

TARTU ÜLIKOOL
SOTSIAALTEADUSTE VALDKOND
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Vladislav Leiri

**PERSONALISEERITUD HINNAKUJUNDUSE KOOSKÕLA EUROOPA LIIDU
TARBIJAKAITSEÕIGUSLIKE JA KONKURENTISÕIGUSLIKE NÕUETEGA**

Magistritöö

Juhendaja: M.A. Birgitta Ots
Kaasjuhendaja: PhD Carri Ginter

Tallinn
2020

SISUKORD

| | |
|--|----|
| SISSEJUHATUS..... | 4 |
| 1. PERSONALISEERITUD HINNAKUJUNDUSE KOOSKÕLA EUROOPA LIIDU TARBIJAKAITSEÕIGUSLIKE NÕUETEGA | 10 |
| 1.1. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis relevantset Euroopa Liidu tarbijakaitseõiguslikud nõuded ning nende seos liikmesriikide õigusnormidega | 10 |
| 1.2. Lepingueelsed teavitamisnõuded..... | 16 |
| 1.2.1. Olukord enne Direktiivi 2019/2161 ülevõtmist..... | 16 |
| 1.2.2. Direktiivi 2019/2161 ülevõtmisega kaasnevad muudatused | 18 |
| 1.3. Personaliseeritud hinnakujundus kui ebaaus kaubandustava | 25 |
| 1.4. Reklaaminõuded | 28 |
| 1.5. Tarbijate isikuandmete töötlemisega seonduvad nõuded | 30 |
| 2. PERSONALISEERITUD HINNAKUJUNDUSE KOOSKÕLA EUROOPA LIIDU KONKURENTSIÕIGUSLIKE NÕUETEGA..... | 41 |
| 2.1. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis relevantset Euroopa Liidu konkurentsioiguslikud nõuded..... | 41 |
| 2.2. ELTL artiklist 101 tulenevad ettevõtjatevahelistele kokkulepetele kohalduvad nõuded ja välistused personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis..... | 45 |
| 2.2.1. Ettevõtjatevaheline kokkulepe või kooskõlastatud tegevus | 46 |
| 2.2.2. Konkurentsi kahjustamise, takistamise või piiramise eesmärk või tagajärg | 49 |
| 2.2.3. Lubatud kokkulepete erandi kohaldamise võimalikkus | 53 |
| 2.3. ELTL artiklist 102 tulenevad turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega seotud nõuded ja välistused personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis..... | 59 |
| 2.3.1. Turgu valitseva seisundi olemasolu..... | 59 |
| 2.3.2. Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine | 62 |
| 2.3.2.1. Kuritarvitamise olemus..... | 62 |
| 2.3.2.2. Ebaõiglaste müügihindade kehtestamine..... | 65 |
| 2.3.2.3. Erinevate tingimuste rakendamine võrdväärsete tehingute puhul, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsioolukorda | 68 |

| | |
|---|----|
| KOKKUVÕTE | 72 |
| CONSISTENCY OF PERSONALISED PRICING WITH THE EUROPEAN UNION CONSUMER PROTECTION LAW AND COMPETITION LAW REQUIREMENTS | 78 |
| KASUTATUD ALLIKAD | 84 |
| Kasutatud õigusaktid ja normatiivmaterjal | 84 |
| Kasutatud kirjandus | 86 |
| Kasutatud kohtupraktika | 89 |
| Muud kasutatud allikad | 91 |
| Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja üldsusele kättesaadavaks tegemiseks | 94 |

SISSEJUHATUS

Hoogne tehnoloogia areng toob üha rohkem muutusi inimkonna igapäevasse ellu. Uusi lahendusi pakutakse järjest kiirema tempoga ning paljud teenused, mis olid viisteist või kakkümmend aastat tagasi harukordsed, enamikele kättesaamatud, või mida üldse ei eksisteerinud – näiteks internetimüük või sõidujagamisteenused – on saanud tänase argielu asendamatuks abilisteks. Esmapilgul teevad need teenused tarbijate elu lihtsamaks ja mugavamaks. Samas kaasneb iga tehnoloogilise uuendusega rida õiguslikke küsimusi ja probleeme, mille lahendamisega tagatakse selliste uuenduslike teenuste kasutajate õiguste kaitse. Uute õiguslike regulatsioonide loomine on keeruline ja aeganõudev protsess, kuid tihti peale võimaldavad paljud aastakümneid kehtinud fundamentaalsed õigusnormid ja põhimõtted, oma küllaltki abstraktse sõnastuse ning lahtise konstruktsiooni tõttu, tõlgendada kehtivat õigust nii, et seda on võimalik kohaldada ka seni reguleerimata praktikale. Sellegipoolest võib mõni uudne infoühiskonnateenus või selle raames toimiv praktika esmapilgul vastata kõikidele õigusaktidega sätestatud regulatsioonidele, kuid oma sisu poolest langeda nii-öelda halli alasse. Taolised olukorrad tõstatavad ohtralt küsimusi selliste ilmingute seaduslikkuse üle, tekitades seeläbi vajaduse kehtivat õigust muuta ning jättes õiguslikust kaitsest ilma selliste teenuste kasutajad.

Personaliseeritud hinnakujundus (ingl. *personalised pricing*) on üheks selliseks vastuoluliseks praktikaks, mis on muutunud märksa levinumaks ajastul, kui tarbijate isikuandmed on saanud teenusepakujate jaoks asendamatuks vahendiks. Majanduskoostöö ja Arengu Organisatsioon (ingl. *Organization for Economic Co-operation and Development*; edaspidi OECD) on defineerinud personaliseeritud hinnakujundust kui „lõpptarbijate hinnadiskrimineerimise praktikat, mis põhineb nende isiklikel omadustel ja käitumisel ning mille tulemusena tarbijalt nõutakse hinda, mis on lähedal, kuid mitte tingimata võrdne, tarbija maksevalmidusele“¹. Sisuliselt toimib personaliseeritud hinnakujundus järgmiselt. Ettevõtjad, kes tegutsevad internetipõhistes kauplemisskohtades (ingl. *online marketplaces*), kasutavad erinevaid tehnoloogilisi vahendeid, mis töötlevad tarbijate isikuandmeid ja keskenduvad seeläbi tarbijate käitumise ja vajaduste täpsemale arusaamisele. Selle tulemusena saavad tarbijad isiklikult kohandatud pakkumisi ning ettevõtjad saavad suurendada oma kasumit, kuid seda niivõrd, kui

¹ OECD. Personalised Pricing in the Digital Era. Background Note by the Secretariat, lk 6. (28.11.2018) – <https://www.oecd.org/competition/personalised-pricing-in-the-digital-era.htm> (21.12.2019); inglisekeelne definitsioon: „Personalised pricing is the practice of price discriminating final consumers based on their personal characteristics and conduct, resulting in each consumer being charged a price that is a function – but not necessarily equal – to his or her willingness to pay“.

nad on võimelised hindama, mis on maksimaalne hind, mida tarbijad on valmis toote või teenuse eest maksta. Ühtlasi tähendab see, et ettevõtjad saavad pakkuda odavamaid tooteid ja teenuseid hinnatundlikele tarbijatele, kes muidu tõenäoliselt loobuksid tehingust või soetaksid toote või teenuse konkurendilt. Paratamatult kaasneb sellega aga risk, et tarbijatelt, kes on vähem hinnatundlikud ja seetõttu kõrge valmisolekuga maksta, küsitakse sama toote või teenuse eest ka kõrgemat hinda.²

Käesoleva magistritöö eesmärgiks on nimelt hinnata personaliseeritud hinnakujunduse kui tarbijale ja konkureerivatele ettevõtjatele suunatud hinnapraktika vastavust kehtivatele avalik-õiguslikele nõuetele. Olukord, kus ettevõtja teeb tarbijate isikuandmete töötlemise põhjal otsuse, et tarbijad maksavad ühe ja sama toote või teenuse eest erinevat hinda, on potentsiaalselt õigusvastane ning tekitab personaliseeritud hinnakujunduse juures kõige rohkem muret. Samuti ei ole personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise kord seaduse tasandil reguleeritud ehk selle osas püsib teatud ebakindlus, mistõttu on just praegu äärmiselt oluline tuvastada kõnealuse hinnastamismeetodi võimalikke mittevastavusi või ebakõlasid olemasolevate regulatsioonidega.

Analüüsi teostamisel keskendub autor järgmistel põhjustel just tarbijakaitseõigusele ning konkurentsioigusele. Esiteks, personaliseeritud hinnakujunduse uurimine on avalik-õiguslike nõuete valguses üldiselt asjakohane, kuna eraõiguslikud normid ei võimalda tuvastada nimetatud hinnapraktika kahjulikke mõjusid. Isegi kui hinnakujundus on ebaõiglane või kehtiva õiguskorraga kokkusobimatu, siis eraõiguslikus kontekstis saab tarbija seda potentsiaalselt vaidlustada ainult konkreetse lepingulise suhte raames. Selline lähenemine ei võimalda näha suuremat pilti, s.t kas ettevõtja kahjustab tarbijaid pidevalt oma õigusvastaste hinnakujundamise meetoditega. Teiseks, fookus tarbijakaitseõigusele on kriitiline, kuivõrd personaliseeritud hinnakujundust rakendatakse valdavalt toodetele ja teenustele, mis on suunatud ettevõtjalt tarbijale ning selliseid niinimetatud *business-to-consumer* (edaspidi B2C) tehinguid reguleerib just tarbijakaitseõiguse valdkond. Kolmandaks, personaliseeritud hinnakujundus ei pruugi avaldada mõju üksnes tarbijatele. Sellega kaasnevad potentsiaalselt negatiivsed tagajärjed võivad ulatuda ka isikupõhisel meetodil hindu kujundava ettevõtja konkurentideni, mõjutades seeläbi konkurentsi kaubaturul ning kaupade ja teenuste hindu

² Euroopa Komisjon. Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union. Request for Specific Services 2016 85 02 for the implementation of Framework Contract EAHC/2013/CP/04. Final report, lk 33. (Juuni 2018) – https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf (22.12.2019)

üleüldiselt. See on põhjus, miks on oluline võtta arvesse personaliseeritud hinnakujunduse mõju konkurentsioigusele ja konkurentsipoliitikale. Lisaks eelnevale väärrib mainimist ka asjaolu, et nimetatud avalik-õiguslikud nõuded ei ole üksteist välistavad – kõigi asjakohaste nõuete täitmisel võib esineda olukordi, kus ettevõtja rikub nii tarbijakaitse- kui konkurentsioigust. Mõistagi võib personaliseeritud hinnakujundus olla rakendatud erinevates tingimustes ja valdkondades, kus kohalduvad täiendavad valdkonnapõhised nõuded, kuid käesolev magistritöö keskendub personaliseeritud hinnakujunduse kasutamisele internetipõhistes kauplemiskohtades.

Tarbijate õiguste tagamine on üks Euroopa Liidu (edaspidi EL) peamisi vahendeid, võimaldamaks siseturu sujuv toimimine. Seega on ka personaliseeritud hinnakujunduse ühetaoline reguleerimine selle eesmärgi täitmiseks äärmiselt oluline. Tarbijakaitseõiguse osas seab autor õigusliku analüüsi lähtepunktideks personaliseeritud hinnakujunduse vastavust Direktiivi 2011/83/EL³ (edaspidi tarbijaõiguste direktiiv) ning Direktiivi 2005/29/EÜ⁴ (edaspidi ebaausate kaubandustavade direktiiv) nõuetele. Autor keskendub nimetatud direktiividele põhjusel, et nendel on kõige loogilisem seos personaliseeritud hinnakujunduse kui tarbijale suunatud ärimudeliga. Nimetatud direktiivid muudeti 2019. aastal Direktiiviga (EL) 2019/2161⁵ (edaspidi nii täitmise ja ajakohastamise direktiiv kui Direktiiv 2019/2161). Täitmise ja ajakohastamise direktiiv muuseas teenib eesmärki parandada läbipaistvust internetipõhistes kauplemiskohtades,⁶ muudatuste tagajärjel tarbijaõiguste direktiivi viidi sisse ka personaliseeritud hinnakujundust puudutavaid regulatsioone. Täitmise ja ajakohastamise direktiiv avalikustati 18.12.2019, see jõustus 07.01.2020, peab olema liikmesriikide õiguskorda üle võetud hiljemalt 28.11.2021 ning vastavasisulisi norme peab hakkama kohaldama hiljemalt 28.05.2022. Arvestada tuleb ka seda, et personaliseeritud hinnakujunduse ärimudeli keskseks elemendiks on tarbijate isikuandmete töötlemine, mistõttu peab see tingimata vastama EL-i

³ 25. oktoobri 2011. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2011/83/EL tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ. – Euroopa Liidu Teataja (edaspidi ELT) L 304, 21.11.2011, lk 64-88.

⁴ 11. mai 2005. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2005/29/EÜ, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2006/2004 (ebaausate kaubandustavade direktiiv). – ELT L 149, 11.06.2005, lk 22-39.

⁵ 27. novembri 2019. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv (EL) 2019/2161, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 98/6/EÜ, 2005/29/EÜ ja 2011/83/EL, et ajakohastada liidu tarbijakaitse norme ja tagada paremini nende täitmine. – ELT L 328, 18.12.2019, lk 7-28.

⁶ Pressiteade. European Parliament strengthens EU consumer protection rules. (17.04.2019) – <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190410IPR37533/european-parliament-strengthens-eu-consumer-protection-rules> (04.02.2020)

andmekaitsereeglistikule, eelkõige määrusele (EL) 2016/679⁷ (edaspidi GDPR). Vältimaks pealiskaudset andmekaitse valdkonna analüüsi, käsitleb autor isikuandmete töötlemisega seotud probleeme üksnes ulatuses, mis on vajalik personaliseeritud hinnakujunduse lahtimõtestamiseks tarbijakaitseõiguse valguses.

Ka konkurentsioigus on loodud ühtse turu toimimise tagamiseks ning konkurentsireeglitega kokkusobimatud praktikad põhjustavad ohtu ladusalt funktsioneerivale liikmeriikidevahelisele kaubandusele. Siiski erinevalt tarbijakaitseõiguse valdkonnast, mis areneb pidevalt ning kus EL on reageerinud personaliseeritud hinnakujundusega põhjustatud problemaatikale tarbijaõiguste direktiivi täiendamisega, on EL-i konkurentsioigus mõnevõrra staatilisem. Seda põhjusel, et EL-i konkurentsioigus rajaneb Euroopa Liidu Toimimise Lepingu⁸ (edaspidi ELTL) kahel artiklil, ehk artiklitel 101 ja 102, mille sõnastus on avatud tõlgendamisele ja püsinud samasugusena juba aastakümneid. Analüüsid personaliseeritud hinnakujunduse kooskõla konkurentsioiguslike õigusnormidega, võtab autor aluseks nii ELTL artikli 101 kui artikli 102, pöörates seejuures erilist tähelepanu artikli 101(1) punktile a ning artikli 102 punktidele a ja c.

Kokkuvõtvalt, analüüsi edukaks teostamiseks on püstitatud kaks uurimisküsimust. Esiteks selgitab autor välja, kas personaliseeritud hinnakujundus kui internetipõhistes kauplemiskohtades rakendatav hinnapraktika vastab selle suhtes kohalduvatele EL-i tarbijakaitseõiguse nõuetele. Teiseks, uurib autor, kas personaliseeritud hinnakujundus võib kvalifitseeruda konkurentsi kahjustavaks tegevuseks ELTL artikli 101 ning artikli 102 järgi. Seega teostab autor analüüsi tarbijakaitse- ja konkurentsioiguslikust vaatenurgast eraldi. Uurimisküsimustele vastamiseks kasutab autor võrdlevat-analüütilist meetodit. Magistritöö tulemusena kujuneb välja analüüs, mis näitab, kas personaliseeritud hinnakujundus on või ei ole vastavuses nimetatud nõuete ja õigusnormidega. Ühtlasi näitab analüüs, kas ja kuidas erineb personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine praktikas asjaomaste õigusaktidega kehtestatud olukorrast. Lisaks võrdleb autor omavahel eespool nimetatud nõuete aluseid, tuvastamaks omakorda regulatsioonide eeliseid ja puuduseid personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis. Selle saavutamiseks tuleb teha kindlaks olemasoleva kirjanduse ja allikate abil personaliseeritud hinnakujunduse olemus, mõjud ja tagajärjed ning selgitada välja, kas ja kuidas selline hinnastamise meetod sobitub EL-i tarbijakaitseõiguse ning ELTL artiklite 101 ja 102 raamistikku. See eeldab omakorda asjaomaste õigusaktide ja regulatsioonide

⁷ 27. aprilli 2016. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) 2016/679 füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise ning direktiivi 95/46/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (isikuandmete kaitse üldmäärus). – ELT L 119, 04.05.2016, lk 1-88.

⁸ Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390.

lahtimõtestamist läbi õiguslase kirjanduse ning asjakohase kohtupraktika. Autor leiab, et vastamaks püstitatud uurimisküsimusele, on just võrdleva-analüütilise meetodi kasutamine kavandatava tulemuse saavutamiseks kõige sobilikum. Personaliseeritud hinnakujunduse puhul on tegemist võrdlemisi uue ilminguga, mille eeliste või kahjulike mõjude osas ei ole seni jõutud ühtsele seisukohale. Ühelt poolt väärivad personaliseeritud hinnakujundusega kaasnevad tagajärjed tingimata täiendavat uurimist: viimastel aastatel on kõnealust hinnapraktikat käsitleva kirjanduse ja uuringute maht suurenenud märkimisväärselt.⁹ Samas on mitmed allikad personaliseeritud hinnakujunduse olemasolu korduvalt lausa eitanud või pidanud selle mõju minimaalseks.¹⁰ Olenemata sellest, et kõnealune hinnapraktika ei ole tänapäevases majanduses veel niivõrd laialt levinud, leiab autor, et kui see võib avaldada negatiivseid mõjusid tarbijatele või konkurentsile, siis tasub selle rangemat õiguslikku reguleerimist või teatud osas piiramist vähemalt kaaluda. Personaliseeritud hinnakujundusega võivad küll kaasneda teatud hüved soodsamate või isiklikult kohandatud pakkumiste kujul, kuid samas on personaliseeritud hinnakujunduse toimimine hetkel läbipaistmatu, s.t tarbijad ei mõista, kas ja mis kriteeriumite alusel kujuneb nende isikupõhine hind.

Teema piiritlemisel lähtub autor kehtivatest EL-i õigusaktidest, keskendudes tarbijaõiguste ja ebaausate kaubandustavade direktiividele, ELTL artiklitele 101 ja 102 ning muudele asjassepuutuvatele tarbijakaitse- ja konkurentsioigusega seonduvatele õigusaktidele. Lisaks lähtub autor nimetatud valdkondadega seotud kirjandusest ja kohtupraktikast ning personaliseeritud hinnakujundust käsitlevatest allikatest. Illustreerimaks tarbijakaitseõiguse direktiivide ülevõtmist liikmesriikide õiguskorda, käsitleb tarbijakaitseõiguse osas autor samuti asjakohast Eesti seadusandlust. Eesti on EL-i liikmesriik, millel lasub kohustus tarbijakaitseõiguse valdkonna direktiivide ülevõtmise tulemusena sätestada konkreetseid õigusnorme, mis on kohaldatavad ka personaliseeritud hinnakujunduse suhtes. Need aga võimaldavad luua ettekujutuse direktiividest tulenevate nõuete kohaldamisest praktikas.

Käesoleva magistritöö aktuaalsus ja uudsus peegeldub asjaolus, et töö kirjutamise hetkeks puudub EL-i tasandil konkreetne personaliseeritud hinnakujundusega seonduv kohtupraktika ning täitmise ja ajakohastamise direktiivi ülevõtmise tähtaeg ei ole veel möödunud. Seetõttu ei ole hetkel veel võimalik öelda, kuivõrd suurel määral muudab see liikmesriikide siseriiklikku

⁹ *Ibid.*, lk 43-46.

¹⁰ Coates, K., Goulielmos, S. UK Government and CMA research whether online customers are targeted through personalised pricing. (10.12.2018) – <https://www.covcompetition.com/2018/12/uk-government-and-cma-research-whether-online-customers-are-targeted-through-personalised-pricing/> (22.12.2019); Euroopa Komisjon (viide 2), lk 260.

õigust ja praktikat. Täiendavalt tuleb magistritöö uudsuse osas välja tuua, et eestikeelses õiguskirjanduses ei ole probleemi eelnevalt käsitletud. Lisaks tuleb arvestada, et personaliseeritud hinnakujundus leiab aset paratamatult internetikeskkonnas ning kahtlased ja potentsiaalselt EL-i õigusega kokkusobimatud hinnapraktikad võivad olla kahjulikud digitaalsele ühtsele turule (ingl. *digital single market*). EL panustab jätkuvalt digitaalse ühtse turu arendamisse ning sellest on viimase kümne aasta vältel saanud EL-i õigus- ja arengupoliitika üks peamisi prioriteete. Ülaltoodust tuleneb ka magistritöö praktiline väärtus: EL-i institutsioonid ei ole veel andnud vastust püstitatud uurimisküsimustele ning selged järeldused personaliseeritud hinnakujunduse õiguspärasusest EL-i õiguse kontekstis leiavad rakendust nii EL-i tasandil kui ka liikmesriikide tarbijakaitse- ja konkurentsioiguse valdkonnapõhise praktika kujundamisel.

Magistritöö on jaotatud kaheks peatükiks. Selline jaotus võimaldab eraldi hinnata personaliseeritud hinnakujunduse kokkusobivust tarbijakaitse- ja konkurentsioiguslike nõuetega. Iga peatüki esimeses alapeatükis autor käsitleb lühidalt kohalduvat EL-i õigusraamistikku, piiritleb konkreetsed nõuded ning põhjendab nende valikut. Esimeses peatükis analüüsib autor personaliseeritud hinnakujunduse vastavust selle suhtes kohalduvatele teavitamis-, reklaami- ja andmekaitseõuetele. Samuti käsitletakse seda, kas personaliseeritud hinnakujunduse puhul võib olla tegemist ebaausa kaubandustavaga. Teises peatükis autor uurib personaliseeritud hinnakujunduse kokkusobivust ELTL artiklitega 101 ja 102.

Käesolev magistritöö ei keskendu ühele konkreetsele liikmesriigile, vaid EL-ile tervikuna, kuivõrd EL-i tarbijaõiguse miinimumnõuded tulenevad EL-i direktiividest, tagamaks siseturu ladusat toimimist, ning konkurentsioigus on harmoniseeritud kõigis EL-i liikmesriikides. Seetõttu on töös kasutatavad esmased allikad tarbijakaitse- ja konkurentsioiguse valdkondadesse kuuluvad kehtivad EL-i õigusaktid, Euroopa Komisjoni (edaspidi Komisjon) otsused, Euroopa kohtute (edaspidi koos ja eraldi Euroopa Kohus) praktika tarbijakaitse- ja konkurentsioiguse valdkondades ning eespool nimetatud põhjusel Eesti tarbijakaitseõigusega seonduv seadusandlus. Töös kasutatavad teised allikad on tarbijakaitse- ja konkurentsioigust puudutav õigus- ja majanduslane kirjandus ning muu teemakohane teoreetiline materjal.

Magistritööd iseloomustavad järgmised märksõnad: tarbijakaitseõigus, konkurentsioigus, hinnakujundus.

1. PERSONALISEERITUD HINNAKUJUNDUSE KOOSKÕLA EUROOPA LIIDU TARBIJAKAITSEÕIGUSLIKE NÕUETEGA

1.1. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis relevantset Euroopa Liidu tarbijakaitseõiguslikud nõuded ning nende seos liikmesriikide õigusnormidega

Tarbijaid on üldtunnustatult defineeritud kui füüsilisi isikuid, kes teevad tehinguid või tegutsevad eesmärkidel, mis ei ole seotud nende majandus- või kutsetegevusega. Nimetatud definitsioon sisaldub nii EL-i tarbijakaitseõiguse alastes õigusaktides kui ka Eesti siseriiklikes õigusaktides, näiteks võlaõigusseaduses¹¹ (edaspidi VÕS) ja tarbijakaitseaduses¹² (edaspidi TKS). Lisaks sellele iseloomustab tarbijate õiguslikku seisundit asjaolu, et peaaegu alati on tarbija näol tegemist õigussuhte nõrgema poolega. See on tingitud sellest, et tarbijalepinguid sõlmitakse enamjaolt ettevõtja poolt väljatöötatud tüüptingimustel ning vaidluste tekkimise korral on tarbija ressursid oma õiguste kaitseks võrreldes keskmise kauplejaga palju rohkem piiratud. Seega on tarbijakaitseõiguse kui õigusvaldkonna peamine eesmärk seista tarbijate õiguste eest, tagades neile täieulatusliku kaitse EL-i siseturul. Ilma tõhusa tarbijate kaitseta ei ole võimalik rääkida siseturu – mis on EL-i loomisest saadik olnud selle eksistentsi nurgakiviks – täielikust funktsioneerimisest.¹³ Seega on tarbijate kaitse nii EL-i kui ka liikmesriikide jaoks mõõdapääsmatuks kohustuseks. Kuivõrd personaliseeritud hinnakujundust rakendatakse tänapäeval valdavalt tarbijate suhtes, s.t B2C tehingute raames, langeb see paratamatult tarbijakaitseõiguse reguleerimisalasse. Käesolevas alapeatükis analüüsib autor EL-i tarbijakaitseõiguse raamistikku, tuvastamaks kuidas tarbijakaitseõiguslikud nõuded suhestuvad EL-i ja liikmesriikide pädevusega tarbijakaitseõiguse reguleerimisel. Selle põhjal, ning võttes arvesse personaliseeritud hinnakujunduse toimimise eripärasid, käsitleb autor nõudeid, mis on asjakohased personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis.

EL-i ja liikmesriikide tarbijakaitseõigus pakub laia valikut regulatiivseid vahendeid, millel võib olla oluline roll personaliseeritud hinnakujunduse probleemsete aspektide adresseerimisel.¹⁴ Tulenevalt ELTL artiklist 4(2) kuulub tarbijakaitseõigus EL-i ja liikmesriikide jagatud pädevusse. See tähendab, et tarbijakaitseõiguse valdkonnas menetlevad ja võtavad vastu siduvaid õigusakte nii EL kui liikmesriigid. Liikmesriigid võivad aga teostada oma pädevust ainult niivõrd, kuivõrd seda ei teosta EL – praktikas väljendub taoline olukord nii, et EL võtab

¹¹ Võlaõigusseadus. – RT I, 08.01.2020, 10.

¹² Tarbijakaitseadus. – RT I, 08.01.2020, 3.

¹³ Reich, N. Protection of consumers' economic interests by the EC. – Sydney Law Review 1992/14, lk 24.

¹⁴ OECD (viide 1), lk 32.

vastu arvukalt direktiive ja regulatiivseid akte, mida liikmesriigid peavad siseriiklikku õigusesse üle võtma või muul viisil järgima. Nii on näiteks Eestis EL-i tarbijakaitseõiguse alased normid üle võetud muu hulgas TKS-i, sellega seonduvatesse määrustesse ja VÕS-i.

EL on loonud laiahaardelise tarbija õiguste kaitse süsteemi nii esmase kui teise õiguse¹⁵ tasandil. Esiteks on tarbijakaitseõiguse olulisus rõhutatud ELTL-is, mille artikkel 169 näeb ette, et tarbijate kaitse tagamine on üks EL-i prioriteetidest. Artikli 169(1) sõnastusest tuleneb, et EL-i silmis on määrava tähtsusega tarbijate tervis, turvalisus, majanduslikud huvid, õigus teavitamisele, koolitamisele ja organiseerumisele oma huvide kaitseks. ELTL artikkel 169 toetab artikliga 114¹⁶ seatud eesmärgi ning laiendab nende kohaldamist toodetele ja teenustele, juurdepääsule kohtusse, avalike teenuste kvaliteedile ning teatud toitumis-, toidu-, majutus- ja tervisepoliitika aspektidele.¹⁷ Samuti on kõrgetasemeline tarbijakaitse sätestatud EL-i Põhiõiguste Harta¹⁸ artiklis 38. EL-i tarbijakaitseõiguse teisest õigusest saab tuua välja neli põhilist direktiivi, mis seavad tarbijakaitseõiguse raamistikku. Nendeks on Direktiiv 85/374/EMÜ¹⁹ (edaspidi tootevastutuse direktiiv), Direktiiv 93/13/EMÜ²⁰ (edaspidi ebaõiglaste tarbijalepingute tingimuste direktiiv), ebaausate kaubandustavade direktiiv ning tarbijaõiguste direktiiv. Neid direktiive on korduvalt täiendatud eesmärgiga arvestada EL-i majanduses toimivate muutuste ja tehnoloogiliste uuendustega ning tagada tarbijakaitseõiguse instituudi püsiv ning jätkusuutlik funktsioneerimine. Nii on tänu täitmise ja ajakohastamise direktiivile lisandunud tarbijakaitseõiguse raamistikku muu hulgas ka personaliseeritud hinnakujundust puudutav regulatsioon.

Lisaks EL-i tarbijakaitseõiguse materiaalõiguslikele normidele on tähelepanu tarbijate õiguste tagamisel pööratud ka nende menetluslike õiguste efektiivsusele. EL-i toimimise kontekstis on üldiselt tingimata vajalik, et liikmesriigid ja nende vastavad järelevalveasutused teeksid

¹⁵ „[Euroopa Liidu] esmase õiguse moodustavad lepingud, millega nähakse ette Euroopa Liidu õigusraamistik. Teisene õigus koosneb nende lepingute alusel vastuvõetud õigusaktidest, nagu määrused, direktiivid, otsused, kokkulepped ja lepingud.“ – Euroopa e-õiguskeskkonna portaal. EL-i õigus. – https://e-justice.europa.eu/content_eu_law-3-et.do (23.02.2020)

¹⁶ ELTL artikkel 114 võimaldab EL-il võtta vastu õigus- ja haldusnormide ühtlustamiseks meetmeid, mille eesmärk on siseturu rajamine ja selle toimimine. Artikkel 114(3) näeb muu hulgas ette, et tarbijakaitset puudutavad meetmed peavad vastama kõrgele kaitstuse tasemele. Praktikas tähendab ühtlustamismeetmete loomine direktiivide, määruste ja muude regulatiivsete aktide vastuvõtmist, mis on sõltuvalt vormist vahetult kohaldatavad või vajavad ülevõtmist.

¹⁷ Maciejewski, M., Ratcliff, C. Tarbijapoliitika põhimõtted ja vahendid, lk 1. (Mai 2019) – https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2017/N51055/doc_et.pdf (06.02.2020)

¹⁸ Euroopa Liidu põhiõiguste harta. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 391-407.

¹⁹ 25. juuli 1985. aasta Nõukogu Direktiiv 85/374/EMÜ liikmesriikide tootevastutust käsitlevate õigus- ja haldusnormide ühtlustamise kohta. – Euroopa Ühenduste Teataja (edaspidi EÜT) L 141, 04.06.2011, lk 20-21 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 4, lk 147-148).

²⁰ 5. aprilli 1993. aasta Nõukogu Direktiiv 93/13/EMÜ ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes. – EÜT L 95, 21.04.1993, lk 29-34 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 2, lk 288-293).

omavahel koostööd, tagamaks EL-i ja siseriiklike õigusaktide mõjusat ja tajutavat täitmist.²¹ See on samaväärselt oluline ka tarbijate õiguste realiseerimisel ja kaitsmisel. Nii on näiteks EL-i tasandil võetud vastu määrus (EL) 2017/2394²², mis reguleerib tarbijakaitsealast koostööd liikmesriikide vahel. Samuti näevad tarbijalepingute erisätteid ette Brüssel I bis²³ ja Rooma I²⁴ määrused, võimaldamaks tarbijatele kindlat ja etteaimatavat õigusemõistmist kohtus. Ka personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis on nimetatud määrustel kriitiline tähtsus, kuivõrd enamikel internetipõhistes kauplemiskohtades sooritatud tehingutel esineb mingil määral piiriülene element, mistõttu tulevad paratamatult kõne alla pädeva kohtu ja kohalduva õiguse määramise küsimused. Tarbijavaidluste mugavamaks ja lihtsamaks lahendamiseks on Komisjoni poolt loodud ka veebipõhine tarbijavaidluste lahendamise mehhanism (ingl. *Online Dispute Resolution platform*; edaspidi ODR). Selle eesmärgiks on teha internetis ostude tegemine ohutumaks ja õiglasemaks, võimaldades tarbijatele ligipääsu kvaliteetsetele vaidluste lahendamise vahenditele.²⁵ Komisjoni andmetel on alates ODR-i loomisest 2016. aastal veebipõhisesse süsteemi laekunud iga kuu üle 2000 kaebuse.²⁶ Käesoleval hetkel puuduvad andmed selle kohta, mis liiki tarbijavaidlusi ODR-is on lahendatud ning kas mõni neist oli seotud personaliseeritud hinnakujundusega. Seetõttu ei ole võimalik hinnata, kuivõrd efektiivne on ODR personaliseeritud hinnakujundusega seotud vaidluste lahendamisel.

Asjaolu, et tarbijakaitseõigus – võtmata arvesse valdkonnaspetsiifilisi küsimusi, nagu näiteks ravimite ja toidukaupade märgistamine – on EL-i tasandil enamasti reguleeritud direktiivide kujul näitab, et EL on andnud liikmesriikidele otsustusvabaduse määrata piiratud ulatuses tarbijakaitseõiguse reguleerimise eritingimusi ja -reegleid siseriiklikult. Ühtlasi tähendab see, et mõni liikmesriik võib võtta vastu rangemaid meetmeid tarbijate õiguste kaitsmiseks, kuivõrd seda võimaldab ELTL artikkel 169(4). Nimetatud liikmesriikide diskretsioon kehtib siiski ainult niikaua, kuni on tagatud ELTL artiklis 114(3) tarbijakaitse kõrge kaitstuse standardid,

²¹ Havu, K. Digital Single Market, digital content and consumer protection – critical reflections. – Pihljarinne, T., Vesala, J., Honkkila, O. (toim.) *Online Distribution of Content in the EU*, lk 186. Chentelham: Edward Elgar Publishing Limited 2019.

²² 12. detsembri 2017. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) 2017/2394 tarbijakaitsealaste õigusaktide täitmise tagamise eest vastutavate liikmesriigi asutuste vahelise koostöö kohta ja millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 2006/2004. – ELT L 345, 27.12.2017, lk 1-26.

²³ 12. detsembri 2012. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Määrus (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades (uuesti sõnastatud). – ELT L 351, 20.12.2012, lk 1-32.

²⁴ 17. juuni 2008. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Määrus (EÜ) nr 593/2008 lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I”). – ELT L 177, 04.07.2008, lk 6-16.

²⁵ Euroopa Komisjon. Online Dispute Resolution. – <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.trader.register> (09.02.2020)

²⁶ Euroopa Komisjon. Online Dispute Resolution platform. Helping you to help your customers. – https://ec.europa.eu/consumers/odr/resources/public2/documents/trader_info_stats/ODR_Trader_Info_stat_EN.pdf (09.02.2020)

täidetud artiklis 169(1) nimetatud eesmärgid, asjaomane EL-i õigusakt ei keela rangemate või leebemate sätete kehtestamist ning puudub vastuolu teiste EL-i aluspõhimõtetega. Nii ei või näiteks liikmesriigi vastuvõetud tarbijakaitse meetmed takistada siseturu toimimist. Seega peab personaliseeritud hinnakujundusega seonduvates tarbijakaitseõiguse alastes küsimustes juhinduma eelkõige selle liikmesriigi õigusaktidest, mille õigust kohaldatakse konkreetse vaidluste lahendamisel.

Olles andnud ülevaate EL-i tarbijakaitseõiguse põhieesmärkidest ja neid elluviivatest regulatsioonidest, on võimalik kaardistada nõuded, millele peab vastama personaliseeritud hinnakujunduse protsess. Tarbijakaitseõiguse vaatenurgast toimub hindade isikupõhine kujundamine järgmiselt. Esiteks, tarbijale tehakse personaliseeritud hinnapakumine vastavalt tema isikuandmete töötlemisest saadud teabele. Teisisõnu, toimub kauba või teenuse personaliseeritud hinna avaldamine tarbijale. Müügihinna avaldamise nõue siseturul pärineb EL-i direktiivist 98/6/EÜ²⁷ (edaspidi hinna avaldamise direktiiv). Hinna avaldamine on kohustuslik, välja arvatud kui tegemist on mõne direktiivis sätestatud erilise juhtumiga. Selle pinnalt tekib aga küsimus: kas asjaolu, et ühele tarbijale avaldatud hind erineb hinnast, mida näevad teised tarbijad võib olla vastuolus hinna avaldamise direktiiviga ehk kas personaliseeritud hinnakujundus võib sellel põhjusel olla juba oma olemuselt EL-i tarbijakaitseõigusega kokkusobimatu? Müügihind on kõnealuse direktiivi artiklis 2(a) defineeritud kui „toote tüki või toote kindlaksmääratud koguse lõpphind, kaasa arvatud käibemaks ja kõik muud maksud“. Pelgalt definitsiooni järgi ei tulene, et erinevate hindade avaldamine oleks hinna avaldamise direktiiviga vastuolus niikaua, kui tarbijale on teada kauba või teenuse lõplik hind. Samale järeldusele saab jõuda ka lähtuvalt hinna avaldamise direktiivi eesmärgist üldiselt. Nimelt direktiiv võeti vastu 1990-ndate lõpus, kui internetikaubandus ja seda enam personaliseeritud hinnakujundus ei olnud eriti prominentsed. Kauba või teenuse hind on üldjuhul tarbijate peamine rahuolematuse allikas,²⁸ mistõttu vajadus ühtlustada hindade avaldamist EL-is ei ole üllatav. Direktiivi põhjenduse 6 kohaselt aitab müügihinna ja ühikuhinna avaldamise kohustus parandada tarbijate informeeritust ning on lihtsaim viis, võimaldamaks tarbijatel arvestada ja võrrelda toodete hindu ning selle põhjal teha teadlikke valikuid. Järelikult seisab kõnealuse direktiivi taga tarbijate informeerituse tõstmise eesmärk, mis ei piira aga võimalust avaldada mitmele tarbijale erinevaid müügihindu, kui need hinnad

²⁷ 16. veebruari 1998. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 98/6/EÜ tarbijakaitse kohta tarbijatele pakutavate toodete hindade avaldamisel. – EÜT L 80, 18.03.1998, lk 27-30 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 4, lk 32-35).

²⁸ Snijdes, J., van Lin, M., Hessels, J. Appraisal of Directive 98/6/EC on consumer protection in the indication of unit prices of products offered to consumers, lk 46. (August 2004) – http://www.tecninvest.com/research/Final_Report_Directive_en.pdf (26.04.2020)

on avaldatud nõuetekohaselt ning kui selle hinna maksmisega saab tarbija soetada lubatud kauba või teenuse. Nii oleks kaupleja käitumine selgelt vastuolus direktiivi nõuetega, kui tarbija ei näeks kauba või teenuse hinda enne, kui ta on sõlminud tarbijalepingu. See ei ole aga võimalik personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis. Ühtlasi on ka hinna avaldamise direktiiv muudetud täitmise ja ajakohastamise direktiiviga, kuid seda ainult osas, mis puudutab täishinna avaldamist allahindluste puhul ning direktiiviga kaasnevaid karistusi. Võib arvata, et kui erinevate hindade avaldamine oleks personaliseeritud hinnakujunduse puhul problemaatiline hinna avaldamise direktiivi perspektiivist, oleks see ajakohastatud sarnaselt tarbijaõiguste direktiiviga. Seega leiab autor, et nimetatud direktiivist tulenevad nõuded ei tekita problemaatikat personaliseeritud hinnakujunduse valguses ning autor ei analüüsi pikemalt selle vastavust hinna avaldamise direktiivile.

Hinnapakumise tegemise järgselt tuleb tarbijale enne lepingu sõlmimist turvalisuse ning õigustest teavitamise tagamise eesmärgil teha teatavaks oluline tehinguga seotud teave. Seega tekib küsimus, kas kauplejal lasub kohustus enne tarbijaga lepingu sõlmimist tarbijat teavitada ka sellest, et talle tehtud pakumise hind on kujunenud isikupõhiselt? Autor on seisukohal, et muus osas personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise ja tarbijalepingu sõlmimisega seonduvad erisused puuduvad. Samuti ei ole praktikas isikupõhisest hinnakujundusest mõjutatud tarbija menetluslikud õigused. Tarbijakaitseõiguse kontekstis tuleb hinnata ka personaliseeritud hinnakujundust kui ettevõtja poolt kasutuselevõetud kauplemisvõtet. Selle raames tuleb analüüsida kas ja mis tingimustel võib personaliseeritud hinnakujunduse puhul olla tegemist ebaausa kaubandustavaga. Lisaks sellele on seadusandluse tasandil loodud nõuded, millele peab vastama tarbijatele suunatud reklaam. Seega kui personaliseeritud hinnakujunduse raames kasutatakse reklaami, tuleb muu hulgas hinnata, kuidas selline reklaam sobitub sellele esitatavate nõuetega. Viimaseks, kuigi isikuandmete kaitse ei kuulu otseselt tarbijakaitseõiguse valdkonda ning moodustab omaette õigusvaldkonna, on sellel sellegipoolest silmnähtavalt tugev seos tarbijate tegevusega internetipõhistes kauplemiskohtades. Ühtlasi on isikuandmete töötlemine üks personaliseeritud hinnakujunduse toimimise põhielemente. Seetõttu on autori arvates kriitiline hinnata personaliseeritud hinnakujunduse vastavust andmekaitse nõuetele, mis puudutavad isikuandmete töötlemist kõnealuse hindade kujundamise protsessi käigus.

Tuginedes ülaltoodule hinnatakse personaliseeritud hinnakujundust nelja tarbijakaitseõigusest tuleneva nõude alusel, milleks on vastavus: 1) lepingueelsetele teavitamisnõuetele;

2) kauplemistavasid käsitlevale regulatsioonile; 3) reklaaminõuetele; ning 4) isikuandmete kaitse reeglitele.

See ei ole siiski ammendav loetelu nõuetest, millele peab vastama personaliseeritud hinnakujundus. Nimelt teemakohases kirjanduses mainitakse personaliseeritud hinnakujunduse ohtude juures sellega võimalikult kaasnevat tarbijate diskrimineerimist. Näiteks on ühes uuringus leitud, et ettevõtjad võivad kohandada hindu selliselt, et jõukas naabruskonnas elavatele inimestele pakutakse kaupa või teenust tavalisest kõrgema hinnaga.²⁹ Mõistagi võib selline diskrimineerimine põhineda ka muudel isikuomadustel. ELTL artikli 26 kohaselt on sõnaselgelt keelatud siseturu piiramine, mistõttu oleks EL-i õigusega vastuolus näiteks mitmes riigis samale tootele erinevate hindade kehtestamine, võtmata arvesse transpordi- ja muid sarnaseid kulusid. Diskrimineerimine on samuti keelatud EL-i Põhiõiguste Harta artikliga 21, aga ka mitmes teises EL-i õigusaktis. Võib isegi öelda, et diskrimineerimiskeeld on EL-i üks olulisematest aluspõhimõtetest. Järelikult on ebasoodsa isikupõhise hinna kujundamine või soodsamast hinnast ilmajätmine mõnel isiklikul alusel – olgu see liikmesriigi asukoht, isiku rahvus, sugu või poliitilised veendumused – ilmselgelt keelatud. Seevastu kõrgema või madalama hinna kujundamine näiteks pelgalt tarbija sirvimisajaloo järgi ei pruugi olla diskrimineerimine niivõrd, kui võrd diskrimineerimine kui selline on lihtsustatult öeldes isiku ebasoodne kohtlemine alusel, mille puhul on selline kohtlemine keelatud seadusega. Autor on seisukohal, et puhtalt õiguslik analüüs ilma konkreetsete empiiriliste andmeteta, mis ei ole tänapäeval veel kättesaadavad, ei ole kohane viis taolise küsimuse lahendamiseks. Nimelt kui personaliseeritud hinnakujunduse fakti kinnitamine on juba iseenesest keeruline, siis on keelatud diskrimineerimise aluse kui personaliseeritud hinnakujunduse põhjuse tuvastamine üksikisiku puhul praktiliselt võimatu. Seetõttu ei käsitle käesolev magistr töö tarbijate diskrimineerimise küsimust.

Personaliseeritud hinnakujunduse kooskõla eelpool nimetatud tarbijakaitseõiguslike nõuetega on põhjendatud analüüsida eelkõige EL-i tasandil. Esiteks, teadaolevalt puuduvad liikmesriikide õiguses hetkel mistahes konkreetset personaliseeritud hinnakujundust reguleerivad õigusnormid. Teiseks langevad täitmise ja ajakohastamise direktiivi ülevõtmise ja normide kohaldamise tähtajad vastavalt 2021. ja 2022. aastasse, mistõttu ei ole hetkel teada, mis meetmeid rakendavad liikmesriigid, et viia siseriiklikud normid kooskõlla nimetatud direktiiviga. Kolmandaks tuleb arvestada ka EL-i õiguse ülimuslikkuse põhimõttega. Kui

²⁹ OECD (viide 1), lk 17.

personaliseeritud hinnakujundus vastab kehtivatele EL-i tarbijakaitseõiguse nõuetele, ei saa liikmesriigid seda Direktiivi 2019/2161 ülevõtmise protsessis või muu tarbijakaitseõiguse reformi käigus olulisel määral piirata ja vastupidi. Küll aga annab personaliseeritud hinnakujunduse analüüsimine EL-i tarbijakaitseõiguse regulatsioonide valguses liikmesriikidele suuniseid ja võimaldab neil arvestada kitsaskohtade ja ohtudega, mida tuleb täitmise ja ajakohastamise direktiivi ülevõtmisel silmas pidada. Konkreetseid nõudeid, s.t vastavust teavitamispõhisele, ebaausate kaubandustavade regulatsioonile, reklaamile esitatavatele nõuetele ning isikuandmete kaitse reeglitele B2C tehingute raames analüüsitakse lähtuvalt ülaltoodust vastavalt alapeatükkides 1.2, 1.3, 1.4 ja 1.5.

1.2. Lepingueelsed teavitamispõhised

1.2.1. Olukord enne Direktiivi 2019/2161 ülevõtmist

Kauplejale kohalduvad lepingueelsed teavitamispõhised tulenevad tarbijaõiguste direktiivist. Tarbijaõiguste direktiiv võeti vastu 25.11.2011. aastal ning seni suurim muudatus direktiivi normides toimus täitmise ja ajakohastamise direktiivi vastuvõtmisega 2019. aastal. Tarbijaõiguste direktiiv on EL-i tarbijakaitseõiguse üks keskne direktiiv, mis sätestab ja reguleerib tarbijate õigusi ning kauplejate kohustusi B2C tehingute raames. Tarbijaõiguste direktiivi kohaldamisala on sätestatud artiklis 3 ning see on küllaltki lai: see kohaldub kõigile kaupleja ja tarbija vahel sõlmitud lepingutele, välja arvatud kui õigusühendus vastab artiklis 3(3) sätestatud tunnustele. Ühtlasi alluvad tarbijaõiguste direktiivi sätted sellistele EL-i tasandil vastuvõetud õigusaktidele, millega reguleeritakse konkreetseid sektoreid. Eriline tähelepanu on tarbijaõigusühenduste reguleerimisel tarbijaõiguste direktiivi raames pööratud kaugmüügile ning väljaspool äriruume sõlmitud lepingutele, millest esimese alla kuuluvad ka personaliseeritud hinnakujundusest mõjutatud tarbijalepingud. Lisaks väärneb mainimist asjaolu, et tarbijaõiguste direktiivi artikkel 4 näeb ette, et liikmesriigid ei või sätestada siseriiklikes õigusaktides õigusnorme, mis erinevad tarbijaõiguste direktiiviga kehtestatud, kui konkreetse artikli juures ei ole sätestatud teisiti. See tähendab, et liikmesriigid ei või luua ka rangemaid regulatsioone, sealhulgas personaliseeritud hinnakujunduse osas, kuivõrd sellisel juhul oleks tarbijakaitse tase liikmesriigiti erinev.

Personaliseeritud hinnakujundusele kohalduvad teavitamispõhised on sätestatud tarbijaõiguste direktiivi artiklis 6, mis näeb ette teavitamispõhised kauglepingute ja väljaspool äriruume sõlmitud lepingute puhul. Kuivõrd personaliseeritud hinnakujundus põhineb oma olemuselt

automatiseeritud otsuste tegemisel, on selle rakendamine – vähemalt tänapäeval – võimalik üksnes internetipõhistes kauplemiskohtades ja muudes internetipõhistes platvormides, mistõttu artiklis 5 sätestatud teavitamisnõuded personaliseeritud hinnakujundusele ei kohaldu. Artikkel 6(1) näeb ette loetelu teabest, mida kaupleja peab esitama selgel ja arusaadaval viisil enne tarbija lepingu või pakkumisega sidumist. Tegemist ei ole kinnise loeteluga, sest artikkel 6(8) võimaldab liikmesriikidel kehtestada täiendavaid teavitamisnõudeid, mis vastavad direktiividele 2006/123/EÜ³⁰ ja 2000/31/EÜ³¹. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis on asjakohane eelkõige punkt e. Nimetatud punkt paneb kauplejale kohustuse avaldada kauba või teenuse koguhind ning selle arvutamise viis. On siiski vaieldav, kas „hinna arvutamise viisist“ saab tuletada kaupleja kohustust avaldada meetod, mille põhjal kujuneb tarbijate isikupõhine hind. Kõigepealt on oluline tuua välja, et selline kohustus tekib tingimusel, et „kauba või teenuse olemusest tulenevalt ei ole hinda põhjendatult võimalik eelnevalt arvutada“. Nimetatud tingimus on aga tootepõhine ja ei sõltu sellest, kas personaliseeritud hinnakujundust rakendatakse või mitte. Kui ettevõtja kujundab hindu isikupõhiselt, siis toote või teenuse baas-, miinimum- ja maksimumhind on ettevõtjale endale teada. Lisaks on antud sõnastus liialt abstraktne, et panna kauplejale kohustust teha personaliseeritud hinnakujunduse kasutamine teatavaks. Samuti on vähetõenäoline, et see oli EL-i seadusandja eesmärk tarbijaõiguste direktiivi vastuvõtmise hetkel, kuivõrd siis personaliseeritud hinnapakumisi veel ei tuntud.

Sellegipoolest, lõppkokkuvõttes personaliseeritud hinnakujunduse kuuluvus tarbijaõiguste direktiivi artikli 6(1) punkti e alla ei ole pärast täitmise ja ajakohastamise direktiivi vastuvõtmist enam niivõrd tähtis. Direktiiviga 2019/2161 täiendati tarbijaõiguste direktiivi artikli 6 konkreetse personaliseeritud hinnakujundust puudutava punktiga. Tuginedes ülaltoodule leiab autor, et praegu ja ka hetkeni, kuni täitmise ja ajakohastamise direktiivist tulenevad täiendavad nõuded ei võeta üle liikmesriikide õiguskorda, ei lasu kauplejatel tarbijaõiguste direktiivist tulenevat kohustust teavitada tarbijaid personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisest. Direktiivid on oma idee poolest suunatud liikmesriikidele, kohustades neid võtma vastu siseriiklikke meetmeid, viimaks siseriiklikku õigust kooskõlla EL-i õiguskorraga. Kui teatud juhtudel on võimalik rääkida direktiivi vahetust õigusmõjust, tagamaks isikutele sellega loodud õigusi, siis isikutele direktiividest tulenevalt kohustuste vahetu loomine on kujunenud ja

³⁰ 12. detsembri 2006. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2006/123/EÜ teenuste kohta siseturul. – ELT L 376, 27.12.2006, lk 36-68.

³¹ 8. juuni 2000. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2000/31/EÜ infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul (direktiiv elektroonilise kaubanduse kohta). – EÜT L 178, 17.07.2000, lk 1-16 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 13, kd 25, lk 399-414).

tunnustatud praktika põhjal üldjuhul välistatud.³² Järelikult saab vahekokkuvõttena öelda, et magistritöö kirjutamise hetkel ei ole kauplejatel tulenevalt tarbijaõiguste direktiivist tekkinud kohustust teavitada tarbijaid personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisest ning sisuliselt on kaupleja lepingueelse teavitamisnõude kontekstis õiguspärane ka nii-öelda varjatud hindade personaliseerimine. Seda siiski ainult seni, kuni teavitamiskohustus ei ole liikmesriikide õigusesse üle võetud.

Eesti tarbijakaitseõigusest nähtub, kuidas on seoses personaliseeritud hinnakujundusega tõusetuvad küsimused reguleeritud enne täitmise ja ajakohastamise direktiivi sätete ülevõtmist. Personaliseeritud hinnakujundust on, selle olemusest tulenevalt, võimalik rakendada üksnes sidevahendi abil sõlmitavate lepingute sõlmimise raames. Tarbijaõiguste direktiivi artikli 6(1) punkt e on võetud üle VÕS-i sidevahendi abil sõlmitud lepingute puhul § 54 lg 1 punkti 6 ja lõikesse 7.³³ Nimetatud sätted kordavad sisuliselt tarbijaõiguste direktiivi punkti sõnastust. Tähelepanu väärib aga asjaolu, et VÕS-i näol on tegemist seadusega, mis reguleerib lepingupoolte eraõiguslike suhteid ning riigi poolt kehtestatud kauplejatele suunatud nõuded sisalduvad hoopis TKS-is. Tarbija teavitamisnõuded on sätestatud TKS-i §-des 4-8. TKS § 4 lõige 2 viitab kaudselt eespool nimetatud VÕS-is toodud teavitamissätetele ning TKS §-s 68 on sätestatud sanktsiooninormid teavitamisnõuete rikkumise eest. Järelikult vastavad Eestis kehtestatud tarbijakaitseõiguse nõuded EL-i omadele: kaupleja ei pea avaldama tarbijale personaliseeritud hinnakujunduse kasutamise fakti, kuivõrd see ei ole kaupleja VÕS-ist tuleneva lepingueelse teavitamiskohustuse tingimus.

1.2.2. Direktiivi 2019/2161 ülevõtmisega kaasnevad muudatused

Direktiiv 2019/2161 on esimene EL-i regulatiivne akt, mis käsitleb selgesõnaliselt personaliseeritud hinnakujundust. Nimelt täiendati selle vastuvõtmise tagajärjel tarbijaõiguste direktiivi artikli 6 personaliseeritud hinnakujundust puudutava teavitamiskohustusega. Järgnevalt käsitleb autor täitmise ja ajakohastamise direktiiviga kaasnevaid personaliseeritud hinnakujunduse rakendamist puudutavaid muudatusi ning kaalub, mis tingimustel ja kujul võib teavitamiskohustus olla võetud üle liikmesriikide õiguskorda.

³² Craig, P., de Búrca, G. EU Law: Text, Cases, and Materials (Sixth Edition), lk 205. Oxford: Oxford University Press 2015; EK liidetud kohtuasjad C-37/06 ja C-58/06, *Viamex Agrar Handels GmbH, Zuchtvieh-Kontor GmbH (ZVK) v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ECLI:EU:C:2008:18, p-d 27-28.

³³ Võlaõigusseaduse ja tarbijakaitseaduse muutmise seadus 505 SE. Lisa 1: Tarbija õiguste direktiivi 2011/83/EL ning võlaõigusseaduse ja tarbijakaitseaduse muutmise seaduse eelnõu sätete vastavustabel, lk 3.

Esmane ettepanek³⁴ EL-i tarbijakaitseõiguse direktiivide muutmiseks, mille tulemusena võeti vastu täitmise ja ajakohastamise direktiiv, tuli Komisjonilt 2018. aasta kevadel. Kokkuvõtvalt oli ettepaneku eesmärgiks viia ellu järgmised EL-i tarbijakaitseõiguse muudatused.³⁵ Kõigepealt oli Komisjoni arvates vajalik kehtestada tõhusamaid ja proportsionaalsemaid karistusi piiriüleste tarbijakaitseõiguse rikkumiste eest. Tarbijate õiguste osas toodi välja tarbija õigus individuaalsetele õiguskaitsevahenditele, tarbijakaitse laiendamine seoses digitaalsete teenustega ning suurem läbipaistvus internetipõhistes kauplemiskohtades. Lisaks sooviti ettepaneku kohaselt vähendada ka ettevõtjate koormust, tagades paindlikkust tarbijaga andmesidevahendi valimisel ning muuta või võtta vastu teatud liikmesriikidele suunatud eeskirju. Komisjoni ettepaneku puhul väärrib mainimist asjaolu, et esialgses ettepanekus ei olnud personaliseeritud hinnakujundust isegi mainitud ning selle reguleerimise üle otsustati alles edasise menetluse käigus. Nimelt kaardistati personaliseeritud hinnakujundust kui käsitlemist vajavat ilmingut esimest korda Euroopa Liidu Nõukogu (edaspidi Nõukogu) 29.03.2019 ettepanekus³⁶. Suures osas põhines Nõukogu ettepanek Komisjoni esialgsedel seisukohtadel. Nõukogu täiendas Komisjoni väljapakutud direktiivi sõnastust, mis jõudis personaliseeritud hinnakujunduse osas sisult muutmata kujul Direktiivi 2019/2161. Lõppkokkuvõttes muudeti direktiiviga ebaõiglaste tarbijalepingute tingimuste, hinna avaldamise, ebaausate kaubandustavade ning tarbijaõiguste direktiive.

Personaliseeritud hinnakujundus on mainitud täitmise ja ajakohastamise direktiivis kahel korral. Tarbijate teavitamiskohustuse olulisust on personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis rõhutatud direktiivi põhjenduses 45. Direktiivis selgitatakse, et kauplejad võivad töödelda pakumiste tegemisel tarbijate isikuandmeid, hindamaks nende ostujõudu. Sellest saab järeldada, et direktiiv tunnustab personaliseeritud hinnakujundust. Direktiivis lisatakse aga, et tarbijaid tuleb „selgelt teavitada, kui neile esitletud hinda on automatiseeritud töötlusel põhineva otsustusprotsessi alusel isikupõhiselt kohandatud, et nad saaksid ostuotsuse tegemisel potentsiaalseid riske arvesse võtta“. Selle tulemusena täiendati tarbijaõiguste direktiivi artikkel 6 punktiga ea, mille puhul peab tarbijale kaupleja poolt olema esitatud „asjakohasel

³⁴ Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv, millega muudetakse nõukogu 5. aprilli 1993. aasta direktiivi 93/13/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 98/6/EÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2005/29/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2011/83/EL, et ajakohastada ELi tarbijakaitse-eeskirju ja paremini tagada nende täitmine. – COM(2018) 185 final, Brüssel, 11.04.2018.

³⁵ *Ibid.*, lk 2-4.

³⁶ Euroopa Nõukogu. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules. – 8021/19, Brüssel, 29.03.2019.

juhul teave selle kohta, et hinda on isikupõhiselt kohandatud automatiseeritud töötlusel põhineva otsuste tegemise alusel“. Internetikeskkonnas toimuva tehingu kontekstis tähendab see muudatus, et juhul kui kaupleja kujundab hindu tarbijate isikuandmete töötlemise viisil, siis enne tarbijalepingu sõlmimist lasub kauplejal kohustus tarbijat sellest teavitada. Magistritöö kirjutamise hetkeks ei ole täitmise ja ajakohastamise direktiiv üle võetud ühtegi liikmesriigi õigusesse, mistõttu puudub sätte rakendamise osas igasugune praktika. Seega puudub hetkel ka võimalus hinnata või analüüsida, mis on liikmesriikide seadusandjate silmis asjakohane teatamisviis.

Oluline on, et mitte igasugune automatiseeritud hinnakujundus ei kuulu täitmise ja ajakohastamise direktiivi kohaldamisalasse. Direktiivi põhjendusest 45 selgub, et täitmise ja ajakohastamise direktiiviga on hõlmatud üksnes need hinnapraktikad, mis põhinevad isikuandmete töötlemisel. Seega on direktiivi kohaldamisest jäetud välja näiteks dünaamiline hinnakujundus, kui selle raames ei töödelda isikuandmeid. Dünaamilise hinnakujunduse näol on tegemist hinnapraktikaga, kus hind muutub sõltuvalt ajast, tarbijatest või asjaoludest.³⁷ Sisuliselt on dünaamilise hinnakujunduse eesmärgiks nõuda kõrgemat hinda ajal, kui toote või teenuse vastu on suurem nõudlus. Taoline ärimudel on muutunud võrdlemisi laialtlevinuks ajastul, millal tehnoloogilised lahendused nagu tehisintellekt ja algoritmid soodustavad kauplejatel määrata toote või teenuse hinda reaaliajas.³⁸ Eriti prominentseks on dünaamilise hinnastamise kasutamine kujunenud välja transpordi- ja majutussektorites. Esmapilgul võivad personaliseeritud ja dünaamiline hinnakujundus tunduda üsna sarnased. Peamine erinevus kahe hinnastamise meetodi vahel seisneb selles, et üldjuhul ei põhine dünaamiline hinnakujundus konkreetse tarbija või tarbijagrupi isiklikel omadustel, vaid üldistel turu tingimustel.³⁹ Teisisõnu, dünaamilise hinnastamise rakendamisel enamjaolt ei jälgita üksiku tarbija või tarbijagrupi eelistusi, käitumist, internetiotsinguid jm, vaid hinnatakse neid kogumis konkreetse turu suundumuste kontekstis. Seega ei leia aset dünaamilise hinnakujunduse raames ka isikuandmete töötlemine GDPR-i tähenduses. Sarnaselt personaliseeritud hinnakujundusega ei ole dünaamilise hinnakujunduse rakendamise korrale seatud EL-i poolt mingeid piiranguid. Küll aga kohalduvad dünaamilisele hinnakujundusele, sarnaselt personaliseeritud hinnakujundusega, üldised tarbijakaitseõiguse põhimõtted ja õigusaktid, sealhulgas ebaausate kauplemisvõtete keeld.

³⁷ Haws, K. L., Bearden, W. O. Dynamic pricing and consumer fairness perceptions. – *Journal of Consumer Research*, 2006/33 (3), lk 305.

³⁸ Chen, Q., Jasin, S., Duenyas, I. Real-Time Dynamic Pricing with Minimal and Flexible Price Adjustment. – *Management Science* 2016/62 (8), lk 2.

³⁹ OECD (viide 1), lk 9.

Tarbijate õiguste tõhusamaks kaitseks on täitmise ja ajakohastamise direktiivis ühtlustatud karistused teiste tarbijakaitseõiguse direktiividest tulenevate õigusnormide rikkumise eest ning see puudutab otseselt ka personaliseeritud hinnakujundust hõlmavat teavitamiskohustust. Tagamaks karistuste järjepidevamat kohaldamist, on direktiivis sätestatud uus põhjalik karistuste regulatsioon. Näiteks on seadusandja poolt sõnastatud mitteammendav loetelu kriteeriumitest, mida tuleb karistuste määramisel arvesse võtta. Tarbijaõiguste direktiivi on need kriteeriumid lisatud artiklisse 24. Nimetatud kriteeriumite seas on muu hulgas rikkumise laad, ulatus ja kestus, aga ka kohustus arvestada rikkumise heastamiseks ettevõetud meetmetega. Trahvi maksimumsuurus on 4% kaupleja aastakäibest asjaomases liikmesriigis või liikmesriikides. Magistritöö kirjutamise hetkel on siiski vara uurida seda, mis määrad võetakse kasutusele liikmesriikide poolt täitmise ja ajakohastamise direktiivi ülevõtmisel siseriiklikusse õigusesse. Hetkel ei näe TKS ette spetsiifilisi, internetipõhiseid kauplemiskohti puudutavaid vastutusnorme ning täna ei ole ka teada, kas need tekivad direktiivi ülevõtmise tagajärjel. Kui aga võtta aluseks teised TKS-is sisalduvad sanktsiooninormid, siis tõenäoliselt ei ole karistus tarbija teavitamiskohustuse rikkumise eest ülemäära suur. Näiteks TKS § 68 järgi on teavitamisnõuete rikkumise puhul füüsilise isiku rahatrahvi piirmäär 200 trahviühikut, s.o magistritöö kirjutamise hetkeks 800 eurot, ning juriidilise isiku rahatrahvi piirmäär 3200 eurot. Sellegipoolest ei välista autor võimalust, et tulevikus teavitamiskohustuse rikkumine personaliseeritud hinnakujunduse valguses seostatakse andmekaitsealaste rikkumistega, kus seadusega ettenähtud trahvimäärad on võrreldes TKS-iga kordades suuremad. Selle peamine põhjus on, et personaliseeritud hinnakujundust puudutavas põhjenduses sisaldub tähelepanek, et täitmise ja ajakohastamise direktiiviga loodud teavitamiskohustus ei piira ega takista kasutada GDPR-ist tulenevaid õiguskaitsevahendeid.⁴⁰ Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis omab isikuandmete töötlemine äärmiselt suurt tähtsust, olles hinnapraktika kontseptsioonis kesksel kohal. Isikuandmete töötlemisega seonduvaid probleeme käsitletakse täpsemalt alapeatükis 1.5.

Kõnealuse teavitamiskohustuse rakendamisega ning seeläbi ajakohastamise ja täitmise direktiivi eesmärkide elluviimisega võivad paratamatult tekkida ka nii-öelda tehnilised küsimused. Näiteks, mis on kõige sobivam viis nii tarbija kui kaupleja huvidega arvestamiseks teavitamisnõude täitmisel? Autori arvates on olemas vähemalt kaks võimalust sätte kohaseks rakendamiseks. Esimene võimalus on informeerida tarbijaid sellest, et hinna kujunemisel on nende isikuandmeid töödeldud, otse toote või teenuse lehel. Üks potentsiaalne risk seisneb aga

⁴⁰ Täitmise ja ajakohastamise direktiivi põhjendus 45.

selles, et tarbijad, nähes vastavasisulist teadet, võivad toote soetamisest üldse loobuda, kuivõrd selline teade võib näida keskmisele tarbijale ebausaldusväärne. Seega tõenäoliselt kaasneks sellisel viisil teavitamiskohustuse rakendamisega negatiivne mõju ettevõtjale. Teine võimalus on sätestada vastavat teavitust kaupleja üldtingimustes internetipõhises kauplemiskohas. Selline variant võib samuti tekitada poleemikat ja seda järgmisel põhjusel. Internetipõhiste kauplemiskohtade üldtingimuste, privaatsuspoliitika ja muude niinimetatud läbiklikitavate lepingute (ingl. *click-through agreements*) lugejaskond on küllaltki väike.⁴¹ Seega tõenäoliselt jääb ka personaliseeritud hinnakujundust puudutav teade enamikele tarbijatele märkamata, mis tähendab, et sisuliselt oleks Direktiivi 2019/2161 eesmärk tagada tarbijatele internetipõhistes kauplemiskohtades läbipaistvust personaliseeritud hinnakujunduse osas saavutamata. Tarbijaõiguste direktiivi artikkel 6 näeb ette, et teavitamisnõudega hõlmatud teave peab olema esitatud tarbijale „selgel ja arusaadaval viisil“. On vaieldav, kas teabe esitamine meetodil, mis ilmselt ei ärata tarbija tähelepanu iseenesest täidab teavitamiskohustust. Teavitamiskohustuse rakendamise viisi valikul saab analoogia korras tuua ka GDPR-is kehtestatud nõude, mille kohaselt peab isikuandmete töötlemisega seotud informatsioon olema „lihtsalt kättesaadav, arusaadav ning selgelt ja lihtsalt sõnastatud“⁴². Nii on isikuandmeid töötlevate ettevõtjate privaatsus poliitika tavaliselt sõnastatud nii, et sellest saab aru iga keskmine, valdkonnapõhiseid teadmisi mitteomav tarbija. Samadest põhimõtetest võib ja peab lähtuma ka personaliseeritud hinnakujundusega seonduva teavitamiskohustuse täitmisel, kuivõrd personaliseeritud hinnakujunduse kasutamine kauba või teenuse hinna kehtestamisel võib olla põhjus, miks tarbija otsustab toodet soetada või mitte soetada. Seega leiab autor, et esimene eespool mainitud täitmise ja ajakohastamise direktiivi lepingueelse teavitamiskohustuse täitmise võimalus, s.t tarbijate teavitamine otse toote või teenuse lehel, oleks kõige sobivam ja asjakohasem variant direktiivi eesmärkide saavutamiseks. Taolise meetme kasutuselevõtuga kaasneb potentsiaalselt risk, et teavitus personaliseeritud hinnakujundusest tõukab teatud hulk tarbijaid eemale, kuid selline risk on hetkel üsna teoreetiline ning selle mõjud vajavad eraldi hindamist konkreetsetel asjaoludel. Õigusosalases kirjanduses on leitud, et teavitamisega personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisest peab tarbija panema seda tähele ning olema võimeline hindama riski, et isikupõhine hind on kõrgem võrreldes hindadega, millega pakuvad sama toote teised kauplejad.⁴³ Teine võimalus, s.o teavitamine kaupleja üldtingimustes, oleks aga äärmiselt ebaefektiivne niivõrd, kuivõrd keskmine tarbija, keda vastuvõetud meede on mõeldud kaitsma,

⁴¹ Euroopa Komisjon. Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs). Final report, lk 20. (21.03.2016) – https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/terms_and_conditions_final_report_en.pdf (26.02.2020)

⁴² GDPR-i põhjendus 39.

⁴³ Tjon Akon, M. Personalized Pricing Using Payment Data: Legality and Limits Under European Union and Luxembourg Law, lk 13-14. (01.12.2019) – https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3536187 (27.04.2020)

ei pane seda suure tõenäosusega tähele. Tõenäoliselt koostatakse suunised teavitamisnõude siseriiklikusse õiguskorda sisseviimiseks lähitulevikus ka EL-i pädevate asutuste tasandil, tagamaks tarbijate ühetaolist kaitset siseturul. Nende mõjude tagajärgi saab aga hinnata alles siis, kui meetmed on võetud kasutusele liikmesriikide ja kauplejate poolt ning möödunud on arvestatav ajavahemik, mille põhjal on võimalik teha vastavaid kokkuvõtteid.

Kuivõrd personaliseeritud hinnakujundust puudutav lepingueelne teavitamisnõue on oma sisu poolest eelkõige kaupleja ja tarbija vaheline eraõiguslik kohustus,⁴⁴ peab autor oluliseks rõhutada, et tarbijal on olemas võimalus kaitsta ennast personaliseeritud hinnakujundusega kaasnenud kahjulike tagajärgede, s.o eelkõige tavalisest kõrgema hinna maksmise eest. Vastavasisuliseks õiguskaitsevahendiks on tarbija lepingust taganemise õigus. Tarbijaõiguste direktiivi artiklites 9-15 ning liikmesriikide lepingulisi õigussuhteid reguleerivates õigusaktides ettenähtud taganemiskord ei ole otseselt nõue, mis mõjutab personaliseeritud hinnakujunduse rakendamist või toimimist. Sellegipoolest on õigusosalases kirjanduses leitud, et 14-päevane taganemisõigus on tarbija *ex post* õiguskaitsevahend personaliseeritud hinnakujunduse kahjulike mõjude vastu.⁴⁵ Kuivõrd tarbija ei pea kauplejale põhjendama oma taganemisotsust, võib lepingu lõpetamise mõjuteguriks olla ka asjaolu, et tarbijale saab lepingu sõlmimise järgselt teatavaks, et kaupleja kasutas kauba või teenuse hinna määramisel personaliseeritud hinnakujundust. Sellisel viisil taganemisõiguse kasutamise praktiline mõistlikkus võib olla küsitav. Nimelt on vähetõenäoline, et keskmine tarbija taganeb lepingust, sealhulgas tegeleb kauba tagastamisega, üksnes põhjusel, et tema hind oli personaliseeritud. Lisaks sellele on tarbijal tulenevalt Direktiivist 1999/44/EÜ⁴⁶ õigus kasutada kauba lepingutingimustele mittevastavuse korral mitmeid õiguskaitsevahendeid, sealhulgas nõuda hinna alandamist, kui on täidetud vähemalt üks kõnealuse direktiivi artiklis 3(5) sätestatud punktidest. Autor ei välista, et juhul, kui personaliseeritud hinnakujunduse tulemusena on tarbija maksnud tavalisest kõrgemat hinda, ning kaupleja ei ole teavitanud tarbijat personaliseeritud hinnakujunduse kasutamisest, võib hinna alandamine tulla kõne alla. Seda aga ainult siis, kui tarbija avastab personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise fakti kahe aasta jooksul alates kauba üleandmisest ning suudab tõendada, et tegemist on lepingule mittevastavusega. Sellisel juhul

⁴⁴ See tähendab, et teavitamisnõuet saab lisaks sellele vaadelda kui tarbija avalik-õiguslikku kohustust, mille täitmise üle võib teostada järelevalvet riigi pädev ametiasutus ning mille mittetäitmist võib riik sanktsioneerida trahvide jm meetmete abil. (*Supra*, lk 19-20)

⁴⁵ de Streel, A., Jacques, F. Personalised pricing and EU law, lk 10. 30th European Conference of the International Telecommunications Society: „Towards a Connected and Automated Society“, Helsingi, Soome, 16.-19. juuni 2019. a. – <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/205221/1/de-Streel-Jacques.pdf> (24.03.2020)

⁴⁶ 25. mai 1999. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta. – EÜT L 171, 07.07.1999, lk 12-16 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 4, lk 223-227).

saab tarbija nõuda hinna alandamist summani, mis kehtib tarbijatele, kelle suhtes ei rakendatud personaliseeritud hinnakujundust. Ülaltoodu näitab, et EL-i tarbijakaitseõiguse direktiividega ettenähtud õiguskaitsevahendid koosmõjus GDPR-ist tulenevate õigustega võimaldavad tarbijal vältida soovimatut isikupõhise hinnastamise kasutamist.

Kokkuvõtvalt saab öelda, et nii enne kui pärast täitmise ja ajakohastamise direktiivist tulenevate muudatuste jõustumist võimaldab tarbijaõiguste direktiiv kauplajatel kasutada oma äritegevuses personaliseeritud hinnakujundust ning rakendada seda internetipõhistes kauplemiskohtades. Direktiivi 2019/2161 peamine panus tarbijate õiguste tagamisse personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis on konkreetse selgesõnalise lepingueelse teavitamiskohustuse loomine. Seadusandja olulisim roll uue teavitamisnõude ülevõtmisel siseriiklikusse õigusesse on tagada, et selle rakendamine on efektiivne tarbijate teavitamisel ning ei koorma kauplajaid ebamõistlikult ega kahjusta neid majanduslikult. Seega kaupleja, kes teavitab tema internetipõhisel kauplemisplatvormil oste sooritavaid tarbijaid sellest, et nendele rakendatakse personaliseeritud hinnakujundust, vastab muudetud tarbijaõiguste direktiivist tulenevatele teavitamisnõuetele.

Praktikas võib aga tekkida teatud hulk probleeme. Esiteks, personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine internetipõhistes kauplemiskohtades ei ole läbipaistev. Tarbijad ei oska üldjuhul tuvastada, et neile pakutud hind on kujunenud nende isikuandmete töötlemise tulemusena. Selle peamine põhjus on, et kehtivad liikmesriikide tarbijakaitseõigust reguleerivad seadused ei kohusta kauplajaid tegema personaliseeritud hinnakujunduse kasutamist teatavaks, kuna täitmise ja ajakohastamise direktiivile eelnenud ajal selline kohustus puudus. Sellegipoolest ei ole tarbijad siiski ainsad, kes jäävad personaliseeritud hinnakujunduse kasutamise osas teadmatusesse, kuivõrd personaliseeritud hinnakujunduse meetoditest on vähe teada ka seadusandjale.⁴⁷ Autor leiab, et kõige kohasem viis selliste riskide maandamiseks on kõnealuse hinnapraktika tehniliste aspektide pidev ja aktiivne uurimine. Koostöö ettevõtjatega ning vajadusel järelevalvemenetluste alustamine ja kauplajate hindade kujundamise ärimudelite uurimine aitaks Komisjonil ja liikmesriikide pädevatel institutsioonidel olla teadlik reaalsest riskidest ja ohtudest, mis kaasnevad isikuandmete töötlemisega tulu teenimise eesmärgil. Teiseks, tarbijal puudub otsustusvõimalus olukorras, kus teda huvitava kauba või teenuse hind määratakse isikuandmete töötlemise abil, ja õigus valida, mis isikuandmeid tohib kaupleja sellise hindade kujundamise meetodi raames töödelda. Esimest probleemi lahendatakse

⁴⁷ OECD (viide 1), lk 10.

tõenäoliselt täitmise ja ajakohastamise direktiivi sätete ülevõtmisega liikmesriikide õiguskorda. Vajadus lahendada teist probleemi seaduse tasandil on küsitav, kuid võib arvata, et konkreetsete personaliseeritud hinnakujundust puudutavate teavitamisnõuete rakendamise ja jõustamisega tarbijate tõuseb üldine teadlikkus. Ühtlasi tekib tarbijatel parem ülevaade nende isikuandmete kasutamise kohta. Tarbijate teadlikkus soodustab kaalutud ja teadvustatud valikute tegemist ning järelikult langeb ära ka vajadus lahendada teist nimetatud probleemi.

1.3. Personaliseeritud hinnakujundus kui ebaaus kaubandustava

Hinnates personaliseeritud hinnakujunduse kui kaubandusvõtte kokkusobivust tarbijakaitseõigusega tuleb lähtuda ebaausate kaubandustavade direktiivist. Nimelt on Komisjon 2020. aasta märtsis taaskord kinnitanud, et personaliseeritud hinnakujundus kuulub ebaausate kaubandustavade direktiivi reguleerimisalasse.⁴⁸ See ei tähenda aga, et personaliseeritud hinnakujunduse puhul oleks vaikimisi tegemist keelatud kauplemisvõttega. Küll aga peab personaliseeritud hinnakujundus olema kooskõlas nimetatud direktiivis sätestatud nõuetega.

Ebaausate kaubandustavade direktiivi eesmärgiks on algusest peale olnud ühtlustada liikmesriikide õigusakte, mis käsitlevad tarbijapoolsete tehinguotsuste mõjutamisega seotud kaubandustavasid, tagades seeläbi tarbijakaitse kõrge taseme ja siseturu sujuva toimimise.⁴⁹ Nimetatud direktiiv näeb ette üldist ebaausate kaubandustavade keeldu, eristades seejuures eksitavaid ja agressiivseid kaubandustavasid. Peale selle on kõnealuse direktiivi lisas 1 sätestatud kaubandustavad, mis loetakse alati ebaausateks. See tähendab, et kui üldine ebaausate kaubandustavade kontroll ning eksitavad ja agressiivsed kaubandustavad vajavad kaasusepõhist hindamist, siis lisas 1 toodud tunnuste esinemisel kaubandustavad eraldi hindamist ei vaja. Autor on seisukohal, et tulenevalt personaliseeritud hinnakujunduse olemusest, ei või taolise ärimudeli puhul *a priori* olla tegemist agressiivse kaubandustavaga, lähtudes nimetatud direktiivi artiklitest 8 ja 9. Samuti leiab autor, et ükski lisas 1 toodud tingimus ei ole otseselt seotud personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisega. Seetõttu analüüsitakse edaspidi, kas personaliseeritud hinnakujundus võib kvalifitseeruda eksitavaks kaubandustavaks ebaausate kaubandustavade direktiivi mõttes ning kas see võib langeda üldise ebaausate kaubandustavade keelu alla.

⁴⁸ Parliamentary questions. Answer for question E-004289/2019. (06.03.2020) – https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-004289-ASW_EN.html (24.03.2020)

⁴⁹ Ebaausate kaubandustavade direktiivi põhjendused 3, 5, 7.

Ebaausate kaubandustavade direktiivi kontekstis on eksitavad kaubandustavad jaotatud eksitavaks tegevuseks ja eksitavaks tegevusetuseks, mis on reguleeritud vastavalt artiklites 6 ja 7. Kaupleja tegevust loetakse eksitavaks, kui see sisaldab teavet, mis võib petta keskmist tarbijat tehinguotsuse tegemisesse, mida ta ei oleks muidu teinud. Artikkel 6(1) näeb ette loetelu taolisest teabest. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis on asjakohane punkt d, mille järgi selliseks teabeks võib olla hind või hinna arvutamise viis või konkreetse hinnaeelise olemasolu. Kuigi üldiselt heidetakse personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisele ette selle läbipaistmatust, s.t et personaliseeritud viisil hindade kujundamist hoitakse salajas, võib teatud juhtudel kaasneda nimetatud hinnastamise praktikaga nii-öelda aktiivne tarbija eksitamine. Õigusteadlased A. de Streel ja F. Jacques toovad näiteks olukordi, kus kaupleja kujundab tarbijatele hindu isikupõhiselt, kuid eitab seda või varjab selle hoopis spetsiaalse sooduspakkumise taha.⁵⁰ Järelikult on vale teabe esitamine personaliseeritud hinnakujunduse kasutamise kohta eksitav tegevus ebaausate kaubandustavade direktiivi artikli 6 mõttes.

Seevastu tegevusetuse puhul loetakse kaubandustava eksitavaks, kui see jätab välja või esitab ebaselgel kujul või ebaõigel ajal olulise teabe, mida keskmine tarbija vajab teadliku tehinguotsuse tegemiseks ning sellise väljajätmise tagajärjel petab teda tehinguotsuse tegemisesse, mida ta ei oleks muidu teinud. Oluline teave artikli 7(4) punkti c järgi on muu hulgas hind ja hinna arvutamise viis, lisaks võib artikli kohaselt oluline teave ilmned juba konkreetse tehingu või praktika kontekstis. Keskmise tarbija seisukohalt on tema isikuandmete kasutamine kauba või teenuse hinna kujundamisel kahtlemata oluline teave, mis võib olla määravaks faktoriks tehingu tegemisel või mittetegemisel. Tänapäeval kipuvad tarbijad olema ettevaatlikud ja reserveeritud isikuandmete avaldamise osas turustamisesmärکیدel.⁵¹ Seega leiab autor, et tarbija teavitamata jätmine tema suhtes personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisest on eksitav tegevusetus ebaausate kaubandustavade direktiivi artikli 7 kohaselt.

Üldine ebaausate kaubandustavade keeld on sätestatud artiklis 5(2), mis näeb ette, et kaubandustava on ebaaus, kui see on vastuolus ametialase hoolikuse nõuetega ja seoses mingi tootega moonutab, vähemalt tõenäoliselt, oluliselt selle keskmise tarbija või tarbijagrupi majanduskäitumist, kellele toode on suunatud. Esimese eelduse, s.t ametialase hoolikuse, puhul

⁵⁰ de Streel, A., Jacques, F., lk 5.

⁵¹ Pantea, C., Veghes, C., Diana, B., Marius, R. Attitudes of the consumers regarding the processing and employment of their personal data. – Annals of Faculty of Economics 1, Academy of Economic Studies in Bucharest, lk 802. (2010)

on tegemist üsna laia ja abstraktse mõistega.⁵² Kohtuasjas C-435/11 on Euroopa Kohus käsitlenud vastavust ametialase hoolikuse nõuetele kui „turvavõrku“, mida tuleb kontrollida üksnes juhul, kui eksitavate ja agressiivsete kaubandustavade tunnused ei ole tuvastatud.⁵³ Tarbijate majanduskäitumise moonutamise kontekstis väärrib mainimist seisukoht, mille kohaselt ei pruugi isikuandmete kasutamine hindade kujundamisel oma olemuselt olla tarbijale tingimata majanduslikult kahjulik. Nimelt leiab OECD oma raportis, et levinud arvamus selle kohta, et personaliseeritud hinnakujundusega küsitakse tarbijalt paratamatult tema hinnatundlikkusele vastavalt kõige kõrgemat hinda ei vasta alati tõele. Esiteks on isikuandmete põhjal tehtud hinnangud oma laadi poolest ebatäielikud, mistõttu ettevõtjad võivad määrata sellest madalamaid hindu, vältimaks klientide hinnatundlikkuse alahindamist. Teiseks võib tiheda konkurentsi olemasolu turul piirata ettevõtjate võimet määrama hinnangutel põhinevaid kõige kõrgemaid hindu.⁵⁴ Seega võib teatud olukordades majanduskäitumise moonutamise argument olla praktikas raskesti tõendatav. Laiemalt vaadatuna ei ole personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis ebaausate kaubandustavade keelu üldiste eelduste kontroll vajalik juhul, kui on leitud, et isikupõhise hindade kujundamisega kaasneb kauplejapoolne eksitav tegevus või tegevusetus.

Eestis sisalduvad vastavad ebaausaid kaubandustavasid puudutava regulatsioonid TKS-i §-des 13-18 – regulatsiooni ülesehitus ja sõnastus on sisuliselt identne kõnealuse direktiivi omaga. Keelu rikkumist reguleeriv sanktsiooninorm on TKS § 70 ning siinkohal on märkimisväärne, et juriidilisele isikule kohaldatav rahaline karistus keelu rikkumise eest on kordades suurem võrreldes TKS §-s 68 sätestatud teavitamisnõuete rikkumisega. Juriidilist isikut karistatakse ebaausa kaubandustava kasutamise eest rahatrahviga kuni 50 000 eurot, mis on iseenesest ka loogiline seadusandjapoolne otsus – kui teavitamisnõuete rikkumist saab üldjuhul vaadelda konkreetse tarbijaõigussuhte raames, siis ebaausaid kaubandustavasid rakendatakse määratlemata tarbijate arvu suhtes, mis tähendab, et neid võib olla sadu ja tuhandeid. Sarnaselt tarbijaõiguste direktiiviga muudab Direktiiv 2019/2161 ebaausate kaubandustavade direktiivi selliselt, et karistuste maksimummäär seatakse sõltuvusse keeldu rikkunud ettevõtja aastakäibest. Järelikult on vastavasisulisi muudatusi oodata ka TKS §-s 68 sätestatud sanktsiooninormis.

⁵² Ametialane hoolikus on defineeritud ebaausate kaubandustavade direktiivi artiklis 2(h) kui „erioskuste tase ja hoolikus, mille kasutamist tarbijate suhtes võib ettevõtjalt õigustatult eeldada, ja mis on vastavuses ausate kaubandustavadega ja/või hea usu üldpõhimõttega ettevõtja tegevusalal“.

⁵³ EKo C-435/11, *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*, ECLI:EU:C:2013:574, p-d 45-48.

⁵⁴ OECD (viide 1), lk 11.

Kokkuvõtvalt on vastavus ebaausate kaubandustavade direktiivi regulatsioonidele ning direktiivist pärinevatele vastavate liikmesriikide õigusnormidele kriitiliselt oluline lähtepunkt, kontrollimaks personaliseeritud hinnakujunduse üleüldist vastavust EL-i tarbijakaitseõiguse põhimõtetele. Personaliseeritud hinnakujundus ei ole vaikumisi ebaaus kaubandustava selle tähenduses ning ei ole direktiivi seisukohast keelatud. Vältimaks aga ebaausate kaubandustavade keelu rikkumist, peab personaliseeritud hinnakujundust rakendav ettevõtja arvestama kahe tingimusega. Esiteks ei või taoline kaupleja B2C tehingute tegemisel jätta välja teavet, et hindade kujundamisel on töödeldud tarbijate isikuandmeid – vastasel juhul on tegemist kaupleja eksitava tegevusetusega. Teiseks ei või kaupleja varjata personaliseeritud hinnakujunduse rakendamist näiteks konkreetsele tarbijale suunatud erisoodustuse taha või seda selgesõnaliselt eirata, kuivõrd taoline käitumine kvalifitseerub kaupleja eksitavaks tegevuseks. Järelikult tähendab tarbija teavitamine personaliseeritud hinnakujunduse esinemisest, et kõnealuse hinnastamise ärimudeli puhul ei ole tegemist ebaausa kaubandustavaga. Siiski pakub praktikas seadusandjale ja tarbijale muret sama probleem, mis oli toodud välja ka lepingueelse teavitamiskohustuse osas – kui kaupleja ei teavita personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisest ise, siis ei ole see kergesti tuvastatav ka tarbijale, seadusandjale ega pädevale järelevalveasutusele. Sellises olukorras ei jää üle aga muud, kui põhjendatud kahtluse korral teostada kontroll kauplejate tegevuse üle ning teha nendega koostööd, kaasates ühtlasi eksperte, kelle panus võib aidata tuvastada selliseid personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisviise, mis võivad eksitada tarbijaid.

1.4. Reklaaminõuded

Eespool käsitles autor, et personaliseeritud hinnakujundust iseloomustab asjaolu, et selle rakendamisel soovivad kauplejad olla märkamatud ehk, teisisõnu, nad ei soovi avalikustada tarbijatele personaliseeritud hinnakujundamise kasutamise fakti. Kõnealuse ärimudeli puhul on tegemist võrdlemisi uudse hinnapraktikaga ja mõistagi võib tarbijatel tekkida rida küsimusi, kui nad saavad teada, et nendele pakutavad hinnad on kujunenud nende isikuandmete töötlemise tulemusena. See ei tähenda siiski, et kauplejad ei või kasutada personaliseeritud hinnastamise juures reklaami. Vastupidi, reklaami kasutatakse tihtipeale selleks, et varjata personaliseeritud hinnakujundust. Reklaam peab aga tingimata vastama kehtivatele reklaaminõuetele.⁵⁵ Oma olemuselt on reklaam kaupleja kauplemisvõtte, mistõttu kuulub see ebaausate kaubandustavade direktiivi reguleerimisalasse. Lisaks sellele on EL-i tasandil võetud

⁵⁵ Autor ei käsitlenud siinkohal teatud valdkondades ettenähtud spetsiifilisi turustamistingimusi, vaid lähtub üldistest nõuetest, millele reklaam peab vastama siseturul.

vastu reklaami käsitlev Direktiiv 2006/114/EÜ⁵⁶ (edaspidi eksitava ja võrdleva reklaami direktiiv).

Rääkides ebaausate kaubandustavade tulenevatest nõuetest, võib personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis reklaam olla kaupleja eksitav tegevus, mida on käsitletud eelnevalt.⁵⁷ Olukorra illustreerimiseks toob autor järgmise näite. Kaupleja kogub ja töötleb konkreetse tarbija isikuandmeid ning tuvastades, et tarbijat huvitab konkreetne toode, teavitab kaupleja tarbijat, et ta on „võitnud“ hinnasoodustuse või sooduskupongi just teda huvitavale tootele. Kuigi esmapilgul võib tunduda, et selle tulemusel satub tarbija tavapärasest soodsamasse olukorda, siis tuleb hinnata ka seda, kas tarbija teadasaamine tema „võidust“ tekitab tal positiivse tunde ning moonutab tema majanduskäitumist ehk kas just sellise eksitava pakkumise mõjul soetab tarbija kõnealuse toote. Praktikast võib leida aset sellisel viisil tarbija eksitamine koostoimes suunatud reklaamiga (ingl. *targeted advertising*), kuivõrd enne kui kaupleja saab kujundada isikupõhise hinda, peab ta teadma mis kaupa või teenust soovib tarbija omada. Tõenäoliselt on iga internetikasutaja leidnud ennast olukorras, kus vahetult pärast konkreetse toote otsimist kerkivad selle sama toote hinnapakumised teistele veebilehtedele, mis lubavad spondeeritud reklaami. Just sellistel juhtudel on tegemist suunatud reklaamiga. Suunatud reklaam kui kaubandusvõtte ei ole keelatud niivõrd, kui see ei vii tarbijat eksitusse ega jäta välja tarbijale tähtsust omavat informatsiooni, näiteks miks tarbija sellist reklaami üldse näeb. Seevastu on näites kirjeldatud „võidu“ reklaami taha varjatud personaliseeritud hinnakujundus kaupleja eksitav tegevus, kuivõrd kaupleja ei täida ebaausate kaubandustavade ning võrdleva ja eksitava reklaami direktiividega ettenähtud tarbijate teavitamiskohustust ning selle asemel esitab hoopis valeinfot. Järelikult kvalifitseerub taoline reklaam siseturul keelatuks ebaausaks kaubandustavaks.

Autor leiab, et personaliseeritud hinnakujundusega seotud reklaami puhul ei või olla tegemist eksitava tegevusega, või see võib selleks kvalifitseeruda väga erandlikel ja spetsiifilistel asjaoludel. Nimelt üldjuhul kui kaupleja jätab personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise fakti reklaamist välja, siis eksitav ja ebaaus on kaupleja tegevus tervikuna ja mitte reklaam kui selline. Reklaam on suunatud müügi edendamisele ning ka väljaspool personaliseeritud hinnakujunduse käsitlust ei eeldata tavaliselt reklaami kui üldsusele suunatud teabe puhul, et kaupleja avaldab reklaami raames ka oma hindade kujundamise meetodeid ja viise. Osas, mis

⁵⁶ 12. detsembri 2006. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2006/114/EÜ eksitava ja võrdleva reklaami kohta (kodifitseeritud versioon). – ELT L 376, 27.12.2006, lk 21-27.

⁵⁷ *Supra*, lk 26.

on relevantne personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis, eksitava ja võrdleva reklaami direktiiv sisuliselt kordab ebaausate kaubandustavade direktiivis sätestatud, mistõttu siinkohal ei käsitle autor nimetatud küsimust eraldi. Küll aga väärivad tähelepanu olukorrad, kus kauplejad reklaamivad personaliseeritud hinnakujunduse tagajärjel kehtestatud hindu üldiste hinnasoodustuste kujul. Direktiiviga 2019/2161 täiendati hinna avaldamise direktiivi osas, mis puudutab hinna alandamise näitamist. Nimelt on kõnealune direktiiv täiendatud artikliga 6a, mille kohaselt hinna alandamise teates tuleb ära näidata varasem hind, milleks on üldjuhul ettevõtja kohaldatud madalaim hind, mis on kehtinud vähemalt 30 päeva enne alandamist. Tegemist on järjekordse uue kohustusega, mida peab järgima pärast täitmise ja ajakohastamise direktiivi ülevõtmist liikmesriikide õiguskorda, ehkki sarnaselt teavitamiskohustusega on see tõenäoliselt mingil määral tuletatav ka tulenevalt ebaausate kaubandustavade direktiivist.

Kokkuvõttes ei ole reklaam personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisel keelatud, kuid selle suhtes kehtib nõue, nagu mistahes teise reklaami puhul, et reklaam ei või viia tarbijaid eksitusse ega moonutada nende majanduskäitumist, varjates seejuures isikuandmete töötlemist personaliseeritud hindade kujundamise eesmärgil.

1.5. Tarbijate isikuandmete töötlemisega seonduvad nõuded

Andmeid on juba kümme aastat tagasi nimetatud „interneti uueks kütuseks ja digitaalse maailma uueks valuutaks“⁵⁸. Ka personaliseeritud hinnakujunduse kui ärimudeli peamine eripära on kohandatud hinnapakumiste väljatöötamine tarbijate isikuandmete töötlemise tulemusena. Isikuandmete töötlemine personaliseeritud hinnakujunduse raames peab seega vastama GDPR-is sätestatud isikuandmete töötlemise korrale. Alljärgnevalt selgitab autor, kuidas isikuandmete töötlemine toimub hindade isikupõhise kujundamise protsessis ning analüüsib, kuidas see sobitub asjakohaste GDPR-i sätetega.

Peamine praktikas tõusetuv küsimus seonduvalt andmekaitsega personaliseeritud hinnakujunduse raames on see, kas isikuandmete töötlemine hinna määramisel on õigustatud parema pakkumise saamise nimel või hoopis avab ettevõtjale ukse erinevat laadi kuritarvitusteks? Rääkides isikuandmete edastamisest ja töötlemisest personaliseeritud hinnastamise protsessis, toovad F. Zuiderveen Borgesius ja J. Poort oma artiklis välja kolm

⁵⁸ Kuneva, M. Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling: keynote speech. (31.03.2009) – https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_09_156 (08.03.2020)

põhilist võimalust, kuidas kaupleja pääseb ligi tarbijate isikuandmetele.⁵⁹ Esiteks võivad isikuandmed olla teadlikult ja vabatahtlikult edastatud kauplejale tarbijate poolt. Näiteks siis kui tarbija loob endale kliendikonto kaupleja hallatavas kauplemiskohas. Teiseks võivad isikuandmed olla omandatud tahtmatult ja teadmata, kuivõrd üldjuhul on tarbijad kauplejale tuvastatavad IP-aadressi ja küpsisefailide (ingl. *web cookies*) abil. Kolmas võimalus on isikuandmete edastamine kauplejale kolmandate isikute, näiteks reklaamipakkujate, poolt: reklaamipakkujad saavad küpsisefailide teel jälgida tarbijate internetikäitumist, mis omakorda võimaldab neil luua tarbija kasutajaprofiili, mille alusel kauplejad saavad isikupõhiselt kohandada toote või teenuse hinda. Sellest nähtub, et kauplejal on üsna mitu viisi tarbijate isikuandmete töötlemiseks ja nende põhjal personaliseeritud hinnapakumiste tegemiseks. Nii on näiteks Komisjoni 2015. aasta teatises leitud, et tol hetkel 90% kogu internetis ringlevatest andmetest tekkis ajavahemikus 2013-2015.⁶⁰ Samas puudub tarbijatel aga võimalus otsustada, kas ja mis liiki isikuandmeid on kauplejal lubatud kasutada isikupõhiste hindade kujundamisel. Seega põrkuvad siinkohal mitte pelgalt kaupleja huvid isikuandmete kättesaadavuse kujul ja tarbijate huvid privaatsuse näol, vaid on tasakaalustamata ka kaupleja ja tarbija võimalused isikuandmetele ligipääsu kontrollimiseks. Eespool mainitud praktikas tõusetuval küsimusele ei saa anda üksikasjalikku vastust: tarbijad võivad kindlasti saada soodsaid personaalseid hinnapakumisi toodetele, mida nad on näiteks äsja internetist otsinud, kuid sellega kaasneb oht, et nad hakkavad tarbima oluliselt suuremates kogustes, ise seda teadvustamata. Vältimaks laiaulatuslikku tarbijate isikuandmete kuritahtlikku kasutamist on äärmiselt oluline, et personaliseeritud hinnakujundus oleks kooskõlas normidega, mis tagavad isikuandmete õiguspärasest töötlemist ning seeläbi piiravad võtteid, mis soodustavad tarbijate isikuandmete kuritarvitamist ja väärkasutamist.

GDPR-i näol on tegemist määrusega ning tulenevalt ELTL artikli 288 teisest lõikest on määrus üldiselt ja vahetult kohaldatav. GDPR-i artikli 1 kohaselt on see kohaldatav kõigi tehingute suhtes, kus isikuandmete kogumine või töötlemine aset leiab. GDPR-i isikuandmete definitsioon on küllaltki lai⁶¹, mis tähendab, et isikuandmete kaitse reeglistik kohaldub teatud

⁵⁹ Zuiderveen Borgesius, F., Poort, J. Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law. – Journal of Consumer Policy 2017/40, lk 350.

⁶⁰ Euroopa Komisjon. Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning regioonide komiteele. Euroopa digitaalse ühtse turu strateegia, lk 11. – COM(2015) 192 final, Brüssel, 06.05.2015.

⁶¹ Isikuandmete mõiste on defineeritud GDPR-i artiklis 4(1). Nimelt on isikuandmed igasugune teave tuvastatud või tuvastatava füüsilise isiku („andmesubjekti“) kohta; tuvastatav füüsiline isik on isik, keda saab otseselt või kaudselt tuvastada, eelkõige sellise identifitseerimistunnuse põhjal nagu nimi, isikukood, asukohateave, võrguidentifikaator või selle füüsilise isiku ühe või mitme füüsilise, füsioloogilise, geneetilise, vaimse, majandusliku, kultuurilise või sotsiaalse tunnuse põhjal. Seda definitsiooni kasutatakse ka täitmise ja ajakohastamise direktiivis, viidates otse kõnealusele GDPR-i sättele.

määril peaaegu kõigi tehingute raames ning hõlmab muuseas ka tsiviiltehinguid. Lisaks GDPR-i isikuandmete määratlusele on mõistet käsitletud nii EL-i institutsioonide tasandil kui ka Euroopa Kohtus. Näiteks on EL-i andmekaitse töörühm⁶² leidnud, et kordumatu tunnusega küpsisefail kvalifitseerub isikuandmeteks niivõrd, kuivõrd see võimaldab andmesubjektide eristamist.⁶³ Euroopa Kohus toetab samuti isikuandmete kontseptsiooni laiemat tõlgendust: 2016. aastal leidis kohus, et ka veebilehe külastaja dünaamiline IP-aadress võib kindlatel asjaoludel olla käsitletav isikuandmetena.⁶⁴ Seega saab GDPR-is sätestatud isikuandmete definitsiooni ning seda laiendavate käsitluste põhjal väita, et personaliseeritud hinnakujunduse protsessi raames tuleb järgida GDPR-i nõudeid juba hetkest, kui kaupleja pääseb ligi tarbijat eristavale teabele, mille põhjal ei pruugi isegi olla võimalik teha personaliseeritud hinnapakumisi. Mõistagi on seetõttu GDPR-iga arvestamise olulisus rõhutatud ka täitmise ja ajakohastamise direktiivis.⁶⁵ Isikuandmete töötlemise üldised põhimõtted on sätestatud GDPR-i artiklis 5 ning kõik artiklis toodud põhimõtted peavad olema järgitud mistahes isikuandmete töötlemise protsessis. Kuivõrd GDPR-i nõuete järgimine on personaliseeritud hinnakujunduse õiguspäraseks rakendamiseks mõödapääsmatu, käsitletakse edaspidi kõnealuse hinnapraktika vastavust GDPR-i normidele, mis on autori seisukohalt relevantset isikupõhise hinnastamise protsessi käigus. Nendeks on: 1) isikuandmete töötlemise seaduslikkus; 2) andmesubjekti nõusolek; 3) juurdepääs teabele; ning 4) automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise erisused.

GDPR-i artiklist 6(1) tuleneb, et isikuandmete töötlemine on seaduslik üksnes siis, kui on täidetud vähemalt üks artiklis 6(1) ammendava loeteluna toodud tingimustest. Seonduvalt personaliseeritud hinnakujundusega on asjakohane ennekõike punktis a sätestatud tingimus, s.o isikuandmete töötlemine nõusoleku alusel. Nõusoleku saamine personaliseeritud hinnakujunduse rakendamiseks võib olla võrdlemisi raske, kuivõrd tarbijate suhtumine mistahes hinnadiskrimineerimisesse on üsna negatiivne.⁶⁶ Teine võimalik seaduslik alus on punkt b, mille kohaselt isikuandmete töötlemine on seaduslik, kui see on vajalik lepingulise kohustuse täitmiseks. On siiski vaieldav, kas see alus on antud kontekstis asjakohane: töötlemist

⁶² Artikli 29 alusel asutatud andmekaitse töörühm (ingl. *Article 29 Working Party*), mis asendati Euroopa Andmekaitse nõukoguga (ingl. *European Data Protection Board*) 25.05.2018. aastal.

⁶³ Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 2/2010 on online behavioural advertising, lk 9. – WP 171, 22.06.2010.

⁶⁴ EKO C-582/14, *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2016:779, p 49.

⁶⁵ Täitmise ja ajakohastamise direktiivi põhjendus 33.

⁶⁶ Poort, J., Zuiderveen Borgesius, F. Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination. – *Internet Policy Review*, 2019/8 (1), lk 17.

loetakse vajalikuks, kui lepingut ei ole võimalik ilma selleta täita,⁶⁷ mis ei ole aga nii personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise korral. On ilmselge, et lepingu täitmine kaupleja poolt ei saa sõltuda sellest, kas ta töötleb tarbija isikuandmeid personaliseeritud hinna kujundamiseks, kuivõrd isikupõhine hinnakujundus leiab aset enne lepingu sõlmimist ning see *a priori* ei mõjuta lepingu täitmist selle sõlmimise järgselt. Küll võib aga nimetatud alus tulla kõne alla punkti b teise alternatiivi korral näiteks siis, kui personaliseeritud hinnakujundus on rakendatud vabatahtlikkuse põhimõttel, s.t tarbija taotleb ise isikupõhist kujundamist kauplejalt ning kaupleja ei küsi selle jaoks eraldi nõusolekut. Personaliseeritud hinnakujunduse taolisel viisil rakendamine ning ka artikli 6 punkt b on sellegipoolest küsitav niivõrd, kuivõrd vähemalt praegu personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise eesmärgiks on mitte hinnakokkuleppe saavutamine tarbija ja kaupleja vahel, vaid tarbijalt tema maksevalmidusele võimalikult täpselt vastava hinna küsimine.

Kolmas asjakohane variant isikuandmete töötlemise õigustamiseks on tugineda artikli punktile f ehk kaupleja õigustatud huvi olemasolule. Nimetatud punkti iseloomustab samamoodi vajalikkuse kriteerium ning sellele tuginemine on välistatud kui õigustatud huvi kaaluvad üles tarbija huvid või põhiõigused ja -vabadused. Kaupleja õigustatud huvi on võimalik analüüsida kolmeastmelise testi raames, mida autor käsitleb ka siinkohal.⁶⁸ Esiteks peab tuvastama õigustatud huvi olemasolu. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis võib kaupleja õigustatud huviks olla tulu teenimine isikupõhise hinnapraktika kasutuselevõtu tulemusena. Teiseks tuleb näidata, et isikuandmete töötlemine on selle saavutamiseks vajalik. Sarnaselt punktiga b eeldab siinkohal vajalikkuse kriteerium, et õigustatud huviga seotud eesmärgid ei ole võimalik täita mingil muul moel. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis on küsitav, kas on täidetud vajalikkuse kriteerium õigustatud huvi puhul, kuivõrd tulu teenimise eesmärk ehk toote soetamine kaupleja internetipõhisel kauplemissivvormil saab toimida ka nõusoleku alusel, mis on aga juba oma olemuselt palju läbipaistvam alus. Autor leiab, et vajalikkuse kriteerium ei ole täidetud personaliseeritud hinnakujunduse valguses, või see võib olla täidetud väga erandlikel asjaoludel. Viimaseks tuleb võrrelda kaupleja õigustatud huvi tarbija huvide, õiguste ja vabadustega. Tarbijate peamine huvi ja õigus on nende õigus privaatsusele, s.t tarbijate soov, et nende isikuandmeid ei kasutataks ilma nende teadmata hinnapakumiste kujundamise eesmärgil ja ei teenitaks selle arvelt tulu. Mõistagi võivad

⁶⁷ Voigt, P., Von dem Bussche, A. The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide, lk 102. Šveits: Springer 2017.

⁶⁸ Information Commissioner's Office. Legitimate interests. – <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/> (24.04.2020)

tarbijatel olla ka majanduslikud huvid ehk parema hinnapakumise saamise võimalus. Kokkuvõtvalt saab aga öelda, et õigustatud huvile tuginemine sõltub konkreetsetest personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise asjaoludest ning kaupleja vastuvõetud meetmetest GDPR-iga vastavuse tagamiseks. Teisisõnu, ei saa öelda, et kaupleja saab alati tugineda artikli 6 punktile f, vaid seda tuleb hinnata kaasusepõhiselt ning selgesõnalise nõusoleku saamine tarbija käest jääb kõige kindlamaks aluseks tarbija isikuandmete õiguspäraseks töötlemiseks.

Nõusolek isikuandmete töötlemiseks on üks isikuandmete kaitse õigusraamistiku keskne element. GDPR-is toodud nõusoleku kontseptsioon tagab andmesubjektile suurema kontrolli oma isikuandmete üle.⁶⁹ GDPR-i artikkel 4(11) sätestab, et nõusolek peab olema „vabatahtlik, konkreetne, teadlik ja ühemõtteline“. Vabatahtlik tähendab, et nõusolek peab antud tarbija poolt ning kaupleja ei või tarbijat nõusoleku saamise nimel survestada, rakendades nõusoleku mittesaamise korral konkreetse tehinguga mitteseotud tarbijat negatiivselt mõjutada võivaid meetmeid. Näiteks ei või kaupleja petta tarbijat nõusoleku saamisesse, väites, et internetipõhisel kauplemisplatvormil toodete soetamine ei ole võimalik, kui tarbija ei nõustu personaliseeritud hinnakujundusega, kuid tegelikkuses on kauplejal sellest olenemata võimalik personaliseeritud hinnakujundust mitte rakendada. Nõusoleku konkreetsuse nõue viitab sellele, et nõusoleku kasutamise ulatus peab olema piiratud ehk kaupleja ei või kasutada näiteks veebilehe külastamise mugavuse eesmärgil saadud küpsisefailide paigutamise nõusolekut personaliseeritud hinnakujunduse jaoks. Teadlik ja ühemõtteline tähendab omakorda, et tarbijale peab olema teada eesmärk, mis pärast tema isikuandmed töödeldakse ning ta nõustub isikuandmete töötlemisega, tuginedes kaupleja poolt esitatavale korrektselt ja üheselt mõistetavale teabele. Nii ei ole personaliseeritud hinnakujundusega seonduv nõusolek kindlasti teadlik, kui kaupleja nõusoleku taotlemisel väidab, et isikuandmete töötlemine on vajalik nimelt parima hinnapakumise saamiseks ja tegelikkuses võib tarbijale kujundatud hind olla lausa tavalisest kõrgem.

GDPR-i artikli 5(1) punkti b kohaselt kogutakse isikuandmeid „täpselt ja selgelt kindlaksmääratud ning õiguspärastel eesmärkidel“. See peab tekitama andmesubjektil parema arusaamise sellest, kuidas nende isikuandmeid hallatakse, kasutatakse ja töödeldakse.⁷⁰ Näiteks on isikuandmete töötlemist seletava lahtri märgistamine kaupleja veebilehel piisav ja kehtiv

⁶⁹ Walters, R., Trakman, L., Zeller, B. *Data Protection Law: A Comparative Analysis of Asia-Pacific and European Approaches*, lk 66. Singapur: Springer 2019.

⁷⁰ *Ibid.*

nõusoleku manifesteerimine.⁷¹ Seevastu on Euroopa Kohus leidnud, et eeltäidetud küpsisefaile edastamise nõusoleku andmise vorm on GDPR-is sätestatud nõusoleku olemusega vastuolus.⁷² Autor on seisukohal, et see põhimõte kohaldub analoogia korras ka personaliseeritud hinnakujundust puudutavale nõusoleku andmise vormile, kuivõrd kõnealus kontekstis on tarbija aktiivne nõustumine isikupõhise hinnastamise rakendamisega tema suhtes samaväärselt oluline. Lisaks sellele on artikli 7(3) järgi andmesubjekti nõusolek tagasivõetav ning selle tagasivõetmine peab olema sama lihtne kui selle andmine. Seega seab GDPR kindlad raamid, reguleerimaks isikuandmete töötlemist andmesubjekti nõusoleku alusel ning töötlemise lõpetamise nõusoleku tagasivõtmise korral. Eespool oli tuvastatud, et nõusoleku saamise küsimus on kõige „kuulikindlam“ isikuandmete töötlemise alus personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis. Sellegipoolest näitas Komisjoni poolt 2018. aastal tellitud uuring personaliseeritud hinnakujunduse kohta EL-is, et kauplejad ei teavita üldjuhul tarbijaid nende isikuandmete töötlemisest ega saa nõuetekohast nõusolekut hindade kujundamiseks personaliseeritud meetodil.⁷³ Sellesse statistikasse tuleb kindlasti suhtuda ettevaatlikult, kuivõrd uuring oli teostatud enne GDPR-i jõustumist. Autor on ometi seisukohal, et olukord ei pruugi olla oluliselt paranenud. Praegusel ajal puuduvad mistahes empiirilised andmed selle kohta, täpselt kui palju kauplejad rakendab personaliseeritud hinnakujundust oma äritegevuses. Seetõttu ei ole jälgitav ka selliste ettevõtjate vastavus andmekaitsealastele regulatsioonidele, mis omakorda võimaldab neil teatud osas GDPR-i reeglistikuga mitte arvestada. Kokkuvõttes aitab taolise probleemi lahendamisele kaasa üksnes aktiivne riiklik järelevalve ning andmekaitse reeglite jõustamine pädevate asutuste poolt.

Lisaks ülaltoodule paneb GDPR-i artikkel 13 koosmõjus artikliga 12 vastutavale töötlejale⁷⁴ isikuandmete kogumisel kohustuse teavitada sellest andmesubjekti ehk kõnealusel juhul tarbijat. Artikkel 13 sätestab konkreetse loetelu teabeliikidest, mida andmesubjektile tuleb esitada, kuid personaliseeritud hinnakujunduse valguses on asjakohane eelkõige punkt c, s.o isikuandmete töötlemise eesmärk ja õiguslik alus. Lisaks sellele näeb artikkel 14 ette sarnase kohustuse olukordades, kus töödeldavad isikuandmed ei ole saadud otse andmesubjektilt, vaid näiteks kolmandalt isikult, kelleks võib olla muu hulgas reklaamipakkuja. Ühtlasi peab kaupleja registreerima isikuandmete töötlemise toiminguid vastavalt artiklile 30 ning andmesubjektile on

⁷¹ GDPR-i põhjendus 32.

⁷² EKo C-643/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v Planet49 GmbH*, ECLI:EU:C:2019:801, p 65.

⁷³ Euroopa Komisjon (viide 2), lk 267.

⁷⁴ Vältimaks andmekaitsealaseid küsimusi puhuks, kui tarbija isikuandmeid töötleb kolmandast isikust personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise teenuse pakkuja, lähtub autor eeldusest, et vastutava töötleja näol GDPR-i artikli 4(7) mõttes on tegemist kauplejaga.

seevastu õigus tutvuda tema töödeldavate isikuandmetega, tuginedes artiklile 15. Nimetatud regulatsioon on eriti märkimisväärne, sest see näitab, et konkreetse tarbijaõigussuhte kontekstis ei teki alapeatükis 1.2.2 käsitletud personaliseeritud hinnakujundusega seonduv teavitamisnõue sisuliselt mitte täitmise ja ajakohastamise direktiivi ülevõtmisega siseriikliku õigusesse, vaid on kehtinud juba alates GDPR-i jõustumise hetkest. Olenemata sellest on autori hinnangul teavitamisnõude sätestamine tarbijaõiguste direktiivis olnud siiski vajalik järgmistel põhjustel. GDPR-i kohaldamisala on äärmiselt lai: määrus ei keskendu ühele konkreetsele valdkonnale või sektorile ning selle sätted ei ole kohaldatavad ainult konkreetsetele lepingutele või õigussuhetele. GDPR-iga tuleb arvestada igas olukorras, kus aset leiab isikuandmete töötlemine. Samas on personaliseeritud hinnakujundus endiselt võrdlemisi varjatud ilming, mis nähtavasti ei ole laialt levinud ega kergelt tuvastatav. Seega on mõistlik, et Direktiiv 2019/2161 kitsendab ja „kannab üle“ GDPR-i alusel kehtiva teavitamiskohustuse tarbijakaitseõiguse valdkonda. Selliselt muutub personaliseeritud hinnakujundusele kohalduv teavitamisnõue selgemaks nii kauplejatele kui tarbijatele. Ühtlasi nii on võimalik tagada internetipõhiste kauplemiskohtade suuremat läbipaistvust. Kuivõrd personaliseeritud hinnakujundus ja isikuandmete töötlemine käivad käsikäes, siis alapunktis 1.2 käsitletud lepingueelse teavitamisnõude rikkumine viitab suure tõenäosusega sellele, et rikutud on ka isikuandmete töötlemise reegleid. Järelikult suureneb täitmise ja ajakohastamise direktiivi ülevõtmise tulemusena ka järelevalve haarde laius. Nimelt järelevalvet lepingueelse teavitamisnõude rikkumise üle teostab tarbijakaitseõigusega tegelev riiklik asutus, näiteks Eestis tagab järelevalve teostamist tulenevalt TKS § 61 lõikest 1 Tarbijakaitse ja Tehnilise Järelevalve Amet. Kui riiklik tarbijakaitseasutus tuvastab tarbijakaitseõigusest tuleneva personaliseeritud hinnakujundust puudutava teavitamiskohustuse rikkumist, siis sellega kaasnevate andmekaitse nõuete rikkumise tuvastamine on tõenäoliselt lihtsam ning isikuandmete töötlemise rikkumise uurimisega saab omakorda tegeleda andmekaitse osas pädev ametiasutus, ja vastupidi.

Viimaseks väärrib erilist tähelepanu personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis GDPR-i artikkel 22. Artikkel näeb ette automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste ning profiilianalüüsi tegemise tingimusi. Automatiseeritud töötlus eeldab, et isikuandmete töötlemise protsessi käigus puudub mistahes inimsekkumine ning profiilianalüüs on artikli 4(4) kohaselt „automatiseeritud töötlemine, mis hõlmab isikuandmete kasutamist füüsilise isikuga seotud teatavate isiklike aspektide hindamiseks“. Nende mõistete pinnal tekib alus arvata, et artikkel 22 kohaldub ka personaliseeritud hinnakujundusele, kuid seda juhul, kui see põhineb näiteks algoritmil ja kujunenud hinda ei vaadata üle ega kalibreerita. Õigusnorm on kohaldatav esiteks kui isikuandmete töötlus toob andmesubjektile kaasa õiguslikke tagajärgi või teiseks

avaldab temale samaväärselt märkimisväärset mõju. Õiguslik tagajärg tähendab selles kontekstis asjaolu saabumist, mis mõjutab ebasoodsalt isiku õigusi.⁷⁵ Õigusalases kirjanduses püsib ebakindlus selle kohta, kas artikkel 22 kohaldub personaliseeritud hinnakujundusest mõjutatud tehingutele – kas üksnes asjaolu, et hinnad kujundatakse personaliseeritud meetodil toob automaatselt kaasa õiguslikke tagajärgi andmesubjektile või avaldab märkimisväärset mõju?⁷⁶ Kui artikkel 22 kohaldub personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise korral, siis lasub vastutaval töötlejal täiendav kohustus esitada teave kasutatava isikuandmete töötlemise loogika kohta, s.t antud kontekstis mis viisidel ja mis põhimõtetest lähtuvalt kaupleja kujundab tarbijatele hindu.⁷⁷ Lisaks tekib sellisel juhul tarbijal artiklist 22(3) tulenev õigus nõuda otsest isiklikku kontakti kauplejaga, väljendamaks oma seisukohta ja vaidlustamaks automatiseeritud töötlusel kujunenud personaliseeritud hinnakujunduse otsus. Autor on seisukohal, et artikli 22 regulatsioon on kohaldatav personaliseeritud hinnakujunduse suhtes olukordades, kus automatiseeritud isikuandmete töötlemise või profiilianalüüsi põhjal on tarbijale kujunenud tavalisest kõrgem hind, seda hinda ei ole vaadatud üle kaupleja poolt ning selle tulemusena aset leiab tarbijalepingu sõlmimine. Sellisel juhul ei teki vaidlust, et hind on kujunenud automatiseeritud töötlemise tulemusena. Õiguslik tagajärg artikli 22 mõttes saab autori arvates lugeda saabunuks, kuivõrd suurema maksevalmidusega tarbija on asetatud halvemasse olukorda võrreldes teiste tarbijatega, kes maksavad toote eest tavalist või madalamat hinda. Sellistel juhtudel peab kaupleja aga arvestama täiendavate GDPR-ist ja konkreetse liikmesriigi andmekaitseasutuse eeskirjadest tulenevate nõuetega.⁷⁸

Kokkuvõtvalt, GDPR sätestab personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisele rida nõudeid, millele see peab vastama. Esiteks peab kaupleja saama tarbijalt vastavasisulise nõusoleku. Nõusolek peab olema vabatahtlik, konkreetne, teadlik ning ühemõtteline. Nõusoleku saamiseks piisab, kui tarbija ristitab internetipõhisel kauplemisplatvormil vastava nõusoleku taotlemist seletava lahtri, kuid eeltäidetud kasti kasutamine ei ole seevastu Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt kohane viis nõusoleku saamiseks. Teiseks on kauplejal kohustus teavitada tarbijat tema isikuandmete töötlemisest. Selline teavitamiskohustus hõlmab endas isikuandmete töötlemise eesmärgi ja õigusliku aluse teatavakstegemist. See tähendab, et kaupleja peab tingimata teavitama tarbijat, et tema isikuandmed töödeldakse isikupõhisel meetodil hinna

⁷⁵ Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, lk 21. – WP251rev.01, 06.02.2018.

⁷⁶ de Stree, A., Jacques, F., lk 13.

⁷⁷ *Ibid.*, lk 14; Õiguslik alus tuleneb sellisel juhul GDPR-i artikli 13(2) punktist f, artikli 14(2) punktist g ja artikli 15(1) punktist h.

⁷⁸ Information Commissioner's Office. Rights related to automated decision making including profiling. – <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/individual-rights/rights-related-to-automated-decision-making-including-profiling/> (25.04.2020)

kujundamise jaoks. Järelikult praktikas peab konkreetse tarbija teavitamine leidma aset juba praegu, hoolimata sellest, et tarbijakaitseõigust reguleerivates õigusaktides jõustub sisu poolest sarnane säte alles täitmise ja ajakohastamise direktiivi ülevõtmisega. Kolmandaks, kui leida, et GDPR-i artikkel 22 kohaldub personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis, on kaupleja kohustatud esitama tarbijale teave selle kohta, kuidas tehakse automatiseeritud töötlusel põhinevaid hinna kujundamise otsuseid ning tarbija võib nõuda kauplejalt füüsilise isiku sekkumist võimalusega vaidlustada isikuandmetel põhinevat hinna kujundamise otsust.

Võttes kokku kõik eespool analüüsitud tarbijakaitseõiguslikud ja sellega seonduvad nõuded, taanduvad need sisuliselt tarbijate teavitamisele nende suhtes personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisest. Ükskiku tarbijaõigussuhte perspektiivist tuleneb lepingueelne teavitamiskohustus tarbijaõiguste direktiivist, mida on täitmise ja ajakohastamise direktiivi vastuvõtmise tulemusena täiendatud konkreetse personaliseeritud hinnakujundust puudutava sättega. Samuti, võttes arvesse et personaliseeritud hinnakujunduse kui ärimudeli kontspetsioon põhineb isikuandmete töötlemisel, tuleb iga personaliseeritud hinnakujundusest mõjutatud teingu tegemisel järgida GDPR-i nõudeid. Vaadeldes personaliseeritud hinnakujundust kui ärimudelit tervikuna, selgub, et sellele kohalduvad ebaausate kaubandustavade direktiivist tulenevad nõuded. See tähendab, et rakendades personaliseeritud hinnakujundust tarbijale, ei või kaupleja jätta tarbijale esitatava teabe hulgast välja personaliseeritud hinnakujunduse kasutamise fakti ega esitada selle rakendamise osas tõele mittevastavat teavet. Viimane nõue kehtib ka personaliseeritud hinnakujundusega seotud reklaamile.

Võrreldes eespool toodud nõuded omavahel, nähtub, et praktikas ei ole tarbija seisukohast mõistlik eelistada tarbijakaitseõigusest tulenevaid nõudeid andmekaitseõuetele, ja vastupidi. Kõige mõistlikum on kaitsta oma õigusi, rakendades tarbijakaitseõiguse direktiividest ja GDPR-is sisalduvad normid üheskoos. Tarbijaõiguste direktiivis sätestatud lepingueelne teavitamisnõue on tingimata vajalik vältimaks tarbijate sidumist lepingutega, mille olulistest aspektidest nad ei ole teadlikud. Järelikult on see vajalik nõue õiglase tarbijakaitseõiguse poliitika kujundamiseks siseturul. Muud tarbijakaitseõiguse asjakohased valdkonna nõuded võimaldavad ka tarbijatel endil vältida personaliseeritud hinnakujundusest tulenevat soovimatut mõju, kasutades konkreetseid õiguskaitsevahendeid, näiteks lepingust taganemist ning potentsiaalselt hinna alandamist. GDPR-ist tulenevad kohustused pakkuvad aga kõige ulatuslikumat kaitset personaliseeritud hinnakujundusest tulenevate võimalike isikuandmetega kuritarvituste eest. Lisaks personaliseeritud hinnakujundusele asjaomastele nõuetele saab tarbija kõigi eelduste täitmisel kasutada tegutsedes internetipõhistel kauplemisplatvormidel ka

teisi GDPR-ist tulenevaid õigusi, sealhulgas näiteks õigust olla unustatud. Analüüsidest meetmeid, mida riik saab lisaks nõuete kehtestamisele ette võtta, on autori arvates kõige asjakohasem järelevalve teostamine nende kauplejate poolt kasutatavate meetmete vastavuse üle, kes kasutavad potentsiaalselt ebaausaid kaubandusvõtteid. Rikkumiste ilmnemisel võimaldab sanktsioonide määramine mitte ainult hoida ära rikkumisi tulevikus, vaid omandada parema arusaamise personaliseeritud hinnakujunduse toimimisest praktikas.

Tarbijakaitseõiguslike nõuete analüüs näitas, et personaliseeritud hinnakujunduse osas kehtib ennekõike mitmes erinevas õigusaktis sätestatud teavitamisnõue. Seega on võimalik jõuda järeldusele, et personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine on ilma sellest tarbijat teavitamata vastuolus EL-i tarbijakaitseõigusega ning järelikult ka ladusa siseturu toimimise põhimõtetega üldiselt. Personaliseeritud hinnakujundust puudutavad regulatsioonid peavad kaitsma ETL artiklis 169(1) väljatoodud tarbijate turvalisust, tarbijate privaatsuse kaitse näol, ja majanduslikke huve, piiramaks ettevõtjapoolseid ebaausaid kaubandusvõtteid. Personaliseeritud hinnakujunduse tunnistamine ja reguleerimine tarbijakaitseõiguse valdkonnas on äärmiselt oluline, kuivõrd see kindlustab lisaks tarbijakaitseõiguse üldiste põhimõtete järgimisele ka konkreetsete direktiividega seatud eesmärkide elluviimise. Kõnealuse teavitamiskohustuse jõustamisega liikmesriikide poolt tekib lootus, et läbipaistvamaks muutub mitte ainult ostude sooritamine internetipõhises kauplemiskohtades, vaid ka nendega kaasnev tarbijate isikuandmete töötlemine. Nii EL-i tarbija- kui andmekaitseõigus on mõeldud kaitsma asjaomase õigussuhte nõrgemat poolt ning laias laastus põhinevad mõlemad valdkonnad sarnastel regulatsioonidel, milleks on näiteks teavitamisnõuded, taganemise ja tagasivõtmise õigused ning võrdlemisi soodsad menetlusõigused.⁷⁹ On ilmselge, et tarbijate internetipõhise kauplemisega kaasneb paratamatult suur hulk isikuandmete edastamist ja töötlemist. Teisisõnu, tarbijad, tahtlikult või mitte, „jätavad jälgi“, mille põhjal tekib reklaamipakkujatel ja kauplejatel arusaam nende maksevõimekusest ja hinnatundlikkusest. Järelikult on personaliseeritud hinnakujunduses oluline kohaldada tarbijakaitseõiguse norme koosmõjus andmekaitse reeglistikuga.

Ülaltoodu põhjal saab omakorda järeldada, et EL-i tarbijakaitseõiguslikud normid ei takista kauplejat rakendamast personaliseeritud hinnakujundust oma praktikas. Teisisõnu, personaliseeritud hinnakujundus kui selline ei ole vastuolus EL-i õigusega.

⁷⁹ Ratti, M. Personal Data and Consumer Protection: What Do They Have in Common? – Bakhoun, M., Gallego, B.C., Mackenrodt M.-O., Surblytė-Namavičienė, G. (toim.) Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?, lk 377. Saksamaa: Springer 2018.

Õigusdogmaatilisest vaatenurgast on kehtiv EL-i tarbijakaitseõiguse reeglistik mõeldud tekitama tarbijatele kindlustunnet, et isikuandmete abil hindade kujundamisega ei riivata nende õigusi. Ühtlasi on kehtestatud konkreetsed nõuded kauplejatele, millega arvestamise korral võivad ka nemad olla kindlad, et nende tegevus on õiguspärane. Tarbijate ja kauplejate majanduslikud huvid võivad olla vastuolulised, kuid seejuures on mõlemal poolel huvi selge õigusliku korra vastu, kuivõrd ainult selliselt saab siseturg sujuvalt toimida, pakkudes nii tarbijatele kui kauplejatele kõiki sellega kaasnevaid majanduslikke eeliseid. Praktikas kipuvad sellegipoolest kauplejad personaliseeritud hinnakujunduse reegleid eirama ning võimalikke õiguslünki ära kasutama. Autor on seisukohal, et need probleemid ei pruugi olla lahendatavad üksnes regulatsioonide loomisega ja seni, kuni EL-i institutsioonid ja pädevad järelevalveasutused ei omanda laialdasi teadmisi personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisest kauplejate äritegevuses, jääb teatud ebakindlus püsima.

Lisaks ei ole tarbijakaitse- ja andmekaitsereeglistik kõikehõlmav „kilp“, mis aitab vältida personaliseeritud hinnakujunduse kahjulikke mõjusid. Seda eelkõige seetõttu, et nimetatud normid kaitsevad oma olemuselt üksnes füüsilisi isikuid. Tegelikult võivad aga ühe ettevõtja, eeldatavasti juriidilise isiku poolt, personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise mõjud ulatuda ka teiste ettevõtjateni ning mõjutada turgu üleüldiselt. Taoliste olukordade ennetamiseks ja lahendamiseks on EL-i tasandil loodud ja liikmesriikide õiguskordadesse üle võetud konkurentsioiguse eeskirjad, mille kohaldamise võimalusi personaliseeritud hinnakujunduse valguses hinnatakse järgmises peatükis.

2. PERSONALISEERITUD HINNAKUJUNDUSE KOOSKÕLA EUROOPA LIIDU KONKURENTSIÕIGUSLIKE NÕUETEGA

2.1. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis relevantset Euroopa Liidu konkurentsivõimeliseid nõudeid

Seoses konkurentsivõimeliku raamistikuga tekitab personaliseeritud hinnakujundus mitmeid küsimusi. Näiteks, kas hindade määramine personaliseeritud kujul suure ettevõtja poolt kujutab endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist? Või saab tarbija personaliseeritud hinnakujundusest mõjutatud kaubaturul valida mitme soodsa pakkumise vahel, mille tagajärjel on turg üleüldiselt konkurentsivõimelisem? Probleemne on olukord, kus personaliseeritud hinnakujundust rakendav ettevõtja pakub digitaalses keskkonnas teenuseid lisaks lõpptarbijatele ka teistele samal kaubaturul tegutsevatele ettevõtjatele, kuivõrd tekib oht, et tegemist võib olla keelatud konkurentidevahelise kokkulepetega. Käesolevas alapeatükis analüüsib autor, mis on konkurentsivõimelise kontekstis personaliseeritud hinnakujundusele asjakohased nõuded ning mis on peamised probleemid, mis tekivad seoses personaliseeritud hinnakujunduse reguleerimisega EL-i konkurentsivõimelise valdkonnas. Komisjoni praktikas aset leidnud ja magistritöö kirjutamise hetkeks poolleioleva Amazon.com, Inc. (edaspidi Amazon) suhtes algatatud konkurentsivõimelise käitumise uurimise näitel piiritleb autor konkreetset nõudeid, mida analüüsitakse personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis vastavalt alapeatükkides 2.2 ja 2.3.

Konkurentsivõimelisus on siseturu toimimise ja üldise majanduskasvu vaatenurgast äärmiselt oluline õigusvaldkond. ELTL artikli 3(1) punkti b kohaselt kuulub siseturu toimimiseks vajalike konkurentsivõimeliste kehtestamine EL-i ainupädevusse, mistõttu puudub liikmesriikidel siseturu toimimist ja liikmesriikidevahelist kaubandust puudutavate konkurentsivõimeliste osas iseseisev otsustusvõimelisus. Tänu määrusele (EÜ) nr 1/2003⁸⁰ on liikmesriigiti osaliselt harmoniseeritud lisaks konkurentsivõimelise jõustamisele ka materiaalõiguslikud küsimused.⁸¹ Kuigi materiaalõiguslikud reeglid võivad endiselt varieeruda liikmesriikide tasandil, näiteks koondumiste valdkonnas, kus erinevatel liikmesriikidel võivad olla erinevad künnised ja piirmäärad, siis on üldised meetmed, sealhulgas keelatud kokkulepete

⁸⁰ 16. detsembri 2002. aasta Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003 asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsivõimeliste rakendamise kohta. – EÜT L 1, 04.01.2003, lk 1-25 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 8, kd 2, lk 205-229).

⁸¹ Cseres, K. Comparing laws in the enforcement of EU and national competition laws. – European Journal of Legal Studies 2010/3 (1), lk 13.

ja turgu valitseva seisundi kuritarvitustega seonduv, üldjoontes liikmesriikide tasandil samad. Sellel põhjusel ei käsitle autor alljärgnevalt personaliseeritud hinnakujundust liikmesriikide siseriikliku õiguse valguses, vaid keskendub üksnes EL-i tasandil vastuvõetud regulatsioonidele.

Lisaks siseturu toimimise tagamisele, on konkurentsioiguse üheks peamiseks eesmärgiks tarbijate heaolu tagamine. Seda iseloomustavad majanduslik vabadus, turu mitmekesisus ja integratsioon, õiglane ja efektiivne konkurentsistruktuur, samuti innovatsiooni edendamine.⁸² Personaliseeritud hinnakujundus langeb konkurentsioiguse reguleerimisalasse niivõrd, kuivõrd see võib riivata või takistada eespool nimetatud eesmärkide saavutamist. Näiteks kui kaks ettevõtjat lepivad kokku personaliseeritud hinnakujunduse rakendamises, müües oma kaupa tavalisest palju madalama hinnaga, võib see kahjustada konkreetse kaubaturu struktuuri, kuna teised samal turul tegutsevad ettevõtjad ei pruugi olla võimelised võtma kasutusele isikupõhist hinnastamise mudelit ega pakkuda kaupa tavalisest palju soodsama hinnaga. Kui aga personaliseeritud hinnakujundust otsustab rakendada turgu valitsev ettevõtja, määrates ainult tavalisest kõrgemaid hindu, siis tarbijatel ei pruugi alati olla võimalus saada konkreetset huvipakkuvat kaupa või teenust mujalt. Selle reguleerimine kehtivate õigusnormidega võib siiski osutada keeruliseks: aastakümneid muutmata kujul püsinud EL-i konkurentsioiguse normid olid loodud nii-öelda traditsionaalse turupõhise majanduse eripärade järgi, kus infoühiskonnateenuste roll oli olematu. Personaliseeritud hinnakujundus eksisteerib seevastu digitaalse majanduse – täpsemalt platvormimajanduse – tingimustes. Õigusalases kirjanduses eristatakse kolm põhilist digitaalse majanduse elementi, mis on iseloomulikud ka personaliseeritud hinnakujundusele. Nendeks on: 1) harukordselt väike tootmiskulu proportsioonis teenindatavate klientide arvuga; 2) keerulisemad tingimused uue ettevõtte turule sisenemiseks ja märkimisväärse turuosa omandamiseks; ning 3) isikuandmete kriitiline roll äritegevuse korraldamises.⁸³ Digitaalse majanduse kiire levikuga kaasnevad majanduskeskkonna muudatused, mis võimaldavad ettevõtjatel jõuda seadusandjast ette ning tekib oht, et kauplejad, kes kasutavad personaliseeritud hinnakujundust võivad eirata konkurentsioiguse reegleid. Sellegipoolest on leitud, et EL-i konkurentsioiguse aluspõhimõtteid määravad õigusnormid ei vaja muutmist, kuid nende kohaldamisel on tingimata oluline võtta arvesse digitaalse majanduse arenguga kaasnevaid erisusi.⁸⁴

⁸² Euroopa Tarbijaorganisatsioon. Ezrachi, A. The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy, lk 5. Brüssel: BEUC 2018; Whish, R., Bailey, D. Competition Law: Ninth Edition, lk 21-22. Oxford: Oxford University Press 2018.

⁸³ Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., Schweitzer, H. Competition policy for the digital era, lk 19-24. (20.05.2019) – <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (22.12.2019)

⁸⁴ *Ibid.*, lk 39.

Personaliseeritud hinnakujunduse tuvastamine on seadusandja jaoks endiselt keeruline probleem, kuid sellega kaasnev võimalik konkurentsioiguse regulatsioonide rikkumine ei ole enam pelgalt teoreetiline küsimus ning vähemalt üks potentsiaalselt õigusvastane juhtum on leidnud aset EL-i siseturul. 2018. aasta septembris teatas Komisjon kavatsusest anda esialgne hinnang tuntud e-kaubandusega tegeleva ettevõtte Amazon andmete kogumise praktikale.⁸⁵ Tegemist on esimese Komisjoni-poolse uurimisega, mille raames uuritakse lähemalt niivõrd suure ettevõtja kauplemisvõtteid just personaliseeritud hinnakujunduse valguses. Amazon pakub teistele ettevõtjatele kauplemiskoha teenust, mille kaudu saavad need ettevõtjad müüa oma kaupa, ning on samal ajal ise kaupleja enda loodud ja hallatud platvormil.⁸⁶ Ühtlasi on Amazon maailma üks suurimaid tehnoloogiaettevõtteid, mille mitmekesisist ja pidevalt täienevat kliendibaasi peetakse üheks peamiseks Amazoni tugevuseks.⁸⁷ Taolises olukorras on Amazonil võimalik kasutada teiste selle platvormiteenust kasutavate ettevõtete kogutud andmeid enda kasuks. See on üks silmapaistev näide sellest, kuidas üksikud turgu valitsevad suured kauplemisplatvormid saavad turu eraregulaatoriteks ning omandavad üha rohkem võimu, mis teatud määral võimaldab neil nii-öelda mängida oma reeglite järgi.⁸⁸ Ilma esialgset hinnangut andmata ei olnud siiski võimalik teha järeldust, kas tegemist on Amazoni teenuste parandamisele suunatud täiesti legitiimsel praktikaga või hoopis EL-i konkurentsioiguse rikkumisega.⁸⁹ Kui Amazon kasutab teiste kauplejate kogutud isikuandmeid, et kujundada nende põhjal pakkumisi ja hindu enda pakutavale kaubale, siis tegemist võib olla EL-i konkurentsieeskirjadega kokkusobimatu praktikaga. Esialgse hinnangu põhjal leidis Komisjon, et Amazon kasutab konkurentsitundlikku informatsiooni kauplemiskoha müüjate, nende toodete ja tehingute kohta, ning alustas ametlikku konkurentsivastase käitumise uurimist.⁹⁰ Komisjon uurib lähemalt veel Amazoni kauplemiskoha müüjate andmete töötlemist Amazoni ja kauplemiskoha teenuse kasutajate vahel sõlmitud standardsete kokkulepete raames ning

⁸⁵ Press conference by Margrethe Vestager, Member of the EC, on Luxembourg McDonalds' State Aid case. Q&A on Amazon. (19.09.2018) – <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-160574> (22.12.2019)

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ MarketLine, a Progressive Digital Media business. Amazon.com, Inc. MarketLine Company Profile, lk 114. MarketLine 2019.

⁸⁸ Martinelli, S. Sharing Data and Privacy in the Platform Economy: The Right to Data Portability and “Porting Rights”. – Reins, L. (toim.) Regulating New Technologies in Uncertain Times, lk 136. Haag: T.M.C. Asser Press 2019.

⁸⁹ Q&A on Amazon (viide 85).

⁹⁰ Pressiteade. Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon. (17.07.2019) – https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291 (22.12.2019)

analüüsib andmete rolli konkreetse müüja paigutamisel niinimetatud Buy Box⁹¹ sektsiooni Amazoni platvormil.⁹²

2020. aasta aprilli seisuga ei ole 2019. aasta juulis alustatud uurimine lõpule jõudnud. Arvatavasti kestab uurimine veel vähemalt paar aastat.⁹³ Autor leiab, et Amazoni menetluse näol on tegemist märkimisväärse sammuga suurema teadlikkuse ja läbipaistvuse saavutamiseks personaliseeritud hinnakujunduse toimimise osas. Ühtlasi tekitab see parema arusaamise kõnealuse hinnapraktika ohtudest ja tagajärgedest. Menetluse raames kontrollib Komisjon Amazoni tegevuse vastavust ETL artiklitele 101 (ettevõtjatevahelised konkurentsi kahjustavad kokkulepped) ja 102 (turgu valitseva seisundi kuritarvitamine). Mainimist väärib, et kahe täiesti erineva õigusliku aluse kontroll Amazoni menetluse raames on üsnagi erakordne ning võib viidata sellele, et Komisjoni seisukohast oli oluline hinnata personaliseeritud hinnakujunduse kasutamist nii ETL artikli 101 kui 102 kontekstis. Käesoleva analüüsi läbiviimisel lähtub autor samadest õiguslikest alustest.

Autor käsitleb artikli 101(1) kohaldamise võimalikkust personaliseeritud hinnakujunduse suhtes üldiste eelduste alusel ning seejärel piiritleb edasist analüüsi artikli punktiga a. ETL artikli 101(1) punkt a keelab otseselt või kaudselt määrata kindlaks ostu- või müügihindu või mistahes muid lepingutingimusi.⁹⁴ Autor leiab, et artikli 101(1) punktid b, c ja e ei ole personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis relevantset, kuivõrd personaliseeritud hinnakujundus ei mõjuta oma olemuselt tootmise piiramist, turgude jagamist ega ühtegi muud nendes punktides sätestatud tegevust. Tähelepanu väärib ka asjaolu, et ETL artikli 101(1) kohaldamine on välistatud olukordades, mis on hõlmatud artikliga 101(3). Seega on vajalik analüüsida, kas personaliseeritud hinnakujundusega seonduvad ettevõtjatevahelised kokkulepped võivad olla lubatud, tuginedes nimetatud artiklile.

⁹¹ Amazoni Buy Box on sektsioon konkreetse toote lehel üleval paremal nurgas, kus ostjad saavad lisada toote otse ostukorvi. Kuivõrd paljud kauplused tihtipeale müüvad Amazoni platvormil samu tooteid, peavad nad „võitlema“ selle eest, et just nende pakutud toode jõuaks Buy Boxi. Enamik tehinguid Amazoni platvormil sooritatakse just Buy Boxi kaudu, mis omakorda annab müüjale suure eelise teiste ees. Rohkem infot: Moody, M. What is the Amazon Buy Box? (26.01.2015) – <https://www.verticalrail.com/kb/amazon-buy-box/> (22.12.2019)

⁹² Pressiteade (viide 90).

⁹³ Võttes arvesse keskmist EL-i institutsioonide menetluste pikkust. Kui asi peaks aga jõudma Euroopa Kohtusse näiteks tühistamishagi esitamise raames ETL artikli 263 alusel, võib menetluse pikkus ulatuda lausa viie aastani. Vt Euroopa Komisjon. Antitrust Manual of Procedures; Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU, lk 249. (2012) – https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf (09.02.2020)

⁹⁴ Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis võib olla asjakohane ka ETL artikli 101(1) punkt d, mis keelab rakendada võrdväärsete tehingute puhul erinevaid tingimusi, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolekorda. Sellegipoolest on punkti d EL-i konkurentsioiguse praktikas kohaldatud äärmiselt vähe ning potentsiaalset rikkumist praktikas seostatud ETL artikli 102 punktiga c, mis sisuliselt kordab punkti d sõnastust. Vältimaks liiga hüpoteetilist lähenemist ei käsitle autor personaliseeritud hinnakujunduse vastavust artikli 101(1) punktile d ning samamoodi analüüsib seda artikli 102 punkti c valguses.

Artikli 102 puhul analüüsib autor, kas personaliseeritud hinnakujunduse kasutamine võib iseenesest kvalifitseeruda turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks. Seejärel, lähtudes samadest kaalutlustest nagu artikli 101(1) analüüsi puhul, keskendub autor artikli 102 punktidele a ja c. Punkti a sõnastus sarnaneb artikli 101(1) punkti a sisuga, kuid erinevalt sellest kõnealuse punkti puhul on toodud ebaõigluse element. Punkti c kohaselt on konkurentsireeglitega vastuolus erinevate tingimuste rakendamine võrdväärsete tehingute puhul, mis panevad kaubanduspartnereid ebasoodsasse konkurentsiolukorda. Nimetatud punkt käsitleb hinnadiskrimineerimist, milleks on ka personaliseeritud hinnakujundus. Ühtlasi on see suunatud kaitsma kaubanduspartnereid ehk kõne alla tuleb see ennekõike ettevõtjatevahelistes (ingl. *business-to-business*; edaspidi B2B) tehingutes. Autor uurib seega, kas artikkel 102(c) võib siiski olla kohaldatav personaliseeritud hinnakujunduse puhul.

Nii artikli 101(1) kui artikli 102 kohaldamise puhul peab vastavalt ettevõtjatevaheline ühine käitumine või turgu valitseva seisundi kuritarvitamine avaldama mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele. Mõju tuvastamine annab Komisjonile pädevuse konkurentsivastase käitumise uurimiseks, ent tegemist on jurisdiktsiooni küsimusega millel puudub materiaaõiguslik sisu. Nimetatud eeldus ei oma personaliseeritud hinnakujunduse kohaldamisala osas mõju konkurentsioõiguse kui valdkonna materiaaõigusraamistiku osas, vaid puudutab eelkõige Komisjoni järelevalve teostamisega seonduvat. Kuivõrd jurisdiktsiooni küsimus ei aita kaasa käesoleva magistritöö konkurentsioõigusega seonduva uurimisprobleemi lahendamisele, ei käsitle autor seda nõuet alljärgnevates alapeatükkides.

2.2. ELTL artiklist 101 tulenevad ettevõtjatevahelistele kokkulepetele kohalduvad nõuded ja välistused personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis

ELTL artikkel 101(1) peab siseturuga kokkusobimatuks ettevõtjavahelisi kokkuleppeid, ettevõtjate ühenduste otsuseid ja kooskõlastatud tegevust, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ja takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühtsel turul. Artikli 101(1) kohaldamise eeldused on järgmised: tegemist on ettevõtjavahelise kokkuleppe, ettevõtja ühenduste otsuse ja/või kooskõlastatud tegevusega; tegevus leiab aset siseturul; tegevus võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust; ning tegevuse eesmärk on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi siseturu piires. Lisaks sellele näeb artikkel 101(1) ette mitteamendava loetelu keelatud kokkulepetest, otsustest ja tegevusest punktides a-e.

2.2.1. Ettevõtjatevaheline kokkulepe või kooskõlastatud tegevus

Esimene element, mis vajab ELTL artikli 101 raames analüüsimist, on see, et artikli kohaldamiseks peab tegemist olema ettevõtjatevahelise kokkuleppe või kooskõlastatud käitumisega. Euroopa Kohus on järjepidevalt sisustanud ettevõtja mõistet konkurentsioiguse kontekstis kui majandustegevusega tegelevat mistahes üksust, olenemata selle õiguslikust vormist ja rahastamisviisist, kusjuures majandustegevuse all tuleb mõista iga tegevust, mis seisneb nii kaupade kui ka teenuste pakkumises teatud turul.⁹⁵ Siinkohal ei teki ühtegi kahtlust, et personaliseeritud hinnakujundust rakendavad isikud on ettevõtjad ega et personaliseeritud hinnakujundust võetakse kasutusele ettevõtjate majandustegevuse raames. Artikli 101 kohaldamiseks on aga vajalik, et potentsiaalselt konkurentsivastasusse juhtumisse oleks kaasatud kaks või enam ettevõtjat. See tähendab, et artikkel 101 ei kohaldu kontsernisestele kokkulepetele, näiteks ema- ja tütarettevõtjate vahel.⁹⁶ Teisisõnu on siinkohal kriitilise tähtsusega just ettevõtjatevahelise tegevuse kriteerium, kuivõrd ühe ettevõtja konkurentsi kahjustava käitumise eest on mõeldud kaitsma artikkel 102, kuid seda juhtudel, kui selline ettevõtja omab turgu valitsevat seisundit.

Lisaks sellele, et tegu peab olema ettevõtjate vahelise tegevusega, täidetud peab olema ka kokkuleppe või kooskõlastatud tegevuse olemasolu kriteerium. Kokkuleppe olemasolu on kahtlemata kõige ilmsem viis ettevõtjavahelise ühise tegevuse tuvastamiseks. Konkurentsioiguse mõttes on tegemist kokkuleppega kõige üldisemalt kui on olemas „vähemalt kahe poole ühine tahe, mille väljendamise vorm ei ole oluline seni, kuni see kujutab endast poolte tahte tõetruud väljendust“⁹⁷. See, et kokkuleppe väljendamise vorm ei ole oluline, tähendab, et kokkulepeteks saab kvalifitseerida ka usaldusel põhinevaid ja õiguslikult mittesiduvaid härrasmeeste kokkuleppeid.⁹⁸ Konkurentsioiguses eristatakse horisontaalseid ja vertikaalseid kokkuleppeid. Horisontaalsed on kokkulepped tarneahela samal tasandil paiknevate ettevõtjate vahel, näiteks koostöö uurimis- ja arendustegevuse valdkondades, ühine tootmine, turustamine, standardiseerimine ja teabevahetus.⁹⁹ Kokkulepped loetakse vertikaalseteks aga juhtudel kui need on sõlmitud ettevõtjate vahel, kes tegutsevad tarneahela eri tasanditel – praktikas võivad need olla seotud eelkõige kaupade ja teenuste ostu, müügi ja

⁹⁵ EKo C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellanwalt*, ECLI:EU:C:2017:643, p 33 ja selles viidatud varasemad kohtuasjad.

⁹⁶ Odudu, O., Bailey, D. The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law, lk 1727. – Common Market Law Review 2014/51.

⁹⁷ EKo T-41/96, *Bayer AG v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2000:242, p 69.

⁹⁸ Whish, R., Bailey, D., lk 103.

⁹⁹ Frensz, W. Handbook of EU Competition Law, lk 456. Berliin: Springer 2016.

edasimüügiga.¹⁰⁰ Teoorias võivad personaliseeritud hinnakujundusega seonduvad kokkulepped olla nii horisontaalsed kui vertikaalsed. Kui konkureerivad ettevõtted lepivad omavahel kokku, et nad hakkavad kujundama oma klientidele hindu personaliseeritud meetodil, siis on tegemist horisontaalse kokkuleppega. Vertikaalne kokkulepe personaliseeritud hinnakujunduses on võimalik juhul, kui tootja ja edasimüüja lepivad kokku, et toodetavat kaupa võib müüa üksnes iga kliendi suhtes personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisega. Praktikas ei ole siiski ühtegi taolist ettevõtjatevahelist kokkulepet tuvastatud. Seda enam on leitud, et ettevõtjad ei julge üldiselt kasutada personaliseeritud hinnakujundust põhjusel, et see võib tekitada klientide seas umbusaldust.¹⁰¹ Järelikult oleks selline kokkulepe oma konkurendi või koostööpartneriga veelgi riskantsem samm.

Tekkida võivad ka olukorrad, kus ettevõtjad ei ole otseselt omavahel sõlminud ühtegi kokkulepet ega teineteisega formaalselt suhelnud, kuid nende tegevus võib paista teatud mõttes ühine või koordineeritud. Sellistel juhtudel võib selline käitumine kvalifitseeruda kooskõlastatud tegevuseks ETL artikli 101 järgi. Näiteks ei ole välistatud, et alapeatükis 2.1 kirjeldatud Amazoni näitel kooskõlastatud tegevuse sisuks võib olla teabevahetus Amazoni ja tema teenust kasutavate kauplejate vahel. Euroopa Kohus on käsitlenud kooskõlastatud tegevuse mõistet pöördelise tähtsusega kohtuasjas C-40/73, mille kohaselt see on „igasugune otsene või kaudne kontakt ettevõtjate vahel, mille eesmärgiks või tagajärjeks on kas tegeliku või võimaliku konkurendi kaubaturul käitumise mõjutamine või sellisele konkurendile tegevuskava, mida on ise otsustatud kaubaturul järgida või kavatsetakse järgida, paljastamine“.¹⁰² Järelikult on kooskõlastatud tegevuse tuvastamiseks vaja ennekõike tõendada, et ettevõtjate vahel on olnud kontakt ehk seda, et ettevõtjad ei käitu üksteisest sõltumatult.

Teadaolevalt põhineb personaliseeritud hinnakujundus algoritmidel või tehisintellektil. Nii on erialases kirjanduses leitud, et algoritmid hajutavad piire keelatud teadliku koostöö (ingl. *explicit collusion*) ning ETL artikli 101(1) kohaldamisalast väljajääva vaikiva koostöö (ingl. *tacit collusion*) vahel.¹⁰³ Vaikiv koostöö ehk teadlik paralleelsus (ingl. *conscious parallelism*) on ettevõtjate ühetaoline käitumine hindade või muude turutingimuste kindlaksmääramisel, kus konkurendid ei pruugi olla omavahel kontakteerunud ega otseselt või

¹⁰⁰ *Ibid.*, lk 433.

¹⁰¹ Combe, E. Towards personalised pricing in the digital era?, lk 36. Pariis: Fondation pour l'innovation politique 2019.

¹⁰² EK liidetud kohtuasjad C-40/73 jt, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1975:174, p 174; Frolov, R. Keelatud koostöö ettevõtjate vahel. Euroopa Ühenduse õigus ja Eesti Konkurentsioigus. – *Juridica* 2003/6, lk 395.

¹⁰³ OECD. Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, lk 25. (14.09.2017) – <https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm> (19.04.2020)

kaudselt milleski kokku leppinud, vaid turgu mõjutavaid tingimusi seatakse jälgides konkurentide turukäitumist ning üksteise strateegiaid oma äritegevusesse üle võttes.¹⁰⁴ Sisuliselt ei pruugi ettevõtjatevaheline paralleelne käitumine olla kooskõlastatud tegevus artikli 101(1) mõttes. Euroopa Kohus on leidnud, et „sõltumatuse nõue ei välista ettevõtjate õigust kohanduda targalt oma konkurentide juures täheldatud või ootuspärase tegevusega“¹⁰⁵. Algoritmide kasutamine vaikiva koostöö raames võimaldab ettevõtjatel suurendada tulusid ilma vajaduseta leppida selles kokku.¹⁰⁶ Nii võib praktikas esineda olukordi, kus konkurendid – üksteisega kokkulepet tegemata – kasutavad hindade kindlaksmääramiseks, sealhulgas personaliseerimiseks, ühte ja sama algoritmi või teenusepakkujat.¹⁰⁷ Kui konkurentide hinnad muutuvad seeläbi ühtlasemaks, kuivõrd algoritm töötab ühtpidi kõigi selle kasutusele võtnud konkurentide jaoks, tekib küsimus, kas tegemist võib olla ETL artikli 101 järgi keelatud kooskõlastatud tegevusega või on tegu pelgalt juhusliku kokkulangevusega? Tegemist on tõesti ähmase piiriga, kuivõrd kõnealuste abistavate tehnoloogiate tuvastamine võib reaalsuses olla üsna keeruline, mistõttu hetkel puudub asjakohane praktika ning üksikasjalikku vastust sellele küsimusele anda ei ole võimalik.

Autor on see-eest seisukohal, et taolistes olukordades tuleb hinnata tegevuse vastavust väljakujunenud kooskõlastatud tegevuse kriteeriumitele. Euroopa Kohtu praktika järgi võib konkurentidevaheline koostöö leida aset isegi siis, kui ettevõtja ei ole kokkuleppe sõlmimisesse aktiivselt panustanud,¹⁰⁸ mistõttu asjaolu, et kumbki ettevõtja ei teadnud, et nende konkurent kasutab sama algoritmi või platvormi, ei oleks tõenäoliselt Komisjoni, Euroopa Kohtu või liikmesriikide konkurentsiasutuste silmis veenev argument. Ühtlasi ei pruugi kooskõlastatud tegevus isegi avaldada konkurentsivastaseid mõjusid turule olemaks keelatud,¹⁰⁹ kuigi selleks peab siiski olema potentsiaalne oht, mis äratav pädeva järelevalveasutuse tähelepanu. Järelikult arvestada tuleb konkreetse kaubaturu struktuuri ja omadustega. Ka mõju lõpptarbija makstavale hinnale ei ole Euroopa Kohtu hinnangul oluline,¹¹⁰ seega ei pea praktika reeglitele vastavuse hindamisel analüüsima, kas tarbijad on personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise

¹⁰⁴ Vaska, M. K. Conscious Parallelism and Price Fixing: Defining the Boundary. – University of Chicago Law Review 1985/52 (2), lk 508.

¹⁰⁵ EKo C-609/13 P, *Duravit AG and others v European Commission*, ECLI:EU:C:2017:46, p 72 ja selles viidatud kohtuasjad.

¹⁰⁶ OECD (viide 103), lk 25.

¹⁰⁷ Ezrahi, A., Stucke, M. E. Emerging Antitrust Threats and Enforcement Actions in the Online World. – Competition Law International 2017/13 (2), lk 128-129.

¹⁰⁸ EKo C-194/14 P, *AC-Treuhand AG v European Commission*, ECLI:EU:C:2015:717, p 31.

¹⁰⁹ EKo C-199/92 P, *Hüls AG and DSM NV v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1999:358, p 163.

¹¹⁰ EKo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV and others v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343, p-d 36-39; EK liidetud kohtuasjad C-293/13 P ja C-294/13 P, *Fresh Del Monte Produce Inc. and others v European Commission and others*, ECLI:EU:C:2015:416, p 215.

tagajärjel maksnud tavalisest kõrgemaid või madalamaid hindu. Järelikult eespool toodud näite puhul, kui kaks või enam ettevõtjat kasutab ühte ja sama algoritmi või personaliseeritud hinnakujunduse teenusepakkujat, tuleb hinnata mis tingimustel on kujunenud ettevõtjatevaheline kontakt ning tuvastada mis on sellise kontakti eesmärk. Mõistagi ei ole realistlik, et samal kaubaturul tegutsevate ettevõtjate vahel ei või kunagi olla mingit kokkupuudet ning paratamatult võivad aset leida nii-öelda juhuslikud kokkulangemised. Seega on Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt kujunenud põhimõte, et kooskõlastatud tegevuse olemasolu puudutav tõendamiskohustus lasub Komisjonil või ametiasutusel või isikul, kes seda väidab, ning ettevõtjatel lasub seevastu kohustus taolisi süüdistavaid väiteid ümber lükata.¹¹¹ Lähtudes selles on autor seisukohal, et toodud näite valguses ei ole tegemist kooskõlastatud tegevusega ELTL artikli 101(1) tähenduses, kui selles kahtlustatavad ettevõtjad suudavad tõendada, et nende tegevus ei olnud mingil moel koordineeritud. Kui on aga vähegi tuvastatud, et ettevõtjate vahel leidis aset mistahes otsene või kaudne kontakt, mille eesmärk või tagajärg on konkurentsi negatiivne mõjutamine, siis kooskõlastatud tegevuseks kvalifitseerub ka ühise algoritmi kasutamine personaliseeritud hinnakujunduse jaoks.

2.2.2. Konkurentsi kahjustamise, takistamise või piiramise eesmärk või tagajärg

Olenemata asjaolust, et ettevõtjatevaheline kokkuleppe või kooskõlastatud tegevuse olemasolu viitab võimalikule ELTL artikli 101(1) rikkumisele, on selline tegevus EL-i konkurentsioigusega kokkusobimatu üksnes siis, kui selle juures esineb konkurentsi kahjustamise, takistamise või piiramise element. Õigusalases kirjanduses on leitud, et konkurentsi negatiivne mõjutamine on eelkõige majanduslik kontseptsioon ning selle tuvastamiseks peab läbi viima põhjaliku majandusliku analüüsi.¹¹² Ettevõtjatevahelise konkurentsivastase käitumise puhul eristab artikkel 101(1) konkurentsi kahjustamise, takistamise või piiramise eesmärki ja tagajärge. Sealjuures Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt puudub konkurentsi negatiivse mõjutamise kui kokkuleppe eesmärgi tuvastamisel vajadus hinnata taolise käitumisega kaasnevat tagajärge.¹¹³ Esmatähtis konkurentsi piirava eesmärgi tunnus on see, et „selline kooskõlastamine ise hõlmab konkurentsi kahjustamist piisavas ulatuses“¹¹⁴. Teisisõnu, personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis tuleb hinnata, kas seda hõlmav ettevõtjatevaheline kokkuleppe või kooskõlastatud tegevus on suunatud näiteks mõne

¹¹¹ EK liidetud kohtuasjad T-25/95 jt, *Cimenteries CBR and others v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2000:77, p 1328.

¹¹² Whish, R., Bailey, D., lk 120.

¹¹³ EKo 56/65, *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH*, ECLI:EU:C:1966:38, põhjendus 8.

¹¹⁴ EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, p 57.

konkurendi kaubaturult väljatõrjumisele või muule sihile, mis takistab konkurentsivõimelise kaubaturu sujuvat toimimist. Konkurentsi negatiivset mõjutamist kui tagajärge tuleb aga hinnata selle valguses, missugune oleks konkurentsiolukord siis, kui olemas ei oleks kõnealust kokkulepet või tegevust koos sellega kaasnevate võimalike piirangutega.¹¹⁵ Lisaks tuleb hinnangu andmisel võtta arvesse võimalikku mõju konkureeriva kauba tarnijate vahelisele konkurentsile ning konkurentsile sama kauba pakkuvate ettevõtjate vahel.¹¹⁶ Järelikult vajab personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis analüüsimist, kuidas kõnealuse hinnastamise mudeli kasutuselevõtt mõjutab eelkõige teisi konkurente, kes samal kaubaturul personaliseeritud hinnakujundust ei kasuta.

Nagu eelnevalt mainitud, konkurentsivastase käitumise osas on ELTL artikli 101 all toodud ka avatud kataloogiga loetelu, mis annab aimu, millistes olukordades võib eelkõige olla tegemist konkurentsi kahjustamisega. Personaliseeritud hinnakujunduse kasutamisel on kõige asjakohasemaks ennekõike alapunkt a, mis puudutab muu hulgas müügihindade kindlaksmääramise kokkuleppeid. Erialases kirjanduses on leitud, et taolised kokkulepped – nii horisontaalsed kui vertikaalsed – on juba olemuslikult suunatud konkurentsi piiramisele, mistõttu tuleb hindade kindlaksmääramist üldjuhul alati pidada kokkusobimatuks ELTL artikli 101(1) punktiga a.¹¹⁷ Hindade kindlaksmääramine tähendab sisuliselt seda, et konkurendid lepivad omavahel kokku, et nad pakuvad konkreetset kaupa või teenust kokkulepitud hinnal. Teisisõnu, hind ei kujune välja loomulikult, s.t vastavalt vabades turutingimustes ja toimiva konkurentsiga turul kujunenud pakkumisele ja nõudlusele. Järelikult peab artikli 101(1) punkti a rikkumise tuvastamiseks analüüsida, kas konkurentide vahel liikus hindade kindlaksmääramist puudutav teave. Teavet võib jagada kas otse konkurentide vahel või kaudselt ühise esindusorganisatsiooni, kolmanda isiku, tarnijate või jaemüüjate kaudu.¹¹⁸ Olemasoleva kohtupraktika põhjal võib järeldada, et kui konkurentsivastase käitumise uurimise raames on tuvastatud, et konkurendid võisid vahetada personaliseeritud hinnakujunduse raames teavet või on käitunud ühiselt konkurentsi kahjustaval eesmärgil, siis sellist praktikat saab pidada ELTL artikliga 101(1) kokkusobimatuks. Lisaks on oluline, et infovahetamise puhul eeldatakse, et ettevõtja on teabevahetuse järgselt saanud informatsiooniga arvestanud oma

¹¹⁵ Komisjoni teatis. Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes, p 29. – ELT C 11, 14.01.2011, lk 1-72

¹¹⁶ EK liidetud kohtuasjad 56/64 ja 58/66, *Établissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, ECLI:EU:C:1966:41.

¹¹⁷ Whish, R., Bailey, D., lk 532.

¹¹⁸ Komisjoni teatis (viide 115), p 55.

äritegevuse jätkamisel, kui ta ei suuda tõendada vastupidist ehk teabe mittekasutamise osas lasub tõendamiskohustus ettevõtjatel.¹¹⁹

Praegu ei ole praktikas leidnud aset ühtegi näidet, mille alusel saab hinnata, kuidas konkurendid sõlmivad keelatud kokkuleppeid või osalevad kooskõlastatud tegevuses seoses personaliseeritud hinnakujundusega. Horisontaalsete kokkulepete kontekstis võib taolise kokkuleppega olla tegemist näiteks siis, kui mitmed samal kaubaturul ja tarneahela tasandil tegutsevad ettevõtjad lepivad kokku samade algoritmide kasutamises. Vertikaalne kokkulepe oleks see aga siis, näiteks Amazoni menetluse valguses, kui Amazon lepib kokku selle kauplemissplatvormi teenust kasutavate kauplejatega, et nad kasutavad Amazoni hinnastamisalgoritmi jaemüügi tasandil.

Mis puudutab aga ettevõtjatevahelist kooskõlastatud tegevust, siis ELTL artikli 101(1) punkti a rikkumine võib tulla kõne alla ennekõike algoritmilise kokkuleppe (ingl. *algorithmic collusion*) raames.¹²⁰ Ei saa väita, et kui üks ettevõtja võtab kasutusele hindade personaliseerimiseks konkreetset algoritmitreenuse pakkujat, siis tema konkurent ei või kasutada seda sama teenusepakkujat. Nagu eelnevalt mainitud, pelgalt oma äritegevuse kohandamine vastavalt konkurentide ootuspärasele tegevusele ei ole artikli 101(1) järgi keelatud. Sellegipoolest on hiljutises Euroopa Kohtu praktikas tõusetunud küsimus, kas üksnes hindu reguleeriva algoritmi või tarkvara kasutamine võib põhjustada keelatud hindade kindlaksmääramise kokkuleppes või kooskõlastatud tegevuses osalemist.¹²¹ Seoses sellega analüüsis Euroopa Kohus kohtuasjas C-74/14, kas reisibüroode poolt broneerimissüsteemi hallatava tarkvara kasutamisel ja selle kaudu hinnasoodustuste määramisel oli tegemist konkurentide kooskõlastatud tegevusega ning mis põhimõtetest lähtuvalt tuleb hinnata isikute seotust sellega.¹²² Kohtuotsusest tuleneb muu hulgas, et konkurentsivastasesse kooskõlastatud tegevusse võib olla kaasatud ka platvormi haldaja. Euroopa Kohtu seisukohast lähtudes saab personaliseeritud hinnakujunduse valguses tuletada, et kui ühise platvormi kasutamine võimaldab ettevõtjatel läbi selle omavahel suhelda, kaasneb sellega paratamatult, et konkurendid võivad leppida omavahel kokku hindade kindlaksmääramises, mis kvalifitseerub aga ELTL artikli 101(1) punkti a rikkumiseks. Siiski jääb õhku küsimus, kas personaliseeritud hinnakujunduse ühisel kasutamisel esineb alati konkurentsi kahjustamise eesmärk? Autor on seisukohal, et personaliseeritud hinnakujunduse

¹¹⁹ C-8/08, *T-Mobile*, p 55.

¹²⁰ *Supra*, lk 47-48.

¹²¹ Whish, R., Bailey, D., lk 537.

¹²² EKo C-74/14, *Eturas UAB and others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42, p-d 27-28, 32-34.

ühise kasutamise puhul ei saa vaikumisi eeldada, et selle kasutuselevõtt on suunatud konkurentsi negatiivsele mõjutamisele. Selle põhjuseks on see, et tulenevalt personaliseeritud hinnakujunduse olemusest ei kaasne sellega hindade kindlaksmääramist sõna otseses mõttes, vaid hindu kujundatakse individuaalselt igale tarbijale. Järelikult peab taolise tegevuse puhul hinnata tingimusi, millel ettevõtjad otsustavad ühiselt rakendada personaliseeritud hinnakujundust. Nii on kokkulepe või kooskõlastatud tegevus ilmselgelt suunatud konkurentsi takistamisele, kahjustamisele või piiramisele, kui ettevõtjad ühiselt kujundavad tavalisest kõrgemaid või madalamaid hindu. Sellegipoolest ei või unustada, et kui ühisel tegevusel kui sellisel puudub konkurentsi negatiivse mõjutamise eesmärk, tuleb siiski hinnata kas sellega kaasneb kaubaturule mõni negatiivne tagajärg. Seda tuleb aga hinnata konkreetsest kaubaturust ja selle struktuurist lähtuvalt, võttes sealhulgas arvesse eespool käsitletud tingimusi. Viidatud kohtulahendi põhjal saab aga järeldada, et praktikas peavad isikupõhiste hindade kujundamise teenust pakkuvad platvormid arvestama, et nende kommunikatsioonikanalid oleksid korraldatud viisil, mis ei soodusta kooskõlastatud tegevuse ega mistahes ettevõtjatevahelise suhtluse võimaluse tekkimist. Platvormi kasutavad ettevõtjad peavad seevastu olema teadlikud platvormikasutamise tingimustest ja korrast, vältimaks osavõttu potentsiaalselt keelatud koostööst.¹²³

Selgelt väljendatud kokkuleppe puudumisel, kuid võttes arvesse algoritmide ja tehnoloogia eripärasid, mille alusel personaliseeritud hinnakujundus toimib, võib ettevõtjate kokkupuude vastata kooskõlastatud tegevuse tunnustele, kuid samuti võib olla täiesti juhuslik ning jääda artikli 101(1) kohaldamisalast välja. Ülaltoodu põhjal saab järeldada, et ühine personaliseeritud hinnakujunduse kasutuselevõtt ei ole vaikumisi põhjus artikli 101(1) kohaldamiseks. Teisisõnu, kahe või enama konkurendipoolne personaliseeritud hinnakujunduse kasutamine ei ole automaatselt siseturuga kokkusobimatu. Artikli kohaldamise puhul on määravaks kokkuleppe või kooskõlastatud tegevuse iseloom ning selle tingimused ja konkreetsetel kaubaturul personaliseeritud hinnakujunduse ühise kasutamisega kaasnevad tagajärjed. Kui on tuvastatud, et ettevõtjad tegutsevad ühiselt piiramaks konkurentsi konkreetsetel kaubaturul või konkurentsi kahjustamine on vältimatu, siis on selline tegevus keelatud vastavalt ELTL artikli 101(1) punktile d.

¹²³ Lawrance, S., Linsner, M. Eturas – Any conclusions on platform collusion..? (19.01.2017) – <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/01/19/eturas-conclusions-platform-collusion/> (01.04.2020)

2.2.3. Lubatud kokkulepete erandi kohaldamise võimalikkus

Mitte iga ettevõtjavaheline kokkulepe, otsus või kooskõlastatud tegevus, mis on oma iseloomult kokkusobimatu ELTL artikliga 101(1) ei ole siiski õigusvastane. Keelatud tegevusi vabandab artikkel 101(3), mille kohaldamiseks peavad olema täidetud neli kumulatiivset eeldust. Esiteks peavad sellised tegevused aitama parandada kaupade tootmist või levitamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi. Teiseks peavad need võimaldama tarbijatel saada sellega kaasnevast kasust õiglast osa. Kolmandaks ei või sellised tegevused kehtestada samal turul tegutsevatele ettevõtjatele piiranguid, mis ei ole kahe esimese eelduse täitmiseks hädavajalikud. Viimaseks ei või need tegevused anda kokkuleppeosalistele võimalust kõrvaldada konkurentsi kõnealuste toodete olulise osa suhtes.

Kohustus tagada, et kõik ELTL artiklis 101(3) toodud eeldused oleksid täidetud, lasub ettevõtjatel endil.¹²⁴ Eespool on tuvastatud, et personaliseeritud hinnakujundusega seotud kokkulepped või kooskõlastatud tegevus võivad teatud asjaoludel olla keelatud ELTL artikli 101(1) järgi. Järgnevalt analüüsib autor, võttes arvesse muu hulgas Komisjoni poolt väljaantud artikli 101(3) kohaldamise suuniseid¹²⁵ (edaspidi suunised), kas artikkel 101(1) võib olla personaliseeritud hinnakujundust puudutavate kokkulepete või kooskõlastatud tegevuse suhtes mittekohalduv ELTL artikli 101(3) eelduste täitmise tõttu.¹²⁶ Vastavuse hindamisel lähtub autor teoreetilisest olukorrast, kus kaks konkureerivat ettevõtjat on leppinud kokku, et nad võtavad kasutusele hindade isikupõhise kujundamise tehnoloogilise lahenduse eesmärgil pakkuda müüdavat kaupa võimalikult paljudele erineva hinnatundlikkusega tarbijatele, omandamaks suuremat turuosa¹²⁷ võrreldes teiste turul tegutsevate konkurentidega.

Esimese eelduse täitmiseks peab ettevõtjatevaheline tegevus olema suunatud kaupade tootmise või levitamise parandamisele või tehnilise või majandusliku progressi edendamisele. Suuniste punkti 49 kohaselt tuleb arvestada üksnes objektiivsete eelistega, mis kaasnevad sellise

¹²⁴ Määruse (EÜ) nr 1/2003 artikkel 1(2).

¹²⁵ Communication from the Commission, Notice, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08). – OJEU C 101, 27.04.2004, lk 97-118.

¹²⁶ Autor juhib lugeja tähelepanu, et teatud eelduste täitmisel võivad kokkulepped, mille raames rakendatakse personaliseeritud hinnakujundust, olla hõlmatud mõne EL-i tasandil vastuvõetud grupierandi määrusega, ning sellisel juhul puudub vajadus kontrollida selliste kokkulepete vastavust ELTL artiklile 101(1) (EKo C-260/07, *Pedro IV Servicios SL v Total España SA*, ECLI:EU:C:2009:215, p 36.) ega kontrollida artikli 101(3) kohaldatavust. Taolised kokkulepped on üldjuhul väga konkreetset ja valdkonnaspetsiifilised, ning praktiliste näidete puudumise tõttu lähtub autor eeldusest, et kõnealuse näite raames personaliseeritud hinnakujundusega seonduv ettevõtjatevaheline kokkulepe või kooskõlastatud tegevusele ei kohaldu ükski olemasolev grupierand.

¹²⁷ Vältimaks siinkohal võimalikku ELTL artikli 102 kohaldamise vajadust tuleb eeldada, et kumbki kokkuleppeosaline ei oma turgu valitsevat seisundit.

tegevusega. Seega kui tegevuse tagajärjel võidavad üksnes kokkuleppeosalised ise, ei ole tegemist objektiivse kriteeriumiga, mille kohaselt on kokkulepe lubatud. Eelduse täitmiseks peab ettevõtja põhistama kasulike mõjude olemust, seost nende mõjude ja ettevõtjate kokkuleppe või kooskõlastatud tegevuse vahel, kasulike mõjude realiseerimise tõenäosust ning saavutamise meetodeid.¹²⁸ Tulenevalt suuniste punktist 54 peab mõjude ja tegevuse vahel üldjuhul olema otsene põhjuslik seos, kuivõrd kaudne seos on reeglina liiga ebakindel, et õigustada muidu keelatud tegevust. Mõistagi ei või ettevõtjavahelise tegevuse aluseks olevad asjaolud olla teoreetilised või põhineda oletustel – riivates kehtivaid konkurentsireegleid, peab konkurentidel olema võimalik esitada kindlaid arvutusi ja muid näitajaid, et tõendada kokkuleppe või kooskõlastatud tegevuse vajalikkust. Autor on seisukohal, et personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine ei too iseenesest endaga kaasa tehnilist ega majanduslikku progressi. Näiteks suuniste punkti 70 kohaselt eeldab see lahenduste loomist ja edendamist, mida ei oleks võimalik viia ellu ilma ettevõtjatevahelise ühise käitumiseta. Kaupade ja teenuste hinnastamine vastavalt konkreetse tarbija maksevõimekusele on kindlasti teatud mõttes tehniliselt täiustatud ärimudel, kuid selle kasutuselevõtt on võimalik ka ühepoolselt, s.t sõlmimata ettevõtjatevahelist kokkulepet või osalemata kooskõlastatud tegevuses. Siiski võivad ettevõtjad siinkohal tugineda kaupade tootmise või levitamise parandamise argumentidele. Selleks, et artikli 101(1) järgi keelatud kokkulepe oleks EL-i siseturul lubatud, peavad seotud ettevõtjad oskama selgelt näidata, kuidas personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine soodustab kaupade tootmist või levitamist. Autor on seisukohal, et kõnealune argument ei ole väga perspektiivikas, kuid siiski mitte võimatu. On tõenäoline, et ettevõtjad võivad tugineda seisukohale, et hindade personaliseerimine võimaldab neil arvestada kaupade toodanguga või teenuste osutamisega vastavalt konkreetse kaubaturu tarbijate ostuvõimele ning seeläbi pakkuda tarbijatele tooteid neile vajalikus koguses ja lähtudes nende hinnatundlikkusest. Ka Komisjon on leidnud, et konkurentsi piirava kokkuleppe puhul, mis võimaldab ettevõtjatel korraldada äritegevust madalamate kuludega või suurema väärtusega tarbijate jaoks, võib kõne alla tulla artiklis 101(3) sätestatud erand.¹²⁹ Pooltargumendiks taolise kokkuleppe kehtimiseks oleks samuti kõigi personaliseeritud hinnakujundusele esitatavate, eelkõige tarbijakaitseõiguslike nõuete järgimine ning objektiivselt läbipaistev hinnapraktika rakendamine. Ühtlasi leiab autor, kui personaliseeritud hinnakujunduse levikuga jõutakse üha rohkem seisukohale, et tegemist on tarbijate vaatenurgast kahjuliku hinnastamise meetodiga, siis lähtuvalt ülekaalukast avalikust huvist oleks kõnealuse kokkuleppe lubamine oluliselt vähetõenäolisem.

¹²⁸ Suuniste punkt 51.

¹²⁹ Suuniste punkt 62.

Teise eeldusena, et hinnata kokkuleppe lubatavust vastavalt artiklile 101(3), tuleb kontrollida, kas ettevõtjatevaheline kokkulepe kehtestab teistele konkurentidele piiranguid, mis ei ole esimese eelduse raames kontrollitud eesmärkide saavutamiseks hädavajalikud.¹³⁰ Suuniste punktis 73 on sätestatud kaheastmeline test, mida piirangud peavad läbima, vastamaks eelduse tingimustele. Esiteks peab konkurentsi piirav kokkulepe kui selline olema põhjendatult vajalik kasulike mõjude saavutamiseks. Teiseks peavad kokkuleppes tulenevad üksikud piirangud samuti olema eesmärkide saavutamise perspektiivist põhjendatult vajalikud. Teisisõnu, tuleb vaadata kas konkurentsi piirava kokkuleppe olemasolu ja sellega kaasnevad üksikud piirangud võimaldavad täita sellega seatud eesmärke tõhusamalt kui kokkuleppe puudumise korral. Suuniste järgi tähendab hädavajalik piirang seda, et selle puudumisel oleksid kasulikud mõjud välistatud või oleksid minimaalsed, samuti et puuduvad teised konkurentsi vähem piiravad võtted samaväärselt tõhusa tulemuse saavutamiseks. Ühtlasi tuleb piirangute hindamisel võtta arvesse, kas ettevõtjad võivad saavutada kasulikke mõjusid iseseisvalt.¹³¹ Vaadeldes võimalikku kokkulepet personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis tuleb arvestada ka konkreetse turu tingimuste ja ärikeskkonnaga. Kokkuleppe või kooskõlastatud tegevusega potentsiaalselt kaasnevad piirangud on ennekõike konkurentsi piiramine konkreetsetel turul. Kokkuleppe tagajärjel võib tekkida olukord, kus tarbijad suure tõenäosusega soetavad kaupu või teenuseid ettevõtjatelt, kes kujundavad hindu isikupõhiselt. See võib omakorda sundida teisi samal turul tegutsevaid kauplejaid samuti kasutama oma äritegevuses personaliseeritud hinnakujundust, jõudmaks oma konkurentidele järele. Võrreldes kasulike mõjudega, mida on käsitletud esimese eelduse juures, on autor seisukohal, et taolised piirangud ei ole hädavajalikud toodete toodangu või levitamise parandamiseks. Lisaks sellele on Komisjon suuniste punktis 79 toonud välja, et karmid piirangud, sealhulgas hindade kindlaksmääramine, ei vasta tõenäoliselt kõnealuse punkti tingimustele. Järelikult peavad personaliseeritud hinnakujunduse kokkuleppe sõlmivad osapooled määrama selle tingimusi nii, et kokkuleppe tulemusena tekkivad kasulikud mõjud turule ja tarbijatele kaaluvad üle sellega kaasnevat konkurentsivastaseid piiranguid, kuivõrd vastasel juhul ei ole ELTL artikkel 101(3) sellele kokkuleppele kohaldatav.

Kolmandaks tuleb kontrollida, kas konkurentide tegevuse tagajärjel saavad tarbijad¹³² vastavast tegevusest tulenevast kasust õiglase osa. Õiglane tähendab, et konkurentide ühise tegevusega

¹³⁰ Suuniste punkt 39.

¹³¹ Suuniste punkt 76.

¹³² Autor peab oluliseks rõhutada, et tarbijad käesoleva punkti tähenduses on lisaks lõpptarbijale ka tootjad, kes vahetavad toodet sisendina, hulgi- ja jaemüüjad. (Suuniste punkt 84.) Kuivõrd personaliseeritud hinnakujundus saab oma olemuselt olla suunatud üksnes lõpptarbijatele, autor ei käsitlenud kõnealuse eelduse mõju muudele isikutele.

kaasnevad kasulikud mõjud on vähemalt võrdsed piirangutega, mis võivad tarbijaid mõjutada.¹³³ Teisisõnu, kui tarbijad on enne konkurentidevahelist kokkulepet olnud paremas positsioonis kui pärast seda, siis kõnealune ELTL artikli 103 eeldus ei ole täidetud.¹³⁴ Kui aga kokkuleppega kaasnevad tarbijatele endisega võrreldes kõrgemad hinnad, peavad need olema kompenseeritud kõrgema kvaliteedi või muude eeliste arvelt.¹³⁵ Siinkohal on oluline rõhutada, et analüüsid konkurentide kokkuleppes tarbijatele kaasnevat kasu, tuleb lähtuda Euroopa Kohtu seisukohast kohtuasjas C-238/05, mille järgi tuleb arvesse võtta „soodsat mõju kõikidele tarbijatele asjaomastel turgudel, mitte aga selle tarbijakategooria igale liikmele“¹³⁶. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis tähendab see, et üksnes asjaolu, et mõned tarbijad saavad personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise tulemusena soetada tooteid tavalisest soodsama hinnaga, ei ole õiglane osa kasust kõnealuse eelduse tähenduses. Kasu õiglase osa hindamisel tuleb arvesse võtta konkreetse kaubaturu struktuuri ja omadusi, kasu iseloomu ja suurust, nõudluse elastsust ja konkurentsipiirangute suurust.¹³⁷ Kõnealusel juhul saab kindlalt väita, et puhtalt personaliseeritud hinnakujunduse kasutuselevõtu kokkuleppe ei too tarbijatele õiglast osa kasust, mida selle rakendamisel saavad kokkuleppeosalised. Seda seetõttu, et üldjuhul peavad personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisel madalama hinnatundlikkusega tarbijad maksma tavalisest kõrgemat hinda. Järelikult on teatud osa tarbijatest kokkuleppe tulemusena halvemas seisundis ehk üldise heaolu kriteerium ei ole sellisel juhul täidetud. On siiski võimalik, et konkurentidevaheline kokkulepe vastaks nimetatud kriteeriumile, kui hindade isikupõhise kujundamise tulemusena maksavad kõik tarbijad tavalisest madalamat hinda või saavad üldiselt kasu sellisest kokkuleppes muus vormis. Sellise korralduse puhul ei ole välistatud, et ka konkurendid ise on lõppkokkuvõttes kasumis, kuivõrd müües kaupa tavalisest soodsama hinnaga, tõenäoliselt suureneb nende käive ja tulu.

Neljanda eelduse täitmiseks peavad kokkuleppeosalised tagama, et kokkuleppega ei kõrvaldata olulises osas konkurentsi siseturul. Seda hinnatakse vastavalt konkurentsi ulatusele enne ja pärast kõnealust ettevõtjatevahelist tegevust ehk mis määral vähendab kokkulepe konkurentsi konkreetsel kaubaturul. Sealjuures ei määrata konkurentsi kõrvaldamise astet lähtuvalt üksnes kokkuleppeosaliste turuosa suurenemisest, vaid teostada tuleb ulatuslikum analüüs. Lisaks

¹³³ Suuniste punkt 85.

¹³⁴ Komisjoni 23.05.2013 otsus asjas AT.39595 – Continental / United / Lufthansa / Air Canada, C(2013) 2836 final, p 79.

¹³⁵ EKo 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1977:167, p 48.

¹³⁶ EKo C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, Administración del Estado v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734, p 70; EKo C-382/12, *MasterCard Inc. and others v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, p 234.

¹³⁷ Suuniste punkt 96.

ülaltoodule hinnatakse kõnealuse punkti juures ka seda, kuidas on kokkuleppest või kooskõlastatud tegevusest mõjutatud potentsiaalsed konkurendid ehk need ettevõtjad, kes ei ole veel turule sisenenud.¹³⁸ Siinkohal väärrib mainimist asjaolu, et rääkides personaliseeritud hinnakujundusega seonduvatest konkurentsi piiravatest tegevustest, tuleb mees pidada, et personaliseeritud hinnakujundus on üksnes digitaalsele majandusele iseloomulik hinnastamise mudel. Nagu käsitletud alapeatükis 2.1, on üheks digitaalse majanduse eripäraks see, et uute ettevõtjate turule sisenemine ning arvestatava turuosa omandamine on eriti keeruline. Sellest tulenevalt võib arvata, et kui kokkuleppeosalised juba omavad märkimisväärseid turuosasid, siis on kõnealuse eelduse täitmine nende jaoks üsna keeruline. Iga täiendav turubarjäär suurendab seega paratamatult kaubaturul juba tegutseva ettevõtja turujõudu ja samas vähendab potentsiaalse konkurentsi võimalikkust. Täiendavalt on oluline mainida ka seda, et juhul kui personaliseeritud hinnakujundust kasutavad turul juba sellised ettevõtjad, mille turuosa ja kasutajate arv on suured, on täiendavate turubarjääride tekkimine vältimatu.¹³⁹ Kokkuvõttes, ERTL artikli 101(3) kohaselt põhineb konkurentsi kahjustumise kriteerium paljuski reaalsel majanduslikel analüüsidel. Sellegipoolest, kui on olemas otsene põhjuslik seos personaliseeritud hinnakujunduse kasutamisel teatud sektoris ja konkurentsikontsentratsiooni suurenemise või vähenemise, samuti turuosade muutumise ja täiendavate turubarjääride tekke vahel, on eeldatavasti võimalik nentida, et personaliseeritud hinnakujundamine võib oluliselt vähendada konkurentsi siseturul. Ülaltoodu põhjal on seega kindel, et vastava eelduse analüüsimisel tuleb arvestada mitme erineva aspektida ning vaadata nii kehtivale turuolukorrale kui analüüsida potentsiaalset turuolukorda, s.t keskenduda hüpoteetilisele tulevikuturule.

Muude erandite kontekstis, mille alusel võib liikmesriikide kaubandust mõjutav ettevõtjatevaheline ühine tegevus siiski olla lubatud, väärrib mainimist ka *de minimis* erand. Nimelt on Euroopa Kohtu praktikast kujunenud välja põhimõte, mille kohaselt ERTL artikli 101(1) alusel on muidu keelatud kokkulepe, otsus või kooskõlastatud tegevus siseturul lubatud, kui sellega avaldatav mõju liikmesriikide kaubandusele ei ole märgatav.¹⁴⁰ Erand ei kehti siiski kokkulepete puhul, mille eesmärk on konkurentsi piiramine.¹⁴¹ Komisjon on andnud välja teatise¹⁴² (edaspidi teatis), mis sätestab turuosa künniseid ja muid numbrilisi näitajaid, vastavalt

¹³⁸ Suuniste punktid 107, 111, 114.

¹³⁹ Nii on Euroopa Kohus leidnud, et erinevate tehnoloogiliste ja majanduslike eeliste omamine turgu valitseva ettevõtja poolt võib takistada kaubaturule sisenemist uutele potentsiaalsetele konkurentidele. (EKO 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1979:36, p 48.)

¹⁴⁰ EKO C-226/11, *Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and others*, ECLI:EU:C:2012:795, p 17 ja selles viidatud kohtuotsused.

¹⁴¹ *Ibid.*, p-d 35-37 ja nendes viidatud kohtuotsused.

¹⁴² Komisjoni teatis vähetähtsate kokkulepete kohta, mis ei piira märgatavalt konkurentsi Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 lõike 1 kohaselt (*de minimis*). – ELT C 291, 30.08.2014, lk 1-4.

millele artiklit 101(1) ei kohaldata. Praktikas on mõistlik vaadata teatise nõudeid enne ELTL artikli 101(3) analüüsi teostamist, kuid suurte internetipõhiste kauplemisplatvormide puhul, kes soovivad leppida konkurendiga kokku personaliseeritud hinnakujunduse rakendamises, on tõenäoline, et teatises sätestatud künnised on mitmekordselt ületatud ning mõju ei saa *a priori* olla vaevumärgatav.

Kokkuvõtvalt, ettevõtjatevahelised kokkulepped ja kooskõlastatud tegevus, mis on seotud personaliseeritud hinnakujundusega, võivad tõesti olla keelatud ELTL artikli 101(1) alusel. Sellegipoolest on autor analüüsi põhjal jõudnud seisukohale, et personaliseeritud hinnakujundus kui hinnastamise meetod ei ole iseenesest kokkulepe artiklile 101(1) mittevastavuse põhjuseks, vaid määravaks on siinkohal eesmärk, millel põhineb ettevõtjatevaheline ühine käitumine ning tagajärg, mille see toob endaga kaasa. Hetkel puuduvad konkreetset näited praktikast, mistõttu ei ole võimalik hinnata liikmesriikide konkurentsiasutuste, Komisjoni ega Euroopa Kohtu seisukohti taolise tegevuse osas. Teatud asjaoludel on võimalik, et artikkel ELTL 101(1) ei kuulu kohaldamisele, kuivõrd täidetud on kõik ELTL artikli 101(3) eeldused. Autori arvates on see siiski väga vähetõenäoline, kuivõrd personaliseeritud hinnakujundusega seonduvad kokkulepped, eriti suurte ja märkimisväärset turuosa omavate ettevõtjate vahel, avaldavad paratamatult mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele. Samuti on vaieldav, kas tarbijad saavad selliste korralduste tagajärjel õiglase osa saadavast kasust. Sellegipoolest esineb erialases kirjanduses ka vastupidiseid seisukohti, s.t et taolised kokkulepped ei piiraks konkurentsi olulisel määral, kuivõrd kooskõlastatud personaliseeritud hinnakujunduse tulemusena ei oleks turg niikuinii efektiivses tasakaalus.¹⁴³ Igal juhul, kui konkurendid lepivad kokku personaliseeritud hinnakujunduse rakendamises või nendevaheline suhtlus kvalifitseerub kooskõlastatud tegevuseks artikli 101(1) alusel, peab selline koostöö olema läbi mõeldud viimaste detailideni, olemaks EL-i konkurentsiõiguse reeglitega kooskõlas. Vastasel juhul võidakse määrata konkurentsivastases kokkuleppes osalejatele küllaltki suuri trahve. Kui Amazoni uurimisest selgub, et Amazoni ja teiste selle platvormiteenuse kasutavate ettevõtjate vahel oli sõlmitud artikli 101(1) kohaldamisalasse kuuluv kokkulepe või aset on leidnud muu kooskõlastatud tegevus, tekib loodetavasti selle pinnalt ülevaade, kuidas EL-i institutsioonid hindavad taoliste konkurentidevaheliste korralduste õiguspärasust.

¹⁴³ Siciliani, P. Tackling Anticompetitive Parallel Conduct under Personalized Pricing. – World Competition 2019/42 (3), lk 379.

2.3.ELTL artiklist 102 tulenevad turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega seotud nõuded ja välistused personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis

ELTL artikkel 102 keelab turgu valitseva seisundi kuritarvitamise siseturul ning, sarnaselt artikliga 101, sätestab loetelu võimalikest kuritarvitustest, mis kuuluvad artikli kohaldamisalasse. ELTL artikli 102 kohaldamise eeldused on: turgu valitseva seisundi kuritarvitamine; ühe või mitme ettevõtja poolt; mõju avaldamine liikmesriikidevahelisele kaubandusele; siseturul või selle olulises osas. Kuivõrd autor on ettevõtja mõiste avanud juba varasemalt punktis 2.2.1, siis ei keskendu käesolev alapeatükk ettevõtja mõiste avamisele.

2.3.1. Turgu valitseva seisundi olemasolu

ELTL artikli 102 kohaldamise sisuks on see, et ettevõtja peab olema turgu valitsevas seisundis ning vastavat seisundit kuritarvitama. Selleks on vaja, et täidetud oleksid järgnevad eeldused. Esiteks, ettevõtja peab tegutsema konkreetsel kindlaksmääratud kaubaturul. Teiseks, nimetatud ettevõtja peab omama turgu valitsevat seisundit. Kolmandaks, toimunud peab olema turgu valitseva seisundi kuritarvitus. Teadaolevalt lähtutakse turu kindlaksmääramisel eelkõige kahest elemendist, s.o asjakohased geograafiline turg ja kaubaturg, kuid arvesse tuleb võtta samuti näiteks konkreetse turu struktuuri, tootmist, pakkumist ja nõudlust.¹⁴⁴ Tuvastades valitseva seisundi komponenti, on Euroopa Kohus konkurentsioiguse valdkonna jaoks olulises kohtuasjas 27/76 öelnud, et turgu valitsev seisund on positsioon, mis võimaldab ettevõtjal tegutseda konkreetsel turul arvestataval määral sõltumatult konkurentidest, varustajatest ja tarbijatest.¹⁴⁵ Samas on aga siinkohal oluline rõhutada, et eespool toodud definitsioon viitab, et turgu valitsev ettevõtja on võimeline oma valitsevat seisundit kuritarvitama. Artikli 102 sõnastusest ja sätte kohaldamisest läbi aastate on selge, et puhtalt valitseva seisundi omamine on lubatav ning jääb artikli 102 kohaldamisalast välja seni, kuni puudub valitseva seisundi kuritarvitamise element. Valitseva seisundi tuvastamiseks on kasutatud ka turuosade künniseid. Nimelt Euroopa Kohtu kohtupraktikast tuleneb, et asjaomasel kaubaturul üle 50% turuosaga ettevõtjate puhul on võimalik eeldada, et nad omavad turgu valitsevat seisundit.¹⁴⁶ Turgu valitseva seisundi eeldamine ei tähenda aga, et tegemist on lõpliku hinnanguga. Ettevõtjal on alati võimalik esitada tõendid, demonstreerimaks, et turgu valitseva seisundit ei ole

¹⁴⁴ Komisjoni teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses. – EÜT C 372, 09.12.1997, lk 5-13 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 08, kd 1, lk 155-163).

¹⁴⁵ EKo 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1978:22, p 65.

¹⁴⁶ EKo C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1991:286, p 60.

tegelikkuses olemas. Järelikult isegi kui kõrge turuosa olemasolu annab võimaluse eeldada turgu valitsevat seisundit, on praktikas siiski vajalik läbi viia täiendav põhjalik turuanalüüs. Tunnuseid, mis võivad viidata turgu valitseva seisundi omamisele, võib olla mitmeid ning neid tuleb hinnata kogumis. Nii on Komisjon märkinud, et ehkki turgu valitseva seisundi olemasolu tõenäosus kasvab koos turuosa suuruse näitajaga ja selle hoidmise pikaajalisusega, peab konkreetses olukorras otsuse tegemiseks hindama kõikvõimalikke asjakohaseid mõjutegureid.¹⁴⁷

Digitaalse majanduse tingimustes on kaubaturu ning turgu valitseva seisundi määratlemine ja piiritlemine kujunenud keeruliseks, kuivõrd puudub üks kindel ja konkreetne näitaja või parameeter isegi selle ligikaudseks mõõtmiseks.¹⁴⁸ Internetipõhiste kauplemisplatvormide puhul on problemaatiline ennekõike kaubaturu piiritlemine. Internetipõhistes platvormides müüakse äärmiselt palju erinevaid kaupu ning tihtipeale neid pakutakse koos, mistõttu muutub turg parasjagu fragmenteerituks. Samamoodi on valitseva seisundi tuvastamine keeruline, kuivõrd enamik platvorme tegutseb ülemaailmselt või suures osas riikidest ning turuanalüüsi teostamine kümnetes riikides korraga ei pruugi olla teostatav. Sarnaselt traditsionaalse majanduse valitseva seisundi olemasolu hindamisega tuleb ka digitaalse majanduse tingimustes hinnata turule sisenemise barjääre. Nimelt oli eelnevalt käsitletud, et uue internetipõhise kauplemisplatvormile on turul märkimisväärse turuosa saavutamine äärmiselt keeruline. Aastaid tegutsenud platvormid pakuvad tarbijatele rohkem usaldust ja lisaks lojaalsete tarbijate kujunenud ja kinnistunud hoiakutele ning harjumustele on neil ka rohkem ressursse oma turuosa suurendamiseks. Näiteks on teise, Komisjoni uurimisega mitteseotud Amazoni menetluse raames Prantsusmaa kohtus konkurentide jõudude tasakaalustamatus toodud kui määrav turgu valitsemise tunnus.¹⁴⁹ Nii oli käsitletud, et Amazon on üks suurimaid kauplemisplatvormide teenuse pakkujaid ja analüüsitud Amazoni ja selle kauplemisplatvormi teenuse kasutajate lepingute tingimused, mis andsid Amazonile üsna laia diskretsiooni kõnealuste lepingute ja platvormi kasutamise tingimuste muutmiseks.¹⁵⁰ Selle pinnal jõutigi järeldusele, et Amazon omab turgu valitsevat seisundit. Erinevalt traditsionaalsest majandusest tuleb aga digitaalse majanduse tingimustes tegutseva ettevõtja puhul võtta arvesse lisaks

¹⁴⁷ Komisjoni teatis – Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes, p 15. – ELT C 45, 24.02.2009, lk 7-20.

¹⁴⁸ Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., Schweitzer, H., lk 50.

¹⁴⁹ Bostoen, F. Abuse of relative dominance in the platform economy: a French court finds Amazon's contracts with third-party sellers significantly imbalanced. (12.11.2019) – <https://coreblog.lexxion.eu/amazon-case-france/> (20.04.2020)

¹⁵⁰ *Ibid.*

rahalistele tehingutele ka turul asetleidvaid andmevooge.¹⁵¹ Ülaltoodu põhjal saab järeldada, et tulenevalt dünaamilisest kaupade ja teenuste pakkumise viisidest internetipõhistes kauplemisplatvormides, samuti turujõudu mõjutavate faktorite arvukusest, on äärmiselt keeruline, kui mitte võimatu, teha üheseid järeldusi selle kohta, kas konkreetne internetipõhine kauplemisplatvormil tegutsev ettevõtja omab turgu valitsevat seisundit või mitte. Komisjon peab seega kaubaturu piiritlemisel olema nii põhjalik kui teatud mõttes ka loominguline, et võtta arvesse kõik relevantssed asjaolud.

Küll aga tekib turgu valitseva seisundi tuvastamine keerukuse pinnal küsimus – kas puhtalt asjaolu, et ettevõtja kasutab oma äritegevuses personaliseeritud hinnakujundust, võib tähendada, et tal on turgu valitsev seisund, mida ta on võimeline kuritarvitama? Küsimus on asjakohane eriti suurte turuliidritest internetipõhiste kauplemisplatvormide puhul, kelleks on näiteks ka Amazon. Euroopa Kohtu kohtupraktikas on jõutud järeldusele, et toodete omaduste konkurents võib juba oma sisult „viia turu kadumiseni või vähem tõhusate ja seega tarbijale muu hulgas hinna, valiku, kvaliteedi ja innovatsiooni seisukohast vähem huvi pakkuvate konkurentide äralangemiseni“¹⁵². Näiteks digitaalse majanduse kontekstis on isikuandmetel sedavõrd kõrge väärtus kauplejale, et suured tehnoloogiaettevõtted ja kauplemisplatvormid on valmis pakkuma teatud teenuseid tasuta, omandamaks rohkem informatsiooni oma kasutajate kohta.¹⁵³ Personaliseeritud hinnakujundus võimaldab aga pakkuda tarbijatele hinda, mis – sõltuvalt kasutatava algoritmi või tehnilise lahenduse tõhususest – peegeldab võimalikult täpselt tarbijate maksevalmidust. Järelikult võib uute tehnoloogiate kasutuselevõtt paratamatult viia olukorrani, kus mõned kauplejad on tarbijate seisukohalt atraktiivsemad kui teised, mis ei tähenda aga, et sellega tekib neil automaatselt turgu valitsev seisund.

On samuti küsitav, kas üksik ettevõtja, kes ei oma turgu valitsevat seisundit, kuid kasutab personaliseeritud hinnakujundust, mis avaldab mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele, rikub artikli 102 nõudeid? Ühelt poolt võib arvata, kui sellisel ettevõtjal puudub märkimisväärne turujõud, siis ei ole ta *a priori* võimeline mistahes negatiivsel viisil mõjutama siseturu konkurentsi. Teiselt poolt aga, kui ettevõtja käitumine mõjutab konkurentsi konkreetsel kaubaturul, siis võib see viidata ka turgu valitseva seisundi omamisele. Sellegipoolest on artikli

¹⁵¹ OECD. Big data: Bringing competition policy to the digital era. Background note by the Secretariat, lk 15. (29-30.11.2016) – <https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm> (21.04.2020)

¹⁵² EKo C-413/14 P, *Intel Corp. v European Commission*, ECLI:EU:C:2017:632, p 134; EKo C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2012:172, p 22.

¹⁵³ Burri, M. Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law. – Mathis, K., Tor, A. (toim.) *New Developments in Competition Law and Economics*, lk 247. Šveits: Springer 2019.

102 sõnastusest ja kohaldamispraktikast selge, et seda kohaldatakse üksnes ettevõtjatele, kelle valitsev positsioon on tuvastatud, mis tähendab aga, et turgu mittevalitsevad ettevõtjad jäävad artikli kohaldamisalast väljapoole. Sellisel juhul ei kohaldu üksiku ettevõtja tegevusele ei ELTL artikkel 101 ega 102.

2.3.2. Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine

2.3.2.1. Kuritarvitamise olemus

ELTL artikkel 102 ega ükski EL-i õigusakt ei sätesta konkreetset kuritarvitamise definitsiooni, mis on iseenesest mõistlik. Ühtse loetelu koostamine, millega oleksid hõlmatud kõik kuritarvitusteks kvalifitseeruvad tegevused ja praktikad, on võimatu ja ebaotstarbekas. Järelikult hinnatakse kuritarvituse olemasolu kaasusepõhiselt. Kõige üldisemal kujul on Euroopa Kohus sisustanud kuritarvituse mõiste lahendis 85/76 kui „tegevust, mis võib mõjutada sellise turu struktuuri, kus just kõnealuse ettevõtja tegutsemise tulemusel on konkurents juba nõrgenenud, ning mis takistab veel turul olemas oleva konkurentsi säilimist või selle konkurentsi arengut vahenditega, mis erinevad nendest vahenditest, mida kasutatakse kaupade või teenuste tavapärasel konkurentsis, mis rajaneb ettevõtjate sooritustel“¹⁵⁴. Nimetatud definitsioonile on järjepidevalt viidatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamisega seonduvas Euroopa Kohtu praktikas ning sellest võib tuletada kas peamist elementi: 1) tegevus, mis võib negatiivselt mõjutada konkurentsi säilimist ja arengut; ja 2) tavapärasest konkurentsi kontekstis erinevate vahendite kasutamine. Hilisemalt on kõnealust teist elementi käsitletud lähemalt võtmetepõhise konkurentsi (ingl. *competition on the merits*) kontseptsiooni abil.¹⁵⁵ Komisjon on leidnud, et võtmetepõhise konkurentsi näideteks on muuseas madalamad hinnad, parem kvaliteet ning uute või paremate kaupade ja teenuste valik – nende kasutamine on lubatud, kui nende saavutamise nimel ei kannata konkreetse kaubaturu konkurentsiolukord.¹⁵⁶ Autor leiab, et erinevalt ettevõtjate ühisest tegevusest artikli 101(1) kontekstis, kuritarvitamise analüüsimisel ei pöörata niivõrd palju tähelepanu konkurentsi piiramise eesmärgile. Kui tuvastatud kuritarvitamine kui selline on võimeline avaldama negatiivset mõju kaubaturu konkurentstile, siis ei ole oluline, kas see oli algusest peale turgu valitseva ettevõtja eesmärk või mitte. Sellegipoolest on turgu valitsevat seisundit omaval ettevõtjal, sarnaselt artikli 101(1)

¹⁵⁴ EKO 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p 91.

¹⁵⁵ EKO C-280/08, *Deutsche Telekom AG v European Commission*, ECLI:EU:C:2010:603, p 174.

¹⁵⁶ Komisjoni teatis (viide 147), p 5.

menetluse korraga, võimalus lükata kuritarvitamise kahtlustused ümber, näidates et tema tegevusel puudub konkurentsi negatiivse mõjutamise element.

Euroopa kohus on leidnud, et hinnapraktika kuritahtliku olemuse analüüsimiseks tuleb arvesse võtta kõik asjaolud, mis võivad olla olulised selle mõjude hindamisel.¹⁵⁷ Niivõrd kui personaliseeritud hinnakujundus võib oluliselt mõjutada kaubaturu struktuuri või arengut, võib see kvalifitseeruda kuritarvituseks eespool toodud määratluste kontekstis. Ühtlasi on õigusosalases kirjanduses leitud, et teatud lepingutingimused võivad olla kuritarvituslikud isegi juhul, kui need sisalduvad lepingus tarbija nõudmisel.¹⁵⁸ Autor leiab, et see seisukoht on relevantne ka personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis ning võib väljenduda järgmiselt. Mõistagi tarbijad ei nõua ise, et nendele pakutav kauba või teenuse hind oleks isikupõhine, kuid olukorras, kus kaupleja täidab oma lepingueelset teavitamiskohustust ning tarbija sellega nõustub, võib öelda, et personaliseeritud hinnakujundusest on saanud pooltevahelise lepingu osa. Teine küsimus seisneb aga selles, kas personaliseeritud hinnakujunduse kasutamine on võtmetepõhise konkurentsi põhimõtetele vastav vahend. Autor on seisukohal, et personaliseeritud hinnakujundus on võtmetepõhise konkurentsiga kooskõlas niivõrd, kuivõrd selle tulemusena turgu valitsevad ettevõtjad ei otsusta kohaldada süstemaatiliselt tavalisest kõrgemaid hindu ning see ei avalda mõju kaupade ja teenuste kvaliteedile või valikule. Järelikult ei ole personaliseeritud hinnakujunduse kasutamine EL-i konkurentsiõiguses *per se* keeletud. Sellegipoolest, kui leidub empiiriline tõendus väitele, et personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine mõjutab negatiivselt konkurentsivõimelist turgu või tarbijaid, siis on taolise ärimudeli näol tegemist kuritarvitusega EL-i konkurentsiõiguse kontekstis.

Isegi kui tarbijate heaolu tagamine on üks konkurentsiõiguse suuri eesmärke, on selle elluviimine võimalikult efektiivselt tehtav üksnes konkurentsivõimelisel turul. Järelikult vajavad kaitset samaväärselt tarbijatega ka kuritarvituste all kannatada võivad konkurendid. Veelgi enam lasub turgu valitsevat seisundit omavatel ettevõtjatel endil eriline kohustus käituda viisil, mis ei takista ega piira konkurentsi sellel kaubaturul.¹⁵⁹ Personaliseeritud hinnakujunduse ja eelkõige Amazoni menetluse kontekstis tuleb tingimata võtta arvesse Euroopa Kohtu kohtuasjas C-52/09 väljendatud seisukohta, mille kohaselt võib artikliga 102 olla vastuolus vertikaalselt integreeritud turgu valitsevat seisundit omava ettevõtja tegevus eelneval turul, mis seisneb järgnevatel turul konkureerivate vähemalt sama tõhusate ettevõtjate

¹⁵⁷ C-209/10, *Post Danmark*, p 26.

¹⁵⁸ Rose, V., Bailey, D. (toim.) Bellamy & Child: *European Union Law of Competition* (7th Edition), p 10.009. Oxford: Oxford University Press 2013.

¹⁵⁹ EKo C-457/10, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission*, ECLI:EU:C:2012:770, p 134.

väljatõrjumiskatses.¹⁶⁰ Toodud põhimõte võib analoogia korras kohalduda ka siis, kui Amazon kui internetipõhise kauplemisplatvormi teenuse pakkuja võib omandada teenust kasutatavalt kauplejatelt tarbijate isikuandmeid, mille tulemusena Amazoni positsioon kaubaturul tugevneb, ning mõned kauplejad võivad seega sattuda ebasoodsamasse positsiooni. Autor ei välista, et nimetatud kohtuasi võib tulla kõne alla Amazoni menetluse raames, taunimaks Amazoni kui turgu valitsevat seisundit omava ettevõtja käitumist ning potentsiaalselt ka selle poolt personaliseeritud hinnakujunduse kasutamist.

Erinevalt ELTL artiklist 101 ei näe artikkel 102 ette seadusandja poolt selgesõnaliselt sätestatud tingimusi, mille täitmisel on turgu valitseva seisundi kuritarvitamise keeld ettevõtja suhtes kohaldamatu. Teatud erandid on siiski kujunenud välja kohtupraktikast. Euroopa Kohus on leidnud, et kuritarvitamine võib olla objektiivselt õigustatud, kui on täidetud neli eeldust.¹⁶¹ Esiteks, kuritarvitamist peavad tasakaalustama või hoopis kaaluma üle sellega kaasnevad eelised. Teiseks, eelistest peavad saama kasu ka tarbijad. Kolmandaks, tegevus peab olema vajalik nimetatud eeliste saavutamiseks ning, neljandaks, see ei takista tõhusat konkurentsi. Sisuliselt on tegemist artiklis 101(3) sätestatud tingimustega, mida autor on analüüsinud magistritöö punktis 2.2.3. Eelnevalt on autor leidnud, et konkurendivaheliste kokkulepete puhul tuginemine artikli 101(3) erandile praktikas tõenäoliselt ebaõnnestub. Olukord ei pruugi olla sama artikli 102 kohaldamise kontekstis. Kui üksik turgu valitsev ettevõtja soovib õigustada personaliseeritud hinnakujunduse kasutamist oma äritegevuses, siis tõenäoliselt tugineb ta argumentidele, et see võimaldab temal suurendada tarbimist ning ühtlasi tagada tarbijate heaolu.¹⁶² Autor on seisukohal, et põhjendus on õigustatud seni, kuni personaliseeritud hinnakujundusega pakutakse teatud tarbijatele tavalisest soodsamaid hindu ning võttes arvesse konkreetse turu geograafilisi ja kaubaga seotud eripärasid ning turul tegutsevate konkurentide arvu, konkurentiolukord selle tagajärjel ei halvene. Näiteks kui Komisjon tuvastab eespool kirjeldatud menetluse raames, et Amazon kujundab tarbijatele isikupõhiseid hindu, siis, ennustades et tuvastatud saab ka selle turgu valitsev seisund, hindab Komisjon eelkõige, kuidas on sellest mõjutatud samal geograafilisel ja kaubaturul tegutsevad konkurendid. Kui sellest tekkiv negatiivne mõju on Amazoni konkurentidele märkimisväärselt suur, võib arvata, et Komisjon ei arvesta tarbijate heaolu puudutavate argumentidega.

¹⁶⁰ EKO C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83, p 87.

¹⁶¹ C-209/10, *Post Danmark*, p-d 41, 42.

¹⁶² Townley, C., Morrison, E., Yeung, K. *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*. (06.10.2017) – King's College London Law School Research Paper No. 2017-38, lk 39.

Ühtlasi väärrib mainimist, et artikkel 102 ei näe ette rikkumise vabandamiseks artiklile 101 omast *de minimis* erandit. Euroopa Kohus on selgelt väljendanud seisukohta, et turgu valitseva ettevõtja mistahes ulatuses konkurentsi piirav käitumine võib turul, kus konkurents on juba nõrgestatud kvalifitseeruda turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks.¹⁶³ Järelikult saab turgu valitseva ettevõtja puhul personaliseeritud hinnakujunduse kasutamise vabandatavust hinnata üksnes eespool kirjeldatud nelja objektiivse õigustatuse eelduse alusel.

Tulenevalt eespool teostatud analüüsist on võimalik väita, et personaliseeritud hinnakujundus võib tõesti kvalifitseeruda kuritarvituseks ja seda eelkõige siis, kuid mitte tingimata ainult, kui seda kasutab suurt turuosa omav kauplemisplatvorm. Keskne element personaliseeritud hinnakujunduse kui kuritarvituse määratlemisel on sellega kaasnev kaubaturu konkurentsi negatiivne mõjutamine. Seda tuleb aga hinnata konkreetse kaubaturu asjaoludest lähtuvalt. On selge, et artikli 102 üldosa eeldustest ei nähtu personaliseeritud hinnakujundusele absoluutset keeldu ning teatud asjaoludel võib isikupõhiste hindade rakendamine olla vabandatav isegi siis, kui seda rakendab turgu valitsev ettevõtja. Hinnates hinnapraktika rakendamise vastavuse kuritarvituse määratlusele mõne praktilise näite alusel, võib lähtuda OECD koostatud personaliseeritud hinnakujunduse analüüsi viiesammulisest raamistikust. Kõigepealt tuleb tuvastada kuludel mittepõhinevate hinnaerinevuste olemasolu. Teiseks määrata turgu valitsemist ning kolmandaks analüüsida seejärel mõjusid lõpptarbijate heaolule. Kui mõjud on negatiivsed, peab seejärel hindama nende püsivust. Viimaseks, tõhusa õiguskaitsevahendi rakendamiseks tuleb teha kindlaks negatiivsete mõjude tekitajaid.¹⁶⁴

Edaspidi analüüsib autor, kas personaliseeritud hinnakujundus võib siiski kvalifitseeruda konkreetseks artiklis 102 väljatoodud rikkumiseks artikli punktide a ja c järgi.

2.3.2.2. Ebaõiglaste müügihindade kehtestamine

Sarnaselt ELTL artikli 101(1) punktiga a, keelab ka artikkel 102(a) kehtestada ostu- või müügihindu või muid tehingutingimusi. Siiski kui artikkel 101 keelab kahe või enama ettevõtja ühist tegevust, on kõnealuse artikli puhul taunitav ka turgu valitseva ettevõtja ühepoolne tegevus. Lisaks on artikli 102(a) järgi keelatud ebaõiglaste hindade või tingimuste kehtestamine. Autor uurib, mis on ebaõiglane hind EL-i konkurentsioiguse kontekstis ning analüüsib, kas see kohaldub ka personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisele.

¹⁶³ EKo T-286/09, *Intel Corp. v European Commission*, ECLI:EU:T:2014:547, p 116.

¹⁶⁴ OECD (viide 1), lk 30.

Vaba turukonkurentsi tingimustes tekib tihtipeale küsimus, kas liikmesriikide konkurentsiasutused ja Komisjon peavad üldse sekkuma ja analüüsima, kas kaubaturul kehtestatud hind on ebaõiglane või mitte. Nii on näiteks kohtujurist N. Wahl väitnud, et vabal ja konkurentsile rajatud turul ei teki vajadust ETLT artikli 102(a) kohaldamiseks, kuivõrd ühe ettevõtja poolt kehtestatud kõrged hinnad meelitavad turule uusi tulijaid ehk turg reguleerib ennast ise.¹⁶⁵ Seega on pädevad konkurentsiasutused tihtipeale vastumeelsed artikli 102(a) või sellel põhineva liikmesriigi õigusnormi kontrolli suhtes.¹⁶⁶ Tõepoolest, kui üks ettevõtja tegutseb ilmselgelt ebaõiglaselt tarbijagrupi suhtes, on ülimalt tõenäoline, et see tarbijagrupp eelistab temale hoopis samu kaupu või teenuseid pakkuvat konkurenti. Siiski on oluline, et kaubaturul, kus üks ettevõtja omab selgelt turgu valitsevat seisundit ei pruugi selline vahetus olla isegi võimalik. Taoline olukord võib olla iseloomulik ka internetipõhiste kauplemisplatvormidele ja erinevatel infoühiskonnateenuste turgudel, kus turubarjäärid on üsnagi kõrged ning üldjuhul eristub nendel kaubaturgudel üks märkimisväärse turuvõimuga ettevõtja. Näiteks kauplemisplatvormide teenuse puhul on selliseks ettevõtjaks Amazon. Sellistel juhtudel on põhjendatud, et Komisjon alustab uurimise artikli 102(a) alusel, kontrollimaks kas ettevõtja kehtestatud hinnad on ebaõiglased.

Euroopa Kohtu kohtupraktikas on kujunenud välja lähenemine, mille kohaselt tuleb artikli 102(a) juures adresseerida kaks spetsiifilist küsimust. Esiteks, kas tegelikult kantud kulude ja kehtestatud hinna vahe on ülemäära kõrge. Kui vastus esimesele küsimusele on jaatav, siis tuleb hinnata kas kehtestatud hind on ebaõiglane võrreldes konkureerivatele toodetele kehtiva hinnaga.¹⁶⁷ Seega esiteks tuleb hinnata, kas hind, mis kujuneb personaliseerimise tulemusena on liiga kõrge võrreldes kauba või teenuse loomiseks kantud kuludega. Personaliseeritud hinnakujunduse puhul on tuvastatud, et hinna kõikumine, mis toimub vastavalt konkreetsele tarbija hinnatundlikkusele ei ole üldjuhul märkimisväärne.¹⁶⁸ Mõistagi vaatab suur osa internetipõhistes kauplemisplatvormides kaupa või teenuseid soetavaid tarbijaid hindu mitmelt erinevalt veebilehelt. Järelikult juhul, kui konkreetset toodet müüvad ka personaliseeritud hinnakujundust rakendava ettevõtja konkurendid, siis ei tohiks see olla probleem, kuivõrd selline ettevõtja lihtsalt ei saa lubada endale kujundada liiga kõrgeid isikupõhiseid hindu.

¹⁶⁵ EK C-177/16, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra*, ECLI:EU:C:2017:286, kohtujurist N. Wahli ettepanek, p 3.

¹⁶⁶ Whish, R., Bailey, D., lk 736.

¹⁶⁷ EKO 27/76, *United Brands*, p 252.

¹⁶⁸ vt viide 3.

Kui tegemist on kauba või teenusega, mille suhtes ettevõtjal on monopol või tarbijatel puudub mingil muul põhjusel võimalus soetada toodet mujalt, siis tuleb hinnata, kas kehtestatud hind on ebaõiglane. Hinna ebaõigluse elemendi analüüs on keeruline ning peab muuhulgas hõlmama põhjalikku majandusanalüüsi. Selle abil on võimalik tuvastada, kas tegu on ebaõiglase hinnaga ning milline on õiglane hind. Küsimus, kas ettevõtja poolt määratud hind on ebaõiglane, sealhulgas liiga kõrge, tõusetub Euroopa Kohtu tasandil võrdlemisi harva.¹⁶⁹ Viimati on seda käsitletud kohtuasjas C-177/16¹⁷⁰. Eelotsusetaotluse esitanud kohus on muu hulgas küsinud, mida tähendab ebaõiglane hind autoriõiguste kollektiivse esindamise kontekstis. Euroopa Kohus on selgitanud, et tuvastamiseks, kas hinnad on ebaõiglased ELTL artikli 102(a) tähenduses, tuleb võrrelda hindu teistes liikmesriikides kohaldatavate hindadega ning seda üksnes eeldusel, et võrdlus on objektiivne, asjakohane, kontrollitav ja ühetaoline.¹⁷¹ Komisjon on seevastu leidnud, et hinnangu andmisel ei piisa üksnes harilikust hinna võrdlemisest mitmes liikmesriigis ning arvesse tuleb võtta konkreetse toote või teenuse nõudlust konkreetsel turul.¹⁷² Komisjon selgitas, et nõudluse argument on kriitiline, kuivõrd tarbijad on valmis maksta rohkem toote või teenuse eest, mida nad peavad vajalikuks, mis omakorda suurendab selle majandusliku väärtust ja ei eelda kõrgemaid kulusid ettevõtja jaoks.¹⁷³ Tuginedes nii Euroopa Kohtu kui Komisjoni lähenemistele, tuleb personaliseeritud hinnakujunduse vaatenurgast järelikult vaadata, kas selle tulemusena väljakujunenud hinnad ühele tarbijagrupile on võrreldavad teiste tarbijagruppidega ning mis on asjaomase kauba või teenuse majanduslik väärtus erinevate võrreldavate tarbijagruppide jaoks. Lisaks eespool mainitule on õigusosalases kirjanduses näiteks algoritmilist tarbija hinnadiskrimineerimise õiglust hinnatud konkreetse praktika sotsiaalse vastuvõetavuse alusel, kahju teooria valguses ning jaotuva õigluse elemendi järgi.¹⁷⁴

On vaieldav, kas personaliseeritud hinnakujunduse raames erinevad tarbijatele pakutavad hinnad niivõrd palju, et neid saaks mõistlikult lähtudes pidada lausa ebaõiglasteks. Iseenesest ei pruugi personaliseeritud hinnakujunduse puhul kontroll isegi jõuda ebaõigluse elemendi

¹⁶⁹ Gilo, D. A Coherent Approach to the Antitrust Prohibition of Excessive Pricing by Dominant Firms. – Katsoulacos, Y., Jenny, F. (toim.) Excessive Pricing and Competition Law Enforcement, lk 103. Šveits: Springer 2018.

¹⁷⁰ EKo C-177/16, *Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2017:689.

¹⁷¹ *Ibid.*, p 51.

¹⁷² Komisjoni 23.07.2004 otsus asjas COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg, p 221.

¹⁷³ *Ibid.*, p 227.

¹⁷⁴ Townley, C., Morrison, E., Yeung, K., lk 17; Siinkohal tuleb meelde peatükis 1.3. käsitletud asjaolu, et tarbijad suhtlevad igasugustesse isikuandmete avaldamisega seotud hinnapraktikatesse pigem negatiivselt. Ilma asjakohaste pikaajaliste empiiriliste andmeteta ei ole võimalik hinnata personaliseeritud hinnakujundust kahju teooria järgi. Jaotuva õigluse analüüs liigub aga käesoleva magistritöö õigusliku analüüsi eesmärgist liiga kaugale.

analüüsini, kui on leitud, et tegelikult kantud kulude ja kehtestatud hinna vahe on ülemäära kõrge. Teisisõnu, kaubanduses on paratamatu, et tulu suurendamise eesmärgil võivad ettevõtjad rakendada erinevaid kaubandusvõtteid, mille tulemusena üks tarbija võib maksta kõrgemat hinda kui teine. Tegemist on kindlasti sellest negatiivselt mõjutatud tarbijate jaoks ebameeldiva olukorraga, kuid autor on seisukohal, et ebaõiglane oleks see siis, kui personaliseeritud hinnakujundus paneks süstemaatiliselt ja suures ulatuses ebasoodsasse olukorda konkreetset tarbijagruppi, näiteks sihtides nii-öelda kiskjalikult ühtsete tunnustega isikuid, et panna neid maksuma tavalisest kõrgemat hinda. Lisaks sellele on olukordades, kus isikupõhisel meetodil hindade kujundamine võib tõesti osutuda ebaõiglaseks olemas muid, eelkõige tarbijakaitseõigusest ning võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevaid kaitsevahendeid.

Kokkuvõtvalt leiab autor, et personaliseeritud hinnakujundus ei kvalifitseeru – vähemalt sellisel viisil nagu seda teadaolevalt rakendatakse tänapäeval – ebaõiglaseks müügihindade kehtestamiseks ELTL artikli 102(a) tähenduses, kui personaliseeritud hinnakujunduse tulemusena tarbijale pakutav hind ei ole liiga kõrge võrreldes ettevõtja tegelikult kantud kuludega.

2.3.2.3. Erinevate tingimuste rakendamine võrdväärsete tehingute puhul, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda

Lisaks punktis 2.3.2.1 käsitletud turgu valitseva seisundi mõiste sisustamise kriteeriumitele, peab punkti d puhul olema esiteks võrdväärsete tehingute puhul erinevate tingimuste rakendamine ja teiseks kaubanduspartnerite negatiivne konkurentsimõjutamine. Personaliseeritud hinnakujunduse perspektiivist võib võrdsete tehingute puhul erinevate tingimuste rakendamine väljenduda ennekõike hinnadiskrimineerimise kujul. Artiklit 102(c) on Euroopa Kohtu praktikas tõlgendatud laiendavalt, kuid pelgalt tõlgendades ELTL-t ei ole võimalik eristada hinnadiskrimineerimise muudest sarnastest äripraktikatest, mistõttu ei ole see vaikimisi kokkusobimatu konkurentsioigusega.¹⁷⁵ Hinnadiskrimineerimist võib defineerida kui sama kauba või teenuse müüki erinevaga hinnaga, mis ei ole seotud sellele tehtavate kulutustega. Majandusteadlased teevad vahet kolme hinnadiskrimineerimise astme vahel. Esimese astme ehk „ideaalne“ hinnadiskrimineerimine on ostujõule vastava kõige kõrgema hinna kehtestamine. Selle teostamine on praktikas peaaegu võimatu. Teise astme hinnadiskrimineerimine võimaldab tarbijatel valida neile tehtud soodustuste ja pakkumiste

¹⁷⁵ Borocz, I. Clash of Interests – Is Behaviour-Based Price Discrimination in Line with the GDPR? (2015) – Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata, 153, lk 47.

seast: näiteks kui tarbija ostab toodet suuremas koguses, maksab ta väiksemat ühikuhinda. Kolmas aste on erinevate hindade kehtestamine erinevatele jälgitavate tunnustega tarbijatele. Personaliseeritud hinnakujunduse puhul on üldjuhul tegemist just kolmanda astme hinnadiskrimineerimisega.¹⁷⁶

Hinnadiskrimineerimine ei pruugi olla vastuolus ka ELTL artikliga 102(c), kui artikli rikkumisele tuginev osapool ei suuda demonstreerida sellega kaasnevat konkurentsiolekorda halvenemist vastaval turul.¹⁷⁷ Sellegipoolest kinnitas Euroopa Kohus Komisjoni tuntud lahendis 322/81 vaidlusalust väidet, mille kohaselt võib ka üksnes hinnadiskrimineerimine olla turgu valitseva seisundi kuritarvitamise indikaator.¹⁷⁸ On selge, et personaliseeritud hinnakujundus kvalifitseerub oma olemuselt „erinevate tingimuste rakendamiseks võrdväärsete tehingute puhul“ artikli 102(c) tähenduses – seda isegi olukorras, kus sama kaupa või teenust ei pakuta tavalisest kõrgema hinnaga, vaid ühele tehingule kohaldub tavahind ning teisele personaliseeritud soodushind. Teisisõnu, siinkohal ei esine näiteks artiklile 102(a) omast ebaõigluse elementi ehk kauplejad ei pea tingimata rakendama teatud osale tehingutest liiga kõrgeid hindu, et nende käitumine kuuluks kõnealuse artikli kohaldamisalasse.

Mis puudutab aga kaubanduspartnerite ebasoodsasse konkurentsiolekorda asetamist, siis see on koht, kus tekib küsimus kõnealuse artikli kohaldatavusest personaliseeritud hinnakujunduse suhtes. Nimelt tõlgendades mõistet „kaubanduspartnerid“ grammatiliselt, on selge, et säte ei peaks kohalduma ettevõtja tegevusele, mille all kannatavad lõpptarbijad – tarbija põhiline tunnus on just asjaolu, et tarbija ei tegele mistahes majandus- või kutsetegevuse raames.¹⁷⁹ Järelikult kohaldub artikkel eelkõige siis, kui turgu valitsev ettevõtja teeb hinna poolest diskrimineerivaid B2B tehinguid konkureerivate ettevõtjatega. Personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis on selline kontseptsioon parasjagu võimatu, kuivõrd see põhineb ennekõike isikuandmete töötlemisel. Isikuandmed kui sellised võivad olla ainult füüsilistel isikutel, kellest valdav enamus tegutseb lõpptarbija rollis. Sellist tõlgendust toetab ka hiljutine Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas C-525/16, mille kohaselt peab artikli 102(c) kohaldamiseks tuvastama lisaks ettevõtja diskrimineerivale käitumisele ka seda, et see võib kahjustada konkreetset konkurentsisisuhet ehk halvendada kõnealuse ettevõtja kaubanduspartnerite

¹⁷⁶ Niels, G., Jenkins, H., Kavanagh, J. Economics for competition lawyers, lk 215-216. Oxford: Oxford University Press 2011.

¹⁷⁷ Rose, V., Bailey, D., p 10.091.

¹⁷⁸ EKo 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1983:3131 p 71.

¹⁷⁹ Samale järeldusele saab jõuda, vaadates ELTL sõnastust teistes liikmesriikide keeles: näiteks kasutatakse inglise keeles väljendi „trading partners“, prantsuse keeles „de partenaires commerciaux“ ning hollandi keeles „handelspartners“, millest kõik viitavad kaubanduse kui äritegevuse elemendi olemasolule.

konkurentsiolekorda.¹⁸⁰ Veel üks kohtuasi rõhutas, et artikli kohaldamiseks on oluline tuvastada, et ebasoodsasse konkurentsiolekorda asetatud isikud on konkurendid ühel ja samal kaubaturul.¹⁸¹ On ilmselge, et tarbijate ega tarbija ja ettevõtja vahel ei ole mingit konkurentsisuhet. Õigusosalases kirjanduses on sellegipoolest leitud, et kuivõrd Euroopa Kohus on läbi aastate tõlgendanud artikli 102(c) kohaldamisala pigem laiendavalt, on võimalik et ka lõpptarbivate diskrimineerimine personaliseeritud hinnakujunduse raames võib kvalifitseeruda rikkumiseks artikli 102(c) alusel.¹⁸² Autor on seisukohal, et artikli sõnastus ning Euroopa Kohtu praktika järjepidev kohaldamine konkureerivate ettevõtete diskrimineerimise kontekstis viitab sellele, et kõnealune punkt ei ole personaliseeritud hinnakujundusele kohaldatav. See ei tähenda ometi, et personaliseeritud hinnakujundust ei saa mitte ühelgi juhul pidada konkurentsi piiravaks tegevuseks. Artiklis 102 sätestatud punktid a-d on üksnes kõige ilmsemad turgu valitseva seisundi kuritarvitamise näited. Komisjon ega liikmesriikide konkurentsiasutused ei ole seotud nimetatud punktidega ning võivad hinnata personaliseeritud hinnakujunduse või mistahes muu potentsiaalselt õigusvastase praktika kokkusobivust konkurentsiolekusega ka ainult vastava artikli üldiste eelduste järgi.

Kokkuvõttes näitas konkurentsiolekuselike nõuete analüüs, et personaliseeritud hinnakujundus võib olla kokkusobimatu ELTL artiklitega 101 ja 102. Artikli 101 puhul on leitud, et konkurentidevahelised kokkulepped personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisel on pigem harukordsed ning praktikas ei ole ühtegi taolist olukorda veel tuvastatud. Artikkel 101 võib siiski olla kohaldatav, kui mitme ettevõtja poolt personaliseeritud hinnakujunduse kasutuselevõttu võib pidada konkurentide kooskõlastatud tegevuseks ning sellega kaasneb konkurentsi negatiivse mõjutamise eesmärk või tagajärg. Praktikas võib see esineda eelkõige olukordades, kus konkurendid kasutavad personaliseeritud hinnakujunduse rakendamiseks ühte ja sama algoritmiteenuse pakkujat. Personaliseeritud hinnakujunduse puhul on kõige tõenäolisem, et konkurentidevaheline kokkulepe või kooskõlastatud tegevus on kokkusobimatu artikli 101(1) punktiga d. Sealjuures näeb artikkel 101(3) ette eelduseid, mille täitmisel keelatud kokkulepe on siiski lubatav. Autor on leidnud, et personaliseeritud hinnakujunduse valguses ei saa kõik need eeldused olla täidetud. Eelkõige on raske tugineda sellele, et personaliseeritud hinnakujundus on tootmise parandamiseks hädavajalik või et sellest saavad kasu tarbijad. Küll on aga võimalik, et kokkulepet või kooskõlastatud tegevust nii-õelda päästab *de minimis* erand.

¹⁸⁰ EKO C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2018:270, p 25.

¹⁸¹ EKO C-52/07, *Kanal 5 Ltd and TV 4 AB v Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, ECLI:EU:C:2008:703, p 46.

¹⁸² Graef, I. Algorithms And Fairness: What Role For Competition Law In Targeting Price Discrimination Towards End Consumers? – *The Columbia Journal of European Law* 2018/24 (3), lk 549.

Analüüsid artikli 102, on leitud, et personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine turgu valitseva ettevõtja poolt kvalifitseerub suure tõenäosusega turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks. Personaliseeritud hinnakujunduse kasutamise õiguspärasuse osas otsustamiseks on vaja siiski ennekõike hinnata konkreetsetel asjaoludel, kas see avaldab negatiivset mõju kaubaturu konkurentsile. Autor on leidnud, et personaliseeritud hinnakujundus ei ole spetsiifiline rikkumine artikli punktide a või c tähenduses, kuid punktide puhul on tegemist näitliku loeteluga ning sellisel juhul tuleb kõiki asjaomaseid fakte hinnata artikli 102 üldiste eelduste valguses. On väärt mainimist, et artikkel 102 võib kohalduda üksiku ettevõtja suhtes isegi siis, kui konkurentidevahelise kokkuleppe puhul on täidetud kõik artikli 101(3) eeldused.¹⁸³ Praegu on personaliseeritud hinnakujunduse konkurentsioiguse nõuetele vastavuse analüüs üsna teoreetiline. On lootust, et lähiaastatel tekib selle kohta Komisjoni ja Euroopa Kohtu praktikad ning selgub, kuidas suhtuvad personaliseeritud hinnakujundusesse konkurentsipoliitikat määravad EL-i institutsioonid.

¹⁸³ EK liidetud kohtuasjad C-395/96 P ja C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA and others v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:2000:132, p 130.

KOKKUVÕTE

Käesoleva magistritöö eesmärk on hinnata personaliseeritud hinnakujunduse vastavust kehtivatele avalik-õiguslikele nõuetele. Analüüsi aluseks võeti tarbijakaitseõiguslikud ja konkurentsioiguslikud nõuded. Tarbijakaitseõiguse osas keskendus autor asjakohastest EL-i tarbijakaitseõiguse direktiividest tulenevatele ja personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis relevantsetele nõuetele. Konkurentsioiguse osas analüüsis autor, kas personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine võib kvalifitseeruda konkurentsivastaseks tegevuseks ELTL artikli 101 või 102 järgi.

Esimese uurimisküsimuse raames tuli nimelt uurida, kas personaliseeritud hinnakujundus kui internetipõhises kauplemiskohtades rakendatav hinnapraktika vastab selle suhtes kohalduvatele EL-i tarbijakaitseõiguse nõuetele. Personaliseeritud hinnakujunduse praktilise rakendamise näite abil piiritles autor, et see peab vastama eelkõige lepingueelsele teavitamisnõudele, kaubandusvõtete suhtes kohalduvatele nõuetele, reklaami kasutamise korras reklaaminõuetele, ning tarbijate isikuandmete töötlemisega seonduvatele nõuetele. Kaupleja lepingueelsed teavitamiskohustused on sätestatud tarbijaõiguste direktiivis ning üle võetud liikmesriikide lepinguõigust reguleeritavatesse õigusaktidesse. Analüüsi teostamisel leidis autor, et konkreetne, personaliseeritud hinnakujundamist puudutav kohustus lisati tarbijaõiguste direktiivi pärast Direktiivi 2019/2161 vastuvõtmist. Direktiivi ülevõtmise tähtaeg saabub alles 2021. aastal ning sellega kaasnevaid muudatusi tuleb liikmesriigiti kohaldada hiljemalt 2022. aastal. Seega tarbijaõiguste direktiivi kontekstis ei teki kauplejatel teavitamiskohustust personaliseeritud hinnakujunduse osas enne täitmise ja ajakohastamise direktiivi ülevõtmist siseriiklikku õigusesse. Sellegipoolest on tarbijate teavitamine kohustuslik tulenevalt ebaausate kaubandustavade direktiividest juba praegu. Nimelt autor on leidnud, et sõltumata Direktiivi 2019/2161 ülevõtmisest, kvalifitseerub personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine ilma tarbijat sellest teavitamata eksitavaks tegevusetuseks ebaausate kaubandustavade direktiivide tähenduses. Hindade isikupõhise kujundamise kasutamise eiramine või varjamine soodushinna taga on aga kaupleja eksitav tegevus. Mõlemad praktikad on nimetatud direktiivi järgi keelatud. Sama põhimõtte rakendub kui personaliseeritud hinnakujunduse kasutamisel kasutatakse reklaami, kusjuures tuleb pöörata erilist tähelepanu kui isikupõhisest hinnastamisest mõjutatud hinnad esitatakse allahindluste kujul. Isikuandmete töötlemine omab suurt tähtsust nii tarbijalepingute sõlmimisel üleüldiselt kui personaliseeritud hinnakujunduse ärimudeli toimimisel ning autori hinnangul on personaliseeritud hinnakujunduse kontekstis olulised eelkõige järgmised andmekaitse nõuded: 1) seaduslik alus

isikuandmete töötlemiseks; 2) selge ja vabatahtliku nõusoleku saamine; 3) teabe juurdepääsu tagamine; ja 4) vajaduse korral inimliku sekkumise võimaldamine. Analüüs on näidanud, et kõige asjakohasem seaduslik alus isikuandmete töötlemiseks personaliseeritud hinnakujunduse rakendamiseks on vastavasisuline tarbija nõusolek. Nõusoleku saamiseks piisab ka sellest, et tarbija tähistab kasti kaupleva veebilehel, kinnitades, et ta on nõus oma isikuandmete töötlemisega hinna personaliseerimise eesmärgil. Samuti peab kaupleva esitama tarbija nõudmisel isikuandmete töötlemise eesmärgi ja alust puudutava teabe. Lisaks kõigele on autor leidnud, et tarbijalepingu sõlmimisel kohaldub personaliseeritud hinnakujundusest mõjutatud tehingule GDPR-i artikkel 22, mille kohaselt on tarbijal õigus nõuda otsest kontakti kauplevaga, saamaks selgust personaliseeritud hinnakujunduse protsessi kohta.

Vastuseks esimesele uurimisküsimusele leidis autor, et sellisel kujul nagu seda rakendatakse tänapäeval, ei vasta personaliseeritud hinnakujundus kehtivatele tarbijakaitseõiguslikele nõuetele. Tarbija teavitamine personaliseeritud hinnakujundusest – olgu see lepingueelne, kaupleva äritegevuse korraldamisel lasuv või GDPR-ist tulenev kohustus – on peamine nõue, mis lasub personaliseeritud viisil hindu kujundaval kaupleva. Mitmed magistratöös viidatud uuringud on näidanud, et kauplevad, kelle puhul tuvastati personaliseeritud hinnakujunduse kasutamine, ei teavita sellest nende käest kaupu või teenuseid soetavaid tarbijaid. Seega kui on leitud, et kaupleva kujundab tarbijatele hindu isikupõhisel meetodil, kuid ei teavita neid sellest nõuetekohaselt, võib sellisele kaupleva määrata tarbijakaitseõigusest ja GDPR-ist tulenevad sanktsioonid. Lisaks on see konkreetse tarbijaõigussuhte raames üheks lepingust taganemise aluseks. Peamine praktikas esinev probleem on aga see, et kauplevapoolset personaliseeritud hinnakujundust on äärmiselt raske, kui mitte võimatu, tuvastada ilma et huvitatud isik peaks viima selleks läbi erinevaid empiirilisi uuringuid. Praktiline probleem ei ole siiski puhtalt õiguslikult lahendatav ning vajab pädevate järelevalveasutuste informeeritust ja olemasolevate teadmiste pidevat täiendamist personaliseeritud hinnakujunduse kasutamisest internetipõhistes kauplemiskohtades.

Tarbijakaitseõiguslike nõuete analüüs näitas, et kehtiv EL-i ja sellest mõjutatud liikmesriikide tarbijakaitseõiguse reeglistik võimaldab ettevõtjatel kujundada tarbijale hindu personaliseeritud viisil. Teisisõnu, personaliseeritud hinnakujundus kui selline ei ole vastuolus EL-i tarbijakaitseõigusest tulenevate regulatsioonidega. Selleks on mitmeid põhjusi. Esiteks saab viidatud uuringute ja õiguslase kirjanduse põhjal järeldada, et seni tuvastatud personaliseeritud hinnakujunduse mõju ei ole niivõrd intensiivne, et EL oleks motiveeritud nimetatud hinnapraktikat oluliselt piirata või lausa keelustada. Teiseks, vastavalt eelnevalt käsitletule võib

personaliseeritud hinnakujundus tuua kaasa tarbijale teatud majanduslikke eeliseid niivõrd, kuivõrd see asutab kauplejaid olukorda, kus nad peavad nii-öelda võitlema tarbijate eest ning tegema nende hinnatundlikkusele kõige täpsemini vastavaid hinnapakumisi. Järelikult sellise praktika täielik keelustamine ei vastaks kauplejate huvidele ning teatud osas piiraks ka tarbijate majanduslike huvide realiseerimist. Kolmandaks on EL viimastel aastatel asunud aktiivselt uurima personaliseeritud hinnakujunduse mõjusid ning valminud on ka esimene personaliseeritud hinnakujundust reguleeriv õigusakt, s.o täitmise ja ajakohastamise direktiiv. Kui EL oleks leidnud, et kauplejapoolne hindade kujundamine personaliseeritud meetodil on absoluutselt kokkusobimatu kehtiva tarbijakaitseõiguse reeglistikuga, oleks EL sellisel juhul tõenäoliselt võtnud vastu rangemaid meetmeid. Näiteks oleks EL võinud kehtestada vastavasisulise määruse, kus personaliseeritud hinnakujunduse rakendamise tingimused oleksid kõigile liikmesriikidele selgelt ja ühetaoliselt määratud. Kuivõrd rangemaid meetmeid kehtestatud ei ole, on autor seisukohal, et praegu ei kujuta personaliseeritud hinnakujundus EL-i seadusandjate silmis ohtu. Oodatav on samuti, et Komisjon jätkab personaliseeritud hinnakujunduse mõjude uurimisega ning vajadusel vaadatakse kehtivad regulatsioonid üle ning täiendatakse asjakohaste tarbijate õiguste tagamiseks ning siseturu toimimiseks vajalike sätetega. Ka täitmise ja ajakohastamise direktiiv, ei loo sisuliselt uusi õiguskaitsevahendeid tarbijale, vaid üksnes sõnastab konkreetse teavitamiskohustuse kauplejale, mis oli ka sellele eelneval ajal tuletatav teistest direktiividest ja regulatsioonidest. Sellegipoolest leiab autor, et spetsiifiline personaliseeritud hinnakujundust puudutav õigusnorm on siiski samm õiges suunas, kuivõrd see toetab kõnealuse hinnapraktika ohtudest teadlikkuse suurendamist ning suurendab internetipõhiste kauplemiskohtade läbipaistvust. Lisaks edendab konkreetse teavitamiskohustuse loomine ka andmekaitsealaste nõuete täitmist, sest võib arvata, et kohustuslik lepingueelne teavitamine saab toimuda samaaegselt tarbija teavitamisega tema isikuandmete töötlemisest. Teavitamiskohustuse praktilist väärtust ja jõustamise võimalikkust kauplejate suhtes saab siiski hinnata alles pärast Direktiivi 2019/2161 ülevõtmist liikmesriikide õiguskorda.

Teise uurimisküsimuse raames tuli selgitada välja, kas personaliseeritud hinnakujundus võib kvalifitseeruda konkurentsivastaseks tegevuseks ELTL artiklite 101 ja 102 järgi. Autor lähtus nimetatud artiklite üldistest kohaldamise eeldustest ning lisaks sellele analüüsis, kas tegemist võib olla konkreetse artikli 101(1) punktis d või artiklites 102(a) või 102(c) sätestatud rikkumisega. Analüüsi käigus selgus, et personaliseeritud hinnakujundusega seonduv konkurentidevaheline kokkulepe või kooskõlastatud tegevus on EL-i konkurentsioigusega kokkusobimatu, kui selle eesmärgiks või tagajärjeks on mistahes konkurentsivõistluse või

liikmesriikidevahelise kaubanduse negatiivne mõjutamine. Kui konkurendid lepivad kokku personaliseeritud hinnakujunduse rakendamises, kvalifitseerub selline tegevus rikkumiseks artikli 101(1) punkti d järgi. Eriti vastuoluliseks muutub olukord kui ettevõtjate vahel ei ole sõlmitud kokkulepet ning nende ühine käitumine võib vastata kooskõlastatud tegevuse tunnustele. Nimelt olukorras, kus hindu personaliseeritakse algoritmidepõhiselt, jookseb õhuke piir keelatud kooskõlastatud tegevuse ja konkurentsioiguse reguleerimisalast väljajääva tavapärase ettevõtjate üksteise majandustegevusele reageerimise vahel. Sellisel juhul tuleb hinnata kas ja mis tingimustel toimus ettevõtjatevaheline suhtlus või kontakt. On äärmiselt vähetõenäoline, et ettevõtjate ühine tegevus on vabandata artikli 101(3) alusel, kuivõrd personaliseeritud hinnakujunduse rakendamine on vaevalt hädavajalik meede tootmise või kauba levitamise edendamiseks konkreetsel turul. Samuti on kaheldav, kas täidetud saab nõue, mille kohaselt tarbijad peavad saama õiglase osa meetmega kaasnevast kasust, kui kõnealuse hinnapraktika rakendamise tulemusena mõned tarbijad on kohustatud maksma tavalisest kõrgemaid hindu. Sellegipoolest võib selline kokkulepe olla lubatud *de minimis* erandi järgi, kui on täidetud erandiga ettenähtud künnised ja numbrilised näitajad.

Mis aga puudutab artikli 102 kohaldamist, on autor seisukohal, et personaliseeritud hinnakujundus kvalifitseerub turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks, kui on empiiriliste andmete põhjal tõendatud, et selle rakendamine kahjustab konkurentsi ning mõjutab liikmesriikidevahelist kaubandust konkreetsel kaubaturul. Analüüsi põhjal on autor siiski jõudnud seisukohale, et personaliseeritud hinnakujundus kui selline ei kvalifitseeru rikkumiseks artikli 102(a) ega 102(c) järgi. Esiteks, artikkel a ei ole kohaldatav, kuivõrd hindade isikupõhise kujundamist ei saa pidada ebaõiglaseks, lähtudes „ebaõiglaste hindade“ mõiste tõlgendamisest Euroopa Kohtu praktikas. Teiseks, artikkel c kohaldub ainult juhul, kui ebasoodsasse konkurentsiolekorda pannakse kaubanduspartnereid. Personaliseeritud hinnakujundust rakendatakse seevastu üksnes lõpptarbijate suhtes, kuivõrd B2B tehingute raames ei ole võimalik rääkida isikuandmete töötlemisest hindade isikupõhise kujundamise eesmärgil. Olenemata sellest saab turgu valitseva seisundi kuritarvitamist alati hinnata ka ainult artikli 102 esimeses lõigus sätestatud üldiste eelduste järgi. Selline lähenemine on asjakohane ka konkreetse personaliseeritud hinnakujunduse olukorra kontrolli raames ja selle tulemusena võib konkreetsetel asjaoludel olla EL-i konkurentsioigusega kokkusobimatu ka personaliseeritud hinnakujunduse kasutamine.

Vastus teisele uurimisküsimusele on seega eitav, s.t personaliseeritud hinnakujundus kui selline ei ole konkurentsivastane tegevus ELTL artikli 101 ja artikli 102 järgi. Sellegipoolest võib selle

kasutamine käsitletud eelduste täitmisel olla konkurentsioigusega kokkusobimatu. Järelikult on eitav vastus sellele küsimusele üsnagi tingimuslik ning suures osas sõltub konkreetsetes olukorras tõusetuvatele küsimustele hinnangu andmisest ning negatiivsete tagajärgede saabumisest. Erinevalt tarbijakaitseõigusest on konkurentsioigus kohaldamise poolest suures osas kaasusepõhine. Teisisõnu, teadmata konkreetseid asjaolusid ning andmeid on praktiliselt võimatu anda üksikasjalik hinnang ning väita kindlalt, et tegemist on või ei ole konkurentsireeglite rikkumisega. Teostatud analüüs näitas, et personaliseeritud hinnakujundus ei ole vaikimisi keelatud ka konkurentsioiguse valdkonnas. Samuti leiti, et isikupõhise hinnastamise meetodi rakendamine ei pane tarbijaid või konkurente automaatselt halvemasse olukorda võrreldes ühtse hinnastamisega. Seega personaliseeritud hinnakujunduse kasutuselevõtu õiguspärasuse hindamisel peavad liikmesriikide konkurentsiasutused ja Komisjon eristama ennekõike selliseid olukordi, kus pakutava kauba või teenuse hind on konkreetset sihitud tarbijagrupile tavalisest märksa kõrgem või millega kahjustatakse konkurente või siseturgu. Erinevalt tarbijakaitseõiguse valdkonnast ei ole konkurentsioiguses võetud vastu konkreetseid personaliseeritud hinnakujundust käsitlevaid regulatsioone ning lähtuda tuleb üldisest kehtivast õigusraamistikust. Tasub loota, et Komisjoni menetluses oleva Amazoni menetlusega tekib lähiaastatel selgus osas, kuidas vaadeldakse personaliseeritud hinnakujunduse õiguspärasust EL-i tasandil ning mis õiguslikud alused ja argumendid tulevad kõne alla selle hindamisel konkreetse ettevõtja näitel.

Personaliseeritud hinnakujunduse analüüs nii tarbijakaitse- kui konkurentsioiguslike nõuete valguses oli oluline, kuivõrd need on kaks valdkonda, kus personaliseeritud hinnakujundus avaldab kõige märkimisväärsemat mõju ning võib olla nii-öelda väljakutseks kehtivale õiguskorrale. Mõlema valdkonna eesmärgid on laias laastus sarnased: nii konkurentsioigus kui tarbijakaitseõigus on reguleeritud, ehkki erineva intensiivsusega, üle terve EL-i, tagamaks ühtse turu toimimist ning edendamaks liikmesriikide kaubandust ja üldist heaolu. Viimasel aastakümnel on EL aktiivselt panustanud digitaalse ühtse turu arendamisesse. Seetõttu väärib internetipõhistes kauplemisskohtades kasutatavate ettevõtjate praktikate uurimine erilist tähelepanu, kuivõrd need võivad oma uudsuse tõttu olla seadusandjale läbipaistmatud, potentsiaalselt takistades seeläbi digitaalse ühtse turu toimimist ja arengut. Teatud mõttes eksisteerivad tarbijakaitse- ja konkurentsioigus sümbioosis. Tarbijaõiguste laiaulatuslik kaitse edendab majandust ja annab ruumi tõhusa konkurentsi toimimisele ning, vastupidiselt, konkurentsivõimetul turul on keeruline tagada tarbijate õiguste järgimist. Järelikult peab ka personaliseeritud hinnakujunduse rakendamisel võtma arvesse nii konkurentsioigus kui tarbijakaitseõigusest tulenevaid nõudeid.

Käesoleva magistritöö näol on tegemist esimese põhjaliku personaliseeritud hinnakujunduse analüüsiga eestikeelses õigusalas kirjutanduses. Materjalist on abi nii seadusandjale Direktiivi 2019/2161 ülevõtmisel kui järelvalveasutustele personaliseeritud hinnakujundusega seonduvate menetluste läbiviimisel. Ühtlasi tõstab see tarbijate teadlikkust ning annab suuniseid kauplejatele, maandamaks personaliseeritud hinnakujunduse kasutuselevõtuga kaasnevaid riske. Ka väljaspool Eestit on teemat uuritud suhteliselt vähe ning eelkõige jääb puudu teadmisest personaliseeritud hinnakujunduse praktilise rakendamise kohta. Kindlasti väärib personaliseeritud hinnakujundus korduvat käsitlemist ja seda eelkõige siis, kui täitmise ja ajakohastamise direktiiviga kaasnevad muudatused on liikmesriikide õiguskordades jõustunud ning tekkinud on päriselulised näited, mille põhjal saab analüüsida personaliseeritud hinnakujunduse kasutamist praktikas. Vastavate empiiriliste andmete tekkimisel väärib uurimist ka see, kuidas võivad kauplejad personaliseeritud hinnakujunduse abil hindadega diskrimineerida konkreetsete ühiste tunnustega tarbijagruppe ning mis on nende gruppide võimalused ja õiguskaitsevahendid oma õiguste kaitseks, sealhulgas kas ja kuidas toimib EL-i tasandil ning liikmesriikides tarbijavaidluste kollektiivse lahendamise mehhanism.

Lõpetuseks, personaliseeritud hinnakujunduse analüüsi teostamisel tekivad paratamatult mitmed küsimused. Kas tarbijad peavad kartma personaliseeritud hinnakujundust? Kas selle rakendamine kujutab konkurentsile ohtu? Personaliseeritud hinnakujunduse puhul on tegemist võrdlemisi uue hinnadiskrimineerimise väljendusega, mistõttu on arusaadav, et selle suhtes püsib teatud ebakindlus. On oodatav, et lähiaastatel kasutatakse personaliseeritud hinnakujundust internetipõhistes kauplemisskohtades aina rohkem ning sellega kaasnevaid riske ei tasu alahinnata. Riskide vähendamiseks on aga äärmiselt oluline, et tarbijad oleksid teadlikud oma õigustest ning võimelised tuvastama olukordi, kus kaupleja soovib pöörata nende hinnatundlikkust enda kasuks. Ettevõtjad peavad seevastu järgima kõiki kehtivaid konkurentsireegleid, kuivõrd rikkumise tuvastamisel on nende kantav kahju tõenäoliselt kordades suurem kui kasum, mida võib tuua personaliseeritud hinnakujundus. Kõigi personaliseeritud hinnakujunduse suhtes kehtestatud nõuete täitmisel ning sellega kaasnevate tehniliste aspektide pideval ja mitmekülgisel uurimisel võib aga tegemist olla ärimudeliga, mis on kasulik nii tarbijatele kui ettevõtjatele.

CONSISTENCY OF PERSONALISED PRICING WITH THE EUROPEAN UNION CONSUMER PROTECTION LAW AND COMPETITION LAW REQUIREMENTS

Summary

Personalised pricing can be described as a price discrimination practice in the course of which traders charge consumers prices that tend to correspond to the consumers' willingness to pay on the basis of processing of their personal data. In practice personalised pricing usually functions as follows. As a result of obtaining the customer's personal data – directly or provided by third parties – a personalised price is generated on behalf of the trader, generally through special algorithms, artificial intelligence or other advanced technical solutions. Personalised price can be either higher or lower than the standard price, whereas the logic behind the automated-decision making is based on the consumer's personal characteristics. For example, persons' location can be accessed through their IP-address. Various studies have found that companies are able to trace consumers that live in more affluent neighbourhoods and charge them a higher price. While it may seem that personalised pricing can in a way benefit consumers who are being charged lower prices for products based on, for instance, their browsing history, the fact that consumers pay different prices for the same product for no apparent justification other than their personal characteristics is problematic and requires thorough legal analysis. Moreover, the use of personalised pricing as it has been observed on various markets is mostly hidden from consumers and is lacking transparency in general, which may potentially lead to traders carrying out even more severe abuses.

Thus, the purpose of this master thesis is to analyse whether personalised pricing as a price discrimination practice complies with the relevant requirements coming from consumer protection and competition law. No specific restrictions as regards the use of personalised pricing are imposed on the traders, hence they should follow the general principles of the current legislation. The author focuses on public law requirements for the following reasons. First and foremost, analysis of personalised pricing from the public law perspective creates a broader picture in respect of the said pricing practice. Private law provisions provide for legal protection under a specific contract and negative implications for the consumer welfare or the market in general may remain unnoticed. Secondly, consumer protection law is the central legal area where personalised pricing may significantly breach the existing requirements, as the pricing practice in question is used in the course of business-to-consumer (B2C) transactions. Moreover, processing of personal data is the essential element of personalised pricing and the

existence of personal data as such can only be attributed to natural persons, the vast majority of whom act as end consumers. Avoiding superficial analysis of the data protection law, this master thesis touches upon the compliance with data protection requirements only insofar as these concern obligations of the trader under a specific B2C relationship. Nevertheless, negative consequences arising for the use of personalised pricing may concern not only end consumers, but also distort competition on the market where the said pricing practice is used and have a negative impact on the competitors and a stable competitive environment as a whole. Therefore, thirdly, it is vital to evaluate whether personalised pricing is consistent with the European Union competition law requirements. Besides, it is worthwhile to mention that the abovementioned requirements are not mutually exclusive and under certain circumstances personalised pricing can be inconsistent with both consumer protection and competition law.

To accomplish the described purpose, two research questions were raised. First, is personalised pricing as a pricing practice used in online marketplaces consistent with the applicable European Union consumer protection law requirements? Second, can personalised pricing qualify as anticompetitive practice under articles 101 and 102 TFEU? The method used in this thesis is legal comparative-analytical method, where the use personalised pricing in practice, based on the relevant materials and studies, is to be compared to the current legislation of the European Union, compatible case law and theory. The focus on European Union legal sources is justified inasmuch as the minimum requirements and general principles of both consumer protection and competition law derive from the European Union legal order. Moreover, given that personalised pricing mainly occurs in online marketplaces and the concerned B2C transactions have a cross-border element to them, multiple jurisdictions may be involved in the decision-making process. Therefore, instead of focusing on a particular member state, it is most reasonable to assess the legitimacy of personalised pricing on a European Union scale.

In the first chapter, the author analyses the requirements that hold importance for personalised pricing in the field of consumer protection law and enforcement thereof between the European Union and the member states. The main requirements that influence implementation of personalised pricing come from the Directive 2011/83/EU (the consumer rights directive) as well as the Directive 2005/29/EC (the unfair commercial practices directive). Both of the said directives were amended by the Directive 2019/2161 (the enforcement and modernisation directive) in 2019. Besides, considering that processing of personal data essentially takes place in the course of price personalisation, the requirements arising from regulation (EU) 2016/679 (GDPR) must also be adhered to. To illustrate the transposition of the European Union

consumer protection law provisions, the author gives examples in terms of the Estonian consumer protection law legislation. Based on the functioning of the personalised pricing in practice and obligations deriving from the abovementioned legal acts, the author concludes that there are four main aspects to be complied with. These are: 1) pre-contractual information duty; 2) requirements set out in the unfair commercial practices directive; 3) advertising requirements; and 4) data protection requirements.

The main findings in connection with the consumer protection law requirements are the following. The conditions for the pre-contractual information duty are set forth in the consumer rights directive. The Directive 2011/83/EU did not impose on the trader the obligation to disclose to the consumer the use of personalised pricing as a part of pre-contractual information duty until such explicit requirement was introduced in the enforcement and modernisation directive. The Directive 2019/2161 complements article 6 of the consumer rights directive with a specific obligation to notify consumers of the fact that their price was personalised on the basis of automated processing of personal data. The period prescribed for transposition of the enforcement and modernisation directive expires on 28 November 2021 and the provisions deriving therefrom must be applied no later than on 28 May 2022. Therefore, as of April 2020 there is no pre-contractual obligation as regards personalised pricing arising from the consumer rights directive. Nevertheless, obligation to notify the consumer of the circumstances that can influence their purchase decisions comes from the unfair commercial practices directive. The author takes the view that the use of personalised pricing can clearly have impact – likely negative – on the consumer’s choice to purchase or refrain from purchasing goods or services. Consequently, the trader that does not fulfil the notification obligation in connection with personalised pricing engages in a misleading commercial practice, which is prohibited in the internal market. The same logic and legal basis apply in respect of advertising business activities which involve price personalisation. The trader’s main obligations related to data protection are: 1) legal basis for processing; 2) obtaining the explicit and freely given consent from the data subject, i.e. the consumer; 3) ensuring access to processing-related information; and 4) enabling human intervention in the course of price personalisation pursuant to article 22 of the GDPR.

As a result of the analysis on the consumer protection law part, the author reaches a conclusion that personalised pricing, as it is being implemented in online marketplaces today, does not comply with the applicable European Union consumer protection law requirements. Therefore, the answer to the first research question is negative. The information duty – whether arising

from pre-contractual obligations, conducting the trader's business activities or related to data protection – is the main requirement that rests with the trader in connection with the use of personalised pricing. Numerous studies referred to in this master thesis show traders that use personalised pricing as a part of their pricing practices do not notify consumers of the fact that their personal data has been processed for the purpose of price personalisation. If the infringement has been established, the trader may be held liable from the consumer protection law or data protection law perspective, as in case of personal pricing these breaches usually go hand in hand. Regardless of that, personalised pricing is not *per se* inconsistent with the European Union consumer protection law and if used in conformity with the existing requirements, the pricing practice in question is not prohibited. The main practical problem is that the use of personalised pricing lacks transparency for both consumers and legislators. By solely imposing strict or specific regulations, however, this problem cannot be reasonably solved, and the key element to mitigate the risks incurred by personalised pricing is to raise awareness of consumers, supervisory authorities and legislators as regards both economic and technical aspects of the pricing practice in question.

In the second chapter, the author focuses on the European Union competition law requirements. On the basis of the European Commission's ongoing antitrust investigation of the leading e-commerce company Amazon.com, Inc. (Amazon), the author establishes that the assessment of personalised pricing legitimacy under competition law can be made pursuant to both articles 101 and 102 TFEU. Firstly, the analysis is made in respect of application of article 101. When undertakings agree on implementation of personalised pricing in their business practices, such behaviour is indeed prohibited under article 101(1)(d) if it may negatively affect competition in the respective market. However, in cases of personalised pricing the common conduct of undertakings is likely to qualify as a concerted practice. Since personalised pricing is mostly based on some sort of algorithm, situations can occur where two competitors, without knowing, adopt the same algorithm in their pricing practices. Herein the line between the prohibited explicit collusion or accidental tacit collusion, which by itself does not constitute a concerted practice under article 101 TFEU, is blurred. The distinction must be made based on the information that might have been exchanged between the undertakings and the general evaluation must be done on a case-by-case basis, taking into account all peculiarities that arise in a specific case. It is highly unlikely that prohibition in respect of the said agreements or concerted practices would be inapplicable due to exclusion set forth in article 101(3) TFEU, yet the *de minimis* exemption might apply if all requirements and thresholds are met.

With regard to application of article 102 TFEU, personalised pricing can be deemed as abuse of dominant position when use thereof may affect trade between the member states. The author, however, reaches a conclusion that personalised pricing does not *per se* qualify as abuse under articles 102(a) or 102(c) TFEU. Article 102(a) is not applicable insofar as the prices charged as a result of personalised pricing do not qualify as unfair due to the existing interpretation of the unfair prices by the Court of Justice of the European Union. Article 102(c), on the other hand, is concerned only when other trading partners are placed at a competitive disadvantage as a consequence of different conditions being applied to equivalent transactions. Personalised pricing, as it is used today, is imposed only on the end consumers, i.e. natural persons, and the key element of personalised pricing – processing of personal data for the purpose of determining willingness to pay – does not take place in the course of business-to-business (B2B) transactions between trading partners. The use of personalised pricing by a dominant undertaking should be, therefore, assessed within the framework of general preconditions set forth in article 102 TFEU and under certain circumstances the use of personalised pricing may indeed be incompatible with the internal market.

Consequently, the answer to the second research question is also negative. The use of personalised pricing is not *per se* prohibited under articles 101 and 102 TFEU. However, such answer is rather conditional and depends largely on the specific circumstances where personalised pricing is used. In other words, generally the use of personalised pricing is not prohibited pursuant to the existing competition law regulations, i.e. it is not the element that *a priori* constitutes a breach, but in some cases it may lead to distortion of competition, which is prohibited and can be sanctioned. It is essential for the competition authorities of the member states as well as the European Commission to identify distinct situations where as a consequence of personalised pricing the selling prices are way above the average, especially when imposed by a dominant undertaking, and the market or the competitors are the ones that suffer from such pricing practices. A potentially landmark antitrust investigation is currently being carried out by the European Commission in respect of Amazon's pricing practices and the use of personalised pricing. The author is hopeful that as a result of this investigation a deeper insight and practical understanding will be provided into the use of personalised pricing by large online marketplaces.

To conclude, it is extremely vital that personalised pricing is used in compliance with both consumer protection and competition law requirements. Both of the said legal areas' ultimate goal is to ensure the functioning of the internal market of the European Union. This is especially

important, considering that personalised pricing is implemented online and irresponsible use thereof may pose a threat for the development of the European Union's digital single market, which has been one of the Union's main priorities in the recent years. Should consumers be therefore suspicious in respect of the possible use of personalised pricing by traders? In essence, no, as personalised pricing can benefit consumers, since in some cases they might be charged significantly lower prices than usual. Nevertheless, consumers should be aware of their rights while shopping online as well as be able to identify situations where their personal data can be abused. Is the adoption of personalised pricing a serious threat for competition? Not as long as undertakings refrain from entering into anti-competitive agreements and implement personalised pricing in a way that would constitute the abuse of dominant position. At the end of the day, sanctions imposed on by the European Union for breaching the competition law rules outweigh remarkably the additional revenue that can be generated as a consequence of price personalisation.

This master thesis is the first extensive analysis of personalised pricing and its legitimacy in Estonian legal literature. The analysis can be of use for legislators when transposing the enforcement and modernisation directive into their legal order as well as competent authorities in the course of conducting state supervision proceedings. Similarly, it can raise the consumers' awareness as regards the risks associated with personalised pricing and help traders to use the said pricing practice in compliance with the applicable requirements. The topic undoubtedly needs revisiting in the coming years, once the enforcement and modernisation directive has been transposed and more real life examples as well as possibly case law enable evaluating the use of personalised pricing in different member states. One can expect that the use personalised pricing will increase in the coming years. The future remains to be seen, but as of now it can be said that as long as used responsibly, in compliance with the applicable regulations, and with efficient supervision on behalf of the competent authorities, personalised pricing can be beneficial both to traders and consumers, as well as the internal market in general.

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud õigusaktid ja normatiivmaterjal

Kasutatud Euroopa Liidu õigusaktid ja normatiivmaterjal

1. Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 47-390.
2. Euroopa Liidu põhiõiguste harta. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 391-407.
3. 25. juuli 1985. aasta Nõukogu Direktiiv 85/374/EMÜ liikmesriikide tootevastutust käsitlevate õigus- ja haldusnormide ühtlustamise kohta. – EÜT L 141, 04.06.2011, lk 20-21 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 4, lk 147-148).
4. 5. aprilli 1993. aasta Nõukogu Direktiiv 93/13/EMÜ ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes. – EÜT L 95, 21.04.1993, lk 29-34 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 2, lk 288-293).
5. 16. veebruari 1998. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 98/6/EÜ tarbijakaitse kohta tarbijatele pakutavate toodete hindade avaldamisel. – EÜT L 80, 18.03.1998, lk 27-30 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 4, lk 32-35).
6. 25. mai 1999. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta. – EÜT L 171, 07.07.1999, lk 12-16 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 15, kd 4, lk 223-227).
7. 8. juuni 2000. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2000/31/EÜ infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul (direktiiv elektroonilise kaubanduse kohta). – EÜT L 178, 17.07.2000, lk 1-16 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 13, kd 25, lk 399-414).
8. 16. detsembri 2002. aasta Nõukogu määrus (EÜ) nr 1/2003 asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta. – EÜT L 1, 04.01.2003, lk 1-25 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 8, kd 2, lk 205-229).
9. 11. mai 2005. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2005/29/EÜ, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2006/2004 (ebaausate kaubandustavade direktiiv). – ELT L 149, 11.06.2005, lk 22-39.

10. 12. detsembri 2006. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2006/114/EÜ eksitava ja võrdleva reklaami kohta (kodifitseeritud versioon). – ELT L 376, 27.12.2006, lk 21-27.
11. 12. detsembri 2006. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2006/123/EÜ teenuste kohta siseturul. – ELT L 376, 27.12.2006, lk 36-68.
12. 17. juuni 2008. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Määrus (EÜ) nr 593/2008 lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta („Rooma I”). – ELT L 177, 04.07.2008, lk 6-16.
13. 25. oktoobri 2011. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2011/83/EL tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ. – ELT L 304, 21.11.2011, lk 64-88.
14. 12. detsembri 2012. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Määrus (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades (uuesti sõnastatud). – ELT L 351, 20.12.2012, lk 1-32.
15. 27. aprilli 2016. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) 2016/679 füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise ning direktiivi 95/46/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (isikuandmete kaitse üldmäärus). – ELT L 119, 04.05.2016, lk 1-88.
16. 12. detsembri 2017. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EL) 2017/2394 tarbijakaitsealaste õigusaktide täitmise tagamise eest vastutavate liikmesriigi asutuste vahelise koostöö kohta ja millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 2006/2004. – ELT L 345, 27.12.2017, lk 1-26.
17. 27. novembri 2019. aasta Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv (EL) 2019/2161, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 98/6/EÜ, 2005/29/EÜ ja 2011/83/EL, et ajakohastada liidu tarbijakaitse norme ja tagada paremini nende täitmine. – ELT L 328, 18.12.2019, lk 7-28.

Kasutatud Eesti Vabariigi õigusaktid ja normatiivmaterjal

18. Tarbijakaitse seadus. – RT I, 08.01.2020, 3
19. Võlaõigusseadus. – RT I, 08.01.2020, 10.

Kasutatud kirjandus

20. Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679. – WP251rev.01, 06.02.2018.
21. Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 2/2010 on online behavioural advertising. – WP 171, 22.06.2010.
22. Borocz, I. Clash of Interests – Is Behaviour-Based Price Discrimination in Line with the GDPR? (2015) – Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata, 153.
23. Burri, M. Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law. – Mathis, K., Tor, A. (toim.) New Developments in Competition Law and Economics. Šveits: Springer 2019.
24. Combe, E. Towards personalised pricing in the digital era? Pariis: Fondation pour l'innovation politique 2019.
25. Chen, Q., Jasin, S., Duenyas, I. Real-Time Dynamic Pricing with Minimal and Flexible Price Adjustment. – Management Science 2016/62 (8).
26. Cseres, K. Comparing laws in the enforcement of EU and national competition laws. – European Journal of Legal Studies 2010/3 (1).
27. Craig, P., de Búrca, G. EU Law: Text, Cases, and Materials (Sixth Edition). Oxford: Oxford University Press 2015.
28. Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., Schweitzer, H. Competition policy for the digital era. (20.05.2019) – <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (22.12.2019)
29. de Streel, A., Jacques, F. Personalised pricing and EU law. 30th European Conference of the International Telecommunications Society: „Towards a Connected and Automated Society“, Helsingi, Soome, 16.-19. juuni 2019. a. – <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/205221/1/de-Streel-Jacques.pdf> (24.03.2020)
30. Euroopa Komisjon. Antitrust Manual of Procedures; Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU. (2012) – https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf (09.02.2020)
31. Euroopa Komisjon. Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union. Request for Specific Services 2016 85 02 for the implementation of Framework Contract EAHC/2013/CP/04. Final report. (Juuni 2018) – https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_right

- [s/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf](#) (22.12.2019)
32. Euroopa Komisjon. Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs). Final report. (21.03.2016) – https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/terms_and_conditions_final_report_en.pdf (26.02.2020)
33. Euroopa Tarbijaorganisatsioon. Ezrachi, A. The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy. Brüssel: BEUC 2018.
34. Ezrachi, A., Stucke, M. E. Emerging Antitrust Threats and Enforcement Actions in the Online World. – Competition Law International 2017/13 (2).
35. Frenz, W. Handbook of EU Competition Law. Berliin: Springer 2016.
36. Frolov, R. Keelatud koostöö ettevõtjate vahel. Euroopa Ühenduse õigus ja Eesti Konkurentsioigus. – Juridica 2003/6.
37. Gilo, D. A Coherent Approach to the Antitrust Prohibition of Excessive Pricing by Dominant Firms. – Katsoulacos, Y., Jenny, F. (toim.) Excessive Pricing and Competition Law Enforcement. Šveits: Springer 2018.
38. Graef, I. Algorithms And Fairness: What Role For Competition Law In Targeting Price Discrimination Towards End Consumers? – The Columbia Journal of European Law 2018/24 (3).
39. Haws, K. L., Bearden, W. O. Dynamic pricing and consumer fairness perceptions. – Journal of Consumer Research, 2006/33 (3).
40. Havu, K. Digital Single Market, digital content and consumer protection – critical reflections. – Pihlajarinne, T., Vesala, J., Honkkila, O. (toim.) Online Distribution of Content in the EU. Chentelham: Edward Elgar Publishing Limited 2019.
41. Maciejewski, M., Ratcliff, C. Tarbijapoliitika põhimõtted ja vahendid. (Mai 2019) – https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2017/N51055/doc_et.pdf (06.02.2020)
42. MarketLine, a Progressive Digital Media business. Amazon.com, Inc. MarketLine Company Profile. MarketLine 2019.
43. Martinelli, S. Sharing Data and Privacy in the Platform Economy: The Right to Data Portability and “Porting Rights”. – Reins, L. (toim.) Regulating New Technologies in Uncertain Times. Haag: T.M.C. Asser Press 2019.
44. Niels, G., Jenkins, H., Kavanagh, J. Economics for competition lawyers. Oxford: Oxford University Press 2011.

45. Odudu, O., Bailey, D. The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law. – Common Market Law Review 2014/51.
46. OECD. Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age. (14.09.2017) – <https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm> (19.04.2020)
47. OECD. Big data: Bringing competition policy to the digital era. Background note by the Secretariat. (29-30.11.2016) – <https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm> (21.04.2020)
48. OECD. Personalised Pricing in the Digital Era. Background Note by the Secretariat. (28.11.2018) – <https://www.oecd.org/competition/personalised-pricing-in-the-digital-era.htm> (21.12.2019)
49. Pantea, C., Veghes, C., Diana, B., Marius, R. Attitudes of the consumers regarding the processing and employment of their personal data. – Annals of Faculty of Economics 1, Academy of Economic Studies in Bucharest. (2010)
50. Poort, J., Zuiderveen Borgesius, F. Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination. – Internet Policy Review, 2019/8 (1).
51. Reich, N. Protection of consumers' economic interests by the EC. – Sydney Law Review 1992/14.
52. Ratti, M. Personal Data and Consumer Protection: What Do They Have in Common? – Bakhom, M., Gallego, B.C., Mackenrodt M.-O., Surblytė-Namavičienė, G. (toim.) Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach? Saksamaa: Springer 2018.
53. Rose, V., Bailey, D. (toim.) Bellamy & Child: European Union Law of Competition (7th Edition). Oxford: Oxford University Press 2013.
54. Siciliani, P. Tackling Anticompetitive Parallel Conduct under Personalized Pricing. – World Competition 2019/42 (3).
55. Snijdes, J., van Lin, M., Hessels, J. Appraisal of Directive 98/6/EC on consumer protection in the indication of unit prices of products offered to consumers. (August 2004) – http://www.tecninvest.com/_research/Final_Report_Directive_en.pdf (26.04.2020)
56. Tjon Akon, M. Personalized Pricing Using Payment Data: Legality and Limits Under European Union and Luxembourg Law. (01.12.2019) – https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3536187 (27.04.2020)

57. Townley, C., Morrison, E., Yeung, K. Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. (06.10.2017) – King's College London Law School Research Paper No. 2017-38.
58. Vaska, M. K. Conscious Parallelism and Price Fixing: Defining the Boundary. – University of Chicago Law Review 1985/52 (2).
59. Voigt, P., Von dem Bussche, A. The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide. Šveits: Springer 2017.
60. Walters, R., Trakman, L., Zeller, B. Data Protection Law: A Comparative Analysis of Asia-Pacific and European Approaches. Singapur: Sringer 2019.
61. Whish, R., Bailey, D. Competition Law: Ninth Edition. Oxford: Oxford University Press 2018.
62. Zuiderveen Borgesius, F., Poort, J. Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law. – Journal of Consumer Policy 2017/40.

Kasutatud kohtupraktika

63. EK liidetud kohtuasjad 56/64 ja 58/66, *Établissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, ECLI:EU:C:1966:41.
64. EKo 56/65, *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH*, ECLI:EU:C:1966:38.
65. EK liidetud kohtuasjad C-40/73 jt, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1975:174.
66. EKo 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1977:167.
67. EKo 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1978:22.
68. EKo 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1979:36.
69. EKo 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1983:3131.
70. EKo C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1991:286.
71. EKo C-199/92 P, *Hüls AG and DSM NV v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1999:358.

72. EK liidetud kohtuasjad C-395/96 P ja C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA and others v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:2000:132.
73. EKo C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, Administración del Estado v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734.
74. EK liidetud kohtuasjad C-37/06 ja C-58/06, *Viamex Agrar Handels GmbH, Zuchtvieh-Kontor GmbH (ZVK) v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ECLI:EU:C:2008:18.
75. EKo C-52/07, *Kanal 5 Ltd and TV 4 AB v Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, ECLI:EU:C:2008:703.
76. EKo C-260/07, *Pedro IV Servicios SL v Total España SA*, ECLI:EU:C:2009:215.
77. EKo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV and others v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343.
78. EKo C-280/08, *Deutsche Telekom AG v European Commission*, ECLI:EU:C:2010:603.
79. EKo C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83.
80. EKo C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2012:172.
81. EKo C-457/10, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission*, ECLI:EU:C:2012:770.
82. EKo C-226/11, *Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and others*, ECLI:EU:C:2012:795.
83. EKo C-435/11, *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*, ECLI:EU:C:2013:574.
84. EKo C-382/12, *MasterCard Inc. and others v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201.
85. EK liidetud kohtuasjad C-293/13 P ja C-294/13 P, *Fresh Del Monte Produce Inc. and others v European Commission and others*, ECLI:EU:C:2015:416.
86. EKo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204.
87. EKo C-609/13 P, *Duravit AG and others v European Commission*, ECLI:EU:C:2017:46.
88. EKo C-74/14, *Eturas UAB and others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42.
89. EKo C-194/14 P, *AC-Treuhand AG v European Commission*, ECLI:EU:C:2015:717.
90. EKo C-413/14 P, *Intel Corp. v European Commission*, ECLI:EU:C:2017:632.
91. EKo C-582/14, *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2016:779.
92. EKo C-177/16, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2017:689.

93. EK C-177/16, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra*, ECLI:EU:C:2017:286, kohtujurist N. Wahli ettepanek.
94. EKo C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellanwalt*, ECLI:EU:C:2017:643.
95. EKo C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2018:270.
96. EKo C-643/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v Planet49 GmbH*, ECLI:EU:C:2019:801.
97. EK liidetud kohtuasjad T-25/95 jt, *Cimenteries CBR and others v Commission of the European Communities*. ECLI:EU:T:2000:77.
98. EKo T-41/96, *Bayer AG v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2000:242.
99. EKo T-286/09, *Intel Corp. v European Commission*, ECLI:EU:T:2014:547.

Muud kasutatud allikad

100. Bostoën, F. Abuse of relative dominance in the platform economy: a French court finds Amazon's contracts with third-party sellers significantly imbalanced. (12.11.2019) – <https://coreblog.lexxion.eu/amazon-case-france/> (20.04.2020)
101. Coates, K., Goulielmos, S. UK Government and CMA research whether online customers are targeted through personalised pricing. (10.12.2018) – <https://www.covcompetition.com/2018/12/uk-government-and-cma-research-whether-online-customers-are-targeted-through-personalised-pricing/> (22.12.2019)
102. Communication from the Commission, Notice, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08). – OJEU C 101, 27.04.2004, lk 97-118.
103. Euroopa e-õiguskeskkonna portaal. EL-i õigus. – https://e-justice.europa.eu/content_eu_law-3-et.do (23.02.2020)
104. Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv, millega muudetakse nõukogu 5. aprilli 1993. aasta direktiivi 93/13/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 98/6/EÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2005/29/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2011/83/EL, et ajakohastada ELi tarbijakaitse-eeskirju ja paremini tagada nende täitmine. – COM(2018) 185 final, Brüssel, 11.04.2018.

105. Euroopa Komisjon. Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning regioonide komiteele. Euroopa digitaalse ühtse turu strateegia. – COM(2015) 192 final, Brüssel, 06.05.2015.
106. Euroopa Komisjon. Online Dispute Resolution. – <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.trader.register> (09.02.2020)
107. Euroopa Komisjon. Online Dispute Resolution platform. Helping you to help your customers. – https://ec.europa.eu/consumers/odr/resources/public2/documents/trader_info_stats/ODR_Trader_Info_stat_EN.pdf (09.02.2020)
108. Euroopa Nõukogu. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules. – 8021/19, Brüssel, 29.03.2019.
109. Information Commissioner's Office. Legitimate interests. – <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/> (24.04.2020)
110. Information Commissioner's Office. Rights related to automated decision making including profiling. – <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/individual-rights/rights-related-to-automated-decision-making-including-profiling/> (25.04.2020)
111. Komisjoni 23.07.2004 otsus asjas COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg.
112. Komisjoni 23.05.2013 otsus asjas AT.39595 – Continental / United / Lufthansa / Air Canada, C(2013) 2836 final.
113. Komisjoni teatis. Suunised Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 kohaldatavuse kohta horisontaalkoostöö kokkulepete suhtes. – ELT C 11, 14.01.2011, lk 1-72.
114. Komisjoni teatis – Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurente tõrjuva tegevuse suhtes. – ELT C 45, 24.02.2009, lk 7-20.
115. Komisjoni teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses. – EÜT C 372, 09.12.1997, lk 5-13 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 08, kd 1, lk 155-163).

116. Komisjoni teatis vähetähtsate kokkulepete kohta, mis ei piira märgatavalt konkurentsi Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 lõike 1 kohaselt (*de minimis*). – ELT C 291, 30.08.2014, lk 1-4.
117. Kuneva, M. Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling: keynote speech. (31.03.2009) – https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_09_156 (08.03.2020)
118. Lawrance, S., Linsner, M. Eturas – Any conclusions on platform collusion..? (19.01.2017) – <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/01/19/eturas-conclusions-platform-collusion/> (01.04.2020)
119. Moody, M. What is the Amazon Buy Box? (26.01.2015) – <https://www.verticalrail.com/kb/amazon-buy-box/> (22.12.2019)
120. Parliamentary questions. Answer for question E-004289/2019. (06.03.2020) – https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-004289-ASW_EN.html (24.03.2020)
121. Press conference by Margrethe Vestager, Member of the EC, on Luxembourg McDonalds' State Aid case. Q&A on Amazon. (19.09.2018) – <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-160574> (22.12.2019)
122. Pressiteade. Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon. (17.07.2019) – https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291 (22.12.2019)
123. Pressiteade. European Parliament strengthens EU consumer protection rules. (17.04.2019) – <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190410IPR37533/european-parliament-strengthens-eu-consumer-protection-rules> (04.02.2020)
124. Võlaõigusseaduse ja tarbijakaitseaduse muutmise seadus 505 SE. Lisa 1: Tarbija õiguste direktiivi 2011/83/EL ning võlaõigusseaduse ja tarbijakaitseaduse muutmise seaduse eelnõu sätete vastavustabel.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Vladislav Leiri,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) minu loodud teose

„PERSONALISEERITUD HINNAKUJUNDUSE KOOSKÕLA EUROOPA LIIDU
TARBIJAKAITSEÕIGUSLIKE JA KONKURENTISÕIGUSLIKE NÕUETEGA“,

mille juhendaja on M.A. Birgitta Ots, kaasjuhendaja PhD Carri Ginter,

reprodutseerimiseks eesmärgiga seda säilitada, sealhulgas lisada digitaalarhiivi DSpace kuni autoriõiguse kehtivuse lõppemiseni.

2. Annan Tartu Ülikoolile loa teha punktis 1 nimetatud teos üldsusele kättesaadavaks Tartu Ülikooli veebikeskkonna, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace kaudu Creative Commons'i litsentsiga CC BY NC ND 3.0, mis lubab autorile viidates teost reprodutseerida, levitada ja üldsusele suunata ning keelab luua tuletatud teost ja kasutada teost ärieesmärgil, kuni autoriõiguse kehtivuse lõppemiseni.

3. Olen teadlik, et punktides 1 ja 2 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

4. Kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei riku ma teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse õigusaktidest tulenevaid õigusi.

/allkirjastatud digitaalselt/

Vladislav Leiri

29.04.2020