta või tõenäoliselt petta, kuid täpsustamata on, kuidas praktiliste kaasuste lahendamisel n-ö petlikku iseloomu hinnata. Võrdleva reklaami puhul teeb hindamise keerulisemaks kaupade ja teenuste omavahelise võrdluse olemasolu. Tähelepanu tuleb pöörata sellele, kuidas võrdlust konkurendi toodete või teenuste suhtes reklaamis esitatakse.

Magistritöö eesmärgiks on püstitatud probleemist tulenevalt uurida, kas Eestis kehtiv võrdleva reklaami regulatsioon vastab Euroopa Liidu direktiivis 2006/114/EÜ sätestatud võrdleva reklaami regulatsiooni nõuetele ning juhul, kui magistritöö autor jõuab järeldusele, et Eesti vastav regulatsioon ei ole kooskõlas nimetatud direktiiviga, siis kas nimetatud probleemi on võimalik ületada olemasolevate normide tõlgendamisega või tuleks võrdleva reklaami regulatsiooni reklaamiseaduses selguse eesmärgil muuta. Samuti on magistritöö eesmärgiks uurida, kas võrdleva reklaami eksitavuse hindamiseks piisab n-ö muu kui võrdleva reklaami eksitavuse hindamiskriteeriumitest või tulevad võrdleva reklaami eksitavuse hindamiskriteeriumid sellise reklaami eripärast, mistõttu on tarvis need eraldi määratleda. Magistritöö üheks oluliseks eesmärgiks on ka määratleda, millised on need olulised hindamiskriteeriumid, mis lubaksid igal konkreetsel juhul võrdleva reklaami kasutamise puhul tuvastada selle eksitavuse või mitteeksitavuse.

Direktiivide puuduliku ülevõtmise riskiks on soovimatu õiguspraktika, samuti nagu juba eespool märgitud, siis võrdleva reklaamiga puudutatud isikute vähene teadlikkus oma õigustest ja kohustustest. Magistritöö kirjutamisel ei keskenduta süvendatult nende asjaoludele sisule (nt kvaliteet, hind jms), mille suhtes võrdlust läbi viiakse, kuivõrd nende väljaselgitamisel puudub eluliste asjaolude määramatuse tõttu mõistlik põhjendus. Käesolevas magistritöös keskendutakse peamiselt sellele, millistele tingimustele peab tooteid või teenuseid iseloomustavate asjaolude võrdlus võrdlevas reklaamis vastama, et see ei oleks eksitav.

⁵ EKo 14.01.2010, C-343/08, *Euroopa Komisjon versus Tšehhi Vabariik*, p 40-41.

Eestis on Karin Ploom kirjutanud magistritöö „Kaubamärgi kasutamine võrdlevas reklaamis Euroopa Liidu teiseses õiguses“, milles uuriti kaubamärgiomaniku ainuõiguse teostamisel esilekerkivaid probleeme kolmandate isikute poolt kaubamärgi kasutamisel võrdlevas reklaamis⁶. Käesolev magistritöö uurib võrdleva reklaami eksitavuse keeldu Euroopa Liidu ja Eesti õiguses, mille kohta magistritöö kirjutajale teadaolevalt süvendatud teadustööd koostatud ei ole. Eelnevate uurimuste puudumine tõestab töö teoreetilist aktuaalsust. Magistritöö autor on seisukohal, et võrdleva reklaami eksitavuse hindmiskriteeriumide määratlemine aitab õiguse rakendajal kokkuvõttes paremini hinnata võrdleva reklaami eksitavust kui üht olulisemat lubatavuse eeldust ning minimaliseeriks suva õiguse kohaldamisel. Seega võiks käesolev magistritöö olla aktuaalne ka praktikas nii reklaami tellijatele, teostajatele kui ka reklaami hindavatele järelevalveasutustele.

Uurimiseesmärkidest tulenevalt on magistritöö struktuur määratud järgmiselt. Töö on jaotatud kaheks peatükiks, mis jagunevad omakorda alapeatükkideks. Esimene peatükk on sissejuhatav osa teemasse, mille piires analüüsitakse, milline reklaam on üldse võrdlev reklaam. Peatükis analüüsitakse võrdleva reklaami regulatsiooni Eesti ja Euroopa Liidu õiguses. Regulatsiooni puhul on vaatluse all peale eksitavuse keelu ka teised võrdleva reklaami lubatavuse eeldused.

Teises peatükis uurib magistritöö autor kitsamalt võrdleva reklaami eksitavusega seotud õiguslikke küsimusi reklaami eksitavuse mõiste ja võrdleva reklaami lubatavuse tingimuste kontekstis. Peatükis uuritakse, millised on hindamiskriteeriumid võrdleva reklaami eksitavuse hindamiseks.

Magistritöö on üles ehitatud deduktiivset meetodit kasutades. Magistritöös on erialaomaste uurimismeetoditena kasutatud analüütilist meetodit ja kohati ka võrdlevat meetodit. Erialast kirjandust ja asjakohaseid kohtulahendeid koostoimes analüüsides püütakse leida vastus magistritöös tõstatatud konkreetsematele küsimustele. Võrreldud on omavahel Euroopa Liidu õiguse ja Eesti Vabariigi õiguse vastavaid regulatsioone. Samuti on näiteid toodud ka teiste Euroopa Liidu liikmesriikide õigusest. Võrreldud on Eesti õigusakte Läti ja Taani õigusaktidega. Läti õigust on võrdluseks kasutatud sarnase lähiajaloo ja iseseisvusperioodi tõttu ning Taani õigust pikemaegsema vaba ettevõtluse ja euroopaliku praktika tõttu reklaamiõiguse valdkonnas.

⁶ K. Ploom. Kaubamärgi kasutamine võrdlevas reklaamis Euroopa Liidu teiseses õiguses. Magistritöö. Tartu, 2011, lk 56.

Magistritöö allikmaterjalina on kasutatud erialapõhist teoreetilist kirjandust, olemasolevaid teaduslikke artikleid, nii rahvusvahelisi kui ka siseriiklikke õigusakte. Magistritöö koostamisel on kasutatud asjakohaseid Euroopa Kohtu ja siseriiklikke kohtulahendeid. Lisaks on magistritöös kasutatud Eesti Tarbijakaitseameti menetlustes toodud seisukohti, et näidata, kuidas on tõlgendatud õigusakte ja lahendatud praktikas tekkinud probleeme.

1. VÕRDLEVA REKLAAMI OLEMUS JA ÕIGUSLIK REGULATSIION

1.1. Võrdleva reklaami regulatsiooni kehtestamise põhjused

1.1.1. Võrdleva reklaami regulatsioon kui erinevate huvide kooslus

Mistahes õigusliku regulatsiooni vastuvõtmist initsieerib tavaliselt mingi ühiskondlik vajadus või huvi. Tavapäraselt on iga õiguslik regulatsioon erinevate, teinekord vastandlike huvide kaalumise tulemuseks. Nii on see ka võrdleva reklaami regulatsiooni puhul. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 12. detsembril 2006 vastu võetud eksitava ja võrdleva reklaami direktiivi nr 2006/114/EÜ artikli 1 kohaselt on direktiivi eesmärgiks kaitsta ettevõtjaid ja sätestada tingimused, mille kohaselt on võrdlev reklaam lubatud. Samas on nimetatud direktiivi põhjenduste punktis 6 leitud, et võrdlev reklaam suudab elavdada kauba ja teenuste tarnijate vahelist konkurentsi tarbijate huvides. Direktiivi põhjenduste punktis 3 on lisaks märgitud, et eksitav ja võrdlev lubamatu reklaam võib põhjustada konkurentsi moonutamist siseturul. Seega on direktiivis täheldatud mitut erinevat huvi, mida tuleb kaitsta.

Reklaam on ettevõtete äristrateegia oluline koostisosa, mis avaldab neile tugevat majanduslikku mõju. Reklaam aitab oma kaupu ja teenuseid välja pakkuda ning seega kujutab endast olulist edutegurit. Reklaam, eeskätt võrdlev reklaam, võib suurendada konkurentsi (nt aidata turule pääseda uutel toodetel ja teenustel) ning sh anda tarbijatele paremat ja üksikasjalikumat teavet, mis läbi võimaldatakse neil tooteid/teenuseid omavahel võrrelda. Euroopa Liidu ühtsel turul saavad ettevõtted edastada oma reklaami mistahes Euroopa osas asuvatele tarbijatele⁷ – viimasel ajal aina kasvav trend on reklaame avalikustada sotsiaalses meedias, nt Facebook'is, mis tähendab, et erinevad reklaamid levivad kiirelt mistahes piirkondadesse üle kogu maailma, sõltumata reklaami avalikustaja geograafilisest asukohast. See aga mõjutab tuhandeid ettevõtteid ja tarbijaid kogu maailmas.

Võrdleva reklaami õiguskaitse valdkonnas algas Euroopa Liidu tegevus 1997. aastal, mil direktiiviga 97/55/EÜ⁸ sätestati esmakordselt võrdleva reklaami mõiste ja regulatsioon ning

⁷ Euroopa Komisjon. Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele. Brüssel, 27.11.2012, lk 1.

⁸ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 06.10.1997. a direktiiv nr 97/55/EÜ, millega muudetakse direktiivi 84/450/EMÜ eksitava reklaami kohta, arvates selle hulka võrdleva reklaami. – ELT L 290/18, 23.10.1997.

see liideti eksitava reklaami direktiivi nr 84/450/EMÜ⁹. Regulatsiooniga kaitstavate isikute ring direktiivis 97/55/EÜ jäi samaks kui direktiivis nr 84/450/EÜ, mille artikli 1 kohaselt tuli kaitsta tarbijaid ning kaubanduse, äri, käsitöö või kutsealaga tegelevaid isikuid ja üldsuse huve eksitava reklaami ja selle ebaõiglaste tagajärgede eest. Seega on kolm erinevat huvigruppi, kelle huvisid on püütud kaitsta eksitava ja võrdleva reklaami direktiivi vastuvõtmisega.

Euroopa Kohus on oma lahendis *L'Oréal SA jt vs. Bellure NV jt* kaitstavate huvide tasakaalustamise kohta sedastanud, et direktiivi 84/450 artikli 3a lõike 1 punktides a-h loetletud tingimustega soovitakse viia tasakaalu erinevad huvid, mida võrdleva reklaami lubamine võib puudutada. Nii nähtub direktiivi 97/55 põhjenduste 2,7 ja 9 koosmõjust, et asjaomase artikli 3a eesmärk on elavdada kauba ja teenuste tarnijate vahelist konkurentsi tarbija huvides, lubades konkurentidel erinevate võrreldavate kaupade eeliseid objektiivselt võrrelda, samal ajal keelates tavasid, mis võivad tekitada konkurentsi moonutamist, kahjustada konkurente ning avaldada tarbija valikule kahjulikku mõju.¹⁰

Seega on eespool toodud huvid mõjutanud ka võrdleva reklaami regulatsiooni kujunemist ja seda, milline on vastav regulatsioon täna kehtivas reklaamiõiguses. Võrdleva reklaami puhul saame eeskätt vaadelda või eristada kolme erinevat huvigruppi, kelle huvide kaitsega õigusaktid tegelevad – need on tarbijad, konkurendid ja ühiskond.

1.1.2. Tarbijate huvi

Traditsiooniliselt olid konkurentide huvid motiiviks kehtestamiseks võrdlevale reklaamile kindlad reeglid, kuid alates 1960-ndatest aastatest, kui kasvas teadlikkus ja huvi tarbijaid kaitsta, võib tänapäeval siiski kesksemale kohale seada tarbijate huvid. Samas on erinevatele ettevõtjatele oluliselt tähtis, et võrdlus oleks teostatud objektiivselt tagades, et tehtud võrdlused oleksid aktsepteeritavad konkurendi vaatevinklist.¹¹

Tarbijate huvid ja nende kaitse on tänapäeval peamiseks võrdleva reklaami regulatsiooni kehtestamist õigustavaks asjaoluks. Tarbijate huvi on ikka ja alati saada usaldusväärset teavet

⁹ Euroopa nõukogu 10.09.2004. a direktiiv nr 84/450/EMÜ, mis käsitleb eksitava reklaamiga seotud liikmesriikide õigus- ja haldusnormide ühtlustamist. – ELT L 250/17, 19.09.1984.

¹⁰ EKO 18.06.2009, C-487/07, *L'Oréal SA jt. versus Bellure NV jt.*, p 67-68.

¹¹ C. Heide-Jørgensen. Advertising Law, Marketing Law and Commercial Freedom of Expression. DJØF Publishing 2013, lk 383.

toodete ja teenuste omaduste kohta. Kui võrdlev reklaam on avaldatud korrapäraselt ehk vastavalt kehtestatud tingimustele, siis võib võrdlev reklaam olla tarbijatele tähtis informatsiooniallikaks. Sellisel juhul on võrdlev reklaam tarbijatele tõsiseltvõetav vahend, mis annab neile teadlike otsuste tegemiseks informatsiooni.¹²

Üldiselt võibki öelda, et mistahes reklaami, sh võrdleva reklaami, tähtsaimaks omaduseks on olla informatsiooni kandja, kuid seejuures tuleb arvestada, et samaaegselt on nimetatud informatiivse elemendi puhul tegemist ka kõige rünnatavama osaga reklaamis. On selge, et tarbija oluliseks huviks reklaami nähes on saada teavet toote või teenuse omadus(t)e kohta, isegi juhul, kui teave reklaamis on võrdlemisi kallutatud, kuid üksnes nii kaua, kuni reklaam annab õiget informatsiooni vastava toote või teenuse kohta.¹³

Kehtiva direktiivi nr 2006/114/EÜ õiguslikuks aluseks on Euroopa Liidu toimimise lepingu¹⁴ konsolideeritud versiooni artikkel 114 (endine Euroopa Ühenduse asutamislepingu artikkel 95). Artikli 114 lõige 3 näeb ette tarbijakaitset puudutavates küsimustes kõrge kaitsetaseme saavutamise, sätestades, et tervishoidu, ohutust, keskkonnakaitset ja tarbijakaitset käsitlevates ettepanekutes võtab komisjon aluseks kaitstuse kõrge taseme, eriti võttes arvesse kõiki uusi teaduslikel faktidel põhinevaid suundumusi. Euroopa Liidu tarbijaõiguse ja selle üksikute liikmesriikide tarbijaõiguse vahel on erinevus. Euroopa Liidu tarbijaõiguse initsiatiivid, mis on suunatud siseturu integreerimisele, ei tegele tarbijakaitse sotsiaalsete küsimustega. Üksikute liikmesriikide tarbijakaitseõigus seevastu põhineb sotsiaalse heaolu ideel ning on suunatud tarbija kui õigussuhte nõrgema osapoole õiguste kaitsele.¹⁵ Siinkirjutaja peab siiski oluliseks eelnevaga seoses rõhutada, et kuigi Euroopa Liidu tarbijaõiguse kesksam küsimus on suunatud siseturu ühtlustamisele, ei saaks selle realiseerimine olla mõeldav arvestamata erinevate liikmesriikide majanduslikke, sotsiaalseid ja kultuurilisi huvisid.

1.1.3. Konkurentide huvi

Konkurentide huviks on alati olnud oma tooteid või teenuseid võimalikult edukalt müüa, mille juures ei põlata mistahes sisuga reklaamväiteid analüüsimate, millist mõju omavad need

¹² *Ibid.*

¹³ L. Marder. Comparative advertising and price: Implementation of Directive 97/55/EC in Germany and England compared. Diplomarbeiten Agentur, 2004, lk 3.

¹⁴ Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 115/1, 09.05.2008.

¹⁵ K.Cseres. Competition Law and Consumer Protection. Kluwer Law International 2005, lk 209.

reklaamväited konkurendi majandustegevusele. Samas on nõutav, et ettevõtted edastaksid reklaamimisel tõeseid väiteid ja tegutseksid vastavalt ametialase hoolikuse nõuetele. Kuivõrd väikeettevõtted on Euroopa majanduse alustalaks, võivad eksitavad turundusvõtted mõjuda neile eriti raskelt, kuna neil puuduvad vahendid enda kaitsmiseks. Euroopa Liidu ettevõtetevahelise reklaami eeskirjade eesmärk on tagada, et ettevõtted kasutaksid tõeseid reklaami- ja turundussõnumeid.¹⁶ Vastasel juhul võivad ebaõiged või eksitavad reklaamsõnumid ja muud turundusvõtted soodustada konkurentsi moonutamist, mis pikemas perspektiivis võivad kogu liidu majanduse nõrgendamisele viia.

Euroopa Kohtu lahendis *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG versus Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* on sedastatud, et võrdlevale reklaamile esitatavaid tingimusi tuleb tõlgendada ettevõtjale kõige soodsamal viisil.¹⁷ Viimane viitab eeskätt sellele, et võrdleva reklaami kasutamine on iseenesest positiivne ja võrdleva reklaami kasutamist tuleks tõlgendada piirjuhtudel alati nii, et võrdlev reklaam oleks lubatud ja ettevõtted sõandaksid nimetatud reklaamiliiki praktikas julgemalt kasutada, kartmata sanktsioone, millised võivad rakenduda, kui võrdlevale reklaamile esitatavaid tingimusi on rikutud. Direktiivi 97/55 punktides 2-6 ning direktiivi 2006/114 punktis 6 sisalduvatest põhjendustest tuleneb, et ühenduse seadusandja on soovinud reklaami kasutamist soodustada, rõhutades näiteks direktiivi 97/55 punktis 2, et selline reklaami liik suudab elavdada ka kauba ja teenuste tarnijate vahelist konkurentsi tarbijate huvides. Samas peab võrdleva reklaami kasutamisel järgima teatavaid reegleid, mida on sätestatud üksnes nii palju kui on vajalik konkurentsi moonutamise, konkurentide kahjustamise või tarbija valikule kahjuliku mõju vältimiseks.

1.1.4. Ühiskonna huvi

Võrdlev reklaam puudutab ka ühiskonna huve, mis pole samas üheselt määratletav. Siiski võib öelda, et ühiskonna huviks võib eeskätt pidada toimivat majandust, millele aitab kaasa ausa konkurentsi olemasolu. Nõuetekohane võrdlev reklaam on üks ausa konkurentsi eesmärgipärane vahend. Veelgi laiemalt on õiguskirjanduses leitud, et kuigi küsimus üldiste huvide kaitse kohta Euroopa tasandil ei ole üheselt selge, tuleb üldiste huvide all vähemalt

¹⁶ Euroopa Komisjoni teatis. *Op.cit.*, lk 1.

¹⁷ EKo 08.04.2003, C-44/01, *Pippig Augenoptik GMBH & Co KG v Hartlauer handelsgesellschaft mbH*, p 42.

mõista valitsevaid/ülekaalus olevaid ühiskonna väärtusi, mida kaitsta (näiteks kedagi ei tohi diskrimineerida rahvuse, rassi, soo alusel).¹⁸

Võib öelda, et sisuliselt on võrdleva reklaami tingimuste kehtestamisel arvestatud nn kolmepoolse kaitse põhimõttega, sest nii tarbijate, ettevõtjate kui ka ühiskonna huvid on omavahel lahutamatu seotud.¹⁹ Ühiskonna huvi väljendub tõenäoliselt selles, et tagatud oleks nii tarbijate kui konkurentide kaitse tingimuste või keskkonna loomise kaudu, mis seda soodustab.

1.1.5. Siseturu toimimine

Euroopa Ühenduse asutamislepingu²⁰ 3. peatüki artiklist 94 tulenes, et komisjoni ettepaneku põhjal ning pärast konsulteerimist Euroopa Parlamendi ning majandus- ja sotsiaalkomiteega annab nõukogu ühehäälselt direktiive liikmesriikide niisuguste õigus- ja haldusnormide ühtlustamiseks, mis otseselt mõjutavad ühisturu rajamist või toimimist. Artikli 95 kohaselt võtab nõukogu haldusnormide ühtlustamiseks kasutusele meetmeid, mille eesmärk on siseturu rajamine ja selle toimimine.

Direktiivi nr 2006/114/EÜ põhjenduse punkti 2 järgi ulatub reklaami mõju üksikute liikmesriikide piiridest kaugemale ja mõjutab seega otseselt siseturu sujuvat toimimist. Nimetatud puudutab eranditult kõiki reklaami liike, sh ka võrdlevat reklaami. Seega on üheks olulisemaks sõnastatud huviks, mida Euroopa Liidu tasemel võrdleva reklaami regulatsiooniga kaitstakse, siseturu toimimise tagamine.

Samuti on reklaam, sh võrdlev reklaam, tihedalt seotud kaupade vaba liikumise põhimõttega, mis on sätestatud Euroopa Liidu Lepingu ja Euroopa Ühenduse asutamislepingu konsolideeritud versiooni artiklites 23-31. Kaupade vaba liikumise põhimõtte rakendamise eelduseks on, esiteks, vabadus oma kaupa reklaamida ning teiseks, on reklaamiteenus, mille

¹⁸C. Heide-Jørgensen. *Op. cit*, lk 113.

¹⁹S.Heim. Practice Point. Protection of competitors, consumers and the general public-The new German Act against Unfair Competition. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 1, No. 8, lk 527.

²⁰Euroopa Ühenduse asutamisleping (Konsolideeritud versioon 2006), 29.12.2006. ELT C 321 E/1.

vaba liikumine on samuti Euroopa Liidu õigusaktidega kaitstud.²¹ Viimasena nimetatu ei tähenda mõistagi seda, et reklaami avaldamist ei võiks keelata siseriiklikult olukorras, kus reklaam ei vasta õigusaktides sätestatud nõuetele. Samas peavad võrdleva reklaami siseriiklikult kehtestatud nõuded olema kooskõlas liidu tasandil vastu võetud eksitava ja võrdleva reklaami direktiiviga. Magistritöö autor on seisukohal, et siseturu tulemuslikum toimimine võrdleva reklaami valdkonnas on tagatud kõigi eespool toodud huvide arvesse võtmise ja nende vahel õiglase taskaalu loomisel.

1.2. Võrdleva reklaami õiguslik regulatsioon Euroopa Liidus ja Eestis

1.2.1. Regulatsiooni kujunemine Euroopa Liidus

Ajalooliselt on võrdlevasse reklaami suhtunud erinevalt. 20. sajandi teisel poolel leiti Kontinentaal-Euroopa riikides, et võrdleva reklaami kasutamist tuleks vältida, kuivõrd mistahes reklaamlaused konkurendi, konkurendi toodete või teenuste kohta mõjuvad alati konkurendi ettevõtlusele kahjulikult. Kõige enam oli võrdleva reklaami lubamisele vastu Saksamaa, kelle initsiatiivil näiteks jäeti näiteks Euroopa Liidu direktiivi nr 84/450/EMÜ lisamata võrdleva reklaamiga seonduv regulatsioon. Rahvusvahelise Kaubanduskoja (ICC) poolt välja antud Rahvusvahelise Reklaamitegevuse Seadustikus sisaldus säte, mis keelas võrdleva reklaami kasutamise, kuid see säte kaotati juba 1966. aastal ning see avas ukse olemasoleva negatiivse suhtumise pehmendamiseks võrdleva reklaami kasutamisse. Siinjuures võib välja tuua, et mõnedes riikides ei ole olnud sellist negatiivset suhtumist võrdlevasse reklaami nagu enamikes Euroopa riikides. Nimelt Ameerika Ühendriikides aktsepteeriti võrdleva reklaami kasutamist varem kui Euroopas ning esimesed reklaamikampaaniad koos kindlate/jõuliste võrdlustega hakkasid ilmuma juba 1960-ndate algusaastatel.²² Üleüldine positiivne suhtumine võrdlevasse reklaami arenes Euroopas järkjärgult.

1984. aasta direktiivi nr 84/450/EMÜ, mis käsitleb eksitava reklaamiga seotud liikmesriikide õigus- ja haldusnormide ühtlustamist, eesmärgiks oli kaitsta tarbijaid ja ettevõtjaid eksitava reklaami ja selle ebaõiglase tagajärgede eest. Direktiiv ei puudutanud otsesõnu võrdlevat

²¹ Reklaamiseaduse eelnõu seletuskiri. Kättesaadav arvutivõrgust: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file_id=4bbd6306-dc5b-7cf1-7831-f46e55d2d097& (27.02.2014).

²² C. Heide-Jørgensen. *Op. cit.*, lk 385-387.

reklaami. Kuna paljudes liikmesriikides olid juba kehtestatud eksitavat reklaami käsitlevad õigusaktid, avaldas direktiiv nende riikide õigussüsteemile vaid vähest mõju²³. Peale eespool nimetatud eesmärgi oli direktiivi eesmärgiks kaitsta avalikku huvi üldiselt – soodustada ühist soovi edendada ühiskonnas laiemalt hea moraali äritavasid. Võrdleva reklaami kontekstis on direktiivi põhjendustes välja toodud, et direktiivi eesmärgiks on ühtlustada esmajärjekorras eksitavat reklaami käsitlevad siseriiklikud sätted ning seejärel teises etapis käsitleda kõlvatut reklaami ja vajaduse korral võrdlevat reklaami komisjoni asjakohaste ettepanekute põhjal. Direktiivi 84/450/EMÜ puhul oli tegemist miinimum harmoniseeriva direktiiviga, mille artiklist 7 tulenes, et direktiiv ei takista liikmesriike jätmast kehtima või vastu võtmast õigusakte, mille eesmärk on tagada tarbijate ning kaubanduse, äri, käsitöö või kutsealaga tegelevate inimeste ning üldsuse ulatuslikum kaitse. Kuivõrd tegemist oli miinimum harmoniseeriva direktiiviga, siis jäi liikmesriikidele õigus kehtestada siseriiklikult veelgi tarbijasõbralikumad õigusaktid.²⁴

1997. aasta direktiiviga 97/55/EÜ täiendati direktiivi nr 84/450/EMÜ, millega lisati direktiivi esmakordselt võrdlevat reklaami käsitlevad sätted, kuna sellise reklaami regulatsiooni osas esines liikmesriikides suuri erinevusi.²⁵ Seega, direktiiviga 97/55/EÜ muudeti direktiivi 84/450/EMÜ eksitava reklaami kohta. Olulisim muudatus käesoleva magistritöö uurimiseseme jaoks seisnes selles, et selles direktiivis sätestati esimest korda ka võrdleva reklaami mõiste. 2005. aastal kärbiti ebaausate kaubandustavade direktiiviga 2005/29/EÜ²⁶ eksitava ja võrdleva reklaami direktiivi reguleerimisala. Ebaausate kaubandustavade direktiiviga loodi igakülgne õigusraamistik, millega kaitstakse tarbijaid äritehingu eelselt, selle ajal ja järgselt mistahes ebaausate kaubandusvõtete eest ning mida kohaldatakse tarbijate huve kahjustada võiva mistahes reklaami suhtes, olenemata sellest, kas see mõjutab konkurendi huve. Tuleb märkida, et võrdleva reklaami sätteid kohaldatakse siiski endiselt ka

²³ Euroopa Komisjoni teatis. *Op. cit.*, lk 2.

²⁴ P. Letto-Vanamo, J. Smits. *Coherence and Fragmentation in European Private Law*. Sellier european law publishers, 2012, lk 87-90.

²⁵ Näiteks Taanis, Rootsis ja Ühendkuningriikides oli võrdlev reklaam selleks ajaks juba suhteliselt levinud ning Itaalias, Prantsusmaal ja Saksamaal oli võrdlev reklaam kohtupraktika alusel juba teatavate piirangutega lubatud. Samas Luksemburgis käsitleti võrdlevat reklaami kõlvalu konkurentsina. Euroopa Komisjoni teatis. *Op.cit.*, lk 2.

²⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11.05.2005. a direktiiv nr 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 149/22, 11.05.2005.

ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingute suhtes, sest neis on sätestatud üldised kriteeriumid, mille alusel saab hinnata võrdleva reklaami seaduslikkust.²⁷

Tänaasel päeval on direktiivid 84/450/EMÜ ja 97/55/EÜ konsolideeritud ühtsesse 12. detsembril 2006 vastu võetud direktiivi nr 2006/114/EÜ.²⁸

1.2.2. Kehtiv regulatsioon Euroopa Liidus ja Eestis

Euroopa Liidu ühtlustamismeetmed on liikmesriigi õiguse jaoks tähtsad. Nimetatud põhimõtte olulisust reklaamiga seoses on rõhutatud direktiivi 2006/114/EÜ sissejuhatavas osa põhjendustes 2 ja 5, mille kohaselt reklaami mõju ulatub üksikute liikmesriikide piiridest kaugemale ja seega reklaami käsitlevate õigusaktide erinevused liikmesriikides mõjutavad (takistavad) kaupade vaba ringlust ja teenuste pakkumist²⁹.

Direktiiv nr 2006/114/EÜ sisaldab minimaalseid eeskirju ettevõtjate kaitseks eksitava reklaami vastu ja samas sätestatakse maksimaalselt ühtlustatud eeskirjad võrdleva reklaami lubatavuse kohta.³⁰ Seega nähakse hetkel kehtiva direktiiviga ette kogu Euroopa Liidu ettevõtjate ühtne minimaalne kaitse eksitava reklaami vastu ning täies ulatuses reguleeritakse võrdleva reklaami kasutamist. Eeltoodust tuleneb, et Euroopa Liidu seadusandja on soovinud ühtlustada erinevusi liikmesriikide õigusaktides ning jätnud liikmesriikidele endale valida sobivad meetmed nimetatud direktiivi artiklite ülevõtmiseks.

Direktiivi preambula põhjenduste punktis 7 on märgitud, et tuleks kehtestada objektiivsed miinimumkriteeriumid, mille alusel saab määrata, kas reklaam on eksitav. Sama direktiivi põhjenduste punkti 11 kohaselt peaksid võrdleva reklaami tingimused olema kumuleeruvad ning kohaldatavad täies ulatuses. Seega selgub juba direktiivi põhjendustest, et eksitavale reklaamile kehtestatud nõuete osas nõuab direktiiv liikmesriikidelt minimaalse ühtlustamise lähenemisviisi ning seoses võrdlevale reklaamile kehtestatud tingimustega maksimaalse ühtlustamise lähenemisviisi. Seetõttu on võrdleva reklaami tingimused sätestatud ammendavalt, kuivõrd direktiiv on selles osas maksimumharmoniseeriv.

²⁷ Euroopa Komisjoni teatis. *Op.cit.*, lk 3.

²⁸ *Ibid*, lk 2.

²⁹ P. Craig and G. Búrca. *The Evolution of EU Law*: S. Weatherill: Consumer Policy, Second Edition, 2011, lk 853.

³⁰ P. Letto-Vanamo, J. Smits. *Op.cit.*, lk 94.

Direktiivi artikli 8 p 1 lg 1 kohaselt ei takista nimetatud direktiiv liikmesriike säilitamast või vastu võtmast sätteid, mille eesmärk on tagada ettevõtjate ja nende konkurentide ulatuslikum kaitse eksitava reklaami eest. Sama artikli p-i 1 lg 2 kohaselt ei kohaldata esimest lõiku võrdleva reklaami suhtes, niivõrd kui võrd see on seotud reklaamimisega. Järelikult artikli 8 lõige 2 hoiab ära rangemate siseriiklikult kehtestatud eksitava reklaami eeskirjade kohaldamise võrdleva reklaami suhtes. Seega eksitavuse hindamine võrdleva reklaami puhul peab vastama direktiivis sätestatud, kuid muude kui võrdleva reklaami puhul võib seadusandja kehtestada rangemaid nõudeid eksitavale reklaamile.

Nii mõnedki liikmesriigid on otsustanud kehtestada ulatuslikumad nõuded lisaks direktiivis minimaalset kaitset pakkuvatele eeskirjadele ja laiendanud ebaausate kaubandustavade direktiiviga nr 2005/29/EÜ pakutavat kaitset kas osale või kõigile ettevõtetevahelistele suhetele. Näiteks Austrias, Taanis, Saksamaal, Prantsusmaal, Itaalias ja Rootsis kohaldatakse õigusakte, millega kaitstakse tarbijaid ebaausate kaubandusvõtete eest, osaliselt või täielikult ka ettevõtjaid mõjutavate turundusvõtete suhtes. Samas jällegi teistes liikmesriikides rõhutatakse lepinguvabadust ja eeldatakse, et ettevõtetevaheliste tehingute puhul rakendatakse rangemaid ametialase hoolikuse nõudeid. Neis riikides ei peeta vajalikuks pakkuda ettevõtetele ja tarbijatele samaväärset kaitset. Näiteks ettevõtete reklaami käsitlevate Tšehhi, Poola, Ühendkuningriigi ja Eesti õigusaktidega pakutakse vaid Euroopa Liidu õigusaktides ettenähtud minimaalset kaitset.³¹

Nagu eespool öeldud, põhineva võrdlevale reklaamile sätestatud nõuded maksimaalse harmoniseerimise põhimõttel ja eksitavale reklaamile kehtestatavad tingimused minimaalse harmoniseerimise põhimõttel. Seega võib siinkohal tõusetuda küsimus võrdleva ja eksitava reklaami omavahelistest seostest ühes direktiivis. Mis saab siis, kui liikmesriigis on vaja hinnata ühel juhul reklaami, mis on eksitav ja teisel juhul reklaami, mis on eksitav, kuid samaaegselt ka võrdlev? Esimesel juhul tuleb reklaami hinnata vastavalt eksitavale reklaamile kehtestatud tingimustele, mis langevad minimaalselt ühtlustava režiimi alla. Seejuures on liikmesriikidel õigus kehtestada rangemaid nõudeid kui on sätestatud direktiivis. Teisel juhul, kui tegemist on võrdleva reklaamiga, ei saa reklaami pidada lubamatuks nende eksitavuse hindamiskriteeriumite alusel, mis on liikmesriigi õiguses sätestatud enam/rohkem (ehk rangemini) kui on direktiivis. Seega võib väita, et võrdleva reklaami üks hindamisalustest, mille kohaselt ei tohi võrdlev reklaam olla eksitav sama direktiivi artikli 2 punkti b, artikli 3

³¹ Euroopa Komisjoni teatis. *Op. cit.*, lk 3.

ja artikli 8 lõike 1 tähenduses, on vaid viitamine eksitavale reklaamile kehtestatud eeskirjadele kõnesoleva direktiivi teises osas. Sellise arutluskäigu järgimine viib meid järeldusele, et eksitava võrdleva reklaami korral peavad liikmesriigid tagama, et nende kohtud uurivad väga tähelepanelikult ja üksikasjalikult konkreetset võrdlevat reklaami, et teha kindlaks, kas see on eksitav.³² Siinkirjutaja leiab, et juhul, kui liikmesriik on kehtestanud rangemad kriteeriumid eksitava reklaami hindamiseks, võib tekkida oht, et neid nn „rangemaid kriteeriume“ arvestatakse ka võrdleva reklaami lubatavuse hindamisel ning see omakorda võib viia konkurentsi moonutamiseni siseturul (see, mis on ühes liikmesriigis võrdlevaks eksitavaks reklaamiks, ei pruugi seda olla teises riigis), mis mitte mingil moel ei oleks kooskõlas kõnesoleva direktiivi eesmärkide ja mõttega.

Eeltoodust tulenevalt järeldub, et Euroopa ettevõtetele pakutav kaitse on erinev ja seepärast ei ole ettevõtjatel selgust, millised on nende õigused ja kohustused piiriülestes olukordades. Samuti ähmastavad olukorda erinevused tarbijate ja ettevõtete kaitse süsteemide vahel.³³

Õiguskirjanduses on leitud, et probleemseks võib pidada seda, et eksitava reklaami kohta sätestatu ei ole Euroopa tasandil täielikult harmoniseeritud. See omakorda võib Euroopa Liidu piires põhjustada killustunud eksitava reklaami regulatsiooni, mis mõjutab just piiriülese kaubandusega tegelevaid või tegeleda soovivaid ettevõtjaid ning, olenemata direktiivis sätestatud eesmärkidest, moonutada konkurentsi ning takistada siseturu tõrgeteta toimimist.³⁴ Samas on õiguskirjanduses ka leitud, et kogu direktiivi maksimaalne harmoniseerimine võib viia tarbijate õiguste kaitse nõrgenemiseni, mistõttu piiratigi direktiivi eeskätt Rootsi initsiatiivil, limiteerides maksimaalse harmoniseerimise lähenemisviisi niivõrd, kuivõrd see on seotud võrdlemisega.³⁵ Magistritöö piiratud mahu tõttu ei ole võimalik antud probleemi pikemalt käsitleda, kuid töö autori esialgsel hinnangul aitaks direktiivi täielik harmoniseerimine siiski ka võrdleva reklaami eksitavuse hindamise küsimuse osas kaasa ühtse praktika kujunemisele Euroopa Liidu piires ja seega siseturu paremale toimimisele.

Direktiiviga on liikmesriikides täielikult ühtlustatud võrdleva reklaami lubamise tingimused ning selline ühtlustamine eeldab selle olemusest tulenevalt, et võrdleva reklaami lubamist

³² R. W. De Vrey. *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*. Brill Academic Publishers, 2005, lk 39.

³³ Euroopa Komisjoni teatis. *Op.cit.*, lk 3.

³⁴ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit.*, lk 303.

³⁵ U. Bernitz. *The EC Directive on Comparative Advertising*. Stockholm Institute for Scandinavian Law 1957-2009, lk 11.

tuleb kogu liidus hinnata üksnes liidu seadusandja kehtestatud kriteeriumide alusel.³⁶ Seega tuleb esmajoones lähtuda direktiivis sätestatust ning arvestada ka Euroopa Kohtu praktikas välja toodud tõlgendusreeglitest ja seisukohtadest võrdleva reklaami regulatsioonile.

Kokkuvõtvalt öeldes ei tohiks nende valdkondade tundlikkust sekkumise osas alahinnata. Harmoniseerimine esitab väljakutse siseriiklikule reguleerimispraktikale. Mõju on eriti tuntav seal, kus harmoniseerimine ei tunnista rangemaid siseriiklikke reegleid, mida on võrdleva reklaami vallas juhtunud. Direktiivi esemelist kohaldamisala võib kitsendada, võimaldades säilitada konkreetseid, iseäranis kalliks peetavaid siseriiklikke valikuid või lubada konkreetseid erandeid. Nii näiteks lubab direktiivi artikkel 8 lg 4 liikmesriigil keelata võrdlev reklaam kutsealaste teenuste puhul. Artikli 8 lg 2 sätestab, et seda ei kohaldata sektoritele, kus muude EÜ sätetega on kehtestatud konkreetset reeglid. Mitmete meetmetega on kehtestatud täiendavad konkreetsele sektorile kohaldatavad keelud.³⁷

Eesti siseriiklikus õiguses on eelviidatud direktiiv 2006/114/EÜ eksitava ja võrdleva reklaami kohta üle võetud reklaamiseaduses (edaspidi ka RekS) ja ebaausate kaubandustavade direktiiv 2005/29/EÜ tarbijakaitseadusesse³⁸ (edaspidi ka TKS). Magistritöö kirjutaja peab siinkohal probleemiks, et Eesti reklaamiseadusesse pole direktiivi nr 2006/114/EÜ sätteid üle võetud ulatuses, nagu see tuleneb direktiivi maksimumharmoniseerimise nõudest. Täieliku ülevõtmise korral pole lubatud direktiivi tekstist kõrvale kalduda³⁹.

RekS §-s 5 on sätestatud võrdleva reklaami regulatsioon, mis näeb ette võrdluse kasutamise reklaamis. Nimetatud normis ei ole kirjas eksitivuse keeldu nii nagu see on sätestatud selgelt direktiivi nr 2006/114/EÜ võrdleva reklaami lubatavuse eelduste hulgas. Regulatsioonis ei ole ka viidet sättele, kus eksitivuse keeld on kirjas. Kuna osundatud direktiiv nõuab nimetatud regulatsiooni täielikku ülevõtmist, pole vastav regulatsioon reklaamiseaduses kooskõlas direktiiviga. Magistritöö kirjutaja mõonab, et liikmesriigil on õigus otsustada, kuidas direktiivi säte liikmesriigi õiguses n-õ paigutada, kuid see ei tohi liikmesriikide poolt olla läbi viidud selliselt, et kannataks regulatsioonis selgus ja küsitavaks muutuks direktiivi eesmärkide saavutamine. Siinkirjutaja hinnagul tuleb reklaamiseadusesse sisse viia direktiivis

³⁶ EKo 18.10.2010, C-159/09, *Lidl SNC versus Vierzon Distribution SA*, p 22.

³⁷ P. Craig and G. Búrca. *Op.cit.*, lk 854.

³⁸ Tarbijakaitseadus. 12.12.2007. – RT I 2007, 56, 375, RT I, 31.12.2013, 7.

³⁹ J. Laffranque. Euroopa Liidu õigussüsteem ja Eesti õiguse koht selles. Kirjastus Juura, 2006, lk 276.

sätetatud võrdleva reklaami lubatavuse eeldused (sh eksitava reklaami keeld) sellisena, nagu need direktiivis täpselt sõnastatud on.

Nii õiguskindluse põhimõtte kui ka vajadus tagada direktiivide täielik kohaldamine mitte ainult faktiliselt, vaid ka õiguslikult, nõuab, et kõik liikmesriigid võtavad direktiivi sätteid üle selges, täpses ja läbipaistvas õiguslikus raamistikus, nähes direktiiviga hõlmatud valdkonnas ette siduvad sätteid. See kohustus on selleks, et ennetada seal teatud ajahetkel valitseva olukorra muutumist ning tagada, et kõik ühenduse - sealhulgas nende liikmesriikide, kus direktiiviga ette nähtud teatud tegevust ei esine – õigussubjektid teaksid selgelt ja täpselt, millised on nende õigused ja kohustused igas olukorras.⁴⁰ Euroopa Kohus on ka „Total Belgium“ kohtuasjas sedastanud direktiivi täieliku ühtlustava mõju kohta, et: „direktiiv ühtlustab need reeglid liidu tasandil täielikult. Seega, [...] ei tohi liikmesriigid võtta piiravamaid meetmeid kui direktiiviga kehtestatud ja seda isegi kõrgema tarbijakaitse taseme saavutamise tagamiseks.”⁴¹ Eelnevast tulenevalt on käesoleva töö autori arvates oluline, et direktiivi võrdlevat reklaami puudutavad sätteid oleks võimalikult täpselt ja ühemõtteliselt üle võetud siseriiklikusse õigusesse, kuivõrd direktiivi aluseks on täieliku ühtlustamise põhimõtte. Selliselt peaks olema tagatud ka õigusselguse ja õiguskindluse põhimõtte. Seetõttu on autor arvamusel, et ka Eesti reklaamiseadusesse peaks võrdleva reklaami regulatsioon olema üle võetud selgelt ja täpselt. Siinkirjutaja hinnangul ei saa pidada täpeks ja selgeks ülevõtmiseks seda, kui seaduses puuduvad võrdleva reklaami regulatsiooni all vastavad viited ja täpsustused, millised on olemas direktiivis 2006/114/EÜ.

Lisaks õigusaktidele tuleks praktikas reklaami avaldamisel juhinduda ka vabatahtlikul eneseregulatsioonil põhinevast Rahvusvahelise Kaubanduskoja (ICC) poolt välja antud rahvusvahelise reklaamitegevuse seadustikust.⁴² Seadustik kehtestab eetilise käitumise normid, mida peaksid järgima kõik, kes on reklaamitegevusega seotud – nii müüjad, reklaamijad, reklaamitegijad või –agentuurid kui ka meediakanalid, kohandades neid kehtivate seadustega.⁴³ Nimetatud seadustik on välja töötatud eelkõige enesekontrolli vahendina, kuid ka kohtutes vastavate seaduste raames viitmaterjalina kasutamiseks.

⁴⁰ EKo 14.01.2010, C-343/08, *Euroopa Komisjon versus Tšehhi Vabariik*, p 40-41.

⁴¹ Euroopa Komisjon. Komisjoni talituste töödokument. Ebaausaid kaubandustavasid käsitleva direktiivi 2005/29/EÜ rakendamise/kohaldamise suunised. Brüssel, 3.detsember 2009, lk 17.

⁴² Eesti Reklaamiagentuuride Liit. Eneseregulatsioon. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eral.ee/page.php?nid=13&pid=6> (28.01.2014).

⁴³ M. Kingisepp. Tarbijakaitseõigus Euroopa Liidus ja Eestis. Tallinn: Läte 2011.

Seadustikust juhindub oma tegevuses ka Eesti Reklaamiagentuuride Liit.⁴⁴ Seega võib rahvusvahelist reklaamitegevuse seadustikku käsitleda hea tavana, mis on rahvusvaheliselt tunnustatud ja millest mitmed liikmesriigid on nii seaduste väljatöötamisel kui ka erinevate normide tõlgendamisel juhindunud.

1.3. Võrdleva reklaami mõiste

Võrdleva reklaami mõiste selgitamisel tuleb esmalt selgitada, mis on reklaam. Direktiivis nr 2006/114/EÜ on reklaami mõistet käsitletud kui kaubanduse, äri, käsitöö või kutsealaga seotud teavet, mis on esitatud mis tahes vormis selleks, et edendada kaupade või teenuste müüki, sealhulgas kinnisvara, õigusi ja kohustusi. Eesti õiguses on reklaami mõiste defineeritud RekS § 2 lg 1 p-s 3, mille kohaselt on reklaam teave, mis on avalikustatud mis tahes üldtajuval kujul, tasuta või tasuta, teenuse osutamise või kauba müügi suurendamise, ürituse edendamise või isiku käitumise avalikes huvides suunamise eesmärgil. Eelnevast nähtub, et direktiivis on reklaami mõistet käsitletud tunduvalt kitsamalt kui seda on tehtud reklaamiseaduses, kuivõrd Eestis käsitletakse reklaamina ka teavet ürituse edendamise või isiku käitumise avalikes huvides suunamise eesmärgil.

Seda, et reklaami olemust tuleb Eesti õiguses mõista palju laiemalt kui see on tavapärasel tähenduses, annab kinnitust ka hiljutises Harju Maakohtu otsuses nr 4-13-4065 tehtud järeldus, mille kohaselt tuleb reklaamiks pidada teatud juhtudel sotsiaalreklaami, kui reklaami rõhk on ühiskondlikele valupunktilele osutamisel ning nende võimalikul parandamisel, püüdes kujundada ühiskonna hoiakuid, ideid ja väärtushinnanguid.⁴⁵

Direktiivi artikli 2 punkti b kohaselt on võrdlevaks reklaamiks reklaam, mis selgesõnaliselt või kaudselt identifitseerib konkurendi või konkurendi pakutavad kaubad või teenused. Reklaamiseaduses sätestatakse võrdleva reklaami mõiste §-s 5. RekS § 5 lõike 1 kohaselt peab reklaamis, milles otseselt või kaudselt osutatakse samal kaubaturul tegutsevatele konkurendile või konkurendi pakutavale kaubale või teenusele, mis täidab samu vajadusi või on ette nähtud samaks otstarbeks kui reklaamitav kaup või teenus, võrdlus põhinema võrreldava kauba või teenuse ühel või mitmel asjakohasel, olulisel ja tõendataval tunnusel, mille hulgas võib olla ka hind. Olenemata sellest, et reklaami mõiste on kehtiva õiguse kohaselt Eestis määratletud tunduvalt laiemalt hõlmates reklaamina ka teabe, mis on

⁴⁴ Eesti Reklaamiagentuuride Liit. Eneseregulatsioon. *Op. cit.*

⁴⁵ TlnHMKo 01.10.2013, 4-13-4065.

avaldatud ürituse edendamise või isiku käitumise avalikes huvides suunamise eesmärgil, on võrdleva reklaami kui ühe reklaami liigi mõistet reklaami mõistega võrreldes kitsendatud, mis vastab Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivile 2006/114/EÜ, kuna liikmesriigi võrdleva reklaami regulatsioon peab olema samasugune Euroopa Liidu regulatsiooniga (st regulatsiooni, sh mõistet ei saa laiendada ega kitsendada). Siinjuures on oluline märkida, et nimetatud direktiiv reguleerib üksnes eksitava ja võrdleva reklaamiga seotud valdkonda, erinevalt kehtivast reklaamiseadusest, mis hõlmab ja reguleerib rohkem erinevate toodete-teenuste valdkondi. Seega moodustab direktiivis sätestatu üksnes ühe osa Eesti reklaamiseaduses reguleeritavast.

Direktiivi 2006/114/EÜ preambula põhjenduste punktis 8 on välja toodud, et võrdleva reklaami mõiste on soovitatav esitada nii üldiselt, et see hõlmaks võrdleva reklaami kõik liigid.

Võrdleva reklaami tuvastamisel on Euroopa Kohus ka oma lahendis *O2 Holdings Limited ja O2 (UK) Limited versus Hutchison 3G UK Limited* leidnud, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on see lai määratlus, mis võimaldab hõlmata mistahes võrdleva reklaami vorme nii, et võrdleva reklaami olemasoluks piisab, kui on olemas teade, mis kasvõi kaudselt viitab konkurendile või konkurendi pakutavatele kaupadele või teenustele.⁴⁶

Eelnevast tuleneb, et võrdleval reklaamil võib olla palju erinevaid vorme ja liike, kuid siinjuures on oluline, et võrdleva reklaami mõiste kataks kõikvõimalikud võrdleva reklaami vormid ja liigid. Ühtlasi leiab käesoleva töö autor, et võrdleva reklaami definitsiooni lai määratlemine on pigem positiivne, kuna võimaldab ka ebamääraste ja kaudselt identifitseeritud konkurendi või konkurendi pakutavate kaupade või teenuste reklaamide (näiteks reklaamlused „kõige tugevam“, „kõige efektiivsem“, „odavam“, „parim“ jne) liigitamise võrdleva reklaami kaitsealasse, mis omakorda aitab kaasa kõigi huvitatud isikute õiguste paremale kaitsele.

Õiguskirjanduses on kriitikud leidnud, et võrdleva reklaami definitsioon on liiga laialt määratletud.⁴⁷ Samuti on võrdleva reklaami mõiste laia määratlust oma magistritöös „Kaubamärgi kasutamine võrdlevas reklaamis Euroopa Liidu teiseses õiguses“ kritiseerinud

⁴⁶ EKo 12.06.2008, C-533/06, *O2 Holdings Limited ja O2 (UK) Limited versus Hutchison 3G UK Limited*, p 42.

⁴⁷ C. Heide-Jørgensen. *Op.cit.*, lk 395.

Karin Ploom leides, et „võrdleva reklaami lai mõiste on kaubamärgiomanikuve ebaproportsionaalselt kahjustav, kuivõrd erand, mida võrdlev reklaam kaubamärgiomaniku õiguste osas tähendab, on jäetud sisu osas lahtiseks. Autori hinnangul jätab see praktikas võimaluse, et pahatahtlik reklaami avalikustaja hakkab süstemaatiliselt ära kasutama võrdleva reklaami regulatsioonist tulenevaid võimalusi konkurendist halva kuvandi või üldmulje loomiseks. Näitena oskab autor tuua erinevate puhastusvahendite, pesupulbrite jmt reklaamid, milles alati kuvatakse ühte konkreetset toodet kui absoluutselt parimat võrreldes mistahes konkurendi sama kategooria tootega. Autor leiab, et tuleks piirata võrdlevates reklaamides lubatud „üldisuse“ aspekti. Kui reklaami avalikustaja on kohustatud võrdlevas reklaamis selgelt välja tooma võrdluse teatud kohustuslikke elemente, kaoksid suure tõenäosusega reklaamid, mille ainus võrdlus seisneb loosungis „kõikidest kõige parem“. On ilmselge, et sellised võrdlevad reklaamid ei ole tarbija teavitamise ega konkurentsi efektiivsuse tagamise huvides.“⁴⁸

Käesoleva magistritöö autor eeltoodud järeldustega nõustuda ei saa. Esmalt tuleb eristada võrdleva reklaami mõistet ja nende lubatavuse kriteeriumeid, kuivõrd esimesega määratletakse üksnes mõiste, mis veel ainuüksi ei määratle seda, milline tohib või ei tohi reklaam olla. Täpsemini on võrdleva reklaami lubatavuse tingimused sätestatud direktiivi 2006/114/EÜ artiklis 4. Mõiste neid nõudeid ei sätesta. Vastupidiselt Karin Ploomi seisukohale, et õigusselguse huvides oleks vajalik konkreetsemalt selgitada võrdleva reklaami mõiste eeldused, leiab käesoleva magistritöö autor, et võrdleva reklaami mõiste määratlus ei too kaasa kaubamärgiomanike ebaproportsionaalselt kahjustamist. Kuivõrd võrdleva reklaami lai mõiste katab kõikvõimalikud võrdleva reklaami vormid, siis pigem aitab selline lai mõiste määratlus kaasa sellele, et neid kõikvõimalikke võrdleva reklaami vorme hinnatakse ühtsete kriteeriumite alusel, mis peavad tagama nii konkurentide kui ka laiemalt tarbijate huvide kaitse ja selguse. Samamoodi peavad „mistahes pesupulbrite, puhastusvahendite jms“ reklaamid vastama võrdlevale reklaamile kehtestatud nõuetele ning juhul, kui reklaamija reklaamib end kui „kõige paremat“, siis viimane peab olema ka tõendatav ja kontrollitav, mida tagab direktiivi artikli 4 punkt c võrdleva reklaami lubatavuse eeldusena.

⁴⁸ K. Ploom. *Op. cit.*, lk 19.

1.4. Võrdlevat reklaami iseloomustavad tunnused

1.4.1. Võrdlus konkurendi toodete ja teenustega

Reklaam võib sisaldada avaldusi teiste kauplejate toodete-teenuste kohta kui ka kaupleja oma toodete-teenuste kohta võrreldes teiste kauplejate toodete-teenustega. Reklaam, mis seisneb oma toote positioneerimises, seda teise kaupleja tootega võrreldes, on niisama vana kui (eksitavate) väidete esitamine oma toote kohta. Selline reklaam, kus on olemas võrdlus reklaamija toote või teenuse ja teiste kauplejate toodete või teenuste vahel, kutsutakse võrdlevaks reklaamiks.⁴⁹ Seega on võrdleva reklaami üheks põhitunnuseks mõistagi võrdluse olemasolu teise ettevõtja või tema pakutava toote või teenusega.

Direktiivi 2006/114/EÜ artikli 2 punktis c määratletakse, et võrdlev reklaam on reklaam, mis sõnaselgelt või kaudselt identifitseerib konkurendi või konkurendi pakutavad kaubad või teenused. Lähtudes direktiivis toodud sõnastusest, tuleneb eelviidatud määratlusest, et võrdlevas reklaamis peab sisalduma kas otsene või kaudne viide konkurendile või tema poolt pakutavatele kaupadele või teenustele. Seega peab võrdlev reklaam vähemalt kaudselt viitama konkurendile, konkurendi pakutavatele kaupadele või teenustele. Juhul, kui reklaamis konkurente vähemalt kaudselt määratletud ei ole ning sellist määratlust ei saa ka reklaamis esitatatust tuletada, pole tegu võrdleva reklaamiga. Eesti kehtivas õiguses on võrdleva reklaami mõiste sätestatud RekS § 5 lg-s 1. Viimasest tuleneb ka võrdleva reklaami põhitunnus – kas kaudne või otsene viide konkurendile või konkurendi pakutavale kaubale või teenusele. Näiteks Taani turundusseaduse⁵⁰ § 5 lg-sse 1 on võrdleva reklaami mõiste võetud üle otse direktiivist ehk võrdleva reklaami mõiste vastab täielikult direktiivis toodud sõnastusele⁵¹. Nii on see ka näiteks Läti reklaamiseaduses⁵².

Euroopa Kohtu lahendis *De Landtsheer Emmanuel SA vs Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne ja Veuve Clicquot Ponsardin SA* on ühtlasi sedastatud, et reklaamsõnumi võrdleva olemuse tuvastamiseks on vaja määratleda otseselt või kaudselt reklaami

⁴⁹ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit.*, lk 379.

⁵⁰ Danish Marketing Practices Act. Kättesaadav arvutivõrgust: <http://www.consumerombudsman.dk/Regulatory-framework/Danish-Marketing-Practices-Act/marketingpractisesact> (07.03.2014).

⁵¹ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit.*, lk 395-396.

⁵² Latvian advertising law. Kättesaadav arvutivõrgust: http://www.ptac.gov.lv/upload/normativi_en/reklamas_likums.pdf (07.03.2014).

avalikustaja konkurent või konkurendi pakutavad kaubad ja teenused ning pelk asjaolu, et ettevõtja üksnes viitab reklaamsõnumis ühte liiki toodetele, ei võimalda sellist sõnumit direktiivi kohaldamisalast *a priori* välja jätta. Taoline sõnum võib kuuluda võrdleva reklaami alla siis, kui konkurenti või tema pakutavaid kaupu või teenuseid oleks selles võimalik identifitseerida sellistena, millele on nimetatud reklaamis kasvõi kaudselt, kuid tegelikult viidatud. Sellises kontekstis ei ole tähendust asjaolul, et ühte liiki tootele viitamine, arvestades juhtumi asjaolusid ja eriti kõnealuse turu ülesehitust, võimaldaks mitmete konkurentide või nende pakutavate toodete või teenuste identifitseerimist.⁵³

Sama kohtuotsuse järgi on direktiivi nr 97/55/EÜ artikli 2 punkti 2a, mis sätestab reklaami avalikustaja üheainsa konkurendi või üheainsa konkurendi kaupade või teenuste identifitseerimise, grammatiline tõlgendamine kokkusobimatu võrdleva reklaami laia tõlgendusega ja on seetõttu vastuolus Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikaga. Siseriiklike kohtute ülesanne on iga üksikjuhtumi puhul kõiki kohtuasjas asjakohaseid tõendeid arvestades kontrollida, kas reklaam võimaldab selle adressaatidel otseselt või kaudselt identifitseerida ühte või mitut konkreetset ettevõtjat või nende pakutavaid kaupu või teenuseid sellistena, millele on nimetatud reklaamis otseselt viidatud.⁵⁴

Lisaks eelnevale on Euroopa Kohus eelviidatud lahendis märkinud, et direktiivi artikli 2 punkti 2a tuleb tõlgendada nii, et võrdleva reklaamina tuleb käsitada reklaamsõnumis sisalduvat viidet ühte liiki tootele, mitte ettevõtjale ega konkreetsele tootele, kui on võimalik identifitseerida see ettevõtja või tema pakutavad tooted sellistena, millele on nimetatud sõnumis otseselt viidatud. Asjaolu, et reklaamija mitmeid konkurente või nende pakutavaid kaupu või teenuseid võiks identifitseerida sellistena, millele on reklaamsõnumis faktiliselt viidatud, on võrdleva reklaami olemuse tunnustamisel asjakohatu.⁵⁵ Magistritöö kirjutaja saab kohtu eelmainitud seisukohast aru selliselt, et võrdleva reklaami määratlemiseks on oluline reklaamsõnumi sisu alusel tuvastada, kas on üldse konkurente ja kaupu, kellega end reklaamis võrreldakse, mitte seda, kui palju neid on. Siinjuures peab käesoleva magistritöö autor esmalt vajalikuks märkida, et eelmainitud Euroopa Kohtu lahendis viidatud direktiivi 97/55/EÜ artikli 2 punkt 2a ühtib sõna-sõnalt direktiivi 2006/114/EÜ artiklis 2 punktis c sätestatud võrdleva reklaami mõistega. Viidatud kohtulahendist ilmneb samuti, et võrdleva reklaami

⁵³ EKo 19.04.2007, C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA versus Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne jt.*, p 17-20.

⁵⁴ *Ibid*, p 21-22.

⁵⁵ *Ibid*, p 24.

mõistet tuleks tõlgendada võimalikult laialt ning võrdleva reklaami olemuse tuvastamisel ei ole õige võrdleva reklaami mõistet üksnes grammatiliselt tõlgendada ja leida, et viidatakse üksnes üheainsale konkurendile või tema poolt pakutavale kaubale/teenusele.

1.4.2. Konkurentsisuhte olemasolu

Võrdleva reklaami põhitunnuseks tuleb kahtlemata pidada ka ettevõtjatevahelise konkurentsisuhte olemasolu, kuivõrd juba direktiivi artiklis 2 punktis c kirjeldatakse reklaamija „konkurendi“ või tema pakutavate kaupade või teenuste identifitseerimist. Euroopa Kohtu lahendis *De Landtsheer Emmanuel SA versus Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne jt.* on märgitud, et see, kas ettevõtjad on konkurendid, põhineb määratluse kohaselt nende ettevõtjate poolt turul pakutavatele kaupade või teenuste asendatavusel. Kuivõrd eelmainitu tuleneb juba küll võrdleva reklaami mõistest, siis selle täpsustamiseks on ka võrdleva reklaami lubatavuse hindamise üheks aluseks seatud samu vajadusi rahuldavate või samaks otstarbeks mõeldud kaupade või teenuste võrdlemine (direktiivi artikkel 4 punkt b). Sama lahendi punktis 30 märgib kohus, et kui tooted võivad teatud osas rahuldada samu vajadusi, on neil omavahel teatav asendatavuse määr. Eelnevast tuleneb, et konkurentsisuhte olemasolu reklaamija ja reklaamsõnumis identifitseeritud ettevõtja vahel ei ole võimalik tuvastada nende pakutavaid kaupu või teenuseid arvesse võtmata.⁵⁶

Samuti on kohus eelviidatud kohtuotsuses täpsustanud, et asendatavuse määra konkreetne hindamine, mis kuulub siseriiklike kohtute pädevusse ja mida tuleb teostada lähtuvalt direktiivi eesmärgist ning samuti vastavalt Euroopa Kohtu poolt selgitatud põhimõtetele, eeldab kriteeriumite sellist uurimist, mis võimaldab tuvastada konkurentsisuhte olemasolu vähemalt ühe kõnealuse ettevõtja pakutava tootevaliku osas. Kokkuvõtvalt on kohus nimetatud lahendis leidnud, et reklaamija ja reklaamsõnumis identifitseeritud ettevõtja vahelise konkurentsisuhte olemasolu tuvastamiseks tuleb arvesse võtta esiteks tegelikku turusituatsiooni ja tarbimisharjumusi, samuti nende võimalikke muutusi; teiseks, ühenduse territooriumi seda osa, kus reklaami levitatakse, välistamata teatud juhul mõju, mida teises liikmesriigis täheldatud tarbimisharjumuste muutus võib avaldada kõnealusele siseriiklikule turule ning kolmandaks, toote konkreetseid omadusi, mida reklaamija soovib esile tuua, samuti imago, mida ta kavatses sellele luua.⁵⁷

⁵⁶ *Ibid*, p 27-31.

⁵⁷ *Ibid*, p 32-42.

Seega tuleb konkurentsisuhte olemasolu hindamiseks lähtuda eelkõige kolmest aspektist, millele kohus on tähelepanu juhtinud. Asendatavuse kindlakstegemiseks tuleb vaadelda tarbimisharjumusi, mis võivad saada mõjutatud seoses reklaami esitlemisega. Näiteks kujutlegem, et enne reklaami oli reklaamis väljatoodud toote müük ühesugune, kuid pärast reklaami võrreldud toodete müügikäive muutub, kuivõrd ühe toote paremad omadused on mõjutanud tarbijate käitumist selliselt, et viimast toodet eelistatakse justnimelt reklaamis võrreldavale tootele. See omakorda näitab, et tooted on asendatavad. Konkurentsisuhte hindamisel tuleb arvesse võtta ka turgu, kus reklaam avalikustatakse ja hinnata, kas see võib omakorda tarbijate käitumist mõjutada ka teistes liikmesriikides (nt internetireklaamid võivad levida kiirest naaberriiki ja mõjutada ka sealsete tarbijate käitumist). Seega ei pruugi reklaamsõnum mõjutada üksnes ühe liikmesriigi tarbijate ostukäitumist. Tarbijate ostukäitumist suure tõenäosusega mõjutabki ühe toote eeliste väljatoomine teise ees, mis tähendab, et just reklaamis väljatoodud omadused on põhjuseks tarbijate valikute määramisel ning selliselt tuleb neid väljatoodud iseloomulikke tunnuseid silmas pidada asendatavuse määra kindlakstegemisel.

Eespool sai viidatud sellele, et konkureeriva suhte olemasolu hindamise juures on tähtis ka piirkond, kus tooteid või teenuseid pakutakse. Eelnevaga seoses on õiguskirjanduses leitud, et tõenäoliselt võivad ilmned ka olukorrad, mil võrdlus tehakse toodete vahel, mida ei pakuta samadel kaubaturgudel, näiteks seetõttu, et kõnealust toodet müüakse mõnes teises riigis. Sellisel juhul ei kuulu vaidlusalune reklaam direktiivi kohaldamisalasse.⁵⁸

Eelnevast nähtuvalt on veel üheks tunnuseks võrdleva reklaami tuvastamisel asjaolu, et tooted asuksid samadel kaubaturgudel. Reklaam, milles esitletakse kahte toodet, kuid mis ei asu samal kaubaturul, ei tekita tõenäoliselt konkurentsikahju, kuivõrd toodete vahel puudub faktiline puutumus. Sisuliselt on see tihedalt seotud eelneva põhitunnusega võrdleva reklaami tuvastamisel, millisel juhul peab ettevõtjate vahel olema konkurentsisuhe. Juhul, kui reklaamis võrreldavad ettevõtjad ei tegutse samadel kaubaturgudel, puudub tõenäoliselt nende ettevõtjate vahel ka konkureeriv suhe.

Eeltoodust tulenevalt on tähtis, et võrdleva reklaami tuvastamisel selguks: 1) viide otseselt või kaudselt konkurendile, ja 2) konkureeriv suhe kauplejate vahel.⁵⁹

⁵⁸ U. Bernitz. *Op.cit.*, lk 15.

⁵⁹ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit.*, lk 397.

1.5. Võrdleva reklaami võimalikud avaldumisvormid

Nagu eespool öeldud, võib võrdleval reklaamil olla mitmeid erinevaid vorme. Võrdleva reklaami erinevad vormid saab jagada mitmeks grupiks: 1) teiste ettevõtjate kaubamärgi vms kasutamine reklaamis; 2) süsteemide võrdlemine reklaamis; 3) testitulemuste kasutamine reklaamis; 4) otseseid konkurente puudutavad väited ja võrdlus nendega, ilma konkurentide nimesid nimetamata; ja 5) otsene võrdlemine nimepidi identifitseeritud toodetega.⁶⁰

Teiste ettevõtjate kaubamärgi, ärinime vms kasutamine võrdlevas reklaamis on üks levinumaid ja tavapärasemaid vorme, kuidas võrdlevat reklaami esitleda. Tasub märkida, et kuigi võrdlev reklaam on kaubamärgiomaniku ainuõiguse suhtes erandiks, mil ei pea eraldi kaubamärgiomaniku nõusolekut küsima, peab võrdlev reklaam siiski vastama kindlatele kriteeriumitele. Näiteks Hutchinson 3G UK (mobiiltelefoni teenuste osutaja) võrdles telereklaamis oma teenuste hinda O2 Holdings Limited ja O2 (UK) Limited (samuti mobiiltelefoni teenuste osutajad) pakutavate teenuste hinnaga. Telereklaam algas nime „O2“ kasutamisega ning liikuvate musvalgete mullide kujutisega, millele järgnesid „Threeplay“ ja „3“ kujutised ning sõnum, mille kohaselt H3G teenused olid erilisel moel odavamad. Mullide kujutisi mitmel moel kasutasid aga O2 ja O2 (UK) oma teenuste propageerimiseks ning nemad on ka kahe siseriikliku kujutismärgi omanikud, mis mõlemad koosnevad mullide staatilisest kujutisest ning mis on Ühendkuningriigis registreeritud telekommunikatsioonivahendite ja –teenuste jaoks. Konkreetsel juhul oli tegemist H3G poolt sarnaste kaubamärkide kasutamisega. Selles Euroopa Kohtu lahendis sedastati, et registreeritud kaubamärgi omanikul ei ole õigust keelata kolmandal isikul kasutada võrdlevas reklaamis, mis vastab võrdleva reklaami lubatavuse tingimustele, oma kaubamärgiga identset või sarnast tähist.⁶¹ Nimetatud lahend oli pigem reklaamitegijaid soosiv ehk teisisõnu annab see lahend neile võimaluse erinevate asjaolude korral teha võrdlevaid reklaame ilma, et nad peaksid hiljem silmitsi seisma kaubamärgist tulenevate õiguste rikkumisega esitatud hagiga juhul, kui võrdlev reklaam vastab kõikidele direktiivi artiklis 4 toodud lubatavuse tingimustele.⁶² Töö autori hinnangul on sellise erandi tegemine kaubamärgi omandi ainuõiguste printsibist lähtudes põhjendatud, kuivõrd vastupidisel juhul poleks võrdluses

⁶⁰ *Ibid*, lk 404.

⁶¹ EKo 12.06.2008, C-533/06, *O2 Holdings Limited ja O2 (UK) Limited versus Hutchison 3G UK Limited*, p 14-18.

⁶² G. Crown, O. Bray, R. Earle. *Advertising Law and Regulation: Second edition*. Bloomsbury Publishing PLC, 2010, lk 100.

kasutatavaid tooteid võimalik identifitseerida, mistõttu kannataks võrdleva reklaami objektiivsus ja kontrollitavus.

Võrdlevat reklaami reguleerivad sätted hõlmavad ka süsteemide võrdlemist, kus ei võrrelda otseselt konkureerivaid tooteid, vaid tooteid, mis rahuldavad tarbijate samasuguseid või sarnaseid vajadusi. Süsteemide võrdlemine võib tähendada erinevate transpordivahendite, nt rongide, autode, busside, praamide võrdlemist, ent võib puudutada ka tooteid, mis rahuldavad tarbijate samasuguseid või sarnaseid vajadusi, ilma et võrreldavad tooted oleksid otsesed konkurendid. Üheks näiteks on Taani Raadio- ja Televisiooniameti 2000.a. otsus elektrisäästufondi reklaami kohta, milles näitleja Ulf Pilgaardi on kujutatud nautimas rikka inimese elu. Teda näidatakse hotellis ja kasiinos, seejuures räägib ta sellest, millise varanduse ta on säästnud tänu sellele, et ei küta elektriga. Ta lõpetab öeldes, et tänu oma valikule on temast saanud rikkam kui Bill Gates. Siinkohal reklaam katkeb ja teised näitlejad näivad kahtlevatena, samas kui Ulf Pilgaard ütleb, et „liialdamine aitab mõista“ ja et tegelikult on tõesti võimalik säästa palju raha, asendades elektrikütte maagaasi- või keskküttega. Menetluse käigus esitas reklaamija tõendeid selle kohta, et tarbijatel on võimalik energiaallika vahetamisega raha säästa, ning on seega tõestanud väiteid kodumajapidamiste säästu kohta. Siiski leidis amet, et reklaam oli nii liialdatud, et juba üksnes sellel põhjusel tuleks seda pidada eksitavaks. Kuna tegemist oli paljude tarbijate kodumajapidamiste säästuvõimaluste seisukohast olulise küsimusega, peaks edastatav informatsioon olema asjakohasel määral tõepärane. Sellepärast leidis amet, et reklaam ei vastanud Taani turundusseaduse paragrahvile 3. Otsus on tehtud varem kui käesoleval ajal kehtiv võrdlevat reklaami puudutav regulatsioon, mis on sätestatud Taani turundusseaduse paragrahvis 5.⁶³

Võrdlustestide tulemustele viitamise kohta on Rahvusvahelise Reklaamitegevuse Seadustiku (ICC) artiklis 13 sätestatud, et reklaam ei tohiks sisaldada ega viidata ühelegi soovitusel, toetusavaldusele ega muudele toetatavatele dokumentidele, kui need pole ehtsad, kontrollitavad ega asjakohased. Soovitusi või toetusavaldusi, mis on aja möödumise tõttu iganenuks või eksitavaks muutunud, ei tohiks kasutada. Testitulemustele viitamisi võib olla kaheksa: esmalt olukorrad, kus uuringud või testid viiakse läbi reklaamimise eesmärgil ja teiseks olukorrad, kus võrdlev reklaam viitab juba varasemalt läbiviidud uuringule või testile, mis toob esile reklaamija toote eelised⁶⁴.

⁶³ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit.*, lk 408-409.

⁶⁴ *Ibid.*, lk 409.

Võrdlev reklaam, milles kasutatakse otseseid konkurente puudutavad väiteid ilma otseste konkurentide nimesid nimetamata, on samuti üks võrdleva reklaami vorm, mida praktikas on esinenud. Siinjuures on aga põhiküsimuseks, kas on kaudselt võimalik identifitseerida konkurent, kellega end sisuliselt reklaamis soovitakse võrrelda. Juhul, kui on võimalik vähemalt kaudselt kindlaks teha konkurent või konkurendid, keda vaidlusalune reklaam puudutab, tuleks kohaldada võrdleva reklaami regulatsiooni. Seda liiki juhtumi kohta võib näite tuua jällegi Taani vastavast õiguspraktikast. Kaasus oli seotud võrdleva reklaamile kehtestatud eeskirjade rikkumisega selle tõttu, et uut päevituslampi reklaamiti väitega „Enamik inimesi teab, millist lõhna eritab tavaline päevituslamp. Lihtsalt väljendudes on tunda UV-C kiirte lõhna. Ainus lamp, mis ei lõhna, on Philipsi lamp. Lihtsalt seepärast, et Philipsi päevituslamp ei kiirga selliseid UV-C kiiri, vaid ainult tervislikke päevitust tekitavaid UV-A ja UV-B kiiri“ ning mitme muu faktiga selle kohta, kuidas Philipsi toode erines turul olevatest toodetest. Veel võib ühe näitena tuua Kopenhaageni *Maritime and Commercial Court* 1993. aasta avaldamata otsuse, mille kohaselt oli Ikea oma reklaamis väitnud järgmist: „Kahjuks ei katseta meie konkurendid oma mööblit peaaegu kunagi. Meil on sellest kahju, kuigi sellest võib aru saada, sest siis saaksite teie kliendina kohe aru, et saate oma raha eest parima mööbli meilt. Ja miks lasta ennast petta, kui võite selle asemel tulla Ikeasse ja saada mööbli kohta kõike teada.“ Kopenhaageni *Maritime ja Commercial Court* otsustas, et reklaamväide on objektiivselt vale, eksitav, põhjendamatult puudulik ja mööbli jaemüüjate suhtes õigustamatu. See otsus pärineb aga Taani turundusseaduse § 5 kehtestamise eelsest ajast.⁶⁵

Viimasena võib võrdleva reklaami üheks vormiks pidada ka otseseid võrdlusi reklaamis nimepidi identifitseeritud toodete vahel.⁶⁶ Teisisõnu kasutatakse võrdlusi, kus konkurendi, konkurendi toote või teenuse nimi on selgelt reklaamis välja toodud ning ei ole kahtlust, keda vastav reklaam puudutab. Näiteks on Tarbijakaitseameti menetluses olnud Tele2 reklaamkampaania, kus Tele2 tegi kampaania „räägi soodsalt“ raames otsese viite konkurendile EMT. Kõnealusel reklaamis tõi Tele2 välja EMT 4 paketi kuumakse hinna (4 €) ja paketi sisalduvate tasuta kõneminutite arvu (800) ning võrdluseks tõi enda paketi Tele2 Mikro kuumakse (2.50 €) ja seal sisalduvate tasuta kõneminutite arvu (1000). Lisaks märkis

⁶⁵ *Ibid*, lk 410-411.

⁶⁶ *Ibid*, lk 413.

Tele2 kõnealusel reklaamis, et EMT 4 paketti pakutakse klientidele, kes teatavad soovist EMT-st lahkuda.⁶⁷

1.6. Võrdleva reklaami lubatavuse eeldused

Kui on selgeks tehtud, et reklaamsõnum on oma olemuselt võrdlev ja olemas on konkurentsisuhe, tuleb hinnata, kas konkreetne reklaam vastab võrdleva reklaami lubatavuse eeldustele. Võrdlevale reklaamile esitatavad nõuded on sätestatud direktiivi 2006/114/EÜ artiklis 4, RekS § 3 lg-s 4, §-s 4 ja §-s 5. Kuivõrd kõnesolev direktiiv on võrdleva reklaami osas maksimaalselt harmoniseeriv, siis peab võrdlev reklaam ammendavalt järgima kõiki direktiivis toodud tingimusi. Eeltoodu tähendab, et võrdleva reklaami lubatavuse kohta hinnangu andmisel tuleb kontrollida, kas esinevad kõik direktiivis kirjeldatud lubatavuse eeldused. Kui kasvõi üks neist puudub, ei ole võrdlus lubatav.

Esiteks, võrdlev reklaam on nii kaua lubatud kuni ta ei ole eksitav. Mainitu tuleneb direktiivi artikli 4 p-st a, RekS §-st 4, Taani turundusseaduse § 5 lg 2 p-st 1, Läti reklaamiseaduse § 9 lg 3 p-st 1. Nii Taani kui ka Läti seadustesse on direktiivis sätestatud eksitavuse keeld üle võetud sõna-sõnalt. Eesti reklaamiseaduses puudub otsene viide eksitavuse keelule võrdleva reklaami nõuete juures, kuid samas peavad kõik reklaamid muu hulgas järgima RekS § 4, millest tuleneb eksitava reklaami keeld. Seega, erinevaid norme koostoimes tõlgendades saab lõppastmes asuda seisukohale, et reklaamiseaduse vastav regulatsioon vastab direktiivis sätestatule, kuid magistritöö autori arvates ei ole regulatsioon piisavalt selge ja arusaadav, kuivõrd võrdlevale reklaamile sätestatud nõuete all puudub konkreetne viide sama seaduse paragrahvile 4 või täpne nõue, millisele tingimusele peab võrdlev reklaam vastama (antud juhul eksitavuse keeld). Hea õigusloome ja normitehnika eeskirja⁶⁸ § 2 lõike 2 kohaselt peab seaduseelnõu sisaldama valdkonna reguleerimist vajavate õigussuhete selgeid ja seaduse vahetu kohaldatavuse huvides piisavalt üksikasjalikke regulatsioone.

⁶⁷ Reklaami Nõukoja protokoll 11.04.2013, lk 2. Kättesaadav arvutivõrgust: http://www.tarbijakaitseamet.ee/sites/default/files/veebihaldus/artikkel/files/protokoll_reklaaminoukoda_11_aprill_2013.pdf (30.04.2014).

⁶⁸ Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri. Vastu võetud 22.12.2011 nr 180, RT I, 29.12.2011, 228.

Teiseks, vastavalt direktiivi artikli 4 punktile b on võrdlev reklaam lubatud, kui võrreldakse kaupu või teenuseid, mis rahuldavad samu vajadusi või on mõeldud samaks otstarbeks. See tingimus on üle võetud RekS § 5 lg-s 1, Taani turundusseaduse § 5 lg 2 p-s 2 ja Läti reklaamiseaduse § 9 lg 3 p-s 2. Taani turundusseaduses kui ka Läti reklaamiseaduses on eelviidatud võrdleva reklaami lubatavuse tingimus eraldi alapunktina välja toodud nagu direktiivis, Eesti reklaamiseaduses sisaldub kõnesolev võrdleva reklaami nõue aga võrdluse mõistes. Direktiivis võrdleva reklaami mõiste hulgas nimetatud tingimust ei sisaldu. RekS § 5 lg 1 kohaselt peab reklaamis, milles otseselt või kaudselt osutatakse samal kaubaturul tegutsevale konkurendile või konkurendi pakutavale kaubale või teenusele, mis täidab samu vajadusi või on ette nähtud samaks otstarbeks kui reklaamitav kaup või teenus, võrdlus põhinema võrreldava kauba või teenuse ühel või mitmel asjakohasel, olulisel ja tõendataval tunnusel, mille hulgas võib olla ka hind. Magistritöö autori arvates võiks RekS-i võrdleva reklaami regulatsioon võtta üle nii, nagu see on sätestatud direktiivis.

Eeltoodust tulenevalt leiab magistritöö autor, et erinevalt eksitava ja võrdleva reklaami direktiivist ei ole Eestis kehtiv võrdleva reklaami regulatsioon piisavalt selge nii järelevalveasutusele kui regulatsiooni järgima pidavatele isikutele. Ka Riigikohtu lahendis nr 3-4-1-33-05 on kolleegium selgitanud, et selgemad ja täpsemad peavad olema normid, mis võimaldavad isiku õigusi piirata ja isikule peale panna kohustusi ning mõõdupuuks on keskmiste võimetega isik.⁶⁹ Kuivõrd antud juhul on tegemist selge nõudega, millega peavad kõik ettevõtjad reklaami tegemisel arvestama ja olulised nõuded võrdlevale reklaami regulatsioonist võrreldes direktiiviga välja ei tule, ei saa magistritöö autori arvates RekS-i võrdleva reklaami regulatsiooni eelmainitud kohtu seisukohta arvestades nõuetekohaseks pidada.

Kolmandaks, artikli 4 punktist c tuleneb, et võrdlev reklaam on lubatud, kui võrreldakse objektiivselt kõnealuste kaupade või teenuste ühte või mitut peamist, asjakohast, kontrollitavat ja tüüpilist omadust, milleks võib olla ka hind. Nimetatud tingimuse leiab Eesti reklaamiseaduse § 5 lg-st 1, Taani turundusseaduse § 5 lg 2 p-st 3 ja Läti reklaamiseaduse § 9 lg 3 p-st 3. Nimelt on reklaamiseaduses vastav nõue jällegi sätestatud võrdleva reklaami mõiste hulka ja veidi teises sõnastuses, kuivõrd objektiivsuse kriteeriumit kui sellist ei tooda eraldi välja.

⁶⁹ RKPJKo 3-4-1-33-05 p.22.

Rahvusvahelise Reklaamitegevuse Seadustiku artikli 11 kohaselt peab võrdlusi sisaldav reklaam olema nii koostatud, et võrdlus ise ei oleks eksitav ning vastaks ausa konkurentsi põhimõtetele. Võrdlusalused peavad põhinema otstarbekalt valitud tõestatavatel faktidel.⁷⁰ Võrdluse aluseks peavad olema tegurid, mida on võimalik kontrollida. Sellised tegurid on näiteks mõõtmed, maht, päritolu, valmistamisviis ja hind. Reklaamis tuleb käsitleda fakte, mitte subjektiivseid arvamusi kui reklaamväiteid, sh väärtushinnanguid eristada faktidest.⁷¹ Väärtushinnagud on alati subjektiivsed otsused ja ei ole oma olemuse tõttu tõendatavad ja kontrollitavad.⁷² Seetõttu ei saa kasutada võrdlevas reklaamis kellegi subjektiivset arvamust nagu näiteks „parima väärtusega sõrmus“, kuivõrd need hinnagud ei ole tõestatavad ja on pelgalt kellegi arvamused. Näiteks pood A ei saa reklaamida end lausega „Meil on odavam kui poes B“ ilma, et tal oleksid tõendid selle kohta, et tema poes on kõik tooted odavamad kui poes B.⁷³

Neljandaks, direktiivi artikli 4 punkt h sätestab tingimuse, et võrdlev reklaam on lubatud, kui see ei tekita ettevõtjate hulgas segadust reklaami avalikustaja ja konkurendi vahel või reklaami avalikustaja ja konkurendi kaubamärkide, ärinimede, muude eristatavate tunnuste, kauba või teenuste vahel. See tingimus on sätestatud Eesti reklaamiseaduse § 5 lg 2 p-s 1, Läti reklaamiseaduse § 9 lg 3 p-s 4 ja Taani turunduseaduse § 5 lg 2 p-s 4. Nimetatud nõue seondub tihedalt direktiivi artikli 4 punktis a määratletud eksitava reklaami keelu tingimusega. Ilmselgelt võib selline segiajamine toimuda näiteks juhul, kui ettevõtte soetab mingi kauba tarnijalt, kes sarnaneb teatud eristatavate tunnuste poolest tarnijale, kellelt ettevõtte varasemalt tellimusi on teinud ning sellise ostuotsustuse tulemusel jääb ta ilma tootest, millist tal tegelikult vaja oli. Reklaamija konkurent jääb aga ilma võimalusest edendada oma müüki ja saada sellest kasumit.⁷⁴

Selleks, et võrdlev reklaam oleks tõhus, võib olla vaja viidata konkurendi kaubamärgile, ärinimele või konkurendi muule eristatavale tunnusele, kaupadele või teenustele. Euroopa Kohtu lahendis nr C-533/06 on selgitatud, et registreeritud kaubamärgi omanikul ei ole õigust

⁷⁰ Eesti Reklaamiagentuuride Liit. Eneseregulatsioon. *Op. cit*, artikkel 11.

⁷¹ N. Ryder, M. Griffiths, L. Singh. *Commercial Law: Principles and Policy*. Cambridge University Press, 1 edition, 2012, lk 400.

⁷² RKTKo 3-2-1-166-12, p 14.

⁷³ N. Ryder, M. Griffiths, L. Singh. *Op.cit*.

⁷⁴ *Ibid*, lk 400-401.

keelata kolmandal isikul kasutada võrdlevas reklaamis, mis vastab kõigile direktiivi artiklis 4 sätestatud lubatavuse tingimustele, oma kaubamärgiga identset või sarnast tähist⁷⁵.

Võrdlevale reklaamile direktiivis esitatavaid tingimusi tuleb tõlgendada kõige soodsamal viisil, lubades kaupade või teenuste omadusi objektiivselt võrdlevat reklaami ning tagades samas, et võrdlevat reklaami ei kasutata konkurentsivastaselt ja ebaausalt või viisil, mis võib kahjustada tarbijate huve.⁷⁶

Viiendaks, ei tohi võrdlev reklaam halvustada ega solvata konkurendi kaubamärki, ärinimesid, muid eristatavaid tunnuseid, kaupu, teenuseid, tegevust ega tingimusi. See tingimus tuleneb direktiivi artikli 4 punktist d. Juba viidatud tingimuse sõnastusest tuleneb, et see puudutab üksnes teiste ettevõtjate halvustamist ning tarbijad selle artikli punktiga kaitstud ei ole⁷⁷. Kohtujurist Tizzano on seoses Euroopa Kohtu lahendiga nr C-44/01 andnud oma hinnangu, mille punktis 67 toob ta välja, et pelgalt konkurendi kaubamärgi, aadressi või muu tähise kasutamine võrdlevas reklaamis ei too kaasa halvustamist, vaid pigem võivad reklaami sisu ja esitlusviisi mõjuda konkurenti diskrediteerivana⁷⁸. Siinkirjutaja on samas seisukohal, et mistahes võrdlev reklaam võib viia konkurendi halvustamiseni, kuna reklaamis tuuakse tavapäraselt esile enda toote/teenuse paremad omadused võrreldes konkurendiga, kuid siin on küsimus pigem selles, kui palju ja kui kaugele saab võrdlus minna arvestades ka teiste võrdlevale reklaamile kehtestatud tingimustega (eeskätt näiteks võrdleva reklaami objektiivsuse nõue).

Eesti reklaamiseaduses puudub võrdleva reklaami regulatsioonis eelmainitud keeld, kuid selle võib tuletada RekS § 3 lg 4 p-st 9, mille järgi ei tohi reklaam otseselt ega kaudselt alavääristada või muul viisil halvustada isikut, tema nime, kaubamärki, geograafilist tähist, tegevust, tegevusala, kaupa, teenust ega üritust. Magistritöö kirjutaja on seisukohal, et kuigi sisuliselt on direktiivis sätestatu üle võetud, siis selguse huvides peaks konkreetne tingimus sisalduma ka võrdlevale reklaami kasutamise keelu all nagu teisedki konkurendi kaubamärki puudutavad tingimused. Nii Taani turunduseadusesse (§ 5 lg 2 p 5) kui ka Läti

⁷⁵ EKO 12.06.2008, C-533/06, *O2 Holdings Limited ja O2 (UK) Limited versus Hutchison 3G UK Limited*.

⁷⁶ EKO 18.06.2009, C-487/07, *L'Oréal SA jt. versus Bellure NV jt.*, p 69.

⁷⁷ C. Heide-Jørgensen. *Op.cit.*, lk 401.

⁷⁸ EK 12.09.2002, C-44/01, *Pippig Augenohtik GmbH & Co. KG versus Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, kohtujurist A. Tizzano ettepanek, p 67.

reklaamiseadusesse (§ 9 lg 3 p 5) on vastav kaubamärki puudutav nõue sõna-sõnalt üle võetud.

Kuuendaks, oluline kontrollitav tegur võib olla toote päritolunimetus. Direktiivi artikli 4 punkti e kohaselt on võrdlev reklaam lubatud, kui päritolunimetusega toodete puhul seostub reklaam alati toodetega, millel on sama päritolunimetus. Viimane on sätestatud Eesti RekS § 5 lg 2 p-s 3, Taani turunduseaduse § 5 lg 2 p-s 6 ja Läti reklaamiseaduse § 9 lg 3 p-s 8. Näiteks Bayonne sinki võib võrrelda ainult teiste Bayonne'i sinkidega, mitte teist liiki sinkidega ning Saksamaa vahuveini ei tohiks võrrelda šampanjaga jne. See tähendab, et toodete võrdlemiseks on väga piiratud võimalused, kui toode on seotud päritolunimetusega. Nimetatud säte on kõige aktuaalsem ja asjakohasem just kvaliteetveinide ja –toitude võrdlemisel reklaamides.⁷⁹

Teise ettevõtja maine ärakasutamist reguleerib direktiivis kaks sätet. Esiteks direktiivi artikli 4 punkt f, mille kohaselt on võrdlev reklaam lubatud, kui reklaamis ei kasutata ebaausalt ära konkurendi kaubamärgi, ärinime või teiste eraldusmärkide mainet või konkureerivate toodete päritolunimetust. Selle tingimuse leiab Eesti reklaamiseaduse § 5 lg 2 p-st 2, Taani turunduseaduse § 5 lg 2 p-st 7 ja Läti reklaamiseaduse § 9 lg 3 p-st 6.

Nimetatud punkti tõlgendamisele viitas Euroopa Kohus pikemalt *Toshiba* kohtuasjas, kus Saksamaa ettevõtte Katun müüs Toshiba koopiamašinatele sobivaid varuosi, mida Katun esitles enda poolt koostatud kataloogis, kus oli neljas veerus välja toodud lisaks ka Toshiba kui tootja varuosad. Esimeses veerus olid loetletud Toshiba originaaltooted ja tellimis/tootenumbrid, teine sisaldas varuosa valmistaja tellimis/tootenumbrit, kolmas veerg sisaldas kauba kirjeldust ja neljandas oli märgitud koopiamašina mudeli number, millele vastav varuosa sobis. Küsimus seisnes selles, kas selline esitlemise vorm, milles oli kasutatud kaubamärki „Toshiba“, on kooskõlas direktiivi 97/55/EÜ sätetega. Toshiba väitis, et esimene veerg ei olnud vältimatult vajalik, selgitamaks tarbijatele, kuidas koopiaosi on võimalik kasutada, ning selle meetodi kasutamisega oli varuosade varustaja (Katun) kasutanud ära ehtsaid varuosi, et oma kaupadele tähelepanu tõmmata. Euroopa Kohus leidis, et selline esitlusviis kujutab endast direktiivi 97/55/EÜ kohast võrdlevat reklaami, kuna Katun tegi vastava viite. Täpsemalt on Euroopa Kohus oma otsuse punktis 40 öelnud, et muudetud direktiivi 84/450/EÜ artikleid 2(2a) ja 3a(1)(c) tuleb tõlgendada nii, et koopiamašinate

⁷⁹ C. Heide-Jørgensen. *Op.cit.*, lk 401.

varuosade varustaja poolt koostatud kataloogis, milles nimetatakse nii tootja varuosi (Toshiba) tellimis/tootenumbrite järgi ja varuosade varustaja (Katun) toote/tellimisnumbrit, võib pidada võrdlevaks reklaamiks, milles võrreldakse objektiivselt kaupade ühte või mitut peamist, asjakohast, kontrollitavat ja tüüpilist omadust. Teiseks leidis Euroopa Kohus, et selline viide, milles kasutati originaalvaruosa toote/tellimisnumbrit, ei olnud vastuolus direktiiviga 97/55/EÜ. Konkreetselt mainiti nimetatud lahendis, et muudetud direktiivi 84/450/EÜ artiklit 3a(1)(g) tuleb tõlgendada nii, et kui tootja originaalvaruosade toote/tellimisnumbrid on esitletud kui eraldusmärgid artikli tähenduses, siis nende eraldusmärkide kasutamine varuosade varustaja poolt kataloogis võimaldab viimasel ebaausalt kasutada konkurendi mainet juhul, kui viite mõju eraldusmärkidele jätab isikutegrupile, kellele see reklaam on suunatud, mulje nagu oleks tootja (Toshiba) pakutavate originaalvaruosade ja konkureeriva ettevõtja valmistatud toodete vahel konkreetne seos ning see isikutegrupp seostab tootja toodete mainet nende toodetega, mida müüb konkureeriv ettevõtte (Katun). Selleks, et kindlaks teha, kas see tingimus on täidetud, tuleb arvesse võtta vaidlusaluse reklaami üldist/terviklikku esitusviisi ja samuti isikutegruppi, kellele konkreetne reklaam on suunatud. Kõnesoleval juhul oli isikutegrupiks asjatundjatest kauplejad, kes erinevalt lõpptarbijatest seostavad tõenäoliselt palju vähem varuosade tootja mainet nende toodete varustaja mainega.⁸⁰

Seega selleks, et hinnata, kas reklaamis kasutatakse ebaausalt konkurendi mainet enda huvides, tuleb esmalt reklaami vaadelda kui tervikut ja hinnata selle reklaami võimalikku eksitavust konkreetse isikutegrupi vaatenurgast, kellele nimetatud reklaam on suunatud. Siinjuures on oluline, et konkreetne reklaam ei tekitaks selle sihtgrupi liikmete seas arusaama, et võrreldavad tooted või teenused on üksteisega seotud selliselt, et võiks seostada ka nende kvaliteeti jms omadusi, mida reklaamis konkreetselt välja pole toodud.

Teiseks on direktiivis seoses teise ettevõtja maine ärakasutamisega artikli 4 punktis g sätestatud, et reklaamis ei tohi esitada kaupu või teenuseid, mis imiteerivad või kopeerivad kaitstud kaubamärgi või ärinimega kaupa või teenuseid. Nimetatud nõue asetseb RekS § 5 lg 2 p-s 2, Taani turundusseaduse § 5 lg 2 p-s 8 ja Läti reklaamiseaduse § 9 lg 3 p-s 7.

Euroopa Kohus on lahendis *L'Oreal vs. Bellure* nentunud, et kuna võrdlev reklaam, mis esitab reklaami avalikustaja kaupu kaubamärki kandva kauba imitatsioonina, tuleb direktiivi alusel

⁸⁰ EKo 25.10.2001, C-112/99, *Toshiba Europe GmbH versus Katun Germany GmbH*.

lageda ausa konkurentsiga vastuolus olevaks ning seega õigusvastaseks, siis on reklaami avalikustaja sellise reklaamiga saanud kasu ebaausa konkurentsi vili ning seega kaubamärgi maine ebaõiglane ärakasutamine.⁸¹

Eelmainitud nõudele viitab ka Rahvusvahelise Reklaamitegevuse Seadustiku artikkel 11, mis määratleb, kuidas võrdlust kasutada tuleb. Siinjuures on oluline, et teave oleks tõene ja kontrollitav ning valitud oleksid asjakohased võrdlusalused isegi juhul, kui see võib välja tuua hoopis konkurendi paremuse. Suure tõenäosusega reklaami, kus võib välja tulla hoopis konkurendi paremus, reklaamijad siiski üldjuhul ei avalikusta. Samas ei ole see ka välistatud, kuivõrd erinevate tarbijagruppide eelistused on erisugused. Seega on tähtis, et võrdlus oleks õiglane ja ei sisaldaks halvustavaid viiteid konkurentidele.⁸²

Käesoleva töö autor peab siinkohal vajalikuks viidata ka RekS § 5 lg-s 3 sätestatud erisusele võrreldes direktiiviga, mille kohaselt peab reklaamis sisalduv kauba või teenuse tavapärasest erinevale pakkumisele viitav võrdlus sisaldama teavet sellise pakkumise lõppkuupäeva, teenuse kättesaadavuse ning pakkumise muude eritingimuste kohta ning kui reklaami avalikustamisel tavapärasest erinev pakkumine ei ole veel alanud, peab reklaamis sisalduma ka sellise pakkumise alguskuupäev. See nõue on üle võetud varem kehtinud direktiivi 97/55/EÜ artikli 3a punktist 2. Kuivõrd praegu on eelmainitud direktiiv 97/55/EÜ muudetud direktiiviga 2006/114/EÜ ning see ei sisalda eelmainitud tingimust, on ka Eesti seaduses sätestatu praegusel ajal ajakohastamata. Kuivõrd võrdleva reklaami regulatsioon on direktiivis sätestatud ammendavalt, ei või liikmesriik kehtestada direktiivis sätestatust rangemaid nõudeid. Seega tuleks Eesti reklaamiseadus viia kooskõlla direktiiviga. Ka Taani turunduseaduses ja Läti reklaamiseaduses pole eelmainitud nõuet eraldi välja toodud. Eelnevast tulenevalt tuleb ka Eesti reklaamiseaduses sätestatud võrdleva reklaami regulatsiooni muuta selliselt, et see vastaks direktiivis sätestatule.

1.7. Vahekokkuvõte

Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv nr 2006/114/EÜ eksitava ja võrdleva reklaami kohta määratleb Euroopa Liidu tasandil ühtsed eeskirjad võrdleva reklaami kohta. Nimetatud eeskirjadest tuleneb see, millist reklaami saab pidada võrdlevaks reklaamiks ja millised on võrdleva reklaami lubatavuse eeldused. Kõnesolev direktiiv on võrdleva reklaami

⁸¹ EKo 18.06.2009, C-487-07, *L'Oréal SA jt. versus Bellure NV jt.*, p 79.

⁸² C. Heide-Jørgensen. *Op.cit.*, lk 395.

regulatsiooni osas maksimumharmoniseerimise nõudega, mis tähendab, et liikmesriikidel tuleb võrdleva reklaami regulatsioon üle võtta täielikult ja vältida vastavat siseriiklikku regulatsiooni, mis direktiivis märgitud õigusi ja kohustusi kas laiendab või kitsendab.

Võrdlevale reklaamile on iseloomulik võrdluse olemasolu konkurendi kaupade või teenustega, mis tähendab, et võrdlev reklaam peab selleks, et seda saaks käsitleda võrdleva reklaamina, vähemalt kaudselt viitama mõne konkurendi pakutavale kaubale või teenusele. Seejuures on oluline tähele panna, et reklaam võib avaldumisvormilt viidata konkurendi kaubale või teenusele kas otseselt või varjatult viisil, millest on võimalik konkreetse konkurendi kaubad või teenused tuletada. Teise eeldusena, kontrollimaks, kas tegemist on võrdleva reklaamiga, tuleb kindlaks teha ettevõtjatevahelise konkurentsisuhte olemasolu. Seejuures on oluline see, millisel määral on tooted asendatavad ehk asendatavuse määr. Kui võrreldavad kaubad või teenused on kasvõi mingil määral asendatavad, tuleb konkurentsisuhet jaatada.

Juhul, kui eeltoodud tingimuste täitmisel leiab tuvastamist asjaolu, et tegu on võrdleva reklaamiga, tuleb hinnata selle õiguspärasust. Eelmainitud direktiivis nr 2006/114/EÜ on selleks võrdlevale reklaamile kehtestatud konkreetset nõuded ehk võrdleva reklaami lubatavuse eeldused. Nimetatud eelduste loetelu on määratletud ammendavalt. Loetelus esitatu järgi ei tohi võrdlev reklaam esiteks olla eksitav (nimetatud eelduse selgitamisega tegeleb siinkirjutaja magistritöö teises peatükis). Direktiiv nimetab teiste lubatavuse eelduste hulgas, et võrrelda tuleb kaupu või teenuseid, mis rahuldavad samu vajadusi või mis on mõeldud samaks otstarbeks. Reklaamis tuleb võrrelda objektiivselt kõnealuste kaupade või teenuste ühte või mitut, peamist, asjakohast, kontrollitavat ja tüüpilist omadust, milleks võib olla ka hind. Võrdlevas reklaamis esitatavate päritolunimetustega toodete puhul seostub reklaam alati toodetega, millel on sama päritolunimetus. Kaubamärkide, ärinimedega ja muude eristatavate tunnuste osas on direktiivis leitud, et võrdlev reklaam ei tohi põhjustada segadust reklaami avalikustaja ja konkurendi või nende kaupade ja toodete vahel; võrdlev reklaam ei tohi konkurenti halvustada ega solvata. Samuti ei tohi võrdlevas reklaamis ebaausalt kasutada ära konkurendi kaubamärgi või ärinime mainet või konkureerivate toodete päritolunimetust ega esitada kaupu või teenuseid, mis imiteerivad või kopeerivad kaitstud kaubamärgi või ärinimega kaupa või teenuseid.

Analüüsidest Eesti reklaamiseadust võrrelduna kõnesoleva direktiiviga, võib järeldada, et reklaamiseadus on nii mõneski kohas kas ebaselge või ei vasta täielikult direktiivile.

Vastuoluliseks muudab võrdleva reklaami regulatsiooni reklaamiseaduses asjaolu, et seaduses ei ole kõiki võrdleva reklaami lubatavuse eeldusi ühes sättes, täielikult ja selgelt välja toodud nii nagu seda on tehtud direktiivis. Näiteks RekS §-s 5 puudub selge viide võrdleva reklaami eksitavuse keelule, samas kui mõned teised direktiivis toodud võrdlevale reklaamile kehtestatud lubatavuse eeldused on seal kirjas. Direktiivis toodud võrdleva reklaami mõiste ei sisalda võrdleva reklaami lubatavuse eeldusi.

Direktiivi artikli 4 punktis d ette nähtud, et võrdlev reklaam ei tohi halvustada ega solvata konkurendi kaubamärke, ärinimesid, muid eristatavaid tunnuseid, kaupu, teenuseid, tegevust ega ärinime. Nimetatud võrdlevale reklaamile sätestatud lubatavuse eelduse võib tuletada küll RekS § 3 lg 4 p-st 9, mille kohaselt ei tohi reklaam otseselt ega kaudselt alavääristada või muul viisil halvustada isikut, tema nime, kaubamärki, geograafilist tähist, tegevust, tegevusala, kaupa, teenust ega üritust, kuid jällegi puudub RekS §-s 5 otsene viide kehtestatud tingimusele. Kuivõrd RekS § 5 lg-s 2 on selgelt eristatud tingimused, milline võrdlev reklaam olla ei tohi, peaks magistritöö kirjutaja hinnangul selguse huvides ka viimasena nimetatud tingimus sisalduma otsesõnu RekS § 5 lg-s 2 nagu teisedki konkurendi kaubamärki puudutavad tingimused.

Kuivõrd direktiiv 2006/114/EÜ on maksimumharmoniseerimise nõudega võrdleva reklaami regulatsiooni osas, ei saa liikmesriik kehtestada sellele rangemaid nõudeid. Seega RekS § 5 lg-s 3 sätestatud tingimus, mille kohaselt peab reklaamis sisalduv kauba või teenuse tavapärasest erinevale pakkumisele viitav võrdlus sisaldama teavet sellise pakkumise lõppkuupäeva, teenuse kättesaadavuse ning pakkumise muude eritingimuste kohta ning, kui reklaami avalikustamisel tavapärasest erinev pakkumine ei ole veel alanud, peab reklaamis sisalduma ka sellise pakkumise alguskuupäev, tuleks kehtetuks tunnistada, kuna kehtivas direktiivis sellist nõuet võrdlevale reklaamile otsesõnu ette nähtud ei ole. Seega võib jõuda ka järeldusele, et RekS § 5 lg-s 3 sätestatud nõue ei vasta kehtivas direktiivis sätestatud nõuetele.

Eeltoodust tulenevalt jõutakse magistritöös järeldusele, et Eestis kehtiv võrdleva reklaami regulatsioon reklaamiseaduses ei ole kooskõlas eksitava ja võrdleva reklaami direktiiviga nr 2006/114/EÜ. Magistritöö autori hinnangul tuleb seetõttu reklaamiseadust muuta. Isegi, kui teoreetiliselt väita, et nimetatud probleem on iga praktikas ettetuleva kaasuse puhul ületatav direktiivi ja reklaamiseaduse kooskõlalise tõlgendamise kaudu, ei saa see lahendada reklaamiseaduses sisalduva võrdleva reklaami regulatsiooni õigusselguse küsimust. Reklaamiga puudutatud isikutele peab olema seadusest selgelt arusaadav, millised on õigused

ja kohustused neil reklaamiseadusest tulenevad. Magistritöö autor viitab eeltoodu põhjendamiseks RekS §-le 33, mis näeb ette vastutuse reklaami üldnõute rikkumise eest, mistõttu on eriti oluline, et normid, mis rikkumise puhuks näevad ette sanktsioone, oleksid adreassaatide jaoks ilma suurema pingutusteta arusaadavad.

2. EKSITAVUSE KEELD VÕRDLEVAS REKLAAMIS

2.1. Eksitava (võrdleva) reklaami õiguslik regulatsioon Euroopa Liidus

On selge, et kauplejad ei ole alati ausad oma kaupade müümisel või teenuste osutamisel. Liialdatud väited kaupade või teenuste kvaliteedi ja muude omaduste kohta on tavapärased ja isegi eeldatavad kaupade reklaamimisel. Mõningatel juhtudel võib selline turunduskampaania või reklaam tarbijaid õhutada tegema otsustusi ilma täieliku ja õige informatsioonita, mille tulemusena vastav kaup või teenus ei vasta tarbija eelistustele ning mis omakorda viib tarbija pettumuseni. Teisiti öeldes viib selliselt esitletud informatsioon reklaamis ebaefektiivsete tehinguteni turul.⁸³

Eksitava reklaami keeld on aluspõhimõtteks kõikides õigussüsteemides, kus on hästi arenenud (turundus) reklaamiõigus, mistõttu võib eksitava reklaami keeldu pidada reklaamiõiguse üheks alustalaks. Käesoleval ajal põhineb eksitava reklaamiga seonduv regulatsioon, sh iseloomulikud kriteeriumid, lisaks siseriiklikus õiguses sätestatud õigusaktidele ka Euroopa Liidu teiseses õiguses sisaldudes direktiivis 2006/114/EÜ eksitava ja võrdleva reklaami kohta, ebaausate kaubandustavade direktiivis 2005/29/EÜ ning ICC Rahvusvahelises Reklaamitegevuse Seadustikus.⁸⁴

Eksitava reklaami puudutava regulatsiooni eesmärke on Euroopa Liidu tasandil sõnastatud mitmeti. On leitud, et eksitav reklaam võib põhjustada konkurentsi moonutamist siseturul, mille ärahoidmiseks tuleb valdkonda reguleerida. Ühtlasi on leitud, et regulatsioon on vajalik siseturu toimimise ja tarbijate ning kauplejate (konkurentide) huvide kaitse seisukohalt. Direktiivi eesmärgiks on aidata kaasa siseriiklike regulatsioonide ühtlustamisele. Direktiiviga ei asendata küll siseriiklikku õigust, vaid esitatakse sellele sisulisi nõudmisi, mille eesmärgiks on kõrvaldada siseriiklike õigusaktide erinevustest tulenevad takistused siseturu toimimisele⁸⁵.

⁸³ G. Howells, I. Ramsay, T. Wilhelmsson, D. Kraft. Handbook of Research on International Consumer Law (Research Handbooks in International Law Series). Edward Elgar Pub, 2010, lk 108.

⁸⁴ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit.*, lk 291.

⁸⁵ R. Erala, T. Mylly, P. Saarinen. Euroopa Liidu õiguse alused. Tartu Ülikooli Euroopa Kolledž, 2001, lk 80.

Direktiiviga nr 2006/114/EÜ on määratletud tingimused võrdleva reklaami eksitavuse hindamiseks. Nimetatud direktiivi artikli 4 punkti a kohaselt ei tohi võrdlev reklaam olla eksitav. Seejuures on direktiivis viidatud sama direktiivi artikli 2 punktile b (eksitava reklaami mõiste), artiklile 3 ja artikli 8 lõikele 1 või Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 11. mai 2005 aasta direktiivi 2005/29/EÜ artiklite 6 ja 7 tähenduses.

Eelnevast nähtuvalt tuleb võrdleva reklaami eksitavust hinnata vastavalt direktiivis 2005/29/EÜ sätestatule, kui on tegemist tarbijate huve kahjustava eksitava ja võrdleva reklaamiga ning vastavalt direktiivis 2006/114/EÜ sätestatule, kui eksitav ja võrdlev reklaam kahjustab või võib kahjustada ettevõtjate huve. Seega tuleb võrdleva reklaami eksitavust kontrollida kas direktiivi 2006/114/EÜ või direktiivi 2005/29/EÜ järgi, sõltuvalt sellest, kellele konkreetne reklaam suunatud on.

Varasemalt sisaldus eksitava reklaami regulatsioon üksnes direktiivis 84/450/EMÜ, millega kaitsti nii tarbijad kui ettevõtjad ning selle direktiivi alusel on tehtud enamus Euroopa Kohtu otsuseid, mis puudutavad eksitavat ja võrdlevat reklaami. Samas tuleb möönda, et mõlemas direktiivis (nii uues kui vanas) on eksitavuse mõiste ja selle ulatus jäänud valdavalt samasuguseks. Mõningad erinevused eksitavuse kindlakstegemiseks reklaamis on kaasa toonud direktiiv 2005/29/EÜ, millega sätestati rohkem nõudeid tarbijale suunatud reklaami kohta. Näiteks on nimetatud direktiivis märgitud, et tarbijaid võib lisaks eksitavale tegevusele mõjutada ka eksitav tegevusetus – see tähendab näiteks juhtu, mil mingi oluline asjaolu jääb reklaamis märkimata.

Kaitstavate isikuterühmade huve eristades on direktiivides 2006/114/EÜ ja 2005/29/EÜ toodud regulatsioonid üle võetud ka Eesti õigusesse, kus tarbija majandushuve otsejoones kahjustava reklaami korral kohaldatakse lisaks reklaamiseadusele tarbijakaitseaduse vastavat regulatsiooni ja kui võrdlev reklaam kahjustab või võib kahjustada teisi ettevõtjaid (konkurente), lähtutakse ainult reklaamiseadusest. Seejuures on huvitav täheldada, et Eesti Tarbijakaitseamet tegeleb reklaami valdkonnas lisaks tarbijatele suunatud reklaamile ka ettevõtetevahelise reklaami järelvalvega (RekS § 30 lg 1). Seevastu osades liikmesriikides on otsustatud jätta alles konsolideeritud (terviklik) turundusseadus erinevalt ühenduse õigusest, kus valdkond on jagatud erinevaid huve (tarbijate ja ettevõtjate huvi) kandvate direktiivide vahel. Nii näiteks on see Taani õiguses ehk teisiti öeldes ettevõtteid mõjutavate turundusvõtete suhtes kohaldatakse õigusakte, millega kaitstakse tarbijaid ebaausate

kaubandusvõtete eest⁸⁶. Eesti ei ole laiendanud direktiivi 2005/29/EÜ nõudeid ettevõtjatele ning on lähtunud selles Euroopa Liidu õiguse eeskujust, et hoida nii ettevõtjate kui tarbijate huve käsitlevad regulatsioonid teineteisest lahus.

2.2. Eksitava reklaami mõiste

Direktiivi 2006/114/EÜ artikli 2 punkti b kohaselt on eksitav reklaam iga reklaam, mis ükskõik millisel viisil, kaasa arvatud esitlusviis, petab või tõenäoliselt petab isikuid, kellele see suunatud on või kelleni see jõuab, ja mis võib oma petliku iseloomu tõttu mõjutada nende majanduskäitumist või nimetatud põhjustel kahjustab või võib kahjustada konkurenti.

Direktiivi artikli 3 kohaselt võetakse otsustades, kas reklaam on eksitav, arvesse kõiki selle tunnusjooni ja eelkõige teavet järgmiste asjaolude kohta:

- a) kaupade ja teenuste omadused, nagu näiteks nende kättesaadavus, laad, teostus, koostis, valmistamise või kohaletoimetamise viis ja kuupäev, kasutamiskõlblikkus, kasutamisevõimalused, kogus, toote kirjeldus, geograafiline või kaubanduslik päritolu või nende kasutamise oodatavad tulemused või kauba või teenusega seotud katsete või kontrollide tulemused ja põhilised tunnusjooned;
- b) hind või hinna arvutamise viis ja tingimused, mille alusel kaupu või teenuseid müüakse;
- c) reklaami avalikustaja isik, omadused ja õigused, nagu näiteks tema isik ja varad, kvalifikatsioon, tööstus-, kaubandus- ja intellektuaalomandi õigused või saadud auhinnad ja tunnustused.

Direktiiv 2005/29/EÜ sisaldab kaubandustava mõistet, mis hõlmab ka reklaami. See direktiiv liigitab eksitavad tavad eksitavaks tegevuseks (artikkel 6) ja eksitavaks tegevusetuseks (artikkel 7). Tegevusetuse osas sätestab direktiiv piiratud hulga olulist teavet, mida tarbija vajab teadlike tehinguotsuste tegemiseks.

Samas on õiguskirjanduses leitud, et eksitava ja võrdleva reklaami direktiivis sätestatud mõiste eksitava reklaami kohta on niivõrd nõrk, et võimaldab liikmesriikidel küllaltki

⁸⁶ Euroopa Komisjoni teatis. *Op. cit.*, lk 3.

suurt tõlgendamisruumi. Kuivõrd tegemist on siiski Euroopa Liidu tasandil reguleeritud valdkonnaga, siis jääb viimane sõna tõlgendamisel Euroopa Kohtule, kuid kui sellist tõlgendust veel pole, jääb see siseriiklike haldusasutuste kanda ning seetõttu on võimalik, et esinevad erinevad kontseptsioonid selle kohta, mis on eksitav. Samuti on osundatud, et see võib olla ka nimetatud direktiivi üks kõige suuremaid puudusi, kuivõrd ulatuslikumalt on ühtlustamata standard, mida tähendab „eksitav“. Heaks näiteks selgitamaks eeltoodut, saab tuua 1990. aastal koostatud *Schricker*'i ülevaates esinenud märkusi, mille järgi lubati Itaalias kasutada sõna „looduslik“ (inglise keeles „*natural*“) tootel, mille koostises oli 30% looduslikke aineid ja 70% tehisaineid, samas näiteks Saksamaa on olnud väga range hinnates, mis on eksitav ning tõenäoliselt oleks Saksamaal selline juhtum loetud eksitavaks.⁸⁷ Selle seisukohaga nõustub ka töö autor, kuivõrd arvestades esiteks asjaolu, et reklaam võib nende adressaatidele mõjuda väga erinevalt, ning teiseks asjaolu, et ka järelevalveasutused liikmesriikides hindavad reklaami eksitavust siseriiklikes seadustes toodud laia eksitava reklaami määratluse alusel, võib suur tõlgendamisruum viia erinevate eksitava reklaami lahtimõtestamiseni ja seega ka erineva praktikani liikmesriikides. Eelmainitud põhjustel ei pruugi direktiiv täita oma peamist eesmärki – siseturu täielikku ühtlustamist võrdleva reklaami valdkonnas, millisel juhul tuleb hinnata selle eksitavust, ning seetõttu võib kannatada ka siseturu tõrgeteta toimimine.

Rahvusvahelise Kaubanduskoja (ICC) poolt välja antud rahvusvahelise reklaamitegevuse seadustikus on samuti välja toodud säte eksitava reklaami kohta. Artikkel 5 sätestab, et kaubandusvõtted peaksid olema tõesed ja ei tohi olla eksitavad. Kaubandusvõtted (sh reklaam) ei tohi sisaldada ühtegi väidet või visuaalset kujundit, mis otseselt või kaudselt vihjete, kahemõttelisuste või liialduste kaudu võiksid tarbijat eksitada, eriti seoses selliste näitajatega nagu toote omadused, mis on olulised (st võivad mõjutada tarbijate valikuid), näiteks toote olemus, koostis ja tootmise kuupäev, kasutusala, tõhusus ja tulemuslikkus, kogus, kaubanduslik või geograafiline päritolu ning keskkonna mõjud; toote väärtus ja tegelik hind; kohaletoimetamine, vahetamine, tagastamine, remont ja hooldus; garantiitingimused; autoriõigus ja tööstuslikud omandiõigused nagu patendid, kaubamärgid, kavandid ja mudelid ning ärinimed; vastavus standarditele; ametlik tunnustus või heakskiit, medalite, auhindade ja diplomitega autasustamine; heategevuslikuks eesmärgiks annetatava abi ulatus. Direktiiviga võrreldes on see nimekiri sätestatud detailsemalt asjaolude osas, millistega tuleks eksitavuse

⁸⁷ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit.*, lk 303, 313.

hindamisel arvestada. Samas tuleb arvestada, et eelmainitud rahvusvahelise reklaamitegevuse seadustiku näol on tegemist siiski ainult soovitusliku akti või valdkonna tavaga.

Eesti Vabariigi reklaamiseaduses on eksitav reklaam defineeritud RekS § 4 lg-s 1, mille kohaselt reklaam, mis ükskõik millisel viisil eksitab või tõenäoliselt eksitab isikuid, kellele see on suunatud või kelleni see jõuab, ja mis oma eksitava iseloomu tõttu võib mõjutada nende isikute majanduskäitumist või nimetatud põhjustel kahjustab või võib kahjustada reklaami tellija konkurenti, on keelatud. Seega on eksitava reklaami mõiste peaaegu sõnasõnalt direktiivist üle võetud. Ainsa erinevusena võib välja tuua, et direktiivi eksitava reklaami mõistes on lisaks viidatud sellele, et ka esitlusviis võib olla eksitav. Reklaamiseaduses seda eraldi välja toodud ei ole. Samas on eksitavale esitusviisile viidatud TKS § 12³ lõikes 2.

2.3. Tüüpilisemad eksitavad väited toodete ja teenuste kohta

2.3.1. Üldiselt eksitavatest väidetest

Kuivõrd eksitavaid väited kauba või teenuse omaduste kohta võib esineda äraarvamata hulgal, on mõistlik tüüpilisemad omadused, mida võrrelda, jaotada ülevaatlikkuse huvides gruppidesse. C. Heide-Jørgensen on kasutanud järgmist liigitust: 1) eksitavad väited hinna või hinna arvutamise aluste kohta; 2) eksitavad väited toote või teenuse omaduste kohta, nt kvaliteet; 3) eksitavad väited toote päritolunimetuse kohta; 4) muud võimalikud eksitavate väidete vormid.⁸⁸ Siinkirjutaja jagab eksitavad väited sõltuvalt nende omadustest kaheks grupiks: 1) eksitavad väited hinna kohta; 2) eksitavad väited kvaliteedi kohta, millest tuleb juttu kahes järgnevas alapeatükis.

Elu mitmekesisuse tõttu on võimatu jaotada gruppideks kõikvõimalikud eksitavad reklaamväited. Seega järgnevalt esitatud arutelu käsitleb vaid tüüpilisemaid reklaamväiteid, mis siinkirjutajale on uurimise käigus ette tulnud ja mida võiks töö kirjutaja hinnangul kirjeldada kui tüüpilisemaid eksitavaid reklaamväiteid.

⁸⁸ *Ibid*, lk 316.

2.3.2. Eksitavad väited hinna kohta

Ettevõtlusvabadusest⁸⁹ tulenevalt on ettevõtetal õigus määrata oma pakutavate toodete või teenuste hinnad. Hind on üks enamlevinum asjaolu, mille alusel võrdlevaid reklaame presenteeritakse. On selge, et hind on tihtipeale määrav ja otsustava tähtsusega tarbijate jaoks oma valiku tegemisel, mistõttu on hinnainformatsioon väga oluline osa ka reklaamiõigusest.⁹⁰ Ühtlasi on selge, et hind või hinnavõrdlus iseenesest pole võrdleva reklaami eksitavuse hindamiskriteeriumiks, kuid siiski on see praktikas üheks olulisemaks võrreldavaks omaduseks, mille suhtes võrdlust läbi viiakse.

Direktiivi 97/55/EÜ põhjenduste punktis 8 on märgitud, et kauba ja teenuse hinna võrdlemine on lubatud juhul, kui võrdlemisel peetakse kinni teatavatest tingimustest, eelkõige ei tohi võrdlemine olla eksitav. Direktiivi nr 2006/114/EÜ artikli 3 alapunkti b sätestab ühtlasi, et otsustades, kas reklaam on eksitav, võetakse arvesse hind või hinna arvestamise viis ja tingimused, mille alusel kaupu või teenuseid müükase. Seetõttu on hinna puhul tähtis, et ettevõtjad annaksid hinnaga seonduvates küsimustes selget informatsiooni, sealhulgas koos käibemaksu ja muude võimalike kaasnevate maksudega⁹¹.

Eksitamise võimalus reklaamides on suur, kuivõrd võrrelda saab mitmeid eri tüüpi hindu: toote normaalhind, allahindluse või eripakkumise hind, soovitatav jaemüügihind, komplekteeritud/komplekti või pakendi hind. Kui reklaamis ei võrrelda konkurendi kauba või teenuse eest küsitavat samalaadset hinda ehk teisisõnu, kui reklaamija võrdleb oma tootel kehtivat eripakkumise hinda teatud perioodil teise konkurendi tootega, mis reklaami avaldamise ajal on nn normaalhinnaga, siis suure tõenäosusega on tegemist eksitava reklaamiga (*an 'apples to apples' comparison*).⁹² Lisaks eelnevale tuleb eksitavaks pidada olukorda, kus hinnaalandust esitletakse fiktiivselt ehk teisisõnu, tegelikku hinnaalandust ei ole toimunudki. Seega võib järeldada, et kuigi hinda on esitletud objektiivselt õigesti, siis olenemata sellest on tegemist eksitava ja samuti keelatud võttega. Nähtuvalt mainitust ei pea hinna avaldamine toimuma üksnes korrektselt ja tõeselt, vaid ka hinna esitusviis on määrav ning see võib osutada eksitavaks.⁹³

⁸⁹ Eesti Vabariigi Põhiseadus. 28.06.1992.- RT 1992,26,349; RT I, 27.04.2011,2.

⁹⁰ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit*, lk 317.

⁹¹ *Ibid*, lk 318.

⁹² G. Howells, I. Ramsay, T. Wilhelmsson, D. Kraft. *Op. cit*, lk 114.

⁹³ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit*, lk 319.

Eeltoodust tulenevalt on vajalik, et võrdlevates reklaamides oleks hind ja sellega seonduv informatsioon esitatud tõepäraselt ja ühtlasi esitatud viisil, mis ei eksitaks isikuid, kellele vastav reklaam on suunatud.

2.3.3. Eksitavad väited kvaliteedi kohta

Väga levinud on ka reklaamväited toodete või teenuste kvaliteedi kohta. Siinjuures võivad eksitavad väited seondua mitmete erinevate teguritega: valmistamise või kohaletoometamise viis, laad, koostis, kogus, toote kirjeldus ja viimasel ajal üha enam on hakanud levima ka väited nagu „loodussõbralik“, „roheline“ jne. Jällegi tuleb märkida, et sellised väited peavad vastama tegelikkusele.⁹⁴ Kui reklaamis viidatakse tegevusele või luuakse muul viisil mulje, et toode või teenus on keskkonnasõbralik või on keskkonnale vähem kahjulik kui konkureerivad tooted või teenused ning kui sellised väited ei vasta tõele või neid ei saa kontrollida, kutsutakse seda tegevust „rohelise“ kuvandi loomiseks (*green washing*).⁹⁵ Näiteks on tegemist eksitava reklaamiga, kui see sisaldab terminit „biolagunev“, kuid toode seda ei ole või pole selle tootega katseid veel läbi viidud; samuti näiteks ka termini „pestitsiidivaba“ kasutamine, kui toode tegelikult sisaldab pestitsiide.⁹⁶

Segadust võib võrdluses tekitada ka toote sisu. Näiteks ühel juhul tootja reklaamis enda šampooni, kasutades mõistet „pantethine“, kuigi tegelikult toode ei sisaldanud pantoteenhapet, mis on juustele kasulik. Toote müüki tehti ainult juuksuritele, kes on eeldatavasti teadlikud sellest omadusest ja seetõttu sai tootja karistada eksitava reklaami eest. Konkreetset juhul ei olnud tegemist küll võrdleva reklaamiga, kuid juhul, kui tootja oleks reklaamis end võrrelnud konkurendi tootega, kelle šampoonis nimetatud aine sisaldub, võiks nimetatud reklaami pidada sealhulgas eksitavaks. Sarnaseid rikkumisi on olnud palju, näiteks on reklaamitud patju, mis on tehtud naturaalsest materjalidest, kuigi hiljem on selgunud, et tegelikult olid padjad täidetud porolooniga.⁹⁷

Levinud juhtudeks on võrdlevad reklaamid, kus on kas teadlikult või kogemata võrreldud enda tooteid päritolunimetusega kaitstud toodetega. Näiteks Brüsseli kapsas (rooskapsas), Prantsuse friikartulid või Iiri kohv viitavad toote omadustele, samas ei tekita need nimetused

⁹⁴ *Ibid*, lk 325.

⁹⁵ Euroopa Komisjoni talituste töödokument. *Op. cit*, lk 34.

⁹⁶ *Ibid*, lk 39.

⁹⁷ C. Heide-Jørgensen. *Op. cit*, lk 327.

tarbijatele ootusi, et kõnesolevad tooted on ühtlasi ka viidatud kohtadest pärit. Teisest küljest aga näiteks nimetusi Vene kaaviar (kalamari) või Šoti viski saab kasutada üksnes juhul, kui tooted on tõepoolest osundatud kohtadest pärit. Reklaamväited toote päritolu kohta on tähtsad ja võivad olla kvaliteedimärgiks, tooteid iseloomustavaks teguriks, ning omada seeläbi tarbijate eelistuste tegemisel suurt tähtsust.⁹⁸

Lisaks eelnevalt toodud jaotusele on kindlasti võimalikud veel muudki eksitavate väidete vormid võrdlevas reklaamis nagu näiteks reklaam, milles võrreldakse tooteid, millest üks või mõlemad on reklaamväidete kohaselt läbinud mingisugused testid, kuigi tegelikult pole. Näiteks juhul, kui päikesekaitse tootele märgitakse silt „Broad Spectrum“, mis peaks tähendama, et tooted on läbinud päikesekaitsetesti „Lai Spekter“.

2.4. Eksitavuse hindamiskriteeriumid võrdlevas reklaamis

2.4.1. Üldised nõuded hindamisele

Eksitava reklaami mõiste eelduste kontrollimise kaudu saab küll tuvastada võrdluse aluseks olevate kaupade või teenuste teatavate omaduste kohta esitatud väidete tõelevastavust, kuid ei saa kontrollida võrdleva reklaami eksitavuse nõuetest kinnipidamist. Magistritöö kirjutaja on seisukohal, et võrdleva reklaami eksitavust tuleb hinnata võrdleva reklaami lubatavuse eeldusi (direktiivi 2006/114/EÜ artikli 4 punktid a-h) arvestavalt. Siinkirjutaja on arvamusel, et võrdleva reklaami eksitavuse kontrollimine läbi võrdleva reklaami lubatavuse eelduste aitab kõige paremini tuvastada põhilised eksitavuse hindamiskriteeriumid just iseloomulikult võrdlevale reklaamile. Seega tuleb tähelepanu pöörata sellele, et võrdleva reklaami eksitavust tuleb tuvastada võrdleva reklaami lubatavuse eeldusi ja eksitava reklaami mõiste eeldusi kui ka direktiivi artiklis 3 loetletud kaupu või teenuseid kirjeldavaid asjaolusid koostoimes hinnates. Alles niimoodi on magistritöö kirjutaja hinnagul võimalik tuletada universaalsed hindamiskriteeriumid võrdleva reklaami eksitavuse hindamiseks.

Seega omab magistritöö kirjutaja hinnagul võrdleva reklaami eksitavuse kindlakstegemisel lisaks eksitavuse mõistes toodud eelduste olemasolu hindamisele olulist tähtsust ka teiste võrdleva reklaami lubatavuse eelduste kontrollimine. Võrdluse olemasolu reklaamis seab eksitavuse hindamisele täiendavaid nõudeid. Kui muu reklaami puhul on üldjuhul nii, et

⁹⁸ *Ibid*, lk 333-334.

reklaamväite tõlevastavuse korral pole reklaam eksitav, siis võrdleva reklaami puhul võib reklaam, vaatamata sellele, et kaupade või teenuste kohta esitatud väited vastavad tõele, olla võrdluse osas ikkagi ebaõige ja sh eksitav. Seda seetõttu, et võrreldavad tooted ei pruugi olemuslikult olla samaväärsed või mõeldud samaks otstarbeks. Nimetatud hinnang võetakse vastu just võrdleva reklaami teiste lubatavuse hindamiskriteeriumite alusel (peale eksitavuse hindamise). Näiteks on võrreldud omavahel kahe käekella hinda, millest esimene on odavam kui teine ning see vastab tõele, samas on teine käekell täielikult vee- ja põrutuskindel, mistõttu võib küsida, kas tooted on samaväärsed, et nende hindu saaks võrrelda. Seega on enamuse võrdleva reklaami lubatavuse eeldusi (nt samaväärsus, objektiivsus) direktiivis sisuliselt ka kriteeriumiteks, mille alusel saab ja tuleb hinnata võrdleva reklaami eksitavust. Eelnevast tulenevalt ei piisa eksitavuse kohta hinnangu andmiseks ainuüksi direktiivides 2006/114/EÜ või 2005/29/EÜ toodud eksitava reklaami/ eksitavate kaubandustavade regulatsioonist.

Eksitava reklaami mõiste sätestab veel ühe olulise kontrollkriteeriumi lisaks otsustusele, kas reklaam petab või tõenäoliselt petab isikuid, kellele see on suunatud või kelleni see jõuab. Selleks, et reklaami saaks direktiivi tähenduses lugeda eksitavaks, peavad esinema ka teised kaks peamist eeldust, mille kohaselt reklaam võib oma petliku iseloomu tõttu mõjutada isikute majanduskäitumist või eeltoodud põhjusel kahjustab või võib kahjustada konkurenti. Nimetatud kahe kriteeriumi puhul on töö kirjutaja hinnangul pigem tegu kunstlikult loodud kriteeriumitega eksitavuse hindamiseks, kuna konkurenti kahjustamine ja isikute majanduskäitumise mõjutamine iseenesest kui faktid ei ole loogiliselt seotud eksitavuse küsimusega. Samas on nimetatud kriteeriumid vajalikud andmaks lõplikku hinnangut selle kohta, kas reklaamis antud info on tarbijate ja konkurentide huvides sedavõrd kahjulik, et seda pidada eksitavaks.

Võib esineda võrdleva reklaami lubatavuse tingimuste rikkumisi, mis ei mõjuta isikute majanduskäitumist või ei kahjusta konkurente ning seega ei saa neid pidada eksitavaks, kuigi iseenesest võib reklaamil olla eksitav iseloom. Näiteks võrdleva reklaami üheks oluliseks nõudeks on see, et reklaamis võrreldaks samu kaupu või teenuseid, mis rahuldavad samu vajadusi või on mõeldud samaks otstarbeks (direktiivi artikkel 4 punkt b). Juhul, kui võrdlevas reklaamis võrreldakse eri laadi kaupu, võib see olla lubamatu, kuid ei pruugi olla veel eksitav. Seega mitte kõik direktiivis toodud võrdleva reklaami lubatavuse tingimuste rikkumised ei pruugi olla ühtlasi ka eksitavuse keelu rikkumiseks.

Eespool nimetatu näitlikustamiseks võiks tuua järgmise näite. Reklaamis võrreldakse omavahel deodoranti ja lõhnavett. Nimetatud võrdlus ei ole võrdleva reklaami nõuete järgi lubatav, kuna tegu on erinevateks otstarveteks mõeldud kaupadega. Tegemist on võrdleva reklaamiga, mis on direktiivi nr 2006/114/EÜ artikli 4 alapunktis b järgi lubamatu. Tuvastamaks, kas võrdlev reklaam on lisaks eksitav, tuleb lisaks eespool toodule ka hinnata, kas konkreetne reklaam petab isikuid, kellele see on suunatud ja võib mõjutada nende majanduskäitumist. Kui vastus nimetatud küsimustele on jaatav, siis alles selles etapis on võimalik teha järeldust, kas võrdlev reklaam on eksitav või mitte.

Eeltoodud põhjendustest tulenevalt saab magistritöö kirjutaja arvates teha järelduse, et hinnates võrdleva reklaami lubatavuse tingimusi kui võrdleva reklaami kohustuslikku osi koostoimes eksitava reklaami mõistega, saab sõnastada eksitavuse hindamiskriteeriumid just iseloomulikult võrdleva reklaami jaoks.

Kuivõrd direktiivid 2006/114/EÜ ja 2005/29/EÜ ei anna selgeid juhiseid selle kohta, kuidas hinnata võrdleva reklaami eksitavust, tuleb vastuseid küsimusele otsida kohtupraktikast või haldusasutuste vastavast praktikast, kus nimetatud küsimusi on lahendatud. Seejuures ei tohi jääda tähelepanuta, et kõnesolev direktiiv nr 2006/114/EÜ on võrdleva reklaami osas liikmesriikide jaoks siiski maksimumharmoniseerimise nõudega. Seega tuleb võrdleva reklaami eksitavuse kindlakstegemise kriteeriumite selgitamisel, ka juhul kui selleks kasutatakse tõlgendusmaterjalina kohtulahendite abi, jääda direktiivi sisu ja mõtte juurde. Euroopa Kohtu lahendis *Pippig vs. Hartlauer* märkis kohus, et võrdleva reklaami seaduslikkust tuleb kogu ühenduses hinnata ainult nende kriteeriumite alusel, mis on kehtestatud ühenduse õigusnormidega. Seega ei saa karmimaid riigisiseseid sätteid, mis käsitlevad kaitset eksitava reklaami eest, kohaldada võrdleva reklaami suhtes võrdluse vormi ja sisuga seoses.⁹⁹

2.4.2. Tõepärasuse nõue

Eksitava reklaami mõistest, mis on kirjas direktiivi 2006/114/EÜ artikli 2 punktis a, saab tuletada kõige olulisema nõude eksitavuse hindamisel, milleks on reklaamteabe tõepärasuse nõue. Ühtlasi viitab sellele direktiivi 2005/29/EÜ artikkel 6, sätestades, et „kaubandustava loetakse eksitavaks, kui see sisaldab valeandmeid ja on seetõttu ebaõige.../“.⁹⁹ Seega peab

⁹⁹ EKo 08.04.2003, C-44/01, *Pippig Augenoptik GMBH & Co KG v Hartlauer handelsgesellschaft mbH*, p 44.

võrdleva reklaami avaldamisel järgima tõepärasuse nõuet ehk teisisõnu peab iga reklaamis esitatav väide olema faktiliselt tõene (tegelikkusele vastav). Kuna võrdlevas reklaamis on esitatud kas konkurendile vastanduses või muul viisil jõuliselt oma kauba või teenuse paremust rõhutavad väited konkurendi kauba või teenuse suhtes, avaldab selline reklaam ka jõulisemat mõju tarbija ostuotsuste tegemisele ühe või teise kaupleja kauba või teenuse kasuks. Seetõttu peab selline reklaam püüdlema enam tõepärasuse poole.¹⁰⁰

Tõepärasuse hindamisel on õigusteoorias lähtutud järgmistest olulistest eeldustest:

1. esiteks peab võrdlus olema õige.¹⁰¹ Magistritöö kirjutaja hinnangul tähendab väljatoodud nõue eeskätt seda, et võrdlus peab põhinema õigetel ja korrektsetel asjaoludel. RekS § 3 lg 4 p-i 11 kohaselt ei tohi reklaam esitada valeteadet. Võrdluse aluseks olevate õigete asjaolude all saab mõista asjaolusid, mille tõepärasus on tõendatud. Reklaamsõnumilt tuleb alati nõuda, et see oleks õige (seega tõene), aga mitte, et see peaks olema üksikasjalik ja täielik, justkui oleks tegu teadus- või statistikaartikliga;¹⁰²
2. teise eeldusena võib välja tuua selle, et võrdlus peab olema iseloomulik, esinduslik ehk teisisõnu annab korrektse tervikliku pildi sellest, mida on võrreldud.¹⁰³ Samuti on märgitud ICC Rahvusvahelises Reklaamitegevuse Seadustiku artiklis 11, et võrdluspunktid peavad põhinema otstarbekalt valitud tõestatavatel faktidel. Ka viitab sellele elemendile direktiivi nr 2006/114/EÜ artikli 4 punkt c, mida töö autor käsitleb põhjalikumalt magistritöö alapeatükis, mis käsitleb võrdluse objektiivuse nõuet;
3. kolmandaks peab võrdlev reklaam olema täpne. Näiteks, kui võrdlus näitab, et võrreldavate toodete vahel esineb erinevusi, mis on tõendatavad või mis on tõendatud, ei tohi need erinevused reklaamis olla liialdatud või esitatud dramaatiliselt (liialdades);¹⁰⁴

¹⁰⁰ U. Bernitz. *Op. cit.*, lk 20.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² EK 29.03.2006, C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG versus Etablissements Franz Colruyt NV*, kohtujurist A. Tizzano ettepanek, p 54.

¹⁰³ U. Bernitz. *Op. cit.*, lk 20.

¹⁰⁴ *Ibid.*

4. kindlasti tuleb teabe tõepärasuse hindamisel arvestada ka asjaolu, et võrdlus oleks ajakohane. Seega ei tohi võrdluses antav info olla aegunud. Näiteks ettevõtte ei tohi võrrelda oma viimast tootemudelit konkurendi vastava toote vana mudeliga.¹⁰⁵ Näitena võib siinkohal tuua Tarbijakaitseameti poolt läbiviidud järelevalvemenetluse laenuandja 1Credit OÜ tegevuse suhtes, kus 1Credit OÜ reklaamis end väitega „1Credit väikelaen on turu soodsaim“. Tarbijakaitseameti hinnangul oli 1Credit OÜ reklaamväide eksitav, kuna polnud märgitud millise aja seisuga on nimetatud andmed saadud. Võimalik, et laenuandjate tingimused ajaga muutuvad, mistõttu on tarvis teada, millal on võrdlus tehtud.¹⁰⁶

Selleks, et tarbija saaks teha parima võimaliku valiku, peab tal olema ülevaade kõikidest asjassepuutuvatest faktidest ning seetõttu peab esitatav teave olema tõene. Reklaam on eksitav ja selle avaldamine on keelatud, kui see tekitab valede faktide esitamise tõttu või muudel põhjustel tarbijal valearusaama. Seega sisaldab eksitava reklaami keeld nõuet, et esitatud teave peab olema tõene.¹⁰⁷ Samuti on Euroopa Kohus lahendis *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. versus Yves Rocher GmbH* öelnud, et tõese informatsiooni esitamine aitab tarbijatel teha oma valiku kõiki asjassepuutuvaid fakte teades.¹⁰⁸ Seetõttu on ka võrdleva reklaami puhul peamine, et reklaam on senikaua lubatud, kuni see põhineb tõestel faktidel. Need faktid on aluseks informeeritud valiku tegemisel.¹⁰⁹

Seega üksnes juhul, kui reklaamis esitatav teave on tõene, saab see olla selle adressaatidele teadliku otsustuse tegemisel aluseks. Vastasel juhul võivad reklaamid mõjutada adressaate tegema selliseid otsustusi, mida nad reklaamis esitatava õige teabe alusel ei oleks teinud.

2.4.3. Võrreldavate toodete või teenuste samaväärsuse nõue

Direktiivi 2006/114/EÜ artikli 4 punktist b tuleneb, et võrdlev reklaam on lubatud, kui võrreldakse kaupu või teenuseid, mis rahuldavad samu vajadusi või on mõeldud samaks otstarbeks. Siinkohal peab autor vajalikuks välja tuua direktiivi 97/55/EÜ põhjenduste punkti

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Tarbijakaitseameti 28.01.2014. a menetlus nr 6-25/14-000491.

¹⁰⁷ R. Ligi. Teavitamiskohustus – tarbija huvide kaitse tagatis Euroopa Ühenduses. – *Juridica*, 2006, nr. 8, lk 532.

¹⁰⁸ EKO 18.05.1993, C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. versus Yves Rocher GmbH*, p 17.

¹⁰⁹ R. Ligi. *Op. cit.*

9, milles kohaselt, vältimaks võrdleva reklaami kasutamist konkurentsivastaselt ja ebaõiglasel viisil, tuleks lubada võrrelda ainult sama otstarvet või kavandatud eesmärki täitvaid konkureerivaid kaupu või teenuseid. Seega üheks peamiseks kriteeriumiks eksitavuse hindamisel tuleb pidada ka seda, et tooted või teenused, mida võrreldakse, oleksid samaväärsed.

Võrdluses kasutatavate toodete või teenuste samavääruse kindlakstegemiseks tuleb kontrollida toote või teenuse asendatavust. Seejuures tekib küsimus, kas omavahel on asendatavad ja seega samaväärsed näiteks müüdav külmakapp Saksamaal või Eestis. Nimetatud küsimusele vastamiseks tuleb appi võtta konkurentsioiguse põhimõtteid. Eesti Vabariigi konkurentsiseaduse¹¹⁰ (KonkS) § 3 lg 1 kohaselt on kaubaturg ostja seisukohalt omavahel vahetatavate või asendatavate kaupade käibimise ala. Seega vajavad müüdivad kaubad ja teenused ennekõike kaitset ühe kaubaturu piires. KonkS § 51 lg 2 kohaselt on keelatud eksitava teabe avaldamine või avaldamiseks esitamine või tellimine kas enda või kaubaturul osaleva teise ettevõtja, tema kauba või töövahendi kohta. Kaubaturg ise on aga suhteline mõiste, mis võib erinevate kaupade ja teenuste puhul varieeruda. Näiteks toidukaupade puhul on mõistlik üheks geograafiliseks kaubaturuks pidada toidupoode, mis asuvad teineteisest kuni 5 kilomeetri kaugusel, samas kui mööbli puhul võiks kaubaturuks olla kogu Eesti.¹¹¹ Tõenäoliselt ei vali tarbijad mööblit tingimusel, et selle soetamine toimuks võimalikult kodu lähedalt. Tarbija valiku tingivad muud asjaolud. Küll aga on toidukaupade ostja huvitatud sellest, et saaks kõik vastavad ostud teha võimalikult kodu lähedalt.

Erinevate riikide toodete või teenuste võrdluse puhul, arvestades seejuures kauba või teenuse päritoluriigi kaubaga või teenuse kohta antud teabeerisusi, peaks reklaamis olev info olema antud viisil, mis ühtlasi suurendab tarbijate teadlikkust võrdlusest arusaamisel, et selline võrdlus oleks lubatav.¹¹² Käesoleva magistritöö autor on arvamisel, et üha enam globaliseeruvast kaubanduses, kus võrreldakse tooteid ja teenuseid, mida turustatakse erinevates riikides, ei saa esitada nõuet, et kaupu või teenuseid võiks võrrelda üksnes ühe liikmesriigi piires. Samas ei saa aktsepteerida ka võrdlust, millisel juhul on ühes riigis pakutavat kaupa või teenust võrreldud kauba või teenusega, mida ei turustata riigis, kus vastavat reklaamkampaniat esitletakse. Viimasel juhul võiks kõne alla tulla tarbijate teavitamine reklaamis kaupade või teenuste erinevates riikides turustamisest. Samas ei ole

¹¹⁰ Konkurentsiseadus . 01.10.2001. – RT I 2001, 56, 332, RT I, 05.07.2013, 9.

¹¹¹ M. Hagström, R. Rüütel. Konkurentsioigus ja praktika. AS Äripäev, 2010, lk 79-80.

¹¹² U. Bernitz. *Op. cit.*, lk 20.

magistritöö kirjutajale teada, kas üldse sellisel viisil on reklaamkampaniaid tehtud ning küsitavusi võib tekitada selliste reklaamide efektiivsus, kuivõrd enamikel tarbijatel puudub reaalselt valikuvõimalus valida ühe või teise toote vahel, kui ühte toodet selles riigis ei müüda.

Juba enne võrdleva reklaami regulatsiooni kehtestamist Euroopa tasandil peeti Põhjamaades võrdlusi toodete või teenuste vahel, mis ei rahuldanud samu vajadusi või ei olnud mõeldud samaks otstarbeks, ebaadekvaatseteks ja ühtlasi eksitavateks. Näiteks on selge, et tõsiseltvõetavat ja tõest võrdlust ei ole võimalik teha madala hinnaga autode ja prestiižsete kõrge kvaliteediga autode vahel. Kuid kus on piir? Millises ulatuses saab ühe automargi tootja esitada vastuväiteid võrdleva reklaami lubatavusele viitega, et see automark on mõeldud erinevale sihtgrupile (ostjagrupile) ja seetõttu pole tegemist samaväärsete kaupadega, mis oleksid mõeldud samade vajaduste rahuldamiseks? Siinkohal peaks appi tulema Euroopa Kohtu praktika.¹¹³

Euroopa Kohtu lahend *Lidl SNC vs. Vierzon Distribution SA* puudutas vaidlust ettevõtte Lidl, kes haldab Prantsusmaal toiduaineid müüvat supermarketite ketti, ja ettevõtte Vierzon Distribution, kes omakorda müüb esmatarbekaupu Leclerc'i nime kandvates kauplustes, vahel. Vierzon Distribution avaldas kohalikus ajalehes kassatšekid, mis sisaldasid nii ühest kui teisest kauplusest ostetud 34 toodet, peamiselt toiduaineid, ning need olid loetletud nende küljes olevate liiginimetuste, osaliselt ka kaalu/koguse abil. Kassatšekkidelt nähtus, et toidukorv Vierzon Distribution'ist ostes maksis 46,30 eurot ja Lidl'ist ostes 51,40 eurot. Lisaks sisaldas reklaam lauseid „*Igaiüks ei saa olla E.Leclerc! madalad hinnad: tõend sellest, et E.Leclerc on odavam*“ ning inglise keeles öeldakse „*hard discount*“, prantsuse keeles öeldakse „*E.Leclerc*“.“ Lidl vaidles nimetatud reklaamile vastu väites, et Vierzon Distribution valis välja üksnes tema poes olevad soodsamad tooted, mistõttu viib vaidlusalune reklaam tarbijad eksitusse ning lisaks, et need tooted ei ole võrreldavad, kuna esinevad erinevused nende kvaliteedis ja kvantideedis, seega ei rahulda nad samu vajadusi. Euroopa Kohus viitas siinjuures juba oma varasematele kohtuotsustele ja sedastas, et selline tingimus nõuab, et võrreldavad kaubad rahuldaksid samu vajadusi või oleks mõeldud samaks otstarbeks, s.t et need oleksid tarbija jaoks piisaval määral asendatavad. Täpsemalt on kohus märkinud, et reklaamsõnumis tuleb otseselt võrreldud tooteid individuaalselt ja konkreetselt hinnata ning selline asendatavuse määra konkreetne hindamine kuulub siseriiklike kohtute

¹¹³ *Ibid*, lk 21.

pädevusse. Lõpuks selgitas kohus, et nimetatud punkti (direktiivi 84/450/EÜ artikli 3a lõike 1 punkti b) tuleb tõlgendada nii, et ainuüksi asjaolu, et toidudained erinevad üksteisest nende söögikõlblikkuse ja tarbijale meeldimise poolest tulenevalt nende valmistamise viisist ja kohast, koostisainetest ja nende valmistaja isikust, ei välista, et nende toodete võrdlemine võib vastata selles sättes ettenähtud nõuetele, mille kohaselt peavad need rahuldama samu vajadusi või olema mõeldud samaks otstarbeks ehk teisisõnu olema omavahel piisavalt asendatavad.¹¹⁴ Seega ei pea tooted olema identsed selleks, et neid saaks võrrelda. Oluline on, et tarbijatele oleks selge, millisel alusel võrreldi ja et nimetatud tooted oleksid omavahel asendatavad. Siinjuures leiab käesoleva magistritöö autor, et selles osas jättis Euroopa Kohus nimetatud küsimuse mõnel määral lahtiseks, kuivõrd tekib küsimus kas näiteks 10%-lise rasvasisaldusega rõõsk koor on asendatav 35%-lise rasvasisaldusega rõõsa koorega. Siinkirjutaja arvates selline võrdlus praktiliselt samalaadsete koorte vahel, mille erinevuseks on üksnes rasvasisaldus, ei peaks olema lubatav eeskätt juhul, kui reklaamis on võrdlusaluseks asjaoluks võetud toote hind. Teistsugune võiks olla järeldus, kui võrreldavaks asjaoluks oleks nt toote toiteväärtus.

Sarnane kaasus oli 2013.aasta lõpus Tarbijakaitseameti menetluses seoses AS-i Rimi Eesti Food Säästumarketi kampaaniaga „Odavam ostukorv Eestis“. Kõnealusel kampaanias võrreldi erinevate kaupluste (Maxima, Selver, Prisma, Konsum, Grossi toidukaubad) toidukorvide maksumust ning leiti, et Säästumarket on kõige odavam. Lisaks avalikustati reklaamides järgmisi reklaamväiteid: „*Meil on Eesti kõige odavam ostukorv! Säästumarketi garantii odavam ostukorv! Säästumarketis on Eesti kõige odavam ostukorv! Liider, parima hinnaga*“. Reklaamkampaania raames avalikustati vastav hinnavõrdlustabel veebileheküljel. Tarbijakaitseamet asus seisukohale, et eelmainitud reklaamlused loovad isikule mulje, et Säästumarketis on kõige odavamad hinnad, kuid tegelikkuses see ei pruugi nii olla. Samuti leiti, et isik, kes näeb seesuguseid reklaame, teeb tõenäoliselt oma poevaliku just Säästumarketi kasuks, ostes kaupu just Säästumarketist, kuivõrd usub reklaamis avaldatud teavet. Kahtlemata mõjutab kaupade odavuse reklaamimine isikute majanduskäitumist ning tõenäoliselt kahjustavad seesugused reklaamid ka konkurente, kuivõrd isik, kes usub, et kõige odavamad hinnad on just Säästumarketis, teeb oma ostud sealt, mistõttu kaotavad teised kauplused kliente ja seeläbi väheneb ka teiste kaupluste käive. Lisaks eelnevale leidis Tarbijakaitseamet, et reklaamid on eksitavad ka seetõttu, et ei sisalda kogu vajalikku teavet, ning juhul, kui ettevõtja tahab kasutada absoluutväiteid eraldiseisvalt (st ilma võrdluse aluseks

¹¹⁴ EKO 18.10.2010, C-159/09, *Lidl SNC versus Vierzon Distribution SA*.

olevaid asjaolusid välja toomata), siis peab kõikide vastavate kaupluste võrdlus põhinema müüdavatel kaupadel ning vastavate kaupade kõikidel võimalikel hindadel, kuivõrd üksnes absoluutväite avaldamisel reklaamis ei ole tarbijal võimalik aru saada, milles odavus seisneb. Teisisõnu, absoluutväidete kasutamine on õigustatud üksnes olukorras, kus tarbijatele tuuakse juba reklaamis koos absoluutväitega välja see, milliseid kaupu ja milliseid asjaolusid on võrreldud.¹¹⁵

Kuivõrd hinnavõrdlustabelis oli osade toodete puhul välja toodud konkreetsed parameetrid nagu kogus ja koostisosa sisaldus konkreetses tootes (nt odavaim piim, 2,5%, 1l, või 80%, 200g), siis Tarbijakaitseametile esitatud tõenditest (kassatšekid) nähtus ühel juhul või, 82%, 180g hind ja teisel juhul toote või, 82% hind. Seega ei tõendanud kassatšekid, et odavaim või, 80%, 200 g maksab nii palju kui hinnavõrdlustabelist nähtus, kuivõrd seesugustele parameetritele vastavaid tooteid ega seesuguste toodete hindasid Rimi poolt esitatud tšekkidelt ei nähtunud. Samuti oli hinnavõrdlustabeli kohaselt üheks võrreldavaks tooteks odavaim hakkliha 500 g – 100% liha, sh 50% veiseliha + 50% sealih. Selveri tšekilt aga ei nähtunud, mis kogus tšekil kajastatud hinnale vastab ega see, et tegemist oleks hinnavõrdlustabelis avaldatud parameetritele vastava tootega. Tarbijale võis hinnavõrdlustabelist jääda mulje, nagu oleks kõikide tabelis võrreldavate konkurentide tooted hinnavõrdlustabeli ostukorvi nimekirjas väljatoodud parameetritega, kuid tegelikkuses see Rimi enda poolt esitatud tõenditest nähtuvalt nii ei olnud.¹¹⁶

Reklaamist ei nähtunud osade võrdluses kasutatavate toodete koguselised ning toodete koostisosa protsendilised erinevused võrreldes hinnavõrdlustabeli ostukorvi nimekirjas märgitud toodete vastavate andmetega. Samas võib vastava toote koguseline ja protsendilise sisaldavuse erinevus olla oluline aspekt, mis võib mõjutada nii toote hinda kui ka tarbija majanduskäitumist.¹¹⁷

Lisaks eeltoodule oli hinnavõrdlustabeli all märkusena välja toodud asjaolu, et näiteks odavaima saia puhul on arvestatud konkreetseid kolme saia, odavaima kohvi puhul konkreetseid kohvisid, kompveki „Oravake“ puhul on tegemist kas kaalu- või pakitootega ning õlu A. Le Coq Premium 4x 0,5 l all on silmas peetud pudelit, purki või 4-pakki. Samas ei olnud konkreetse kaupluse vastava hinna juures märgitud, kas konkreetse kaupluse puhul on

¹¹⁵ Tarbijakaitseameti 27.11.2013.a menetlus nr 6-5/13-08983-010.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

tegemist kaalu- või pakitootega, millise saia hinda on konkreetse kaupluse puhul silmas peetud ega seda, kas konkreetse kaupluses müüdava õlle hind on saadud konkreetsetel juhtudel pudelite, purkide või 4-paki puhul. Samas võivad hinnad erineda, olenevalt näiteks konkreetse saia brändist ning asjaolust, kas tegemist on kaalu- või pakitootega. Teadaolevalt on pakitoode kallim kaalutootest ning 4-pakid odavamad üksiktoodetest. Konkreetsetel juhtudel ei olnud tarbijatel võimalik selgitada konkreetsete toodete hindade erinevuse põhjuseid, hinnata oma maitse-eelistusi ega teha vastavalt sellele oma tehinguotsust. Eeltoodud põhjustel leidis Tarbijakaitseamet, et tegemist on eksitava reklaamiga ning võrdlev reklaam on lubatud üksnes tingimusel, et see ei ole eksitav.¹¹⁸

Ka on Euroopa Kohus oma varasemas kohtulahendis *Lidl Belgium GmbH & Co KG vs. Etablissements Franz Colruyt NV* märkinud, et iga võrdlev reklaam peab nii tarbijate kui konkurentide huvides põhinema samaväärsuse nõudele vastava tootepaari võrdlusel. Samas ei saa teha järeldust, nagu nõuaks samaväärsuse nõude täitmine igalt võrdleva reklaami sõnumilt viitamist üksnes sellisele vaadeldud võrdlevale tootepaarile eraldi ega saaks puudutada võrdlevatest toodetest koosnevat kahte tootevalikut ühiselt. Euroopa Kohus on rõhutanud, et selliste võrdluste arvu valik, mida reklaami avalikustaja soovib enda pakutavate ja konkurendile pakutavate toodete vahel läbi viia, kuulub tema majandusvabaduste hulka. Miski ei võimalda käsitleda, et selline vabadus ei laiene ka võimalusele viia reklaami avalikustaja ja tema konkurendi turustatava võrreldava tootevaliku võrdlemine läbi kogu ulatuses või osaliselt.¹¹⁹ Seega on viidatud kohtulahendis soovitud võrdleva reklaami kasutamist ja leitud, et lubatav on võrrelda ka tootevalikuid. Kohus on nimetatud lahendis ka esmakordselt viidanud üldise hinnatasemega võrdlusele ja tingimustele, millele selline võrdlev reklaam vastama peab.

Lisaks on samas kohtuasjas leidnud kohtujurist oma ettepanekus, et oluline on tagada, et reklaamis piirduks niisuguste kaupade võrdlemisega, mis asendavad üksteist ja on samalaadsed. Kohtujurist toob näite, mille järgi ei saa lubatavaks pidada reklaami, milles võrreldakse autot jalgrattaga, sest on ilmne, et need kaubad rahuldavad erinevaid vajadusi.¹²⁰

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ EKO 10.09.2006, C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co KG versus Etablissements Franz Colruyt NV*, p 30.

¹²⁰ *Ibid.*, p 31.

Arvestades eeltoodud põhjendusi, võiks ka selle alapeatüki alguses püstitatud küsimusele seoses automarkide võrreldavusega vastata nii, et konkreetse piiri määratlevad täpselt võrreldavad automargid ja nende tunnused ning juhul, kui ühel juhul on tegemist madala hinnaklassiga autoga ja teisel juhul on tegemist prestiižika autoga, siis suure tõenäosusega ei saa neid pidada samu vajadusi rahuldavateks kaupadeks. Küll aga näiteks võib supermarketis müüdavat tavapärasest sokipaari võrrelda *high-street* kaubanduskeskuses olevate tavaliste sokkidega¹²¹.

Selleks, et hinnata toodete/teenuste samaväärsust, tuleb küsida ka nende tunnuste või omaduste kohta, mida võrreldakse. Näiteks autode samaväärsuse selgitamisel ei anna midagi see, kui võrdleme autode värviomadusi. Oluliselt rohkem ütleb autode samaväärsuse kohta autode hinnavõrdlus. Seega võrdluse aluseks olevad asjolutud peavad olema asjakohased ja iseloomulikud või piisavalt esinduslikud sellist tüüpi toote/teenuse kohta, et nende asendatavust saaks hinnata.

Autor peab siinkohal vajalikuks märkida, et alati ei pruugi võrdlev reklaam olla eksitav, kui selles ei võrrelda samu vajadusi rahuldavaid või samaks otstarbeks mõeldud kaupu või teenuseid. Juhul, kui reklaamis on selgesõnaliselt või arusaadavalt viidatud teise ettevõtja kaubale või teenusele ning on üheselt aru saada, et tegemist ei ole samaväärse kauba või teenusega, on tegemist lubamatu võrdleva reklaamiga. Sellisel juhul ei ole vastav reklaam kooskõlas direktiivi artikli 4 punktiga b ning on lubamatu. Reklaam muutub eksitavaks alates hetkest, mil reklaamist võib aru saada, et omavahel võrreldakse siiski samu vajadusi rahuldavaid või samaks otstarbeks mõeldud kaupu/teenuseid.

2.4.4. Eksitav tegevusetus

Üheks võrdleva reklaami eksitavuse hindamiskriteeriumiks võib pidada eksitavat tegevusetust. Nimetatud mõiste tuleneb direktiivist 2005/29/EÜ ja seega võib sellest kriteeriumist lähtuda üksnes tarbijatele suunatud reklaami korral. Nimetatud direktiivi artikli 7 lõike 1 kohaselt loetakse kaubandustava 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

¹²¹ J. Lee. Comparative advertising. The ECJ eases the way for comparative advertisers. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2007, Vol. 2, No. 3, lk 135.

teinguotsust, mida ta muul juhul ei teeks. Sama artikli lõike 2 kohaselt loetakse eksitavaks tegevusetuseks samuti seda, kui ettevõtja, võttes arvesse lõikes 1 kirjeldatud asjaolusid, varjab selles lõikes nimetatud olulist teavet või esitab seda ebaselgelt, arusaamatult, mitmetähenduslikult või ebaõigel ajal või ei määratle kaubandustava kaubanduslikku eesmärki, kui see ei ilmne juba kontekstist, ja juhul, kui see paneb või tõenäoliselt paneb keskmise tarbija tegema teinguotsust, mida ta muul juhul ei oleks teinud. Eesti õiguses on nimetatu määratletud TKS § 12³ lõikes 6, millega direktiivis toodu on üle võetud.

Seega võib eksitava tegevuse jaotada põhimõtteliselt kolme gruppi – need on juhud, mis seonduvad teabe esitamatajätmisega (sh varjamisega), teabe ebaselge esitamisega või ei määratleta teabe ärilist eesmärki.¹²² Seejuures on oluline esile tuua, et lähedalt on seotud teabe ebaselge esitamine reklaami eksitava esitusviisiga (võrdleva reklaami esitusviisist on juttu käesoleva magistritöö alapeatükis 2.3.7).

Tarbija jaoks olulist infot võib varajata mitmel erineval viisil, nt esitades informatsiooni väikeses kirjas, kuskil vähemärgatavas kohas reklaamis, mis on vaid üks näide sellest, kuidas olulise info varjamine aset leiab. Eespool viidatud sätetest tuleneb ebaselgelt, arusaamatult, mitmetähenduslikult esitatud informatsiooni võib pidada varjatud informatsiooniga samaväärseks.¹²³

Teabe varjamise kohta võib näiteks tuua järgmise juhtumi, kus telefonifirma reklaamis soodushinda lauatelefonilt välismaale helistamisel. Reklaam jättis täpsustamata, et soodushind kehtib üksnes lauatelefonilt lauatelefonile helistades. Inimesed helistasid välismaisele mobiiltelefoni numbrile ja said kopsakad telefoniarved.¹²⁴

Võrdleva reklaami kontekstis saab teabe varjamisega seoses näiteks tuua kodukeemia toodete reklaamid, kus kasutatakse psühholoogiast tuntud vastandusefekti. Reklaamides vastandatakse „teised tooted“ ja „meie tooted“. /---/ Siin rõhutakse ainult oma toote positiivseid omadusi, teise toote puhul üldjuhul täpsustamata nende tootenimetusi, tootjaid ning positiivseid põhiomadusi.¹²⁵

¹²² M. Kingisepp. *Op. cit*, lk 148.

¹²³ G. Howells, H. Micklitz, T. Wilhelmsson. *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*. Ashgate Publishing Group, 10/2006, lk 150.

¹²⁴ M. Kingisepp. *Op. cit*, lk 148.

¹²⁵ *Ibid*, lk 149.

Euroopa Kohtu lahendi *Lidl SNC vs. Vierzon Distribution SA* kohaselt on asjaolu, et tarbijat ei teavitata hinna alusel võrreldavate toodete erinevustest, tarbijat eksitusse viiv nende põhjuste osas, mis võimaldaksid selgitada erinevusi väljareklaamitud hindade vahel ning mõista tegelikku rahalist kasu, mida on sellel tarbijal võimalik saada, kui ta teeb enda ostud reklaami avaldaja juures, mitte reklaamis nimetatud konkurendi juures, ja võib mõjutada vastavate meetmetega selle tarbija majanduskäitumist.¹²⁶

Õiguslalases kirjanduses on avaldatud ettevõtjate kaitseks arvamust, et kohtud võiksid sellistel juhtudel nagu *Lidl SNC vs. Vierzon Distribution SA* kaasuse puhul olla kas järeleandlikumad kauplejate suhtes, kes kasutavad oma toodete/teenuste reklaamimiseks võrdlevat reklaami või arendada erinevaid õiguslikke standardeid, millist saaksid ettevõtjad lähtuda ja tunneksid end kindlamalt võrdlevat reklaami kasutades. Seniks kuni nimetatud küsimus on ebamäärane, peavad ettevõtted üle kogu Euroopa kas esitlema tarbijatele ilustamata tõde võrdleva reklaami näol või veerema kohtuvaidluste kuristikku.¹²⁷

Ärilise eesmärgi varjamist võiks iseloomustada näide, kus mängufilmis on esitatud mingi tootja kaubamärk, või teine näide, kus ajakirjanik toob objektiivsena esitletud artiklis rõhutatult esile ühe isiku kaupu või teenuseid.¹²⁸

2.4.5. Objektiivsuse nõue

Võrdleva reklaami üheks oluliseks tingimuseks võib pidada objektiivsuse nõuet. See tähendab, et võrdlus peab olema objektiivne ja sisaldama kaupade või teenuste ühte või mitut peamist, asjakohast, kontrollitavat ning tüüpilist omadust, mille hulgas võib olla ka hind. Samuti on direktiivi 2006/114/EÜ põhjenduste punktis 9 viidatud sellele, et lubatud reklaami tingimused peaksid sisaldama kauba ja teenuste omaduste objektiivse võrdlemise kriteeriume.

Ka Taani ja Läti vastavatest õigusaktidest tuleb välja nimetatud objektiivsuse nõue. Eesti reklaamiseaduses selge viide objektiivsusele puudub. RekS §-s 5 on viidatud üksnes sellele, et võrdlus peab põhinema võrreldava kauba või teenuse ühel või mitmel asjakohasel, olulisel ja tõendataval tunnusel, mille hulgas võib olla ka hind. Arvestades asjaoluga, et võrdleva

¹²⁶ EKo 18.10.2010, C-159/09, *Lidl SNC versus Vierzon Distribution SA*.

¹²⁷ S. Bengani. Comparative advertising. Is comparison of the non-verifiable misleading comparative advertising? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2011, Vol. 6, No. 5, lk 299.

¹²⁸ M. Kingisepp. *Op. cit.*, lk 149.

reklaami regulatsioon on ühenduse tasandil maksimumharmoniseeriv, eeldab see direktiivi peaaegu sõna-sõnalist ülevõtmist siseriiklikusse õigusesse. Täieliku ülevõtmise korral ei ole lubatud direktiivi tekstist kõrvale kalduda¹²⁹. Seega on magistritöö autori arvates vajalik muuta RekS § 5 ja viia see kooskõlla direktiivi mõtte ja sõnastusega osas, mis puudutab objektiivsust.

Objektiivsuse nõue eeldab, et reklaamitud toodete omadused oleksid niisugused, et neid võiks õiglaselt ja erapooletult võrrelda. See tähendab, et reklaamsõnumis esitatud võrdlus peab puudutama objektiivselt käsitletavaid omadusi ja mitte neid, mis võivad sõltuda maitsest või subjektiivsetest eelistustest.¹³⁰ Nii on leitud ka õigusosalases kirjanduses, kus on otsesõnu välja toodud, et ebamäärased, üldised ja subjektiivsed väited on keelatud.¹³¹

Lihtsamalt öeldes ja näiteid tuues tähendab see, et ettevõtja võib võrrelda kahe samalaadse toote hinda, kinnitades, et üks on odavam kui teine, sest hind on objektiivne kriteerium, mida saab kontrollida. Seevastu ei või ta reklaamida oma tooteid kui konkurentide omadest esteetiliselt ilusamaid või elegantsemaid, sest on selge, et need omadused sõltuvad subjektiivsest hinnangust, mis võib erinevatel isikutel olla erinev.¹³²

Kohtujurist Tizzano on oma esitatud ettepanekus kohtuasjas nr C-356/04 veel märkinud, et tema meelest ei ole näiteks vastuvõetav säärane reklaam nagu „ettevõtja X on usaldusväärsem kui ettevõtja Y“, sest see võrdlus ei puudutaks ühtegi toodet ega teenust, vaid reklaamis mainitud ettevõtjate eelist või omadust.¹³³ Eeltoodu põhjal võib järeldada, et omavahel tuleb võrrelda kaupu või teenuseid, mitte aga nende tootjaid või turustajaid. Sellele viitab ka eelnevas alapeatükis väljatoodud samaväärsete toodete ja teenuste kriteerium, millest samamoodi võib järeldada, et keelatud on end võrrelda konkurendiga, viitamata kas otseselt või kaudselt konkurendi pakutavatele toodetele või teenustele. Samas võib siinkohal paralleeli tuua direktiivis 2006/114/EÜ kirja pandud võrdleva reklaami mõistega, mis on võrdlemisi lai ja käsitleb võrdleva reklaamina ka reklaami, milles ei viidata otseselt ega kaudselt konkurendi toodetele või teenustele, vaid ka konkurendile endale. Magistritöö autor usub, et juba

¹²⁹ J. Laffranque. *Op.cit*, lk 276.

¹³⁰ EK 29.03.2006, C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG versus Etablissements Franz Colruyt NV*, kohtujurist A. Tizzano ettepanek, p 44.

¹³¹ C.J. Romano. *Comparative Advertising in the United States and in France*. *Northwestern Journal of International Law & Business*. Volume 25, Issue 2, Winter 2005, lk 393.

¹³² EK 29.03.2006, C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG versus Etablissements Franz Colruyt NV*, kohtujurist A. Tizzano ettepanek, p 45.

¹³³ *Ibid*, p 30.

iseenesest võrdleva reklaami olemusest tulenevalt viidatakse praktikas siiski konkurendi toodetele või teenustele, kuivõrd ainuüksi konkurendile kui teisele ettevõtjale viitamine ei anna objektiivset informatsiooni toodete või teenuste kohta. Konkurendile viitamine iseenesest keelatud ei ole, kui järgitud on eespool toodud kriteeriume.

Seega võrdlus, mis põhineb subjektiivsetel hinnangutel nagu näiteks maitse, tundeelamus ja arvamusel põhinev hinnag on direktiivi järgi keelatud. Veelgi enam, vastuvõetud reeglid keelavad ka objektiivselt korraldatud subjektiivsetel arvamustel põhinevate „tarbija eelistuste testide“ kasutamise nagu näiteks pikaajaline „Pepsi Challenge“ kampaania. Nimetatud kampaania sisuks oli pimetesti tegemine, mille raames mitmed tarbijad proovisid nii Pepsit kui ka Coca-Colat ja mille tulemusena avastasid endale üllatuseks, et eelistavat Pepsit Coca-Colale.¹³⁴ Ka hiljuti avaldatud reklaam Rimi supermarketites, milles esitleti järgmise sisuga sõnum: „*Parim poepitsa Rimist. Õhtulehe testivõitja*“, on siinkirjutaja hinnangul sarnane just eelmainitud „Pepsi Challenge“ kampaaniaga. Nimelt on viidatud reklaamis ajalehe „SL Õhtuleht AS“ poolt koostatud testis saanud kõige rohkem punkte just Rimi supermarketis müüdavad pitsad. Töö autori arvates on siin samamoodi kasutatud subjektiivsetel arvamustel põhinevat tarbijate eelistuste testi, mis aga ei ole lubatav vastavalt direktiivi artikli 4 punktile c ja RekS § 5 lg-le 1.

2.4.6. Võrdluse kontrollitavus

Võrdleva reklaami üheks tingimuseks on see, et võrdlus peab põhinema muu hulgas tõendataval tunnusel. Samas ei ole direktiivis nr 2006/114/EÜ ega ka reklaamiseaduses sätestatud konkreetseid reegleid tõendamise paikapidavusele.¹³⁵

Direktiivi nr 2006/114/EÜ artikli 4 alapunkti c kohaselt on konkurendi kaupade ja teenuste võrdlus reklaamis lubatud üksnes siis, kui võrdluses kasutatavate kaupade ja teenuste omadused on kontrollitavad. Eeltoodu tähendab esmalt, et reklaamija peab suutma asjakohaste vahenditega tõestada reklaamis esitatud faktiliste väidete tegelikkusele vastavust. Juhul, kui seda teha ei suudeta, on esitletav reklaam lubamatu.

¹³⁴ P. Spink, R. Petty. Comparative Advertising in the European Union. International and Comparative Law Quarterly. Volume 47. Issue 04, 1998, lk 866.

¹³⁵ Tarbijakaitseameti 12.04.2013.a menetlus nr 6-5/13-00901.

Eesti reklaamiseadus kontrollitavuse kriteeriumit või nõuet otsesõnu ei sätesta. RekS § 5 lg 1 kohaselt peab võrdlus põhinema võrreldava kauba või teenuse tõendataval tunnusel. RekS § 12 kohaselt on reklaami avalikustaja kohustatud säilitama reklaami koopiat vähemalt 20 päeva reklaami viimasest avalikustamisest arvates ja esitama reklaami koopia kontrollimiseks reklaamialase järelevalve teostajale tema esimesel nõudmisel. Mistahes reklaami kontrollitavuse kriteeriumit ei rõhuta otsesõnu tarbijate õiguste ja huvide kaitse seisukohalt ka tarbijakaitseadus.

Magistritöö kirjutaja hinnangul ei ole kontrollitavuse nõude puhul võrdlevas reklaamis tegemist üheselt mõistetava hindamiskriteeriumiga, mille kaudu oleks võimalik hinnata, kas võrdlev reklaam on konkreetsel juhul eksitav või mitte. Ainüksi asjaolu, et mingi väide pole kontrollitav ei tähenda veel, et väide on eksitav. Kontrollitavuse kriteerium aitab tuvastada, kas reklaamis esitatud väide on tõene. Seega on kontrollitavuse kriteeriumi puhul magistritöö kirjutaja hinnangul pigem tegemist eksitavuse tuvastamisel abistava kriteeriumiga, mida pole magistritöö kirjutaja hinnangul võimalik ka eksitavuse kindlakstegemisel teistest kriteeriumitest eraldada või eraldi paigutada. Kontrollitavuse kriteeriumi olulisust ja seost võrdleva reklaami eksitavuse selgitamise küsimusega näitab see, et on võimatu öelda reklaami kohta, kas see eksitab või mitte, kui võrdluses kasutatavate kaupade või teenuste omaduste kohta esitatud väidete tõelevastavust pole võimalik kontrollida ehk tagatud pole võrdluses kasutatava kauba või teenuse mingi omaduse kontrollitavus.

Direktiivi artikli 7 alapunkti a kohaselt on siseriiklikel kohtutel ja haldusasutustel õigus nõuda, et reklaami avalikustaja esitaks tõendid reklaamis esinevate faktiliste väidete täpsuse kohta ja alapunkti b kohaselt õigus lugeda faktilisi väiteid ebatäpseteks, kui punkti a kohaselt nõutud tõendeid esitatud ei ole või kui kohus või haldusasutus peab neid ebapiisavateks. Eelviidatud säte on oluline, et tagada võrreldavate omaduste kontrollitavus.

Järgnevalt üks selgitav näide Tarbijakaitseameti tööpraktikast. Tarbijakaitseamet on lugenud lubamatuks võrdlevaks reklaamiks Isepankur AS-i poolt hallatavas portaalis avaldatud teabe, kuivõrd reklaamis ei ole avaldatud, millise aja seisuga on teave antud. Nimetatud reklaamis võrdles Isepankur AS ennast teiste krediidasutustega, väites, et tema laenu on soodsaimad krediidasutuste hulgas, toomata välja, millist aega nimetatud reklaam hõlmab. Antud menetluses asuti seisukohale, et võrdluse aluseks olevate asjaolude muutumise korral tekkida võiva eksitavuse vältimiseks tuleb võrdlevas reklaamis märkida, millise konkreetse aja seisuga on võrreldavad andmed saadud. Samuti peavad andmed olema tõendatavad ning

kontrollitavad reklaamis märgitud aja seisuga. Selgitati, et juhul, kui tõendid asuvad võrdluses kasutatava ettevõtja veebilehel ning seal andmeid muudetakse, ei pruugi need andmed olla reklaami nägemise ajal kontrollitavad. Samuti puudus info, kas odavam on üks võrdluses kasutatav laen või kõik laenutooted. Seega, osundatud reklaami puhul leiti, et tegu on eksitava võrdleva reklaamiga.¹³⁶

Kuna eespool viidatud säte direktiivis lubab faktilisi väiteid lugeda ebatäpseteks, kui punkti a kohaselt nõutud tõendeid esitatud ei ole või kui kohus või haldusasutus peab neid ebapiisavateks, võiks sellega seoses tekkida küsimus, kas väide, mida ei saa kontrollida või mis hinnatakse ilma tõenditeta ebatäpseks, saab ühtlasi olla eksitav. Sellele tuleks magistritöö kirjutaja hinnangul vastata nii, et ebatäpne väide võib olla tõepoolest lõpptulemusena eksitav, kuid väite ebatäpsuse korral seda automaatselt eeldada ei saa. Ilmselt ei sõltu ühe või teise reklaamväite aluseks oleva asjaolu tõepärasus siiski sellest, kas väidet on kontrollitud või mitte. Väide iseenesest on kas tõene või mitte.

Lisaks sellele, et väidete tõele vastavust saaks mingite tõendite abil või nende kaudu kontrollida, on oluline ka see, et võrdluse aluseks olevad omadused oleksid olemuslikult sellised, et neid saaks kontrollida. Toote hind on kontrollitav omadus. Näiteks reklaamväidet, et ühe tootja pakutav tikutops on odavam kui teise tootja oma, on võimalik hõlpsalt kontrollida.

Eelneva juures on oluline rõhutada, et kaubad, mille hindu võrreldakse, peavad reklaamsõnumis oleva teabe põhjal olema üksikult ja konkreetselt identifitseeritavad. Kaupade hinnad on kontrollitavad üksnes siis, kui on võimalik kaupu identifitseerida.¹³⁷ Magistritöö kirjutaja saab sellest aru nii, et võrdlevas reklaamis peab kontrollitavuse eesmärgil siiski olema selgelt tuvastatav, milliseid konkreetseid kaupu või teenuseid võrdlus puudutab.

Eelneva selgitamiseks võib tuua järgneva näite. Nimelt on Tarbijakaitseamet viinud läbi järelevalvemenetluse kaupleja MyLook OÜ suhtes. Nimetatud ettevõtte reklaamis oma veebilehel parfüüme, võrreldes nende hindu kaubamaja hindadega. Reklaamis oli esitatud väide, et MyLook OÜ parfüümid on odavamad kui kaubamajades pakutavad parfüümid.

¹³⁶ Tarbijakaitseameti 04.02.2014.a menetlus nr 6-5/14-001598.

¹³⁷ EKo 10.09.2006, C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co KG vs Etablissements Franz Colruyt NV*, p 61.

Tarbijakaitseamet leidis, et MyLook OÜ vastavast reklaamist jääb mulje, et MyLook kaubad on odavamad kõikidest kaubamajades müüdavatest sellistest toodetest, samas pole esitatud tõendeid, mis seda kinnitaksid.¹³⁸

Tarbijakaitseameti hinnangul ei ole reklaami puhul MyLook OÜ tõendanud, kui palju maksavad reklaamitavad tooted kõikides Eesti kaubamajades (ostukeskustes) ning et vastavad MyLook OÜ tooted on odavamad, võrreldes kõikides teistes Eesti kaubamajades müüdavate vastavate toodetega. Vastupidi, esitatud tõenditega on MyLook OÜ tõendanud seda, et MyLook OÜ tooted on odavamad üksnes võrreldes konkreetsete kaupluste toodetega: antud juhul olenevalt reklaamitavast tootest kas kaupluses Ideaalkosmeetika või Kaubamaja AS-is müüdavate vastavate toodetega. Samas ei ole reklaamides välja toodud, et konkreetsetes reklaamis avaldatav hind on just eelnimetatud konkreetsetes kauplustes müüdavate toodete hind ning et MyLook OÜ vastavad tooted on just nendes konkreetsetes kauplustes müüdavatest toodetest odavamad. Seega on tekitatud reklaamkampania raames avalikustatavate reklaamidega selle adressaatidele mulje, et MyLook OÜ vastavad tooted on odavamad, võrreldes kõikide teiste Eesti kaubamajadena käsitletavate kauplustes müüdavate toodetega, kuid tegelikkuses see nii ei ole. Tarbijakaitseamet asus nimetatud menetluses seisukohale, et avaldatud reklaam on piisavalt ebamäärane, mistõttu ei võimalda kontrollimist.¹³⁹

Kontrollitavuse kriteeriumi puhul tekitab küsimusi mittekontrollimist võimaldavad hinnangud, nt subjektiivsetel hinnangutel põhinev võrdlus. Eeltoodud tikutopsi näite puhul võiks olla selliseks kontrollimist mitteväimaldavaks võrdluseks näiteks see, kui on väidetud, et ühe tootja tikud põlevad ilusamini. Ilu on subjektiivne hinnag ja sõltub igal konkreetsel juhul vaatleja isikust. Subjektiivsed hinnagud kui väärtushinnangud ei ole kontrollitavad ning nende tõeväärtus ei ole tuvastatav. Samas juba objektiivsuse kriteeriumist lähtuvalt ei saa võrdlev reklaam põhineda subjektiivsetel arvamustel.

Tõenäoliselt võib väiteid pidada kontrollimatuteks ka siis, kui esitatud väidete kontrollimine on seotud ebamõistlike raskustega. Tikutopsi näitel võiks selliseks väiteks olla see, et nimetatud tootja tikud on maailmas kõige paremini põlevad tikud teiste tikkude seas. Ka juhul, kui nimetatud väidet oleks lõpptulemusena teoreetiliselt võimalik kontrollida, oleks see

¹³⁸ Tarbijakaitseameti 31.01.2014.a menetlus nr 6-5/14-001129.

¹³⁹ *Ibid.*

seotud ebamõistlike jõupingutustega, sest selleks tuleks võrrelda kõikide tootajate tikke maailmas.

Tarbijakaitseamet on ühes teises järelevalvementluses analüüsinud pesuvahendi Fairy müüja P&G reklaamväidet, milles esiteks öeldi, et „*Fairy on võrreldes teise teles reklaamitud täiustatud koostisega tuntud tootega rasva tõrjumises tugevam*“ ning teiseks, et „*Fairy on parim nõudepesuvahend Eestis rasva eemaldamiseks 2012. aastal teles reklaamitud toodete hulgas*“. Reklaami kohta esitas kaebuse pesuvahendi Pur müüja Henkel väites, et P&G Fairy reklaamsõnumis esile toodud paremus teiste pesuvahendite seas ei ole tõendatud, mistõttu on reklaam eksitav.¹⁴⁰

Menetluse käigus on leitud, et reklaamis ei ole võimalik üheselt identifitseerida võrdluse aluseks olevaid asjaolusid (sh testi parameetreid), mistõttu peaks vastavas reklaamis sisalduma vähemalt viide sellele, kus ja kuidas oleks soovijal võimalik vastavate väidete aluseks olevaid asjaolusid kontrollida või lasta seda kellelgi teha. See kohustus ei eelda, et P&G peaks testi tulemused avalikkusele automaatselt kättesaadavaks tegema, vaid oluline on reklaamis sisalduv viide, kuhu peaks asjaosaline pöörduma, et saada endale vajalikku informatsiooni.¹⁴¹

Võrdleva reklaami puhul ei ole oluline, et tõendamine toimuks üldtunnustatud, ametlike testide alusel ja/või instituutide kaudu. Konkreetsetes reklaamides polnud viidatud teadusliku testi olemasolule. Sellistes reklaamides on vajalik viidata sellele, kus ja kuidas on võimalik adressaatidel teostada soovitud kontrolli või lasta seda kellelgi teostada.¹⁴²

Eelnevalt viidatud menetluses on vaidluse mõlemad osapooled viidanud ka erinevatele uuringutele, mille kohaselt on nõudepesuvahenditel tarbijate jaoks erinevaid olulisi omadusi. Samas ei ole aga kumbki osapool ühtegi konkreetset uuringut esitatud ning Tarbijakaitseametil ei õnnestunud neid uuringuid ka tuvastada. Täiendavalt teostas amet ise otsingu, et leida ükskõik milliseid uuringuid seoses nõudepesuvahendite omadustega. Tarbijakaitseametil oli võimalik tuvastada üksnes üks uuring, mis puudutas muu hulgas ka

¹⁴⁰ Tarbijakaitseameti 12.04.2013 menetlus nr 6-5/13-00901.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

nõudepesuvahendeid ning mis väitis üldsõnaliselt, et isikute jaoks on toote kasutamise tihedus, kestvus ja toote kogus iseseisvad parameetrid.¹⁴³

Võrdluse aluseks olev test ei pea olema üldtunnustatud, ametlik vms. Ettevõttel on õigus oma parema äranägemise järgi vastavaid väiteid tõendada ning järelvalveasutus peab esitatud andmete põhjal tegema otsuse, kas väide on piisavalt tõendatud või mitte.¹⁴⁴

Euroopa Kohtu praktikas on leitud, et võrreldava reklaami objektiivsuse huvides on see, et reklaamiga võrreldavad omadused oleks kontrollitavad, st et nad oleks tõendatavad. Seevastu ei sisalda direktiiv nr 2006/114/EÜ juba varasemalt märgitult ühtki täpsustust selle kohta, millistel tingimustel täpselt ja kes peab saama nimetatud omaduste täpsust kontrollida.¹⁴⁵

Direktiivi kirjapandud eesmärkidest ei saa järeldada, et võrreldavate omaduste täpsuse kontrollimine peaks olema võimalik pigem tarbijal kui teistel huvitatud isikutel, eelkõige võrreldavatel konkurentidel.¹⁴⁶

Kõnesoleva direktiivi eelviimases põhjenduses on märgitud, et reklaami avalikustaja peab suutma asjakohaste vahenditega tõestada reklaamis esitatud faktiliste väidete tegelikkusele vastavust ja vajaduse korral võib järelvalvet läbiviiv kohus või haldusasutus seda temalt nõuda. Samuti on testi reeglite puudumine välja toodud ka ühes võrdleva reklaamiga seonduvas ülevaates.¹⁴⁷

Direktiivi nr 2006/114/EÜ põhjenduste punktis 10 on viidatud kolmandate isikute testide kasutamise võimalikkusele, mille puhul tuleb kohaldada rahvusvahelisi autoriõiguse konventsioone ning siseriiklike õigusnorme lepingulise ja mittelepingulise vastutuse kohta. Selline sõnastus viitab muu hulgas ka sellele, et kolmandate isikute testid on üksnes üks võimalus võrdluse aluseks olevaid tunnuseid tõendada.¹⁴⁸ Samas, et neile arvamustele tugineda, peab olema tagatud arvamuse usaldusväärsus. Uuringute ja arvamuste usaldusväärsust võib tagada mitmete siseriiklike normide kaudu.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ EKo 10.09.2006, C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co KG vs. Etablissements Franz Colruyt NV*, p 64.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p 65.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p 68.

¹⁴⁸ Tarbijakaitseameti 12.04.2013 menetlus nr 6-5/13-00901.

Kui reklaami sihtgrupiks on tarbijad, on neil õigus saada haldus- või kohtumenetluse raames reklaami avalikustajalt tõendeid reklaamis esitatud faktiliste väidete tegelikkusele vastavuse kohta, reklaami avalikustajat kohustuseks on juhtida eelkõige sõnumi adressaatide tähelepanu sellele, kus ja kuidas saaksid viimased täpsuse kontrollimiseks või kontrollida laskmiseks vabalt tutvuda võrdlemise üksikasjadega.¹⁴⁹

Selline võrdlemise üksikasjade kättesaadavus ei tähenda siiski seda, et võrreldavate omaduste täpsust peab igal juhul olema võimalik kontrollida reklaami adressaatidel endil. Sellisel juhul piisab, kui üksikasjad, mis võimaldavad sellist kontrolli, oleksid nimetatud adressaadile kättesaadavad selliselt, et üldreeglina võiks ta ise teostada soovitud kontrolli või erandjuhul, ja kui sellise kontrolli teostamiseks puudub tal pädevus, lasta seda teostada kolmandal isikul.¹⁵⁰ Võimalus nõuda tõendite esitamist on kehtestatud haldusmenetluse seaduse¹⁵¹ § 38 lg-s 1 ning RekS § 31 lg 1 p-s 4. Kohustus asjas tähtsust omavaid tõendeid esitada on sätestatud HMS § 38 lg-s 3.

2.4.7. Võrdleva reklaami esitusviis

Eksitava ja võrdleva reklaami direktiivi 2006/114/EÜ on artikli 2 punkti b kohaselt eksitav reklaam iga reklaam, mis ükskõik millisel viisil, kaasa arvatud esitusviis, petab või tõenäoliselt petab isikuid, kellele see suunatud on või kelleni see jõuab, ja mis võib oma petliku iseloomu tõttu mõjutada nende majanduskäitumist või nimetatud põhjustel kahjustab või võib kahjustada konkurenti. Seega tuleneb juba eksitava reklaami mõistest nõue reklaami korrektsele ja mitteesitavale esitusviisile. Samuti on võrdluseks ebaausate kaubandustavade direktiivi nr 2005/29/EÜ artikli 6 lõikes 1 säte kaubandustavades esinevate olukordade kohta, mis võivad petta tarbijaid „muul moel, sealhulgas oma üldise esitusviisi tõttu“, isegi kui teave on faktiliselt õige.

Erinevalt direktiivis nr 2006/114/EÜ sätestatust, puudub Eesti reklaamiseaduses viide esitusviisile, mis võib ühtlasi petta või tõenäoliselt petta reklaami adressaate. Samas on reklaami esitusviisile viidatud TKS § 12³ lg-s 2, mille kohaselt peetakse kauplemisvõtet eksitavaks, kui sellega esitatud teave on ebaõige või kui faktiliselt õige teabe esitusviis petab

¹⁴⁹ EKo 10.09.2006, C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co KG vs. Etablissements Franz Colruyt NV*, p 71.

¹⁵⁰ *Ibid*, p 73.

¹⁵¹ Haldusmenetluse seadus. 06.06.2001. – RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 8.

või tõenäoliselt petab keskmist tarbijat ja selle mõjul teeb või tõenäoliselt teeb keskmine tarbija tehinguotsustuse, mida ta muul juhul ei oleks teinud. Siinjuures tuleb aga tähele panna, et viimast saab kohaldada üksnes juhul, kui reklaam on suunatud tarbijatele. Kuivõrd direktiivi 2006/114/EÜ eesmärgiks on kaitsta ettevõtjaid eksitava reklaami ja selle tagajärgede eest ning selles on ühtlasi viidatud esitusviisile, peaks magistritöö autori hinnangul ka Eesti reklaamiseadus selguse ja täpsuse mõttes sisaldama viidet reklaami esitusviisile. Näiteks on ka Läti reklaamiseaduses defineeritud eksitava reklaami mõiste, mis vastab sõna-sõnalt direktiivis sätestatud eksitava reklaami mõistele, sh on viidatud reklaami esitamiseviisile.

Seega tuleb võrdleva reklaami eksitavuse hindamisel arvesse võtta lisaks eelnevates alapeatükkides märgitud kriteeriumitele selle esitamiseviisi ja -vormi ning hinnata, kas reklaami esitusviis võib selle adressaate eksitada. See tähendab, et reklaamis esitatav teave esitletakse viisil või kujul, mis võib selle adressaate eksitada ja mille mõjul nad teevad tehinguotsustuse, mida nad reklaamväidete korrektsel esitamisel teinud ei oleks.

Õigusteoreetilises kirjanduses on leitud, et reklaam saab eksitada läbi selle, mida ta väidab, kas andes informatsiooni või jättes informatsiooni esitamata. Praktikast võib ette näha eeskätt järgmisi juhte: 1) juhud, mil reklaamväide on formaalselt korrektne, kuid terviklikuna on eksitava mõjuga; 2) juhud, mil reklaamväide on osaliselt õige ja sealhulgas on eksitava mõjuga; ja 3) juhud, mil reklaamväide on formaalselt vale, kuid ei ole eksitav. Samas, eksitava reklaami keeld kõik juhud, olenemata sellest, kas reklaamväide on õige või mitte.¹⁵²

Näiteks juhul, kui reklaamis võrreldakse kahe konkurendi salendavat teed ning sealhulgas lisatakse reklaamile illustreerivad pildid inimese kehast „enne ja pärast“. Selline reklaam võib töö autori hinnangul juba ainuüksi oma esitusviisi tõttu olla eksitav, kuivõrd suure tõenäosusega ei ole reklaam nii tõhus kui reklaamist võiks järeldada. Just illustreeriv pildimaterjal võib olla see, mis võib mõjuda vastava reklaami adressaatidele eksitavalt selle esitusviisist tulenevalt ning arvestamata reklaamis kirjeldatud väidete tõesust või mitte-tõesust.

Eksitavad võivad olla ka reklaamväited toote koguse kohta. Näiteks on kasutatud reklaami, milles esitatakse reklaamväide „kodus valmistatud maksapasteet 500 grammi alusel“.

¹⁵² C. Heide-Jørgensen. *Op. cit.*, lk 308.

Tegelikult oli alusel ainult 435 grammi maksapasteeti ja alus ise kaalus 65 grammi.¹⁵³ Tõenäoliselt jäi sellise reklaami adressaatidele mulje, et maksapasteeti ongi alusel 500 grammi ning mitte 435 grammi, millises koguses oli alusel pasteeti tegelikult. Seega on pasteedi koguse kohta esitatud väide esitletud viisil, mis on tarbijate jaoks mõjunud eksitavalt. Eksitavaks võib ühtlasi osutada ka tarbetult keerulise teabe andmine. Kaubandustavade, sh reklaami eksitavat laadi peavad hindama siseriiklikud kohtud ja haldusasutused.¹⁵⁴

Tallinna Rinkonnakohus on selgitanud, et reklaamis ei ole võimalik kõike termineid selgitada ammendavalt ja maksimaalse täpsusega. See aga ei tähenda, et reklaamis kasutatavad sõnad võiksid lisainformatsiooni hankimise korral omandada tavatähendusest sootuks erineva tähenduse. Kauplejale ettekirjutuses tehtud etteheide seisnes selles, et kampaania tingimustest nähtub reklaamis kasutatud sõnade teistsugune tähendus ning selles seisnebki tarbija eksitamine. Isik, kes kampaania tingimustega ei tutvu ja lähtub üksnes reklaamist, võib teha eksliku tarbimisotsuse. Kohus sedastas, et see, kas Tarbijakaitseametile ja teenuse sihtgrupile on veebilehe külastamine ja kampaania tingimustest ning hinnakirjast arusaamine ülejõu käiv või mitte, ei oma tähtsust, sest reklaam ise ei tohi olla eksitav.¹⁵⁵

2.4.8. Mõju tarbijate majanduskäitumisele ja konkurendi huvide kahjustamine

Võrdleva reklaami eksitavuse hindamisel tuleb lisaks võrdleva reklaami lubatavuse tingimustele kontrollida ka seda kas täidetud on sama direktiivi 2006/114/EÜ artikli 2 alapunktis b sätestatud eeldused selleks, et reklaami lugeda eksitavaks. Viidatud punkti järgi on eksitav iga reklaam, mis ükskõik millisel viisil, kaasa arvatud esitlusviisil, petab või tõenäoliselt petab isikuid, kellele see suunatud on või kelleni see jõuab, ja mis võib oma petliku iseloomu tõttu mõjutada nende majanduskäitumist või nimetatud põhjusel kahjustab või võib kahjustada konkurenti.

Seega selleks, et reklaami käsitleda eksitavana, on lisaks vajalik, et see oma petliku iseloomu tõttu mõjutaks sihtrühma majanduskäitumist või nimetatud põhjustel kahjustaks või võiks kahjustada konkurenti. Seejuures asjaolu, et reklaam oma eksitava olemuse tõttu mõjutab sihtrühma majanduskäitumist, lubab ühtlasi eeldada, et reklaam kahjustab ka konkurente, kes reklaami tõttu jäävad ilma kas olemasolevatest või potentsiaalsetest klientidest. Eelnevast

¹⁵³ *Ibid*, lk 325.

¹⁵⁴ Euroopa Komisjon talituste töödokument. *Op. cit*, lk 30.

¹⁵⁵ TlnRnKo 29.01.2014, 3-12-438, p 10.

tulenevalt on oluline määratleda need kriteeriumid, mille kaudu on võimalik usutavalt tuvastada, et üks või teine reklaam omab eksitavat mõju isikute majanduskäitumisele.

Reklaami eksitavuse hindamise lähtepunktiks võetakse konkreetse reklaami adressaadid.¹⁵⁶ Euroopa Kohtu poolt on kujundatud „keskmise tarbija“ mõiste, kes on piisavat teavet omav ja mõistlikult tähelepanelik ning ettevaatlik tarbija, arvestades sotsiaalseid, kultuurilisi ja keelelisi tegureid. Siin tasub märkida, et kui tegemist on siiski ettevõtjatele suunatud reklaamiga, siis selline nõue kohaldub *mutatis mutandis* kauplejatele. Sellisel juhul tuleb arvestada keskmise ettevõtjaga vastavast valdkonnast, kellele konkreetne reklaam suunatud on - me ei saa eeldada, et see, mis on tavapärase arvutiekspordile, on sama arusaadav ja selge ka moedisainerile.¹⁵⁷

Direktiivis sätestatud eksitava reklaami mõiste keskendub negatiivseid majanduslikke tagajärgi omavale petlikule mõjule, mis selliselt võib reklaami adressaatide majanduskäitumist mõjutada või kahjustab või võib kahjustada konkurenti. Petmine, millel puudub selline mõju, ei ole kaetud eksitavuse keeluga. See tähendab, et direktiiviga ei taotle teoreetilist kaitset väärinformatsiooni eest, vaid pigem kaitset soovimatu majandusliku mõju eest. Ei ole üheselt selge, kas direktiiviga on kaetud ka eksitav reklaam, millel on mõningane mõju isiku majanduskäitumisele, kuid mis ei vii tehingu tegemiseni näiteks seetõttu, et reklaami adressaat avastab pettuse juba kauba või teenuse müügikohas.¹⁵⁸ Magistritöö kirjutaja on pigem seisukohal, et eksitava reklaami või reklaamväite puhul, mis võib omada mõju sihtrühma majanduskäitumisele, tuleb kahtluse korral mõju pigem jaatada. Nimetatu on vajalik tarbijate õiguste ja huvide kaitse seisukohalt.

Ometi ollakse õiguspraktikas pigem seisukohal, et reklaam peaks puudutama olulist osa tarbijate majanduskäitumisest selleks, et lugeda reklaam eksitavaks.¹⁵⁹

Direktiiviga nr 84/450/EMÜ sätestati, et reklaami adressaate kaitstakse vaid sellise eksitava reklaami eest, mis on võimeline mõjutama nende majanduslikke otsustusi.¹⁶⁰ Selline nõue sisaldub Eesti reklaamiseaduses kui ka Taani ja Läti vastavates õigusaktides.

¹⁵⁶ K. Saaremäel. Eksitava reklaami mõiste Eesti, Euroopa Ühenduse ja Saksa õiguses. – *Juridica*, 2001, nr 9, lk 647.

¹⁵⁷ O. Castendyk, E. J. Dommering, A. Scheuer, K. Böttcher. *European Media Law*. Kluwer Law International, 2008, lk 1060.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ EKO 16.01.1992, C-373/90, p 16.

Euroopa Kohtu lahendis *Lidl SNC versus Vierzon Distribution SA* on jõutud järeldusele, et reklaam võib olla eksitava olemusega ka juhul, kui kõikide asjas tähtsust omavate asjaolude, nimelt selle reklaamiga kaasneva teabe ja puuduva teabe alusel on selge, et märkimisväärne hulk tarbijaid, kellele see reklaam on suunatud, võttis ostuotsuse vastu, uskudes ekslikult, et reklaamija poolt väljavalitud tooted näitavad viimase üldist hinnataset tema konkurendiga võrreldes, ja et need tarbijad teostavad oma oste nimetatud reklaami toel ning ostavad esmatarbekaubad tavaliselt pigem reklaami avalikustajalt kui mõnelt tema konkurendilt, uskudes samuti ekslikult, et reklaami avalikustaja tooted on odavamad kui tema konkurendil.¹⁶¹ Seega on kohus sisuliselt viidanud direktiivi eksitava reklaami mõistes sisalduvale tingimusele, mille kohaselt peab see mõjutama isikute majanduskäitumist ja selgitanud, et reklaam võib olla eksitava olemusega juhul, kui see eksitab märkimisväärset osa reklaami adressaatidest. Samas jääb ebaselgeks, mille alusel ja kuidas hinnatakse seda, mil määral mõjutab reklaam isikute majanduskäitumist ehk teisisõnu, kui suur peab olema puudutatud isikute ring, et reklaami saaks lugeda isikute majanduskäitumist mõjutavaks.

Euroopa Liidu kohtupraktikast tuleneb, et eksitivuse hindamise mõõdupuuks on võetud keskmine isik reklaami adressaatide sihtgrupist ning selleks ei ole vaja küsida eksperdi arvamust või korraldada turu-uuringuid. Samas ei ole Euroopa Kohus ka välistanud eriliste asjaolude esinemisel, kui kohus ei suuda ilma lisainformatsioonita otsust teha, eksperdilt arvamuse küsimist või turu-uuringute korraldamist.¹⁶²

Kahetsusväärset kohtupraktika küsimusele, kuidas tuleb kindlaks teha reklaami adressaatide mõjutatavus konkreetsest reklaamist, selget vastust ei anna. Ilmselt telereklaamide puhul on võimalik kindlaks teha nende vaadatavus, kuid võrdlusena näiteks Hiiumaal vallamaja ees seisva reklaamtahvli vaadatavus võib jääda teadmata või saab selle kaudselt hüpoteetiliselt isegi mingis suurusjärgus vallaelanike arvu jms alusel välja arvutada. Samas tekib küsimus, et kui see konkreetne reklaamtahvel on oma olemuselt eksitav ja sarnane teles näidatavale reklaamile, kas siis ka seda saab lugeda võrdlevalt telereklaamiga märkimisväärse hulga isikute majanduskäitumist mõjutavaks. Mõnedes riikides on kohtud läinud nii kaugele, et esitatud on selged künnised eksitava mõju kohta. Võrdluseks võib siinkohal välja tuua näite Ameerika Ühendriikidest, kus selleks, et kindlaks teha, kas konkreetne reklaam on eksitav, viiakse läbi turu-uuringud ning juhul, kui reklaam eksitab 25% või rohkem testitavatest,

¹⁶⁰ K. Saaremäel. *Op. cit*, lk 651.

¹⁶¹ EKO 18.10.2010, C-159/09, *Lidl SNC versus Vierzon Distribution SA*, p 22.

¹⁶² K. Saaremäel. *Op. cit*, lk 650.

loetakse vastav reklaam eksitavaks¹⁶³. Saksamaa kohtupraktikas on märkimisväärseks osaks reklaamist mõjutatud isikute tarbimisotsustusi kindlaks tehes leitud, et tavaliselt on see 12-15% reklaami adressaatidest ning tervise ja keskkonnaga seonduvate reklaamide puhul 5%. Seega on eksitavuse hindamisel eeskätt lähtutud just reklaami adressaatide arvamusest ja määravaks on muutunud mulje, mis konkreetse reklaami adressaatidel tekib.¹⁶⁴ Kuivõrd Euroopa Kohus pole siiski pidanud vajalikuks turu-uuringute korraldamist ja ligikaudse protsendi kindlaks määramist reklaami sihtgrupi adressaatidest, keda see võib eksitada, ei saa töö autori arvates eksitavuse hindamisel pidada määravaks ainuüksi reklaami adressaatidel tekkivat muljet, vaid eksitavuse hindamiskriteeriume tuleb vaadelda ja hinnata koosmõjus iga üksikjuhtumi puhul eraldi.

K. Saaremäel on leidnud, et keskmise tarbija tähelepanuvõime oleneb sellest, missuguste kaupadega on tegemist. Igapäevatarbekaupade reklaame vaadatakse pealiskaudsemalt, samal ajal kui kallimate kaupade pakkumisi uuritakse põhjalikumalt ning eeldatakse, et üldsusele mõeldud reklaami adressaadi tähelepanu on hajusam kui spetsiifilise eriala spetsialisti tähelepanu talle kui spetsialistile suunatud reklaami puhul.¹⁶⁵ Magistritöö kirjutaja nõustub eeltooduga, et keskmise tarbija valik sõltub kauba liigist.

Siinjuures on kaheldava väärtusega ka teiste liikmesriikide kogemuse arvessevõtmine, kuivõrd riikides lähtutakse hindamisel subjektiivsetest kriteeriumitest ning teiste riikide kultuuritaust ja põhiväärtused, mis mõjutavad mingi informatsiooni tajumist eksitava või vastupidi, ühemõttelisena, erinevad meie omadest.¹⁶⁶ Eeltoodu põhjustel ei taga magistritöö autori arvates „keskmise tarbija“ mõiste defineerimine Euroopa Kohtu poolt liikmesriikides selle ühesugust kohaldamist, kuivõrd eksitavuse hindamisel on see paljuski seotud just liikmesriikide haldusasutuste töötajate subjektiivsete hinnangutega. Arvestades asjaoluga, et võrdleva reklaami nõuded on täielikult ühtlustatud ning võrdleva reklaami ühe lubatavuse eeldusena tuleb hinnata eksitavust, võib see tekitada küsimusi direktiivi ühataolises kohaldamises.

¹⁶³ R. D. Petty. *Op. cit*, lk 5.

¹⁶⁴ K. Saaremäel. *Op. cit*, lk 650.

¹⁶⁵ *Ibid*, lk 651.

¹⁶⁶ *Ibid*, lk 652.

2.4.9. Eksitavuse kontroll seoses kaubamärgi või ärinimega

Ühe olulise osa juhtumitest, mil võrdlev reklaam võib omada eksitavat mõju sihtrühmale, omavad need juhud, mil võrdluses kasutatakse teisele isikule kuuluvaid kaubamärke või ärinime. Kaubamärgi või ärinime kasutamine võrdlevas reklaamis on väga levinud juhtumiks, milliste kaudu üritatakse praktikas rõhutada oma toote paremust, kuid milliste ebaõige kajastamine reklaamis võib nii eksitada tarbijaid kui kahjustada konkurente.

Direktiivi 97/55/EÜ põhjenduse punktist 14 tuleneb, et võrdleva reklaami tõhususe seisukohalt võib siiski olla tingimata vajalik konkurendi kaupa või teenuseid identifitseerida, viidates konkurendile kuuluvale kaubamärgile või ärinimele. Põhjenduste punkti 15 kohaselt on seejuures oluline tähele panna, et teise isiku kaubamärgi, ärinime või muude eraldusmärkide kasutamine ei riku kaubamärgi omaniku õigusi juhul, kui peetakse kinni võrdleva reklaami lubatavuse nõuetest ja ainsaks eesmärgiks võrdluse puhul on kaupade või teenuste vahel vahet teha ning sellega erisused objektiivselt esile tuua.

Euroopa Kohus kohus selgitab, et võrdlevas reklaamis on konkurendi kaubamärgi kasutamine ühenduse õigusega lubatud, kui võrdlus toob erisused esile objektiivselt ning selle eesmärk või tagajärg ei ole luua ebaausa konkurentsi olukordi, mis on loetletud muu hulgas direktiivi 84/450 artikli 3a lõike 1 punktides d, e, g ja h.¹⁶⁷

Võrdluses kasutatud kaubamärgi või ärinimega seotud olulisemad hindamiskriteeriumid tulevad magistritöö kirjutaja hinnangul direktiivi nr 2006/114/EÜ artikkel 4 punktidest g ja f. Punktist g tuleneb, et võrdlusena ei tohi esitada kaupu või teenuseid, mis imiteerivad või kopeerivad kaubamärgiga kaitstud kaupa või teenust ning punkti f kohaselt ei tohi reklaam põhjustada ettevõtjate seas segadust reklaami avalikustaja ja konkurendi kaubamärkide ja ärinimede vahel ning kauba või teenuste vahel.

Ka direktiivi 97/55/EÜ põhjenduste kohaselt võib võrdleva reklaami tõhususe seisukohalt olla vajalik konkurendi kaupa või teenuseid identifitseerida, viidates konkurendile kuuluvale kaubamärgile või kaubanimele. Samuti on Euroopa Kohtu otsuses *O2 Holdings Limited ja O2 (UK) Limited versus Hutchison 3G UK Limited* leitud, et registreeritud kaubamärgi omanikul ei ole õigust keelata kolmandatel isikutel kõigile direktiivi 84/450 artikli 3a lõikes 1 sätestatud

¹⁶⁷ EKo 18.06.2009, C-487-07, *L'Oréal SA jt. versus Bellure NV jt.*, p 72.

lubatavuse tingimustele vastavas võrdlevas reklaamis oma kaubamärgiga identse või sarnase tähise kasutamine.¹⁶⁸

Lisaks direktiivis 84/450/EMÜ sätestatud võrdleva reklaami eksitavuse kriteeriumile, tuleb kaubamärkidega ja ärinimedega seotud eksitavuse kontrollimisel täiendavalt lähtuda direktiivist nr 89/104/EMÜ¹⁶⁹ „Kaubamärke käsitletavate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta“, mille põhjenduste osas on kirjas, et segiajamise tõenäosuse tõttu tuleks määratleda kaubamärkide sarnasuse mõiste; sellise kaitse eritingimus on tõenäoline segiajamine, mille hindamine sõltub mitmest asjaolust ja eelkõige kaubamärgi tuntusest turul, seostest, mis võivad tekkida kasutatava või registreeritud tähisega, ning kaubamärgi ja tähise ja identifitseeritud kaupade või teenuste vahelise sarnasuse ulatusest; segiajamise tõenäosuse kindlakstegemise moodused ja eelkõige tõendite esitamise kohustus pannakse paika siseriiklike protseduurireeglitega, mille kohaldamist käesoleva direktiivi sätted ei piira.

Eelnimetatud direktiivi artikkel 5 lõike 1 alapunkt b sätestab, et omanikul on õigus takistada kõiki kolmandaid isikuid kasutamast kaubandustegevuse käigus ilma tema loata kõiki tähiseid, mille identsuse või sarnasuse tõttu kaubamärgiga ning identsuse või sarnasuse tõttu kaubamärgiga ja tähisega kaitstud kaupade või teenustega on tõenäoline, et üldsus võib need omavahel segi ajada või tekitada seoseid kaubamärgi ja tähise vahel.

Eelnimetatud sätete kohaldamisega seoses on tekkinud küsimus, kas selles sättes käsitletavaid keelde kohaldatakse ka siis, kui reklaamis kasutatakse teisele isikule kuuluva kaubamärgiga identset või sellele sarnast tähist selleks, et eristada mitte reklaami avalikustaja kaupu ja teenuseid, vaid selle kaubamärgi omaniku kaupu ja teenuseid reklaamitavatest. Euroopa Kohtu kohtujurist on olnud arvamusel, et iseenesest ei ole välistatud, et direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkti a kohaldamisalasse ei võiks kuuluda see, kui kolmas isik kasutab teisele isikule kuuluvat kaubamärki kaubamärgi omaniku kauba või teenuse eristamiseks – hiljutisemates kohtuotsustes on järgitud lähenemisviisi, mis näivad viitavat pigem vastupidisele lahendusele.¹⁷⁰ Magistritöö kirjutaja hinnangul peaks aga reklaamis eos vältima olukordi, kus reklaami esitlusviis tekitab kaupade või teenuste äravahetamise või segiajamise

¹⁶⁸ EKo 12.06.2008, C-533/06, *O2 Holdings Limited ja O2 (UK) Limited versus Hutchison 3G UK Limited*, p 45, 51.

¹⁶⁹ Esimene Nõukogu direktiiv, 21. detsember 1988, kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta. EÜT L 40, 11.2.1989.

¹⁷⁰ EKo 31.01.2008, C-533/06, *O2 Holdings Limited & O2 (UK) Limited versus Hutchison 3G UK Limited*, kohtujurist P. Mengozzi ettepanek, p 19.

võimaluse. Teisele isikule kuuluva kaubamärgi kasutamist ei ole magistritöö kirjutaja hinnangul õige õigustada sellega, et see on vajalik oma toote või kaubamärgi eristamise eesmärgil.

Euroopa Kohus on täpsustanud, et direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punktis a ettenähtud ainuõigus sätestati selleks, et kaubamärgi omanik saaks kaitsta enda kui kaubamärgi omaniku spetsiifilisi huvisid, või teisisõnu selleks, et tagada, et kaubamärk täidaks oma funktsioone, ning et selle õiguse kasutamine peab seetõttu piirduma olukordadega, kus kaubamärgi kasutamine kolmanda isiku poolt kahjustab või võib kahjustada kaubamärgi funktsioone, eelkõige selle esmast funktsiooni tagada tarbijatele teave kauba päritolu kohta.¹⁷¹ Seega muudel juhtudel peaks teise isiku kaubamärgi kasutamine võrdlevas reklaamis olema lubatud, arvestades seejuures muidugi direktiivis 2006/114/EÜ sätestatud võrdleva reklaami lubatavuse eeldustega.

2.5. Vahekokkuvõte

Magistritöö teise peatüki peamiseks eesmärgiks oli uurida, millised on hindamiskriteeriumid, millest lähtuvalt saaks hinnata võrdleva reklaami eksitavust. Kuna võrdleva reklaami regulatsioon on Euroopa Liidu tasemel täielikult ühtlustatud direktiiviga nr 2006/114/EÜ, siis toetuvad magistritöö autori järeldused hindamiskriteeriumide kohta nimetatud direktiivile.

Magistritöö teise peatüki peamiseks järelduseks on see, et ainuüksi direktiivi artikkel 2 punktis b sätestatud „ekistava reklaami“ mõiste ja direktiivi artiklis 3 loeteldud kaupu või teenuseid kirjeldavate asjaolude kaudu ei ole võimalik tuvastada võrdleva reklaami eksitavust. Võimalik on küll tuvastada võrdluse aluseks olevate kaupade või teenuste omaduste eksitavust eraldisesivalt, kuid ei saa kontrollida eksitavuse keelu nõudest kinnipidamist võrdlusel. Võrdluse olemasolu reklaamis seab eksitavuse hindamisele täiendavaid nõudeid.

Magistritöö kirjutaja toob esile mitmed hindamiskriteeriumid võrdleva reklaami eksitavuse hindamiseks. Sellisteks on tõepärasuse, samavääruse, objektiivsuse, esitusviisi ja tinglikult ka kontrollitavuse nõue ning need on tuletatavad osundatud direktiivi artiklis 4 sätestatud võrdleva reklaami lubatavuse eelduste hulgast.

¹⁷¹ EKo 12.11.2002, C-206/01, *Arsenal Football Club plc v Matthew Reed*.

Võrdleva reklaami eksitavuse kohta järelduse tegemiseks ei piisa, kui tuvastatud on selle petlik iseloom. Selleks, et võrdlevat reklaami saaks vastavalt õigusaktidele lugeda eksitavaks, on vajalik ka lisaelduste täitmine, milleks on mõju tarbijate majanduskäitumisele ja läbi selle konkurentide huvide kahjustamine. Nimetatud on kunstlikud eksitavuse hindamiskriteeriumid. Nii näiteks ei saa ainuüksi asjaolust, et reklaamil võib olla mõju tarbijate majanduskäitumisele automaatselt järeldada, et selline võrdlev reklaam ka tarbijaid eksitab. Tegemist on abistava kriteeriumiga võrdleva reklaami eksitavuse tuvastamisel.

Võrdleva reklaami hindamiskriteeriumite kasutamise puhul tuleb täiendavalt kindlaks teha, kellele konkreetne reklaam on suunatud – kas tarbijatele või ettevõtjatele. Kui võrdlev reklaam on suunatud tarbijatele, saab täiendavaks eksitavuse hindamiskriteeriumiks pidada ka eksitavat tegevusetust. See tähendab, et reklaamis varjatakse tarbijate jaoks olulist infot või oluline teave reklaamis on jäetud esitamata või see on esitatud ebaselgelt.

KOKKUVÕTE

Käesolevas magistritöös on uuritud võrdleva reklaami regulatsiooni Euroopa Liidus ja Eestis ning selle ühte lubatavuse eeldust – eksitava reklaami keeldu. Alljärgnevalt on esitatud autori poolt tehtud peamised järeldused lähtuvalt töö eesmärkidest. Magistritöö eesmärgiks oli esiteks uurida, kas võrdleva reklaami regulatsioon Eesti õiguses on kooskõlas Euroopa Liidu õigusega ning teiseks, uurida, millistele hindamiskriteeriumidele toetuda võrdleva reklaami eksitavuse hindamisel.

Võrdleva reklaami regulatsioon ja selle lubatavuse eeldused tulenevad Euroopa Liidu direktiivist nr 2006/114/EÜ, mis sätestab võrdlevale reklaamile ühtsed eeskirjad kogu liidu tasandil. Nimetatud direktiivi artikli 4 kohaselt ei tohi võrdlev reklaam olla eksitav. Kuivõrd võrdleva reklaami regulatsioon lähtub täieliku harmoneerimise põhimõttest, tuleb direktiivis sätestatu võrdleva reklaami kohta võtta üle täielikult ja ühtlasi vältida vastavat siseriiklikku regulatsiooni, mis direktiivis märgitud õigusi ja kohustusi kas laiendab või kitsendab.

Eesti siseriiklikus õiguses on nimetatud direktiiv eksitava ja võrdleva reklaami kohta üle võetud reklaamiseaduses. Analüüsides nii Eesti kui ka Euroopa Liidu võrdleva reklaami õiguslikku regulatsiooni, on töö autor jõudnud järeldusele, et võrdleva reklaami regulatsioon Eesti reklaamiseaduses ei vasta direktiivis 2006/114/EÜ sätestatud võrdleva reklaami regulatsiooni nõuetele. Reklaamiseaduse §-s 5 on sätestatud võrdluse kasutamine reklaamis, kuid nimetatud sättes ei ole välja toodud võrdleva reklaami eksitavuse keeldu. Samuti ei ole nimetatud normis tehtud viidet teisele normile, kus oleks eksitavuse keeld kirjas. Eelnev annab aluse väiteks, et võrdleva reklaami regulatsioon on reklaamiseadusesse üle võetud puudulikult ja seega ei vasta võrdleva reklaami regulatsioon kehtivas reklaamiseaduses direktiivis 2006/114/EÜ sätestatud nõuetele.

Euroopa Kohtu praktikas on leitud, et nii õiguskindluse põhimõtte kui ka vajadus tagada direktiivide täielik kohaldamine mitte ainult faktiliselt, vaid ka õiguslikult, nõuab, et kõik liikmesriigid võtavad direktiivi sätted üle selges, täpses ja läbipaistvas õiguslikus raamistikus, nähes direktiiviga hõlmatud valdkonnas ette siduvad sätted. See kohustus on selleks, et ennetada seal teatud ajahetkel valitseva olukorra muutumist ning tagada, et kõik ühenduse - sealhulgas nende liikmesriikide, kus direktiiviga ette nähtud teatud tegevust ei esine – õigussubjektid teaksid selgelt ja täpselt, millised on nende õigused ja kohustused igas olukorras. Nimetatud eesmärki ei täida puudulikult üle võetud võrdleva reklaami regulatsioon.

Seega on magistritöö autor seisukohal, et nimetatud probleemi ei ole otstarbekas kõrvaldada igakordselt reklaamiseaduse sätete ja direktiivi kooskõlalise tõlgendamise kaudu, vaid õigusselguse huvides tuleb võrdleva reklaami regulatsiooni reklaamiseaduses muuta. Magistritöö kirjutaja ettepanekul tuleks võrdleva reklaami lubatavuse eeldused (sh eksitavuse keeldu puudutav osa) reklaamiseadusesse üle võtta selliselt nagu need on kirjas direktiivi nr 2006/114/EÜ artiklis 4.

Magistritöö kirjutaja on käesolevas töös kasutatud allikmaterjalide alusel jõudnud järelduseni, et võrdluse olemasolu reklaamis seab eksitavuse hindamisele täiendavad nõudeid. Ainuüksi direktiivi nr 2006/114/EÜ artiklis 2 punktis b sätestatud „eksitava reklaami“ mõiste ning direktiivi artiklis 3 loetletud kaupu või teenuseid kirjeldavate asjaolude kaudu ei ole võimalik tuvastada võrdleva reklaami eksitavust. Võimalik on küll tuvastada võrdluse aluseks olevate kaupade või teenuste omaduste eksitavust eraldisesivalt, kuid ei saa kontrollida eksitavuse keelu nõudest kinnipidamist võrdlusel. Võrdleva reklaami eksitavuse hindamisel tuleb lisaks eeltoodud tingimustele hinnata ka võrdleva reklaami lubatavuse eeldusi. Alles niimoodi on magistritöö autori hinnangul võimalik tuletada universaalsed hindamiskriteeriumid võrdleva reklaami eksitavuse hindamiseks.

Võrdleva reklaami eksitavuse hindamiskriteeriumite uurimisel on magistritöös jõutud järgmiste oluliste kriteeriumite sõnastamiseni:

1) võrdlev reklaam peab olema tõepärane. Täpsemalt saab nimetatud nõude tuletada eksitava reklaami mõistest, mis on kirjas direktiivi 2006/114/EÜ artikli 2 punktis a. Tõepärasuse nõuet võib pidada ka üheks olulisemaks nõudeks reklaami eksitavuse hindamisel. Magistritöö kirjutaja hinnangul tähendab väljatoodud nõue eeskätt seda, et võrdlus peab põhinema õigetel ja korrektsetel asjaoludel. Reklaamsõnumilt tuleb alati nõuda, et see oleks tõene, aga mitte, et see peaks olema üksikasjalik ja täielik, justkui oleks tegu teadus- või statistikaartikliga. Võrdluses rõhutatud erinevused toodete või teenuste vahel ei tohi olla liialdatud või esitatud dramaatiliselt. Selleks, et rääkida võrdluses antava teabe tõepärasusest on ka oluline, et võrdluses kasutatav teave poleks aegunud ning on ajakohane;

2) võrreldavad tooted või teenused peavad olema samaväärsed. Nimetatud nõue tähendab, et võrrelda tuleb tooteid või teenuseid, mis rahuldavad samu vajadusi või mis on mõeldud samaks otstarbeks. Võrdluses kasutatavate toodete või teenuste samavääruse

kindlakstegemiseks tuleb kontrollida toote või teenuse asendatavust. Euroopa Kohtu lahendites on leitud, et tooteid saab pidada samaväärseteks, kui need on tarbija jaoks piisaval määral asendatavad. Seega ei pea tooted olema identsed selleks, et neid saaks võrrelda;

3) võrdlev reklaam ei tohi adressaadi eest olulist teavet varjata. Kõnesolev nõue on tuletatav direktiivist nr 2005/29/EÜ, milles on tarbijaid puudutavalt erisusena kirjas, et tarbijatele suunatud reklaam võib lisaks seal avaldatud teabele olla eksitav ka seetõttu, et mingi oluline teave on jäetud avaldamata – eksitav tegevusetus. Eelnimetatu võib väljenduda juba viidatult selles, et tarbijale jäetakse esitamata oluline teave, mis on vajalik teadliku tehinguotsuse tegemiseks või esitatakse teavet ebaselgelt või mitmetähenduslikult või reklaamist ei nähtu selgelt kauplemisvõtte äriine eesmärk. Magistritöö kirjutaja on seisukohal, et selliseks oluliseks teabeks on eelkõige võrdluses kasutatud kauba või teenuse nende omaduste esitamata jätmine, mis on seda liiki kauba või teenuse puhul peamised. Eksitav tegevusetus võrdleva reklaami kontekstis väljendubki magistritöö autori arvates selles, et võrdlust viiakse läbi ebaoluliste või vähetähtsate asjaolude suhtes ja jäetakse tähelepanuta kauba või teenuse peamised või olemuslikud omadused;

4) võrdlev reklaam peab olema objektiivne. Magistritöö autori hinnangul on see üheks oluliseks tingimuseks võrdleva reklaami eksitavuse hindamisel. See tähendab, et võrdlus peab toimuma objektiivselt ja sisaldama kaupade või teenuste ühte või mitut peamist, asjakohast, kontrollitavat ning tüüpilist omadust, mille hulgas võib olla ka hind. Reklaamiseaduses nõue võrdluse objektiivsuse kohta puudub. Reklaamiseaduse §-s 5 on küll kirjas, et võrdlus peab põhinema võrreldava kauba või teenuse ühel või mitmel asjakohasel, olulisel ja tõendataval tunnusel, kuid seda, et võrdlus peab ise olema objektiivne, kirjas ei ole. Objektiivsuse nõue eeldab on, et reklaamsõnumis esitatud võrdlus peab puudutama objektiivselt käsitletavaid omadusi ja mitte neid, mis võivad sõltuda maitsest või subjektiivsetest eelistustest. Magistritöö kirjutaja on seisukohal, et reklaamiseaduses tuleks objektiivse võrdlemise nõue selgelt vastavalt direktiivi nr 2006/114/EÜ sõnastusele sätestada;

5) võrdlev reklaam peab olema kontrollitav. Eeltoodu tähendab esmalt, et reklaamija peab suutma asjakohaste vahenditega tõestada reklaamis esitatud faktiliste väidete tegelikkusele vastavust. Juhul, kui seda teha ei suudeta, on esitletav reklaam lubamatu. Magistritöö kirjutaja hinnangul on kontrollitavuse kriteeriumi puhul pigem tegemist eksitavuse tuvastamisel abistava kriteeriumiga, mida ei ole magistritöö kirjutaja hinnangul võimalik ka eksitavuse

kindlakstegemisel teistest kriteeriumitest eraldada ja mis on teiste eksitavuse kriteeriumitega seotud oma eesmärgi kaudu;

6) võrdleva reklaami esitusviis ei tohi selle adressaate petta. See nõue sisaldub direktiivi nr 2006/114/EÜ eksitava reklaami mõistes. Samuti on direktiivis 2005/29/EÜ, millega sätestatakse tarbijate kaitse ebaausate kaubandustavade eest, peetud võimalikuks lugeda kaubandustava (sh reklaam) eksitavaks esitusviisi tõttu ja seda isegi juhul, kui teave on faktiliselt õige. Seega tuleb võrdleva reklaami eksitavuse hindamisel arvesse võtta lisaks eeltoodud kriteeriumitele reklaami esitamiseviisi ja hinnata, kas reklaamis esitatav teave esitletakse viisil või kujul, mis võib selle adressaate eksitada ning mille mõjul nad teevad tehinguotsustuse, mida nad reklaami nõutelevastava esitusviisi korral teinud ei oleks. Reklaamiseaduses puudub konkreetne viide esitusviisi korrektse esitamise nõudele. Samas on see sätestatud tarbijakaitseaduses. Kuivõrd direktiivi 2006/114/EÜ eesmärgiks on kaitsta ettevõtjaid eksitava reklaami ja selle tagajärgede eest ning selles on ühtlasi viidatud esitusviisile, peaks magistritöö autori hinnangul ka Eesti reklaamiseaduses sätestatud eksitava reklaami mõistes selguse ja täpsuse mõttes sisalduma viide reklaami esitusviisile;

7) lisaks eeltoodud kriteeriumitele, võib võrdlev reklaam omada eksitavat mõju sihtrühmale ka juhul, mil võrdluses kasutatakse lubamatul viisil päritolulunimetust, teisele isikule kuuluvaid kaubamärke või ärinime. Võrdlevas reklaamis esitatavate päritolunimetustega toodete puhul seostub reklaam alati toodetega, millel on sama päritolunimetus. Kaubamärkide, ärinimede ja muude eristatavate tunnuste osas on direktiivis leitud, et võrdlev reklaam ei tohi põhjustada segadust reklaami avalikustaja ja konkurendi või nende kaupade ja toodete vahel; võrdlev reklaam ei tohi konkurenti halvustada ega solvata. Samuti ei tohi võrdlevas reklaamis ebaausalt kasutada ära konkurendi kaubamärgi või ärinime mainet või konkureerivate toodete päritolunimetust ega esitada kaupu või teenuseid, mis imiteerivad või kopeerivad kaitstud kaubamärgi või ärinimega kaupa või teenuseid. Euroopa Kohus on selgitanud, et võrdlevas reklaamis on konkurendi kaubamärgi kasutamine ühenduse õigusega iseenesest lubatud, kui võrdlus toob erisused esile objektiivselt ning selle eesmärk või tagajärg ei ole luua ebaausa konkurentsi olukordi. Samuti on leitud, et kaubamärgi õiguse kaitse peab kaubamärgi funktsiooni tõttu piirduma olukordadega, kus kaubamärgi kasutamine kolmanda isiku poolt kahjustab või võib kahjustada kaubamärgi funktsioone, eelkõige selle esmast funktsiooni tagada tarbijatele teave kauba päritolu kohta. Väljaspoole seda tingimust jäävatel juhtudel oleks kaubamärgi kasutamine võrdluses lubatav. Magistritöö kirjutaja hinnangul peaks aga reklaamis vältima olukordi, kus reklaami esitusviis tekitab kaupade või

teenuste äravahetamise või segaiajamise võimaluse. Teisele isikule kuuluva kaubamärgi kasutamist ei ole magistritöö kirjutaja hinnangul põhjendatud õigustada sellega, et see on vajalik oma toote või kaubamärgi eristamise eesmärgil;

8) selleks, et võrdlevat reklaami pidada eksitavaks, peab see mõjutama puudutatud sihtrühma majanduskäitumist ja kahjustama konkurente. Direktiiviga nr 2006/114/EÜ ei taotleta nimetatud osas teoreetilist kaitset väärinformatsiooni eest, vaid pigem kaitset soovimatu majandusliku mõju eest. Magistritöö kirjutaja on seisukohal, et reklaam oma eksitava olemuse tõttu mõjutab sihtrühma majanduskäitumist ja lubab ühtlasi eeldada, et reklaam kahjustab ka konkurente, kes reklaami tõttu jäävad ilma kas olemasolevatest või potentsiaalsetest klientidest vaadeldaval kaubataturul. Sihtrühma mõjustatuse hindamiseks on Euroopa Kohtu poolt kujundatud „keskmise tarbija“ mõiste, kes on piisavat teavet omav ja mõistlikult tähelepanelik ning ettevaatlik tarbija, arvestades sotsiaalseid, kultuurilisi ja keelelisi tegureid. Ettevõtjate puhul tuleb lähtuda vastavalt keskmisest ettevõtjast. Erialakirjanduses ja Euroopa Kohtu praktikas on väljendatud seisukohta, et reklaam peaks puudutama olulise osa tarbijate majanduskäitumist selleks, et lugeda reklaam eksitavaks. Samas ei ole antud selget vastust küsimusele, kui suur on see märkimisväärne osa adressaatidest. Piirjuhtudel on soovitatud vastavate turu-uuringute tegemist, kuid sellist kohustust õigusaktidest ei tulene. Näiteks Saksamaa kohtupraktikas on märkimisväärseks osaks reklaamist mõjutatud isikute tarbimisotsustusi kindlaks tehes leitud, et tavaliselt on see 12-15% reklaami adressaatidest ning tervise ja keskkonnaga seonduvate reklaamide puhul 5%.

THE PROHIBITION OF MISLEADING ADVERTISING AS A PRESUMPTION OF THE ADMISSIBILITY OF COMPARATIVE ADVERTISING

SUMMARY

At the level of the European Union, the Directive 2006/114 /EC of European Parliament and of the Council of 12 December 2006, regulate comparative advertising. Regulation of comparative advertising is fully harmonized at the level of the Union. In accordance with the Directive's, article 2(c), comparative advertising means any advertising which explicitly or by implication identifies a competitor or goods or services offered by a competitor. Article 4 of the Directive defines the conditions of admissibility of comparative advertising. One of the most material conditions for this is that comparative advertising must not be misleading. The main interest against advertising of the persons concerned with advertising is reasonably having it, so that it would give truthful information and would not be misleading. Consequently, the prohibition of misleading advertising, as a presumption of admissibility of comparative advertising, may be considered central condition to the assessment of admissibility of comparative advertising, where the admissibility of advertisement must be assessed from the position of the group of persons to whom the advertising is addressed.

Master's thesis focuses on the question of the misleading of comparative advertising related to Estonian and European Union law, in which the emphasis is on the latter because the Estonian legislation of comparative advertising is the result and is based on the European Union law. Thus, the problem of this master's thesis is the compliance of the regulation of the comparative advertising in Estonian Advertising Act with the European Directive 2006/114/EC. Master's thesis aim is to conclude whether the comparative advertising regulation in Estonian Advertising Act conform to the requirements set forth in the Directive 2006/114/EC concerning misleading and comparative advertising. If the author concludes that Estonian comparative advertising regulation does not conform to the Directive 2006/114/EC, then the question needs to be answered, whether it is possible to overcome the problem with the interpretation of existing norms or should the regulation of comparative advertising be amended for the purpose of clarity at the level of the Advertising Act. In addition, the aim of this work is to examine the criteria for assessment, which would permit in any particular case to identify the misleading or accuracy in the case of the use of comparative advertising.

When writing a master's thesis, the focus is not on the content of these circumstances to which the comparison is carried out (the price etc.) insofar as there is no reasonable justification in identifying the vital facts due to the indefiniteness. The master's thesis herein focuses on the conditions the comparative advertising should meet, so that it would not be misleading.

The master's thesis is built up using the deductive method. The questions raised by the master's thesis are tried to be answered by analyzing the professional literature in conjunction with relevant court judgments of the Court of Justice and domestic. An analytical method and at times, a comparative method are used in the master's thesis as research methods. The relevant regulations of the European Union law are compared to the law of the Republic of Estonia. In addition, examples are given of the laws of other member states of the European Union.

The author of the master's thesis came to the following conclusions. Whereas, by analyzing the Estonian Advertising Act compared to the Directive in question, it can be concluded that the Advertising Act is in many places, either unclear or does not fully comply with the Directive. The fact, which makes the regulation of comparative advertising of Advertising Act unclear, is that not all conditions set for comparative advertising are in one provision and set out in full in the law as it is done in the Directive. For example, the Advertising Act, § 5 has no clear reference to the prohibition of misleading of comparative advertising.

Also, the Directive's article 4(d) states that comparative advertising must not discredit or denigrate the trademarks, trade names, other distinguishing marks, goods, services, activities or circumstances of a competitor. The permissibility of presumption decreed to named comparative advertising may be derived from the Advertising Act, § 3 section 4 (9), which prohibits the advertising to directly or by implication degrade or in some other manner denigrate a person, a person's name, trade mark, a geographical indication, activity, area of activity, goods, services or an event. Again, there is no direct reference to comparative advertising. Insofar as the Advertising Act, § 5 section 2 clearly states the conditions, which comparative advertising must not be, in the estimation of the master's thesis writer, the latter condition should include explicitly the Advertising Act, § 5 section 2, like the rest conditions concerning the competitor's brand.

Insofar as the Directive 2006/114/EC, the requirement of maximum harmonization concerning the regulation of comparative advertising, the Member State cannot impose

requirements that are more stringent. The condition decreed in the Advertising Act, § 5 section 3 is not stated in the valid Directive, account of which the provision should be repealed. Thus, a conclusion can be made that the regulation of comparative advertising decreed in § 5 is not in accordance with the Directive.

Misleading of comparative advertising must be assessed by verifying the prerequisites of comparative advertising in conjunction with the prerequisites of concept of misleading advertising. Only in such a way, it is possible to derive the universal criteria for assessment to evaluate misleading of comparative advertising from the author's point of view.

In determining the criteria for assessment of misleading of comparative advertising, the following formulation of material criteria is reached in the master's thesis.

Firstly, the most material requirement for assessing misleading can be derived from the concept of misleading advertising, which is regulated by the Directive 2006/114/EC article 2(a), the requirement of adequacy of advertising information. In the estimation of the master's thesis writer, the requirement of adequacy means, in particular, the comparison must be based upon accurate and correct circumstances. Advertisement must always be required to be truthful, not detailed and absolute as if it were a scientific or statistical article. In a comparison, the emphasized differences between goods and services must not be exaggerated or presented dramatically. In order to speak about the adequacy of information given in the comparison, it is material that the information used in the comparison is not expired and is up-to-date.

Secondly, the equivalence of comparable goods or services must also be assessed to clarify the misleading as a material prerequisite of comparative advertising. Named requirement means the comparison of the goods and services meeting the same needs or are intended for the same purpose. The replaceability of goods and services must be checked in order to verify the equivalence of goods and services used in the comparison. It has been found in the European judicial practice that the products can be considered equivalent if they are sufficiently fungible for the consumers. Thus, the goods do not have to be identical in order to be compared.

Consumer advertising, in addition to the information published in the advertisement, may be misleading because some material information is left unpublished - misleading omissions.

This may be manifested in the fact that the consumer is left without material information, which is necessary in taking an informed transactional decision or the information presented is unclear or ambiguous, or it fails to identify the commercial intent of the commercial practice. The judicial practice must provide the answer to the question, what is the material information, which omission must be considered to be as misleading comparative advertising in the interest of consumers. Such material information in comparative advertising, first, is the omission of the main characteristics of the goods and services, which are basic to this type of goods or services. Misleading omissions, expresses in the concept that the comparison is carried out in relation to irrelevant or insignificant circumstances and the main characteristics of the goods and services are left out.

In the evaluation of misleading of comparative advertising, the objectivity concept must also be considered an essential requirement. It means that the comparison must be objective and contain one or more material, relevant, verifiable and representative features of those goods and services, which may include price. The Estonian law lacks the requirement of the objective comparison. The Advertising Act, § 5 states that the comparison must be based on one or several relevant, material and verifiable features of the compared goods or services; it does not state that the comparison itself must be objective. The requirement of objectivity implies that the comparison submitted in the advertisement must relate to objectively discussed characteristics and not those, which may depend on the taste or subjective preferences. Master's thesis writer is of the opinion that the requirement of objective comparison should be clearly laid down in accordance with the wording of the Directive 2006/114/EC.

Verifiability requirement is separately discussed in the master's thesis, as the criteria for assessment of the misleading of comparative advertising. The above means, first, that the advertiser must be able to prove the conformity of factual claims in advertising with the reality by appropriate means. If this cannot be done, the presented advertising is inadmissible. The verifiability criterion is rather an auxiliary criterion in identifying the misleading. The material requirement regarding the verifiability criterion is that the advertising must include a reference to where and how it would be possible for the persons to whom it is addressed to verify the corresponding advertising circumstances or let someone do it. The advertiser must be able to prove the conformity of factual claims in advertising with the reality by appropriate means and in case of need, the court or administrative authority conducting the surveillance may require it from the advertiser.

The concept of misleading advertising is referred to as the presentation of advertising in the Directive 2006/114/EC. Thus, it must be taken into account in the assessment of the misleading of the comparative advertising, in addition to the criteria outlined above, the manner and form of presentation, and it must be assessed whether the presentation of advertising may mislead the persons to whom it is addressed. This criterion means that the information provided in the advertisement will be presented in a manner or form, which may mislead the persons to whom it is addressed, and which influences them to take a transactional decision that they would not have taken otherwise. The Estonian Advertising Act lacks the reference to presentation. At the same time, it is decreed in the Consumer Protection Act. Insofar as the purpose of the Directive 2006/114/EC is to protect traders against misleading advertising and the unfair consequences, and it includes the reference to presentation, in the estimation of the master's thesis writer, the Estonian Advertising Act should also include the reference to presentation of advertising in terms of clarity and accuracy.

Comparative advertising may have misleading effect, when designation of origin, trademarks or trade name of another person are used in comparison. The goods with designation of origin presented in comparative advertising, the advertising relates in each case to products with the same designation. The Court of Justice has clarified that the Community law itself permits the use of competitor's trademark in comparative advertising, if the comparison results highlight differences objectively and its purpose or consequence is not to create an unfair competitive situations. It is also found that the use of trade mark rights must be limited due to the trade mark function to the situations where the use of the trade mark by third parties harms or may harm the trade mark functions, in particular its primary function to ensure the information on the origin of the goods to consumers. In cases outside of this condition, the use of the trademark would be allowable. In the estimation of the master's thesis writer, advertising should avoid situations where the presentation of advertising creates the possibility to exchange or confuse the goods or services. In the estimation of the master's thesis writer, it is not right to justify the use of another person's trademark with the fact that it is necessary for the purpose of their product or brand differentiation.

In order to consider comparative advertising misleading, it must affect the economic behavior of the affected target and injure competitors. The Directive 2006/114/EC does not seek theoretical protection against misuse of information in named part, but rather a protection against unwanted economic effects. Master's thesis writer is of the opinion, if the advertising,

due to its misleading nature, influences the economic behavior of the target, then it also allows to assume that the advertising injures competitors, who lose either existing or potential customers due to the advertising. Advertising should cover a substantial portion of consumers' economic behavior in order to consider the advertising misleading. However, no clear answer is given to the question how big the remarkable part of the persons to whom it is addressed is. Corresponding marketing research is recommended in borderline cases, but such obligation does not follow from law.

KASUTATUD ALLIKAD

I Kirjandus

1. Bengani S. Comparative advertising. Is comparison of the non-verifiable misleading comparative advertising? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2011, Vol. 6, No. 5.
2. Bernitz U. *The EC Directive on Comparative Advertising*. Stockholm Institute for Scandinavian Law 1957-2009.
3. Castendyk O., Dommering E. J., Scheuer A., Böttcher K. *European Media Law*. Kluwer Law International, 2008.
4. Craig P. and Búrca G. *The Evolution of EU Law: S. Weatherill: Consumer Policy*, Second Edition, 2011.
5. Crown G., Bray O., Earle R. *Advertising Law and Regulation: Second edition*. Bloomsbury Publishing PLC, 2010.
6. Cseres K. *Competition Law and Consumer Protection*. Kluwer Law International 2005.
7. De Vrey R. W. *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*. Brill Academic Publishers, 2005.
8. Eesti Reklaamiagentuuride Liit. Eneseregulatsioon. Kätesaadav arvutivõrgus: <http://eral.ee/page.php?nid=13&pid=6> (28.01.2014).
9. EK 12.09.2002, C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG versus Hartlauer Handelsgesellschaft mbH ja Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, kohtujurist A. Tizzano ettepanek.
10. EK 29.03.2006, C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG versus Etablissements Franz Colruyt NV*, kohtujurist A. Tizzano ettepanek.
11. EK 31.01.2008, C-533/06, *O2 Holdings Limited & O2 (UK) Limited versus Hutchison 3G UK Limited*, kohtujurist P. Mengozzi ettepanek.
12. Erala R., Mylly T., Saarinen P. *Euroopa Liidu õiguse alused*. Tartu Ülikooli Euroopa Kolledž, 2001.
13. Euroopa Komisjon. Komisjoni talituste töödokument. Ebaausaid kaubandustavasid käsitleva direktiivi 2005/29/EÜ rakendamise/kohaldamise suunised. Brüssel, 3.detsember 2009.
14. Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele. Brüssel, 27.11.2012.

15. Hagström M., Rüütel R. Konkurentsioigus ja praktika. AS Äripäev, 2010.
16. Heide-Jørgensen C. Advertising law: marketing law and commercial freedom of expression. Copenhagen. Djøf, 2013.
17. Heim S. Practice Point. Protection of competitors, consumers and the general public- The new German Act against Unfair Competition. Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 1, No. 8.
18. Howells G., Micklitz H., Wilhelmsson T. European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive. Ashgate Publishing Group, 10/2006.
19. Howells G., Ramsay I., Wilhelmsson T., Kraft D. Handbook of Research on International Consumer Law (Research Handbooks in International Law Series). Edward Elgar Pub, 2010.
20. Kingisepp M. Tarbijakaitseõigus Euroopa Liidus ja Eestis. Tallinn: Läte 2011.
21. Laffranque L. Euroopa Liidu õigussüsteem ja Eesti õiguse koht selles. Kirjastus Juura, 2006, lk 276.
22. Lee J. Comparative advertising. The ECJ eases the way for comparative advertisers. Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2007, Vol. 2, No. 3.
23. Letto-Vanamo P., Smits J. Coherence and Fragmentation in European Private Law. Sellier european law publishers, 2012.
24. Ligi R. Teavitamiskohustus – tarbija huvide kaitse tagatis Euroopa Ühenduses. – Juridica, 2006, nr.8.
25. Marder L. Comparative advertising and price: Implementation of Directive 97/55/EC in Germany and England compared. Diplomarbeiten Agentur, 2004.
26. Ploom K. Kaubamärgi kasutamine võrdlevas reklaamis Euroopa Liidu teiseses õiguses. Magistritöö. Tartu, 2011.
27. Reklaami Nõukoja protokoll 11.04.2013. Kättesaadav arvutivõrgust: http://www.tarbijakaitseamet.ee/sites/default/files/veebihaldus/artikkel/files/protokoll_reklaaminoukoda_11_aprill_2013.pdf (30.04.2014).
28. Reklaamiseaduse eelnõu seletuskiri. Kättesaadav arvutivõrgust: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file_id=4bbd6306-dc5b-7cf1-7831-f46e55d2d097& (27.02.2014).
29. Romano C. J. Comparative Advertising in the United States and in France. Northwestern Journal of International Law & Business. Volume 25, Issue 2, Winter 2005.
30. Ryder N., Griffiths M., Singh L. Commercial Law: Principles and Policy. Cambridge University Press, 2012.

31. Saaremäel K. Eksitava reklaami mõiste Eesti, Euroopa Ühenduse ja Saksa õiguses. – *Juridica*, 2001, nr 9.
32. Spink P., Petty R. Comparative Advertising in the European Union. *International and Comparative Law Quarterly*. Volume 47. Issue 04, 1998.

II Normatiivaktid

33. Danish Marketing Practices Act. Kättesaadav arvutivõrgust: <http://www.consumerombudsman.dk/Regulatory-framework/Danish-Marketing-Practices-Act/marketingpractisesact> (07.03.2014).
34. Eesti Vabariigi Põhiseadus. 28.06.1992.- RT 1992,26,349; RT I, 27.04.2011,2.
35. Esimene Nõukogu direktiiv, 21. detsember 1988, kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta. EÜT L 40, 11.2.1989.
36. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 115/1, 09.05.2008, artikkel 114.
37. Euroopa nõukogu 10.09.2004. a direktiiv nr 84/450/EMÜ, mis käsitleb eksitava reklaamiga seotud liikmesriikide õigus- ja haldusnormide ühtlustamist. – ELT L 250/17, 19.09.1984, lk 1-4.
38. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 06.10.1997. a direktiiv nr 97/55/EÜ, millega muudetakse direktiivi 84/450/EMÜ eksitava reklaami kohta, arvates selle hulka võrdleva reklaami. – ELT L 290/18, 23.10.1997, lk 1-5.
39. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11.05.2005. a direktiiv nr 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 149/22, 11.05.2005, lk 1-18.
40. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12.12.2006. a direktiiv nr 2006/114/EÜ, eksitava ja võrdleva reklaami kohta (kodifitseeritud versioon). – ELT L 376/21, 27.12.2006, lk 1-7.
41. Euroopa Ühenduse asutamisleping (Konsolideeritud versioon 2006), 29.12.2006. ELT C 321 E/1.
42. Haldusmenetluse seadus. 06.06.2001. – RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 8.
43. Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri. Vastu võetud 22.12.2011 nr 180, RT I, 29.12.2011, 228.

44. Konkurentsiseadus . 01.10.2001. – RT I 2001, 56, 332, RT I, 05.07.2013, 9.
45. Latvian advertising law. Kättesaadav arvutivõrgust:
http://www.ptac.gov.lv/upload/normativi_en/reklamas_likums.pdf (07.03.2014).
46. Reklaamiseadus. 01.11.2008.- RT I 2008, 15, 108, RT I, 11.06.2013, 6.
47. Tarbijakaitseadus. 12.12.2007. – RT I 2007, 56, 375, RT I, 31.12.2013, 7.

III Kohtupraktika

Euroopa Liidu kohtupraktika

48. EKo 16.01.1992, C-373/90, *Criminal proceedings against X*.
49. EKo 18.05.1993, C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. versus Yves Rocher GmbH*.
50. EKo 25.10.2001, C-112/99, *Toshiba Europe GmbH versus Katun Germany GmbH*.
51. EKo 12.11.2002, C-206/01, *Arsenal Football Club plc v Matthew Reed*.
52. EKo 08.04.2003, C-44/01, *Pippig Augenoptik GMBH & Co KG vs. Hartlauer handelsgesellschaft mbH*.
53. EKo 10.09.2006, C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co KG vs. Etablissements Franz Colruyt NV*.
54. EKo 19.04.2007, C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA versus Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne ja Veuve Clicquot Ponsardin SA*.
55. EKo 12.06.2008, C-533/06, *O2 Holdings Limited ja O2 (UK) Limited versus Hutchison 3G UK Limited*.
56. EKo 18.06.2009, C-487-07, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC ja Laboratoire Garnier & Cie versus Bellure NV, Malaika Investments Ltd ja Starion International Ltd*.
57. EKo 14.01.2010, C-343/08, *Euroopa Komisjon versus Tšehhi Vabariik*.
58. EKo 18.10.2010, C-159/09, *Lidl SNC versus Vierzon Distribution SA*.

Siseriiklik kohtupraktika

59. RKPJKo 3-4-1-33-05 (Tallinna Halduskohtu taotlus kontrollida vanemahüvitise seaduse § 3 lõike 7 teise lause ja § 7 lõike 1 punkti 3 vastavust põhiseadusele).
60. RKTko 3-2-1-166-12 (Eesti Keskerakonna hagi Indrek Raudse vastu ebaõigete andmete ümberlukkamiseks ja õigusvastase kahju tekitamise lõpetamiseks).
61. TlnHMKo 01.10.2013, 4-13-4065.

62. TlnRnKo 29.01.2014, 3-12-438.

IV Muud allikad

63. Tarbijakaitseameti 28.01.2014 menetlus nr 6-25/14-000491.

64. Tarbijakaitseameti 12.04.2013 menetlus nr 6-5/13-00901.

65. Tarbijakaitseameti 27.11.2013 menetlus nr 6-5/13-08983-010.

66. Tarbijakaitseameti 31.01.2014 menetlus nr 6-5/14-001129.

67. Tarbijakaitseameti 04.02.2014 menetlus nr 6-5/14-001598.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Liina Põldma, annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Eksitava reklaami keeld võrdleva reklaami lubatavuse eeldusena“, mille juhendaja on *doctor iuris* Margus Kingisepp, järgnevak:

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, 05.05.2014