JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
VERICA TRSTENJAK
8 päivänä syyskuuta 2009[1]

Sisällys

I Johdanto ..... I - 2951

II Asiaa koskevat oikeussäännöt ..... I - 2953

A Yhteisön oikeus ..... I - 2953

B Kansallinen lainsäädäntö ..... I - 2955

III Tosiseikat, pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisupyyntö ..... I - 2956

IV Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa ..... I - 2959

V Osapuolten lausumat ..... I - 2959

A Tutkittavaksi ottaminen ..... I - 2959

B Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys ..... I - 2959

C Toinen ennakkoratkaisukysymys ..... I - 2961

VI Asian arviointi ..... I - 2962

A Johdanto ..... I - 2962

B Tutkittavaksi ottaminen ..... I - 2963

C Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys ..... I - 2965

1. Peruskäsitteitä ..... I - 2965

a) Suljettu kiinteistörahasto ..... I - 2965

1 – Alkuperäinen kieli: sloveeni.

b) Siviiliyhtiö ..... I - 2966

2. Kuuluuko liittyminen siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon direktiivin 85/577 soveltamisalaan? ..... I - 2969

a) Edellytykset sille, että kyseessä on direktiivissä 85/577 tarkoitettu sopimus ..... I - 2971

b) Direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan mukaiset poikkeukset ..... I - 2977

i) Kiinteistöjä koskevat sopimukset ..... I - 2977

ii) Arvopapereita koskevat sopimukset ..... I - 2980

3. Saksan HWiG:n soveltamisala ..... I - 2981

4. Ensimmäistä ennakkoratkaisukysymystä koskeva ratkaisuehdotus ..... I - 2983

D Toinen ennakkoratkaisukysymys ..... I - 2983

1. Peruuttamisoikeutta koskevan tiedon saaminen? ..... I - 2984

2. Aineellis-oikeudellinen tarkastelu ..... I - 2985

3. Toista ennakkoratkaisukysymystä koskeva ratkaisuehdotus ..... I - 2988

E Päätelmät ..... I - 2989

VII Ratkaisuehdotus ..... I - 2989

I Johdanto

1. Nyt käsiteltävässä asiassa, joka koskee muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa neuvoteltuja sopimuksia koskevasta kuluttajansuojasta 20.12.1985 annetun neuvoston direktiivin 85/577/ETY[2] (jäljempänä direktiivi 85/577) tulkintaa, tulee esiin kaksi oikeuskysymystä. On selvitettävä yhtäältä se, onko direktiivi 85/577 sovellettavissa, kun kyseessä on liittyminen siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun

2 – EYVL L 372, s. 31.

kiinteistörahastoon, ja toisaalta se, tulevatko tällaisesta rahastosta eroamisesta aiheutuvat oikeudelliset seuraukset voimaan taannehtivasti (ex tunc) vai tulevaisuuteen nähden (ex nunc).

2. Nyt käsiteltävän asian erityispiirteenä on se, että siinä esitetty ongelma kuuluu kahteen oikeuden alaan eli kuluttajansuojalainsäädäntöön ja yhtiölainsäädäntöön. Tässä yhteydessä yhteisöjen tuomioistuimen on otettava ratkaisussaan huomioon siviiliyhtiön perustamisesta tehdyn yhtiösopimuksen erityispiirteet ja arvioitava, onko direktiivi 85/577, joka on alun perin annettu molemminpuolisesti velvoittavia sopimuksia varten, sovellettavissa myös silloin, jos yhtiön uusi osakas liittyy yhtiöön ja hänestä tulee tällä tavoin yhtiösopimuksen sopimuspuoli. Samalla siviiliyhtiön erityispiirteet, jotka perustuvat osakkaiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen, ovat tärkeitä arvioitaessa yhtiöstä eroamisen seurauksia, koska silloin, jos myös muut osakkaat ovat direktiivissä 85/577 tarkoitettuja kuluttajia, kaikkia kuluttajia on suojattava, eikä ainoastaan yhtiöstä eroavaa kuluttajaa. Tästä syystä nyt käsiteltävässä asiassa ei voida noudattaa sokeasti tämän direktiivin säännösten sananmukaista tulkintaa, vaan on ennen kaikkea otettava huomioon niiden tarkoitus, vaikka sen vuoksi etäännyttäisiin säännösten suppean sanatarkasta merkityksestä.

3. Sisällöllisesti nyt käsiteltävä asia on osa laajempaa Saksassa ilmennyttä ongelmaa, joka koskee sijoittamista vanhoihin kiinteistöihin, jotka tunnetaan nimellä ”romukiinteistöt” (”Schrottimmobilien”).[3] Tällaisiin kiinteistöihin sijoittaminen, joka oli Saksassa suosittua erityisesti veroetujen vuoksi, ei usein tuonut odotettuja tuloksia, joten sijoittajat etsivät keinoja luopua niihin liittyvistä taloudellisista rasitteista myös vetoamalla kuluttajansuojaa koskeviin yhteisön direktiiveihin. Yhteisöjen tuomioistuin on siten tutkinut tätä ongelmaa samankaltaisissa tapauksissa mutta erilaisten oikeudellisten kysymysten osalta jo asioissa Schulte[4] ja Crailsheimer Volksbank.[5] Se totesi asiassa Schulte nimenomaisesti, että sellaisen sopimuksen peruuttaminen, jonka kuluttaja on neuvotellut muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa, on johdettava alkuperäisen tilanteen palauttamiseen.[6] Nyt käsiteltävässä asiassa on näin ollen tutkittava, voiko tällainen sääntö olla rajoittamattomasti voimassa myös silloin, kun kuluttaja eroaa siviiliyhtiön muodossa toimivasta suljetusta kiinteistörahastosta.

3 – Tätä kuvausta käyttävät esim. Rösler, H., ”Die europarechtlichen Vorgaben bei der Bewältigung der ’Schrottimmobilien’-Problematik: Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 25. Oktober 2005”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, nro 4/2006, s. 869; Käseberg, T. ja Richter, K., ”Haustürwiderrufsrichtlinie und ’Schrottimmobilien’: die Urteile in Sachen Schulte und Crailsheimer Volksbank”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nro 2/2006, s. 46, ja von Weschpfennig, ”Der Widerruf der Beteiligung an einem Immobilienfonds – Anwendbarkeit der Grundsätze des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts?”, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, nro 3/2009, s. 99.

4 – Asia C-350/03, tuomio 25.10.2005 (Kok., s. I-9215).

5 – Asia C-229/04, tuomio 25.10.2005 (Kok., s. I-9273).

6 – Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Schulte, tuomion 88 ja 92 kohta.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

jos käynnin aiheena ei ole kuluttajan nimenomainen kutsu.”

A *Yhteisön oikeus*

5. Direktiivin 85/577 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

4. Direktiivin 85/577 1 artiklan 1 kohdan sanamuoto on seuraava:

”1. Tätä direktiiviä sovelletaan sellaisiin elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisiin sopimuksiin tavaran toimittamisesta tai palvelun suorittamisesta, jotka on tehty

”Tässä direktiivissä:

– –

– ’kuluttajalla’ tarkoitetaan luonnollista henkilöä, jonka tässä direktiivissä tarkoitettujen oikeustoimien ei voida katsoa liittyvän hänen elinkeinonsa tai ammattinsa harjoittamiseen;

elinkeinonharjoittajan käydessä

i) kuluttajan tai toisen kuluttajan kotona tai

– ’elinkeinonharjoittajalla’ tarkoitetaan luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä, joka suorittaa kyseisen oikeustoimen elinkeinon tai ammatin harjoittajana, sekä jokaista, joka toimii elinkeinonharjoittajan nimissä tai lukuun.”

– –

6. Direktiivin 87/577 3 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”2. Tätä direktiiviä ei sovelleta:

a) sopimuksiin kiinteistön rakentamisesta, myymisestä tai vuokraamisesta taikka sopimuksiin muusta oikeudesta kiinteään omaisuuteen. Sopimuksiin tavaroiden toimittamisesta ja niiden liittämisestä kiinteistöön taikka kiinteistön korjaamisesta sovelletaan kuitenkin tätä direktiiviä;

– –”

7. Direktiivin 85/577 4 artiklan sanamuoto on seuraava:

”Elinkeinonharjoittajan on annettava kuluttajalle kirjallinen ilmoitus, josta käy ilmi tämän oikeus peruuttaa edellä 1 artiklassa tarkoitettu oikeustoimi 5 artiklan mukaisessa määräajassa sekä sen henkilön nimi ja osoite, jota kohtaan tätä oikeutta käytetään. Ilmoitus tulee päivätä ja siinä on oltava sopimuksen yksilöimiseksi tarvittavat tiedot. Se on luovutettava kuluttajalle:

a) edellä 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetussa tapauksessa sopimuksen tekohetkellä;

– –

Jäsenvaltioiden on huolehdittava, että niiden kansallisessa lainsäädännössä säädetään aiheellisista kuluttajansuojatoimenpiteistä tilanteissa, joissa tässä artiklassa mainittuja tietoja ei ole annettu.”

8. Direktiivin 85/577 5 artiklan sanamuoto on seuraava:

”1. Kuluttajalla on oikeus peruuttaa sitoumuksensa antamalla peruuttamisilmoitus määräajassa, joka on vähintään[7] seitsemän

7 – [Tämä alaviite koskee vain ratkaisuehdotuksen sloveeninkielistä versiota.]

päivää 4 artiklassa tarkoitetun ilmoituksen vastaanottamisesta, ja noudattaen kansallisen lainsäädännön mukaista menettelyä. Määräajan noudattamiseksi riittää peruuttamisilmoituksen lähettäminen ennen kyseisen määräajan päättymistä.

2. Peruuttamisilmoituksen antaminen vapauttaa kuluttajan kaikista peruutetun sopimuksen mukaisista velvoitteista."

9. Direktiivin 85/577 7 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Jos kuluttaja käyttää peruuttamisoikeuttaan, peruuttamisen oikeusvaikutuksiin sovelletaan kansallista lainsäädäntöä, erityisesti tavaroista ja palveluista suoritetun vastikkeen ja vastaanotettujen tavaroiden palauttamista koskevia säännöksiä."

10. Direktiivin 85/577 8 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Tämä direktiivi ei estä jäsenvaltioita antamasta tai pitämästä voimassa säännöksiä, jotka antavat kuluttajille tässä direktiivissä tarkoitettujen kysymysten osalta tehokkaamman suojan."

B *Kansallinen lainsäädäntö*

11. Direktiivi 85/577 on saatettu osaksi Saksan oikeusjärjestystä kotimyyntitilanteessa tehtyjen sopimusten ja vastaavien sopimusten peruuttamisesta 16.1.1986 annetulla lailla (Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, jäljempänä HWiG).[8] Tämä laki oli tosiseikkojen tapahtuma-aikaan vielä voimassa, mutta se kumottiin 1.1.2002 lukien velvoiteoikeuden uudenaikaistamisesta 26.11.2001 annetulla lailla (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz).[9]

8 – BGBl. I 1986, s. 122.
9 – BGBl. I 2001, s. 3138.

12. HWiG:n 1 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Kun asiakas on saatu antamaan tahdonilmaisu vastikkeellista suoritusta koskevan sopimuksen tekemisestä

1. hänen työpaikallaan tai yksityisasunnossaan käydyissä suullisissa neuvotteluissa,

– –

tämä tahdonilmaisu on pätevä ainoastaan, jos asiakas ei ole peruuttanut sitä kirjallisesti viikon kuluessa.”

13. HWiG:N 3 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Peruuttamistilanteessa sopimuspuolet ovat velvollisia palauttamaan toisilleen saamansa suoritukset. Peruuttamisoikeus on olemassa, vaikka vastaanotettu esine olisi vioittunut tai tuhoutunut taikka sen palauttaminen on muusta syystä mahdotonta. Jos asiakas on vastuussa vioittumisesta, tuhoutumisesta tai muusta palauttamisen mahdottomaksi tekevästä seikasta, hänen on korvattava sopimuspuolelle esineen arvon alentuminen tai esineen koko arvo. – –”

III Tosiseikat, pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisupyyntö

14. Carsten von der Heyden liittyi yksityisasunnossaan käytyjen neuvottelujen perusteella 23.7.1991 siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon. Tämän 46 osakkaasta muodostuvan kiinteistörahaston toimialana on Berliinissä osoitteessa Bergstraße 9 sijaitsevan kiinteistön kunnostaminen, nykyaikaistaminen ja hallinnointi. Kiinteistörahaston asioita hoitaa E. Friz GmbH. Ennakkoratkaisupyynnössä esitetystä tosiseikastosta ei ilmene selvästi, onko E. Friz GmbH myös itse tämän kiinteistörahaston osakkaana.

15. Von der Heyden peruutti sopimuksen[10] tai liittymisen suljettuun kiinteistörahastoon 6.8.2002 HWiG:n nojalla. E. Friz GmbH vaati tuolloin – rahaston hoitajana – von der Heydeniä maksamaan 16 319 euron suuruisen summan negatiivisena saldona, joka vastasi erotusta tämän rahastoon liittymisensä yhteydessä maksaman panoksen arvon ja hänelle kuuluvan kiinteistörahastolle peruutuspäivään mennessä aiheutuneiden tappioiden osuuden erotusta.

16. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hyväksyi tämän vaatimuksen, mutta muutoksenhakutuomioistuin, johon von der Heyden valitti, hylkäsi sen. Muutoksenhakutuomioistuin katsoi, että se, että osakas käyttää peruuttamisoikeutta, ei saa johtaa siihen, että hänellä on minkäänlaista maksuvelvollisuutta yhtiötä kohtaan, koska tämä merkitsisi direktiivin 85/577 niiden säännösten rikkomista, joiden mukaan kuluttaja vapautuu peruuttamistapauksessa kaikista sopimuksesta johtuvista velvollisuuksista.

17. E. Friz GmbH teki tästä muutoksenhakutuomioistuimen ratkaisusta Revisionvalituksen Bundesgerichtshofiin (jäljempänä kansallinen tuomioistuin). Tämä tuomioistuin esittää ennakkoratkaisupyynnössään, että kansallisen oikeuskäytännön mukaan osakas, joka on liittynyt kotonaan käytyjen neuvottelujen perusteella yhtiöön ja peruuttaa myöhemmin sopimuksen, ei vapaudu kaikista sopimusvelvoitteistaan takautuvasti, vaan peruutus vaikuttaa vain tulevaisuuteen nähden. Tästä seuraa, että osakkaalla ei ole automaattisesti oikeutta saada yhtiöön sijoittamaansa panosta takaisin, vaan eroamispäivänä lasketaan, mikä osuus yhtiön voitoista kuuluu osakkaalle tai mikä osuus yhtiön tappioista kuuluu hänen korvattavakseen.

18. Tässä oikeuskäytännössä kehitetyistä niin sanottua virheellisesti perustettua yhtiötä (*fehlerhafte Gesellschaft*) koskevista periaatteista seuraa siis, että peruuttamisoikeuden käyttäminen ei johda alkuperäisen tilanteen palauttamiseen. Tästä syystä kansallinen tuomioistuin ei ole varma siitä, onko

10 – Johdonmukaisuuden vuoksi pitäisi itse asiassa sanoa, että von der Heyden peruutti osallistumisilmoituksen (*Widerruf der Beitrittserklärung*), koska Saksan HWiG:n mukaan asiakas voi peruuttaa sopimuksen tekemiseen tähtäävän tahdonilmaisunsa. HWiG:n 1 §:n 1 momentissa säädetään näet, että ”tämä tahdonilmaisu on pätevä ainoastaan, jos asiakas ei ole peruuttanut sitä kirjallisesti viikon kuluessa” [”Willenserklärung – – wird erst wirksam, wenn der Kunde sie nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft”]. Terminologisten ja käsitteellisten eroavaisuuksien välttämiseksi tässä ratkaisuehdotuksessa käytetään kuitenkin aina ilmaisua ”sopimuksen peruuttaminen” (*Widerruf des Vertrags*), koska direktiivi 85/577 perustuu siihen peruslähtökohtaan, että kuluttajalla on oikeus peruuttaa sopimus. Koska yhteisöjen tuomioistuimen on tulkittava yhteisön oikeutta, tämän ilmaisun soveltaminen on mielestäni asianmukaisempaa. Vrt. yleisesti kuluttajan oikeudesta peruuttaa sopimus (*Widerrufsrecht*) esim. Larenz, K. ja Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 9. painos, Beck, München, 2004, s. 714, 2 ja 3 kohta.

tämä oikeuskäytäntö yhteensopiva yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Schulte antamassaan tuomiossa omaksuman direktiivin 85/577 tulkinnan kanssa, kun tämä totesi siinä, että kyseisen direktiivin 5 artiklan 1 kohdan mukaisen peruuttamisoikeuden käyttämisestä seuraa, että kuluttaja vapautuu kyseisen artiklan 2 kohdan mukaan kaikista peruutetun sopimuksen mukaisista velvoitteista.[11]

19. Kansallinen tuomioistuin on tässä tilanteessa lykännyt 5.5.2008 tekemällään välipäätöksellä asian käsittelyä ja esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kaksi ennakkoratkaisukysymystä:[12]

”1) Onko muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa neuvoteltuja sopimuksia koskevasta kuluttajansuojasta 20.12.1985 annetun neuvoston direktiivin 85/577/ETY 1 artiklan 1 kohdan ensimmäistä alakohtaa tulkittava siten, että sen soveltamisalaan kuuluu kuluttajan liittyminen yhtymään, henkilöyhtiöön, yhdistykseen tai osuuskuntaan, kun liittymisen pääasiallinen tarkoitus ei ole tulla yhtymän, yhtiön, yhdistyksen tai osuuskunnan osakkaaksi vaan – mikä koskee usein etenkin sijoittamista suljettuun kiinteistörahastoon – osakkuus on vain toisenlainen tapa tehdä pääomasijoitus tai hankkia palveluja, jotka ovat tavanomaisesti kaksipuolisten sopimusten kohteena?

2) Onko muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa neuvoteltuja sopimuksia koskevasta kuluttajansuojasta 20.12.1985 annetun neuvoston direktiivin 85/577/ETY 5 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että sen vastainen on direktiivin 7 artiklassa tarkoitettu kansallinen (oikeuskäytäntöön perustuva) oikeudellinen seuraus, jonka mukaan kuluttajalla on silloin, kun hän peruuttaa tällaisen kotimyyntitilanteessa – – sopimansa liittymisen, hänen oikeuksiensa ja velvoitteidensa arvoon peruuttamisen voimaantulohetkellä perustuva vaade yhtymää, yhtiötä, yhdistystä tai osuuskuntaa kohtaan, eli hänellä on oikeus yhtymä-, yhtiö-, yhdistys- tai osuuskuntaosuutensa arvoon eroamishetkellä, sillä (mahdollisella) seurauksella, että hän saa yhtymän, yhtiön, yhdistyksen tai osuuskunnan taloudellisen kehityksen perusteella takaisin joko vähemmän kuin hänen sijoituksensa arvo oli tai että hänellä on jopa sijoituksensa menettämisen lisäksi maksuvelvollisuus, koska oikeuksien ja velvoitteiden arvo on negatiivinen?”

11 – Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Schulte, 88 ja 92 kohta.

12 – [Tämä alaviite koskee vain ratkaisuehdotuksen sloveeninkielistä versiota.]

IV Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

20. Ennakkoratkaisupyyntö on päivätty 5.5.2008, ja se saapui yhteisöjen tuomioistuimeen 22.5.2008. Yhteisöjen tuomioistuin pyysi kansallista tuomioistuinta 10.3.2009 päivätyllä kirjeellä selventämään, oliko von der Heydenille ilmoitettu direktiivin 85/577 4 artiklan mukaisesti kirjallisesti peruuttamisoikeudesta, kun hän allekirjoitti liittymisestä kiinteistörahastoon tehdyn sopimuksen. Kansallinen tuomioistuin vastasi 19.3.2009 päivätyllä kirjeellä, että yhtäältä muutoksenhakutuomioistuin oli todennut kansallisessa oikeudenkäynnissä, että von der Heyden oli peruuttanut sopimuksen tehokkaasti[13] ja että toisaalta tämä seikka, kuten myös se, että von der Heyden oli liittynyt kiinteistörahastoon omassa kodissaan, olivat asianosaisten kesken riidattomia. Kansallinen tuomioistuin esittää vastauksessaan lisäksi, että se on kansallisten prosessisääntöjen mukaan sidottu tähän toteamukseen eikä saa tutkia sen oikeellisuutta.

21. Von der Heyden, Saksan hallitus ja komissio esittivät huomautuksia kirjallisessa käsittelyssä. Nämä osapuolet esittivät huomautuksia ja vastasivat yhteisöjen tuomioistuimen kysymyksiin 18.6.2009 pidetyssä istunnossa.

13 – Myös tässä tapauksessa olisi asianmukaisempaa sanoa, että von der Heyden on peruuttanut tehokkaasti ilmoituksensa liittymisestä kiinteistörahastoon; vrt. tässä yhteydessä tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 10.

V Osapuolten lausumat

A *Tutkittavaksi ottaminen*

22. Von der Heyden ja Saksan hallitus katsovat ennakkoratkaisupyynnön tutkimisedellytysten täyttymisen osalta, että molemmat ennakkoratkaisukysymykset on jätettävä tutkimatta siltä osin kuin ne koskevat henkilöyhtiötä, yhdistystä tai osuuskuntaa, koska nämä ovat nyt käsiteltävän asian tosiseikkojen osalta hypoteettisia. Nämä osapuolet korostavat, että ennakkoratkaisukysymykset on tutkittava vain siltä osin kuin ne koskevat pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevan kaltaista tilannetta eli liittymistä siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon.

B *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

23. Von der Heyden toteaa asiakysymyksestä, että kuluttajan liittyminen siviiliyhtiön

muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon kuuluu direktiivin 85/577 soveltamisalaan, koska tämän liittymisen ensisijaisena tarkoituksena ei ole osakkaan aseman saaminen vaan pääoman sijoittaminen kiinteistörahastoon. Tässä tapauksessa liittymissopimusta voidaan pitää vastikkeellisena sopimuksena, koska sen tarkoituksena on pääoman sijoittaminen tai osuuden ”hankkiminen” suljetusta kiinteistörahastosta. Tästä syystä liittymissopimus voidaan rinnastaa tältä osin kaksipuoliseen sopimukseen.

24. Von der Heyden väittää lisäksi, että direktiiviä 85/577 on sovellettava nyt käsiteltävässä asiassa myös sen vuoksi, että asianomaisen siviiliyhtiön toimialana on kiinteistön kunnostaminen, nykyaikaistaminen ja hallinnointi, mitkä ovat tässä direktiivissä tarkoitettuja palveluja. Hän väittää myös, että vaikka yhteisöjen tuomioistuin katsoisi, että nyt käsiteltävä asia ei koske tavaroiden luovutusta eikä palvelujen suorittamista, ennakkoratkaisupyyntö olisi perusteltavissa, koska direktiivin täytäntöön panemiseksi annetuilla Saksan oikeussäännöillä on laajennettu direktiivin soveltamisalaa, koska niitä sovelletaan kaikkiin sopimuksiin, joiden kohteena on vastikkeellinen suoritus. Direktiivin 85/577 8 artiklassa sallitaan näet se, että jäsenvaltiot antavat ja pitävät voimassa säännöksiä, jotka antavat kuluttajalle tehokkaamman suojan, ja soveltamisalan laajentaminen tarkoittaa tällaisia tehokkaampia säännöksiä.

25. Saksan hallitus sitä vastoin väittää, että direktiivi 85/577 ei ole sovellettavissa nyt käsiteltävään asiaan. Se korostaa, että direktiiviä sovelletaan sen 1 artiklan 1 kohdan mukaan elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisiin sopimuksiin, joten se kattaa vain kaksipuoliset eli perinteiset molemminpuolisesti velvoittavat sopimukset mutta ei nyt käsiteltävän asian kohteena olevan kaltaisia useampien osapuolten välisiä sopimuksia. Lisäksi siviiliyhtiön muodossa toimivan suljetun kiinteistörahaston osakkaat ovat usein kuluttajia, mutta direktiiviä 85/577 ei sovelleta kuluttajien välisiin sopimuksiin. Sen mielestä muut osakkaat eivät myöskään luovuta rahastoon liittyvälle kuluttajalle mitään tavaraa eivätkä suorita hänelle mitään palvelua, koska yhtiösopimuksen kohteena on yhtiön tavoitteen saavuttaminen. Lisäksi sopimus kiinteistörahastoon liittymisestä kuuluu direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan ensimmäisen alakohdan mukaisen poikkeuksen soveltamisalaan, koska se kuuluu ”sopimuksiin muusta oikeudesta kiinteään omaisuuteen”, joihin tätä direktiiviä ei sovelleta. Tämän kiinteistörahaston tavoitteena on näet kiinteistön kunnostaminen, uudenaikaistaminen ja hallinnointi.

26. Komissio katsoo, että kuluttajan liittymisestä kiinteistörahastoon tehdyllä sopimuksella on tehty direktiivin 85/577 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, jos ensinnäkin tällaisella liittymisellä syntyy sopimussuhde tämän kuluttajan eli kiinteistörahastoon liittyvän sijoittajan ja rahaston

markkinoijan välille ja jos toiseksi joko yhtiösopimuksessa tai siviiliyhtiön muodossa toimivan kiinteistörahaston ja sen markkinoijan välisessä erillisessä sopimuksessa velvoitetaan markkinoija suorittamaan kuluttajalle tai sijoittajalle hänen liike- tai ammattitoimintaansa kuuluva palvelu.

27. Komissio selventää tässä yhteydessä, että kuluttajan tai sijoittajan ja rahaston markkinoijan välillä on oltava sopimussuhde. Sopimussuhde voi olla välitön, jos markkinoija on itse rahaston osakas, tai välillinen, jos markkinoijan ja rahaston, jonka osakkaana kuluttaja tai sijoittaja on, välillä on sopimussuhde. Komission mielestä rahaston markkinoijan on myös velvoittauduttava kuluttajaan nähden suorittamaan jokin palvelu, esimerkiksi huolehtimaan rahaston omaisuuteen kuuluvan kiinteistön hallinnoinnista.

28. Komissio väittää myös, että liittymisestä suljettuun kiinteistörahastoon tehty sopimus ei kuulu myöskään direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan ensimmäisen alakohdan mukaisen poikkeuksen soveltamisalaan, sillä sen mukaan direktiiviä ei sovelleta ”sopimuksiin kiinteistön rakentamisesta, myymisestä tai vuokraamisesta taikka sopimuksiin muusta oikeudesta kiinteään omaisuuteen”. Komissio korostaa, että tämä poikkeus liittyy sen palvelun laatuun, jonka elinkeinonharjoittaja sitoutuu suorittamaan kuluttajalle, ja nyt käsiteltävässä asiassa tämä palvelu ei koostu kiinteistöjen rakentamisesta, myymisestä eikä vuokraamisesta, vaan kiinteistön hallinnoimisesta tavoitteena varmistaa yhtiölle omaisuustuloja.

C *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

29. Von der Heyden ja komissio ehdottavat yhteisöjen tuomioistuimelle, että toiseen kysymykseen vastattaisiin myöntävästi. Ne korostavat, että yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Schulte antamassaan tuomiossa,[14] että direktiivin 85/577 5 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun peruuttamisilmoituksen antaminen vapauttaa kuluttajan kaikista peruutetun sopimuksen mukaisista velvoitteista, mikä merkitsee niin kuluttajan kuin elinkeinonharjoittajankin kannalta palaamista alkutilanteeseen. Ne huomauttavat, että direktiivin 85/577 7 artiklan mukaiset peruuttamisen oikeudelliset seuraukset määräytyvät kyllä kansallisen oikeuden perusteella, mutta jäsenvaltiot voivat käyttää toimivaltaansa vain siten, että ne ottavat huomioon yhteisön oikeuden ja erityisesti kyseisen direktiivin säännökset, joita on tulkittava direktiivin tarkoituksen ja sen tehokkuuden vaikutuksen varmistavalla tavalla. Ne väittävät näin ollen,

14 – Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Schulte, tuomion 88 ja 92 kohta.

että kuluttajalla täytyy olla mahdollisuus taannehtivaan peruuttamiseen sillä seurauksella, että hänellä on oikeus saada takaisin alun perin sijoittamansa panos ja hänen on vapauduttava kaikista suljettuun kiinteistörahastoon liittymisestä johtuvista velvoitteista.

30. Komissio lisää tähän vielä, että kansallisen lainsäätäjän tehtävänä on löytää yhteisön oikeuden mukainen ratkaisu, jos tällaisella kuluttajan peruuttamisella on haitallisia vaikutuksia tämän siviiliyhtiön muille osakkaille tai velkojille. Kansallinen lainsäätäjä voi sen mielestä esimerkiksi säätää siitä, että yhtiön markkinoija ottaa peruuttavan osakkeen itselleen.

31. Saksan hallitus korostaa toisen ennakkoratkaisukysymyksen osalta, että kun otetaan huomioon ensimmäiseen kysymykseen annettu vastaus, toiseen kysymykseen on vastattava vain toissijaisesti. Se toteaa, että peruuttamisen oikeudelliset seuraukset määräytyvät direktiivin 85/577 7 artiklan nojalla kansallisen lainsäädännön mukaan. Vaikka direktiivin 85/577 tavoitteena on suojata kuluttajaa ennen kaikkea liian pikaisesti tehdyiltä sopimuksia, sillä ei haluta kuitenkaan myöskään suojata häntä yleisesti sijoituksilta, jotka osoittautuvat jälkikäteen taloudellisesti epäedullisiksi. Jäsenvaltiot voivat säätää vapaasti siitä, onko sopimuksen peruuttavan kuluttajan kannettava tästä peruuttamisesta mahdollisesti aiheutuvat kielteiset seuraukset. Saksan hallitus pitää siten Saksan säännöksiä lainmukaisina, kun niiden mukaan peruuttaminen ei vaikuta taannehtivasti siitä hetkestä lähtien, jona sijoitusrahastoon liityttiin (ex tunc), vaan ainoastaan tulevaisuuteen nähden (ex nunc*).*

VI Asian arviointi

A *Johdanto*

32. Nyt käsiteltävä asia voidaan lukea vanhoihin kiinteistöihin Saksassa tehtyjä virheinvestointeja koskevaan ongelma-alueeseen, jota käsiteltiin jo asioissa Schulte[15] ja Crailsheimer Volksbank,[16] jotka koskivat muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa neuvoteltujen luottosopimusten peruuttamisen oikeudellisia seurauksia. Nyt käsiteltävässä asiassa yhteisöjen tuomioistuimen on käsiteltävä – toisin kuin edellä mainituissa asioissa Schulte ja Crailsheimer Volksbank annetuissa

15 – Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Schulte.

16 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Crailsheimer Volksbank.

tuomioissa – kysymyksiä, jotka liittyvät yhtiösopimuksen peruuttamisen tai siviiliyhtiöksi perustetusta kiinteistörahastosta eroamisen oikeudellisiin seurauksiin, kun kuluttaja on tehnyt sopimuksen kotonaan.

33. Kiinteistörahastot, jotka ovat yksi kiinteistösijoitusten muoto, olivat Saksassa suosittuja ja tunnettuja jo 1980-luvun alussa, mutta niiden määrä lisääntyi erityisesti 1990-luvun alussa Saksan yhdistymisen jälkeen.[17] Vuonna 1998 ne joutuivat kriisiin, ja monet sijoittajat menettivät niihin sijoittamansa rahat.[18] Sijoitusrahastojen kriisivaiheessa monet sijoittajat purkivat sopimuksensa, mikä johti suureen määrään oikeudenkäyntejä, joissa rahastojen hoitajat vaativat sijoittajia täyttämään velvoitteensa. Jos kuluttaja on liittynyt rahastoon omassa kodissaan tai muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa, Saksan oikeuskäytännössä sallitaan kuluttajansuojalain säännösten soveltaminen kotimyynnin yhteydessä tehtyjen sopimusten osalta, mutta siinä mahdollistetaan kuluttajan peruuttamisen vaikutukset vain tulevaisuuteen nähden, mikä merkitsee sitä, että kuluttaja ei saa välttämättä rahastoon sijoittamaansa summaa kokonaisuudessaan takaisin.

34. Kansallinen tuomioistuin esittää yhteisöjen tuomioistuimelle kaksi ennakkoratkaisukysymystä. Se kysyy ensinnäkin, ovatko direktiivin 85/577 säännökset sovellettavissa tilanteeseen, jossa kuluttaja liittyy siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon. Toiseksi se haluaa tietää, onko Saksan oikeuskäytäntö ristiriidassa direktiivin säännösten kanssa, kun sen mukaan kuluttaja voi erota suljetusta kiinteistörahastosta vain tulevaisuuteen kohdistuvin vaikutuksin.

B *Tutkittavaksi ottaminen*

35. Aluksi on selvitettävä, ovatko molemmat ennakkoratkaisukysymykset – kuten von der Heyden ja Saksan hallitus väittävät – jätettävä tutkimatta siltä osin kuin ne koskevat

17 – Holmer, A., *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundlage geschlossener Immobilienfonds*, Lexxion, Berliini, 2006, s. 6; Heckschen, H., *Beck'sches Notarhandbuch*, 4. painos, Beck, München, 2006, kappale "X. Sonderformen des Immobilienerwerbs", 1 kohta.

18 – Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 17 mainittu Holmer, A., s. 6. Vrt. myös Mootz, C., *Risikoanalyse geschlossener Immobilienfonds. Grundlagen, Anforderungen, Praxisbeispiele*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2007, s. 1 ja 2. Ks. kiinteistörahastoja koskevien kriisien syistä Wagner, K.-R., "Ausstieg aus fremdfinanzierten geschlossenen Immobilienfonds per HWiG, VerbrKrG, Anlageberatungshaftung und Prospekthaftung", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, nro 4/2000, s. 169 ja sitä seuraavat sivut.

henkilöyhtiötä, yhdistystä tai osuuskuntaa. Tähän näkemykseen on mielestäni yhdyttävä.

36. On muistettava, että EY 234 artiklassa tarkoitetussa menettelyssä, joka perustuu kansallisten tuomioistuimien ja yhteisöjen tuomioistuimen tehtävien selkeään jakoon, yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta. Jos esitetyt kysymykset koskevat yhteisön oikeuden tulkintaa, yhteisöjen tuomioistuimen on näin ollen lähtökohtaisesti ratkaistava ne.[19]

37. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhteisöjen tuomioistuin voi kieltäytyä vastaamasta kansallisen tuomioistuimen esittämään ennakkoratkaisukysymykseen vain, jos on ilmeistä, että pyydetyllä yhteisön oikeuden tulkitsemisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen, jos ongelma on luonteeltaan hypoteettinen tai jos yhteisöjen tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin.[20]

38. Ennakkoratkaisupyynnössä esitetyistä tosiseikoista ilmenee, että kuluttaja liittyi nyt käsiteltävässä asiassa siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon. Tästä syystä ennakkoratkaisukysymykset on mielestäni jätettävä tutkimatta siltä osin kuin ne koskevat liittymistä henkilöyhtiöön, yhdistykseen tai osuuskuntaan.

39. Lisäksi on korostettava, että ensimmäinen kysymys koskee myös yleisesti liittymistä henkilöyhtiöön. Vaikka siviiliyhtiö on kiistatta henkilöyhtiön yksinkertaisin muoto, henkilöyhtiön käsitteellä on kuitenkin laajempi merkitys, koska se kattaa siviiliyhtiön

19 – Ks. vastaavasti asia C-379/98, PreussenElektra, tuomio 13.3.2001 (Kok., s. I-2099, 38 kohta); asia C-419/04, Conseil général de la Vienne, tuomio 22.6.2006 (Kok., s. I-5645, 19 kohta); asia C-119/05, Lucchini, tuomio 18.7.2007 (Kok., s. I-6199, 43 kohta); asia C-221/07, Zablocka-Weyhermüller, tuomio 4.12.2008 (Kok., s. I-9029, 20 kohta) ja asia C-544/07, Rüffler, tuomio 23.4.2009 (Kok., s. I-3389, 36 kohta).

20 – Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 29 mainitut asiat Preussen Elektra, tuomion 39 kohta; Conseil général de la Vienne, tuomion 19 kohta; Lucchini, tuomion 44 kohta; Zablocka-Weyhermüller, tuomion 20 kohta ja Rüffler, tuomion 38 kohta.

ja liiketoimintaa harjoittavat henkilöyhtiöt.[21] Koska tosiseikat koskevat nimenomaisesti vain liittymistä siviiliyhtiöön, ennakkoratkaisukysymykset on tutkittava vain tällaiseen yhtiöön liittymisen kannalta.

40. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin toteaa, että ennakkoratkaisukysymykset on tutkittava vain siltä osin kuin ne koskevat kuluttajan liittymistä siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon.

C *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

41. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään lähinnä sitä, sovelletaanko direktiivin 85/577 1 artiklan 1 kohtaa tilanteeseen, jossa kuluttaja liittyy siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon. Jäljempänä selvitän aluksi suljetun kiinteistörahaston ja siviiliyhtiön käsitteitä ja tutkin tämän jälkeen, kuuluuko liittyminen siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon direktiivin 85/577 soveltamisalaan.

1. Peruskäsitteitä

a) Suljettu kiinteistörahasto

42. Suljettu kiinteistörahasto *(fonds immobilier fermé, closed-end real estate fund, zaprti nepremičninski sklad)* on yksi kiinteistösijoittamisen muoto.[22] Suljetun kiinteistörahaston toiminta koostuu tavanomaisesti yhden tai useamman kiinteistön rakentamisesta tai hankkimisesta ja yleensä niiden vuokraamisesta tämän jälkeen.[23] Keskeistä on kuitenkin se, että sijoittajat saavat osuuden rahastosta eikä se, että yksityiset sijoittavat

21 – Ks. esim. Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht*, 4. painos, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berliini, Bonn, München, 2002, s. 46, joka lukee henkilöyhtiöihin siviiliyhtiön lisäksi esim. myös avoimen yhtiön, kommandiittiyhtiön ja hiljaisen yhtiön. Ks. myös Ulmer, P. ja Schäfer, C. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. painos, Beck, München, 2009, 705–853 §, 1 ja 2 kohta.

22 – Lisättäköön, että suljettujen kiinteistörahastojen lisäksi on olemassa myös avoimia kiinteistörahastoja. Ne perustetaan yleensä osakeyhtiöiksi tai rajavastuuyhtiöiksi, eikä sijoittajien lukumäärää ole rajoitettu. Ks. esim. edellä alaviitteessä 17 mainittu Holmer, A., s. 5.

23 – Edellä alaviitteessä 17 mainittu Holmer, A., s. 3. Teoksessa Kniffka, R. ja Koeble, W., *Kompendium des Baurechts*, 3. painos, Beck, München, 2008, 11. osa, 43 kohta, todetaan, että suljetun kiinteistörahaston kohteena voi olla esim. investoiminen hotelliin, musiikkitaloon, kauppakeskuksiin, vanhustentaloihin ja vastaaviin laitoksiin.

kiinteistöön.[24] Sijoittajat haluavat näet tällaisella pääomansijoituksella saada joko voittoja tai veroetuja.[25] Suljetuille kiinteistörahastoille – toisin kuin avoimille – on tyypillistä, että niissä sijoittajien lukumäärä on rajoitettu ja sijoituksen suuruus vahvistetaan etukäteen. Kun pääomaa on kerätty riittävästi, se sijoitetaan, eikä uusien sijoittajien liittyminen rahastoon ole tämän ajankohdan jälkeen enää mahdollista.[26]

43. Suljetut sijoitusrahastot perustetaan Saksan oikeuden mukaan tavallisesti siviiliyhtiöiksi tai kommandiittiyhtiöiksi.[27] Koska nyt käsiteltävässä asiassa suljettu kiinteistörahasto perustettiin siviiliyhtiöksi, kuvaan jäljempänä siviiliyhtiön olennaisia ominaisuuksia, joilla on merkitystä ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen annettavan vastauksen kannalta.

24 – Edellä alaviitteessä 17 mainittu Holmer, A., s. 4.

25 – Edellä alaviitteessä 17 mainittu Holmer, A., s. 3 ja 5.

26 – Suljettu kiinteistörahasto poikkeaa tältä osin avoimesta kiinteistörahastosta, jossa uusien sijoittajien liittyminen on aina mahdollista. Ks. Bartlsperger, S., Boutonnet, B., Loipfinger, S., Nickl, H., Nickl, L. ja Richter, U., *Geschlossene Immobilienfonds*, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart, 2007, s. 56–57.

27 – Ibid., s. 96–98. Ks. myös edellä alaviitteessä 17 mainittu Holmer, A., s. 4, jonka mukaan sen lisäksi, että suljettu sijoitusrahasto voidaan perustaa siviiliyhtiön tai kommandiittiyhtiön muotoon, se on mahdollista perustaa myös esim. yhteisyhtiöksi, vaikka tämä onkin huomattavasti harvinaisempaa.

b) Siviiliyhtiö

44. Siviiliyhtiö *(societas)* on roomalaisesta oikeudesta peräisin oleva yhtiömuoto, joka tunnetaan nykyisin useiden jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä.[28] Osakkaat sitoutuvat siviiliyhtiön yhteydessä yhtiösopimuksessa edistämään yhteisen tavoitteen saavuttamista. Siviiliyhtiölle olennaisia osatekijöitä ovat siis vähintään kahden osakkaan kesken tehty yhtiösopimus, yhteinen tavoite ja osakkaiden sijoituspanokset. Jokaista näistä osatekijöistä tarkastellaan jäljempänä tarkemmin.

45. Yhtiön perustaminen ja sen toiminnan jatkaminen edellyttävät, että vähintään kaksi

28 – Ks. esim. Itävallan oikeudessa yleisen siviililakikirjan (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) 1175–1216 §, jotka sijaitsevat jaksossa *Von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter*; Ranskan oikeudessa yleisesti yhtiöstä *(société)* siviililain (Code Civil) 1832–1844 §, ns. siviiliyhtiöstä *(société civile)* 1845–1870 §; Italian oikeudessa yleisesti yhtiöstä *(società)* siviililain (Codice Civile) 2247–2250 §, ns. yksinkertaisesta yhtiöstä tai siviiliyhtiöstä *(società semplice)* 2251–2290 §; Saksan oikeudessa siviililakikirjan (Bürgerliches Gesetzbuch) 715–740 § otsikolla *Gesellschaft*; Alankomaiden oikeudessa siviililakikirjan (Burgerlijk Wetboek) 1655–1688 § otsikolla *Van maatschap*; Puolan oikeudessa siviililakikirjan (Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny) 850–875 § otsikolla *Spolka;* Slovenian oikeudessa siviililain (Obligacijski zakonik) 990–1002 § otsikolla *Družbena pogodba*; Espanjan oikeudessa siviililain (Código civil) 1.665–1.708 § otsikolla *Sociedad*.

tai useampi osakas allekirjoittaa yhtiösopimuksen.[29] Yhtiösopimus tehdään intuitu personae, mikä tarkoittaa sitä, että osakkaat sitoutuvat henkilökohtaisesti eikä osakas saa lähtökohtaisesti luovuttaa osuuttaan toiselle henkilölle, ellei yhtiösopimuksessa toisin määrätä.[30] Jos osakas eroaa yhtiöstä tai kuolee, yhtiö lakkaa lähtökohtaisesti olemasta olemassa, ellei yhtiösopimuksessa toisin määrätä,[31] mutta jäsenvaltioiden säännökset poikkeavat myös tältä osin toisistaan.[32] Yhtiön purkautumisen syistä säädetään eri jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä eri tavoin. Kaksi tyypillisintä perustetta ovat sen yhtiön tavoitteen saavuttaminen tai sen ajanjakson kuluminen, jonka ajaksi yhtiö perustettiin. Kuten jo edellä todettiin, joissakin oikeusjärjestyksissä yhtiön purkautumisen syynä voi olla myös osakkaan eroaminen tai kuolema taikka muut syyt.[33]

29 – Ks. osakkaiden lukumäärästä esim. Itävallan oikeudessa yleisen siviilikakirjan 1175 § (”zwei oder mehrere Personen”); Ranskan oikeudessa siviilikain 1832 § (”deux ou plusieurs personnes”); Italian oikeudessa siviilikain 2247 § (”due o più persone”); Saksan oikeudessa edellä alaviitteessä 21 mainittu Ulmer, P., Schäfer, C., Kommentar zu § 705, 60 kohta; Slovenian oikeudessa siviilikain 990 § ja Espanjan oikeudessa siviilikain 1.665 § (”dos o más personas”).

30 – Ks. esim. Saksan oikeudessa edellä alaviitteessä 21 mainittu Ulmer, P. ja Schäfer, C. 705–853 §, 7 kohta; Slovenian oikeudessa Zabel, B., teoksessa: Juhart, M. ja Plavšak, N. (toim.), *Obligacijski zakonik s komentarjem (posebni del)*, 4. osa, GV Verlag, Ljubljana, 2004, johdanto yhtiösopimusta koskevan jaksoon, s. 932; Espanjan oikeudessa Moreno Gil, Ó., *Código civil y jurisprudencia concordada*, Boletín oficial del estado, Madrid, 2006, 1.700 §:ää koskevat huomautukset, 5.791 kohta. Ks. Ranskan oikeudessa Cozian, M., Viandier, A. ja Deboissy, F., *Droit des sociétés*, 21. painos, LexisNexis Litec, Pariisi, 2008, s. 530 ja sitä seuraavat sivut, 1192 ja sitä seuraavat kohdat. Ks. oikeuskirjallisuudessa myös Trstenjak, V., *Pravne osebe*, GV Verlag, Ljubljana, 2003, s. 200.

31 – Ks. esim. Saksan oikeudessa edellä alaviitteessä 21 mainittu Ulmer, P. ja Schäfer, C., 736 §:ää koskevat huomautukset, 8 kohta; Slovenian oikeudessa edellä alaviitteessä 30 mainittu Zabel, B., 1000 §:ää koskevat huomautukset, s. 984 ja sitä seuraavat sivut; Espanjan oikeudessa edellä alaviitteessä 30 mainittu Moreno Gil, Ó., 1.700 §:ää koskevat huomautukset, 5.791 kohta. Vrt. myös edellä alaviitteessä 30 mainittu Trstenjak, V., s. 204.

32 – Ks. esim. Itävallan oikeudessa Grillberger, K., teoksessa Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manz, Wien, 2002, 1211 §:ää koskevat huomautukset, s. 70–71, 2 kohta, jossa esitetään, että Itävallan oikeuskirjallisuudessa katsotaan pääasiallisesti, että osakkaan poistuminen johtaa yhtiön purkautumiseen, osakkaan kuolema sen sijaan lähtökohtaisesti ei (1207 §:ää koskevat huomautukset, s. 62 ja 63, 3–5 kohta); Ranskan oikeudessa osuuksien luovuttaminen on mahdollista, eikä myöskään osakkaan kuolema johda yhtiön purkautumiseen, elleivät osakkaat sovi näin; vrt. edellä alaviitteessä 30 mainittu Cozian, M. ym., s. 530, 1192 kohta ja s. 536, 1208 kohta.

33 – Ks. yhtiön purkautumisen syistä Itävallan oikeudessa yleisen siviilikakirjan 1205 § (esim. päämäärän saavuttaminen tai ajan kuluminen); Ranskan oikeudessa esim. siviilikain 1846–1 § (liikkeenjohdon puuttuminen yli yhden vuoden ajan) tai 1870 §:n 2 momentti (osakkaan kuolema, jos purkautumisesta on sovittu); Italian oikeudessa siviilikain 2272 § (esim. ajan kuluminen, päämäärän saavuttaminen tai päämäärän lainvastaisuus, kaikkien osakkaiden tahto); Saksan oikeudessa esim. siviilikakirjan 726 § (päämäärän saavuttaminen tai tuleminen mahdottomaksi), 727 § (osakkaan kuolema) tai 728 § (yhtiön tai sen osakkaan maksukyvyttömyys); Slovenian oikeudessa siviilikain 1000 § (esim. ajan kuluminen, päämäärän saavuttaminen, osakkaiden päätös, osakkaan kuolema tai poistuminen) ja Espanjan oikeudessa siviilain 1.700 § (esim. ajan kuluminen, päämäärän saavuttaminen, osakkaan kuolema).

46. Osakkaat sitoutuvat yhtiösopimuksella edistämään yhteisen tavoitteen saavuttamista. On siis oltava olemassa *affectio societatis* eli osakkaiden tahto perustaa yhtiö yhteisen tavoitteen saavuttamiseksi.[34] Tavoitteen on oltava sallittu.[35] Tavoitteita voi olla hyvin monenlaisia, mutta liiketoiminnan harjoittamista koskevat rajoitukset ovat voimassa.[36]

47. Yhteisen tavoitteen saavuttamiseksi osakkaiden on osallistuttava yhtiön toimintaan tekemällä yhtiösopimuksessa vahvistetut suoritukset; nämä suoritukset voivat olla eriluonteisia, mutta tärkeää on se, että niillä on omaisuusarvoa, eli niiden on oltava esimerkiksi rahaa, tavaraa tai palveluja.[37] Jos osakas ei suorita osuuttaan, voivat muut osakkaat vaatia häneltä velvoitteiden täyttämistä tuomioistuimessa (actio pro socio).[38]

48. Nyt käsiteltävän asian kannalta on erittäin tärkeää selvittää myös, mitä oikeuksia osakkailla on yhtiöomaisuuteen. Tästä säädetään yksittäisissä jäsenvaltioissa eri tavoin.[39] Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa esitetään, että Saksan oikeusjärjestyksen mukaan yhtiöomaisuus muodostaa niin sanotun jaottoman yhteisomaisuuden (Gesamthandsvermögen), johon liittyy kaksi oleellista piirrettä: ensinnäkin kyseessä on osakkaiden yksityisomaisuudesta erillinen omaisuus, toiseksi siitä

34 – Ks. esim. Ranskan oikeudessa edellä alaviitteessä 30 mainittu Cozian, M. ym., s. 66, 134 ja 135 kohta; Saksan oikeudessa edellä alaviitteessä 21 mainittu Schmidt, K., s. 1733 ja sitä seuraavat sivut ja Espanjan oikeudessa edellä alaviitteessä 30 mainittu Moreno Gil, 1.665 §:ää koskevat huomautukset, 5.720 kohta.

35 – Ks. Itävallan oikeudessa esim. edellä alaviitteessä 32 mainittu Grillberger, K., 1175 §:ää koskevat huomautukset, s. 11, 19 kohta; Ranskan oikeudessa siviililain 1833 §; Saksan oikeudessa edellä alaviitteessä 21 mainittu Ulmer, P. ja Schäfer, C., 705–853 §, 6 kohta; Slovenian oikeudessa siviililain 990 § ja Espanjan oikeudessa siviililain 1.666 §.

36 – Ks. esim. Saksan oikeudessa edellä alaviitteessä 21 mainittu Ulmer, P. ja Schäfer, C., 705 §:ää koskevat huomautukset, 144 kohta; Ranskan oikeudessa edellä alaviitteessä 30 mainittu Cozian, M. ym., s. 521, 1174 kohta ja Slovenian oikeudessa edellä alaviitteessä 30 mainittu Zabel, B., 990 §:ää koskevat huomautukset, s. 944.

37 – Ks. vastaavasti Itävallan oikeudessa yleisen siviilikakikirjan 1175 §; Ranskan oikeudessa siviilikain 1832 §; Italian oikeudessa siviilikain 2247 §; Saksan oikeudessa siviilikakikirjan 706 §, ja Slovenian oikeudessa siviilikain 991 § ja Espanjan oikeudessa siviilikain 1.665 §.

38 – Ks. esim. Itävallan oikeudessa edellä alaviitteessä 32 mainittu Grillberger, K., 1175 §:ää koskevat huomautukset, s. 17, 28 kohta; Saksan oikeudessa edellä alaviitteessä 21 mainittu Schmidt, K., s. 1749, ja Slovenian oikeudessa edellä alaviitteessä 30 mainittu Zabel, B., 993 §:ää koskevat huomautukset, s. 961.

39 – Esim. Itävallan oikeuskirjallisuudessa ei ole yhtenäistä näkemystä siitä, onko kyseessä määräosainen yhteisomistus (Miteigentum) vai jaoton yhteisomistus (Gesamthandeigentum); tähän erimielisyyteen viittaa edellä alaviitteessä 32 mainittu Grillberger, K., 11834 §:ää koskevat huomautukset, s. 33, 4 kohta, joka katsoo, että osakkaat omistavat yhtiöomaisuuden määräosaisesti. Slovenian oikeudessa osakkaat omistavat yhtiöomaisuuden määräoosaisesti; ks. edellä alaviitteessä 30 mainittu Zabel, B., johdanto yhtiösopimusta koskevaan jaksoon, s. 926. Espanjan oikeudessa on kyseessä ns. comunidad de bienes, jossa osakkaat ovat omaisuuden omistajia pro indiviso; edellä alaviitteessä 30 mainittu Moreno Gil, O., 392 ja 1.669 §:ää koskevat huomautukset, 1.245 ja 5.732 kohta. Ranskan oikeudessa rekisteröity siviiliyhtiö on oikeushenkilö ja siten itse yhtiöomaisuuden omistajana; vrt. esim. edellä alaviitteessä 30 mainittu Cozian, M. ym., s. 120, 244 kohta.

määrääminen kuuluu yksinomaan yhtiön elimille.[40] Tähän yhteisomaisuuteen kohdistuu erityinen omistusoikeuden muoto, niin sanottu yhteinen jaoton omistusoikeus (Gesamthandseigentum). Sen jälkeen kun Saksan oikeuskäytännössä annettiin siviiliyhtiölle oikeuskelpoisuus,[41] saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on ollut kiistanalaista, onko osakkaalla edelleen yhteinen jaoton omistusoikeus yhtiöomaisuuteen vai onko yhtiö itse omistaja.[42] Tämä on luonnollisesti kysymys, joka on ratkaistava saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä, mutta se on otettava huomioon myös silloin, kun mahdollisesti sovelletaan direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaista poikkeusta.

2. Kuuluuko liittyminen siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon direktiivin 85/577 soveltamisalaan?

49. Nyt käsiteltävässä asiassa on kiistanalaista, kuuluuko liittyminen siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon direktiivin 85/577 soveltamisalaan. On siis selitettävä, onko kyseinen direktiivi, joka on alun perin annettu molemminpuolisia velvoitteita sisältäviä sopimuksia (contractus bilaterales aequales) varten, sovellettavissa nyt käsiteltävän asian kohteena olevan kaltaisiin monenvälisiin sopimuksiin.

50. Aluksi on korostettava, että direktiivillä 85/577 annettavan kuluttajansuojan tarkoituksena on suojella kuluttajaa liian pikaisesti tehdyiltä päätöksiltä, joita hän saattaa tehdä muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa. Kuluttajalle on annettava erityistä suojaa tilanteissa, joissa aloitteen sopimuksen tekemisestä tekee elinkeinonharjoittaja ja joissa kuluttaja joutuu siten yllätykselliseen tilanteeseen, koska hänellä ei ole mahdollisuutta verrata tarjouksen laatua ja hintaa

40 – Ks. edellä alaviitteessä 21 mainittu Ulmer, P. ja Schäfer, C., 718 §:ää koskevat huomautukset, 5 kohta.

41 – Bundesgerichtshof, 29.1.2001 annettu tuomio, asia II ZR 331/00. Bundesgerichtshof totesi kyseisessä tuomiossa, että siviiliyhtiö on oikeuskelpoinen jos ja siltä osin kuin siitä tulee oikeustoimillaan omien oikeuksiensa ja velvollisuuksiensa haltija; tämän lisäksi sillä on tällä perusteella siviiliprosessissa aktiivinen ja passiivinen asianosaiskelpoisuus. Edellä alaviitteessä 21 mainittu Schmidt, K., s. 205–206, pitää tätä tuomiota merkkipaaluna oikeushenkilöitä koskevan oikeuden kehittämisessä. Ks. tuomion perusteellisemman käsittelyn osalta Schmidt, K., "Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig – Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29.1.2001", *Neue Juristische Wochenschrift*, nro 14/2001, s. 993 ja sitä seuraavat sivut.

42 – Tähän seikkaa korostetaan edellä alaviitteessä 21 mainitussa teoksessa Ulmer, P. ja Schäfer, C., 718 §:ää koskevat huomautukset, 1 kohta, jossa katsotaan, että osakkailla on yhtiön oikeuskelpoisuuden tunnustamisesta huolimatta edelleen *yhteinen jaoton omistusoikeus* omaisuuteen. Toisin esim. Kießling, E., "Das Gesamthandsprinzip bei Personalgesellschaften", teoksessa Häuser, F., *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, de Gruyter Recht, Berliini, 2004, s. 484 ja sitä seuraavat sivut, sekä edellä alaviitteessä 21 mainittu Schmidt, K., s. 1772.

muihin tarjouksiin.[43] Koska kuluttaja saattaa tehdä liian pikaisesti päätöksen sopimuksen tekemisestä, hänelle on annettava sopimuksen tekemisen jälkeen harkinta-aikaa, jotta hän kykenee arvioimaan sopimuksesta johtuvia velvoitteita ja päättää, peruuttaako hän sopimuksen direktiivin 85/577 5 artiklan 1 kohdan mukaisessa vähintään seitsemän määräajassa.[44] Liittyminen suljettuun kiinteistörahastoon ei ole tältä osin poikkeus; myös siinä yhteydessä kuluttaja voi tehdä liian pikaisesti päätöksen, jota hän myöhemmin katuu.[45]

51. Yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei ole kuitenkaan nyt käsiteltävässä asiassa ainoastaan arvioida, ansaitseeko kuluttaja tällaisen suojan, vaan myös ja ennen kaikkea, tehtiinkö sillä, että kuluttaja liittyi siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon, direktiivin 85/577 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus. Ennen kuin aloitan aineellis-oikeudellisen tutkimuksen, on selvennettävä, mihin sopimukseen ennakkoratkaisukysymys liittyy.

52. Nyt käsiteltävässä asiassa von der Heyden antoi aluksi ilmoituksen liittymisestään (Beitrittserklärung) siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahaston. Tässä liittymisilmoituksessa hän ilmaisi ainoastaan tahtonsa liittyä rahastoon tai tulla sen osakkaaksi. Kuten liittymisilmoituksesta ilmenee, liittymisestä tuli tehokas vasta sitten, kun tämän yhtiön asioiden hoitaja hyväksyi tämän kirjallisesti. Tällöin von der Heydenin ja muiden osakkaiden välille syntyi yhtiösopimus, eli hänestä tuli suljetun kiinteistörahaston osakas. Yhtiösopimus oli siten nyt käsiteltävässä asiassa luonteeltaan monta sopimuspuolta käsittävä osakkaiden välinen sopimus. Kun von der Heyden peruutti yhtiösopimuksen, hän lakkasi olemasta kiinteistörahaston osakas. Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellä pyritään siis selvittämään, onko direktiivi 85/577 sovellettavissa von der Heydenin ja muiden osakkaiden väliseen yhtiösopimukseen.

43 – Ks. vastaavasti direktiivin 85/577 johdanto-osan neljäs perustelukappale. Ks. oikeuskirjallisuudesta esim. Habersack, M., "The Doorstep Selling Directive and Mortgage Loan Contracts", *European Business Law Review*, nro 6/2000, s. 394 ja Martín Briceño, M. del R., *La Directiva 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, La armonización legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1999, s. 162. Ks. myös edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Crailsheimer Volksbank, tuomion 43 kohta, jossa yhteisöjen tuomioistuin viittasi siihen, että direktiivin 85/577 tavoitteena on suojata kuluttajaa kotimyynnille ominaisen yllätyksellisyyden haitoilta.

44 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 43 mainittu Habersack, s. 394; Manes, P., "Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577", *Contratto e impresa. Europa*, nro 2/1996, s. 696 ja Mankowski, P., "Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte", *Juristenzeitung*, nro 23/2008, s. 1143.

45 – Näin myös Armbrüster, C., *Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz – zum Widerruf von Fondsbeteiligungen: Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 29. September 2004*, de Gruyter Recht, Berliini, 2005, s. 13 ja 15.

53. Jotta kyseessä olisi direktiivin 85/577 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, muutamien edellytysten on täytyttävä molempien sopimuspuolten, sopimuksen kohteen ja sopimuksen tekemispaikan osalta. Ensinnäkin yhden sopimuspuolen on oltava kuluttaja, toiseksi toisen sopimuspuolen on oltava elinkeinonharjoittaja,[46] kolmanneksi sopimuksen kohteena on oltava tavaroiden luovuttaminen tai palvelujen suorittaminen kuluttajalle, ja neljänneksi sopimus on tehtävä joko elinkeinonharjoittajan toimitilojensa ulkopuolelle järjestämällä tutustumiskäynnillä tai kuluttajan tai toisen kuluttajan kotona tai kuluttajan työpaikalla, jos käynnin aiheena ei ole kuluttajan nimenomainen kutsu.

54. Nyt käsiteltävässä asiassa on lisäksi tutkittava, kuuluuko tehty sopimus jonkin direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan mukaisen poikkeuksen ja erityisesti sen a alakohdan mukaisen poikkeuksen soveltamisalaan – siinä jätetään sopimukset kiinteistön rakentamisesta, myymisestä tai vuokraamisesta taikka sopimukset muusta oikeudesta kiinteään omaisuuteen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle – tai e alakohdan mukaisen poikkeuksen soveltamisalaan – siinä jätetään arvopapereita koskevat sopimukset sen soveltamisalan ulkopuolelle.

a) Edellytykset sille, että kyseessä on direktiivissä 85/577 tarkoitettu sopimus

55. Tässä tapauksessa täyttyvät mielestäni ensimmäinen (yksi sopimuspuolista on kuluttaja), kolmas (tavaroiden luovuttaminen tai palvelujen suorittaminen) ja viimeinen edellytys (sopimuksen neuvotteleminen muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa) sille, että kyseessä on direktiivin 85/577 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, mutta toinen edellytys (toinen sopimuspuoli on elinkeinonharjoittaja) ei täyty.

56. Direktiivin 85/577 2 artiklan mukaan ”kuluttajalla” tarkoitetaan ”luonnollista henkilöä, jonka tässä direktiivissä tarkoitettujen oikeustoimien ei voida katsoa liittyvän hänen

46 – [Tämä alaviite koskee vain ratkaisuehdotuksen sloveeninkielistä versiota.]

elinkeinonsa tai ammattinsa harjoittamiseen". Nyt käsiteltävässä asiassa on riidatonta, että von der Heyden ei ole toiminut liiketoimintansa tai elinkeinonsa tai ammattinsa harjoittamisen yhteydessä, joten hän on direktiivissä 85/577 tarkoitettu kuluttaja.[47]

57. On samoin kiistatonta, että sopimus liittymisestä kiinteistörahastoon tehtiin muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimipaikassa eli kuluttajan asunnossa.

58. Lisäksi liittyminen kiinteistörahastoon voidaan mielestäni lukea tavaroiden luovutuksiin. Nyt käsiteltävässä asiassa ei tosin ole kyseessä tavaran luovutus perinteisten kuluttajasopimusten mielessä, kuten esimerkiksi kauppasopimus. On kuitenkin otettava huomioon, että sopimuksen kohteena on osuuden hankkiminen tästä rahastosta, ja tämä osuus voidaan mielestäni lukea tavaroiden luovutuksen käsitteen piiriin, kun sitä tulkitaan laajasti. Tällainen laaja tulkinta tästä käsitteestä sopii yhteen myös tätä alaa koskevan vakiintuneen oikeuskäytännön kanssa, sillä yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut siinä tavaroiden luovutuksen ja palvelujen suorituksen käsitteitä laajasti ja siten hyväksynyt direktiiville 85/577 laajan soveltamisalan.

59. Yhteisöjen tuomioistuin piti näet esimerkiksi asiassa Dietzinger antamassaan tuomiossa[48] takaussopimusta direktiivin 85/577 soveltamisalaan kuuluvana sopimuksena. Se esitti perusteluina, että direktiivissä ei rajoiteta sen soveltamisalaa 3 artiklan 2 kohdassa lueteltuja poikkeuksia lukuun ottamatta sopimuksen kohteena olevien tavaroiden tai palvelujen laadun perusteella, kunhan

47 – Muutamat kirjoittajat tukevat näkemystä, jonka mukaan pääomansijoittaja ei ole kuluttaja, koska hän ei "kuluta" mitään. Saksan oikeudessa tätä näkemystä edustaa esim. edellä alaviitteessä 18 mainittu Wagner, K.-R., s. 171. Ks. Ranskan oikeudesta vastaavasti esim. Calais-Auloy, J. ja Steinmetz, F., *Droit de la consommation*, Dalloz, Pariisi, 2000, s. 13, 14 kohta; ks. myös Sievers, J., *Verbraucherschutz gegen unlautere Vertragsbedingungen im französischen Recht. Vom Code civil zum "Code de la consommation" – die Entstehung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, Lang, Frankfurt, 1993, s. 82. Korostettakoon kuitenkin, että tämä ei voi pitää paikkansa direktiivin 85/577 osalta, koska siinä vaaditaan ainoastaan, että kuluttaja ei toimi sellaisessa tarkoituksessa, joka liittyy hänen elinkeinonsa tai ammattinsa harjoittamiseen; vastaavasti direktiivissä ei edellytetä nimenomaisesti, että sopimuksen kohteena pitäisi olla kulutustavaroita.

48 – Asia C-45/96, tuomio 17.3.1998 (Kok., s. I-1199). Tuomiota on kommentoitu oikeuskirjallisuudessa; ks. esim. Bydlinski, P. ja Klauninger, J., "Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen auf Bürgschaftsverpflichtungen von Verbrauchern", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, nro 4/1998, s. 994; Bamforth, N., "The Limits of European Union Consumer Contract Law", *European Law Review*, nro 4/1999, s. 410, ja Lorenz, S., "Richtlinienkonforme Auslegung, Mindestharmonisierung und der 'Krieg der Senate'", *Neue juristische Wochenschrift*, nro 40/1998, s. 2937.

vain nämä tavarat tai palvelut on tarkoitettu yksityiseen kulutukseen.[49] Yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi asiassa Travel-Vac antamassaan tuomiossa[50] direktiivin 85/577 soveltamisen osa-aikaista omistusta koskeviin sopimuksiin (*time*-share), jos sopimus ei käsitä ainoastaan osa-aikaisia käyttöoikeuksia kiinteistöön vaan myös sellaisten erillisten palvelujen suorittamisen, jotka ovat arvoltaan suurempia kuin kiinteistön käyttöoikeus.[51] Yhteisöjen tuomioistuin totesi tämän jälkeen asiassa Heininger antamassaan tuomiossa,[52] että direktiiviä 85/577 sovelletaan luottosopimuksiin. Myöhemmin yhteisöjen tuomioistuin sovelsi tätä direktiiviä luottosopimuksiin asioissa Schulte[53], Crailsheimer Volksbank[54] ja Hamilton[55] antamissaan tuomioissa.

60. Nyt käsiteltävässä asiassa on kuitenkin riidanalaista, täyttyykö toinen edellytys sille, että kyseessä olisi direktiivin 85/577 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, eli onko toinen sopimuspuoli direktiivissä tarkoitettu elinkeinonharjoittaja.

61. Direktiivin 85/577 2 artiklan mukaan ”elinkeinonharjoittajalla” tarkoitetaan ”luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä, joka suorittaa kyseisen oikeustoimen elinkeinon tai ammatin harjoittajana, sekä jokaista, joka toimii elinkeinonharjoittajan nimissä tai lukuun”.[56] Tämän määritelmän perusteella

49 – Yhteisöjen tuomioistuin korosti asiassa Dietzinger antamassaan tuomiossa lisäksi, että luoton myöntäminen on kyseisessä direktiivissä tarkoitettu palvelu ja että takaussopimus on olemassa vain liitännäisesti päävelkaa koskevaan sopimukseen nähden, jonka ennakkoehto se on käytännössä useimmiten. Ks. edellä alaviitteessä 48 mainittu asia Dietzinger, tuomion 18 kohta.

50 – Asia C-423/97, tuomio 22.4.1999 (Kok., s. I-2195). Tuomiota on kommentoitu oikeuskirjallisuudessa; ks. esim. Hofstötter, M., ”Time-sharing als Haustürgeschäft”, *European Law Reporter*, nro 5/1999, s. 221; Bourgoignie, T., ”Multipropriété et vente en dehors des établissements commerciaux: un arrêt important de la Cour de justice des Communautés européennes du 22 avril 1999”, *Revue européenne de droit de la consommation*, 1999, s. 147; Munar Bernat, P. A., ”Sobre la aplicabilidad de la directiva 85/577/CE, de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, a un contrato de multipropiedad (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 22 de abril de 1999)”, *Derecho privado y Constitución*, nro 13/1999, s. 235.

51 – Lisättäköön, että asiassa Travel-Vac esitettiin lisäksi kysymys siitä, kuuluuko osa-aikaomistusta koskeva sopimus kyseisen direktiivin 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan poikkeuksen soveltamisalaan. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kyseinen sopimus ei kuulunut tämän poikkeuksen soveltamisalaan, koska sen kohteena olivat myös lisäpalvelut, kuten kiinteistön ylläpito tai osa-aikaomistuksen hallinnointi, joiden arvo oli suurempi kuin kiinteistöä koskevien käyttöoikeuksien. Ks. edellä alaviitteessä 50 mainittu asia Travel-Vac, tuomion 10 kohta.

52 – Asia C-481/99, tuomio 13.12.2001 (Kok., s. I-9945). Tuomiota on kommentoitu oikeuskirjallisuudessa; ks. esim. Bernardeau, L., ”Le droit de rétractation du consommateur: un pas de plus vers une doctrine d'ensemble”, *La Semaine juridique – édition générale*, nro 40/2002, s. 1719.

53 – Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Schulte.

54 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Crailsheimer Volksbank.

55 – Asia C-412/06, tuomio 10.4.2008 (Kok., s. I-2383).

56 – Mainittakoon, että komissio puolsi vihreässä kirjassa kuluttajansuojaa koskevan yhteisön säännöstön tarkistamisesta (KOM(2006) 744 lopullinen, s. 18) elinkeinonharjoittajan käsitteen yhtenäistämistä, koska se on määritelty eri tavoin kuluttajansuojaa koskevissa yhteisön direktiiveissä. Kuluttajan oikeuksista annettavaa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä koskevan ehdotuksen (KOM(2008) 614 lopullinen) 2 artiklan mukaan ”elinkeinonharjoittajalla” tarkoitetaan ”luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä, joka tämän direktiivin alaan kuuluvia sopimuksia tehdessään toimii tarkoituksessa, joka liittyy hänen elinkeino- tai ammattitoimintaansa, sekä elinkeinonharjoittajan nimissä tai puolesta toimivaa henkilöä”.

on aluksi selvitettävä, onko nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä direktiivin 85/577 2 artiklassa tarkoitettu elinkeinonharjoittaja.

62. Liittymisilmoituksessa, jolla von der Heyden liittyi kiinteistörahastoon, todetaan, että hän ja Roland GmbH[57] ovat allekirjoittaneet sen. Von der Heydenin allekirjoituksen yhteydessä on teksti ”osakkaan allekirjoitus” (Unterschrift Gesellschaftler), kun puolestaan Roland GmbH:n allekirjoituksen yhteydessä on teksti ”yhtiökumppanin allekirjoitus” (Unterschrift Vertriebspartner). Tämän liittymisilmoituksen mukaan von der Heydenistä tuli siten ”Grundstücksgesellschaft Bergstr. 9:n” osakas siitä hetkestä lähtien, jona yhtiön asioiden hoitaja hyväksyi kirjallisesti hänen liittymisensä. Tällä tavoin hänestä tuli yhtiösopimuksen sopimuskumppani tai siviiliyhtiön osakas.

63. On siis tutkittava, onko mahdollista yksilöidä direktiivissä 85/577 tarkoitettu elinkeinonharjoittaja yhtiöön liittyvän kuluttajan ja tämän yhtiön muiden osakkaiden välisessä sopimussuhteessa (yhtiösopimus).

64. Sopimussuhteen osalta voidaan teoriassa erottaa kolme mahdollisuutta.

65. Ensimmäinen mahdollisuus on se, että siviiliyhtiön osakkaat ovat kuluttajia. Siinä tapauksessa on selvää, että direktiiviä 85/577 ei sovelleta tähän sopimussuhteeseen, koska direktiivin 85/577 2 artiklan mukainen elinkeinonharjoittajan määritelmä edellyttää, että hän suorittaa oikeustoimen elinkeinon tai ammatin harjoittajana, mitä ei voida väittää niiden osakkaiden osalta, jotka ovat kuluttajia. Lisäksi silloin, jos myös muut osakkaat ovat kuluttajia, oikeus suojaan ei ole ainoastaan yhdellä heistä vaan kaikilla. Kuluttajansuojaa koskevaa yhteisön lainsäädäntöä ei näet sovelleta kuluttajien välisiin suhteisiin eli niin sanottuihin C2C-suhteisiin (consumer to consumer) vaan ainoastaan elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisiin suhteisiin eli niin sanottuihin B2C-suhteisiin (business to consumer).[58]

57 – Kuten kansallisista asiakirjoistakin ilmenee, Roland GmbH oli ajankohtana, jona von der Heyden liittyi suljettuun kiinteistörahastoon, tämän rahaston hoitajana, mutta sitä seurasi E. Friz GmbH tässä tehtävässä.

58 – Komissio korostaa näet vihreässä kirjassa kuluttajansuojaa koskevan yhteisön säännöstön tarkistamisesta (KOM(2006) 744 lopullinen, s. 16) nimenomaisesti, että kuluttaja ei saa yhteisön oikeuden perusteella suojaa, jos hänen sopimuskumppaninsa on yksityishenkilö. Ks. sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla 11.5.2005 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/29/EY (EUVL L 149, s. 22) osalta asiassa C-304/08, Plus Warenhandelsgesellschaft, 3.9.2009 antamani ratkaisuehdotus (64 kohta, asia vireillä tuomioistuimessa).

66. Toinen mahdollisuus on se, että kaikki siviiliyhtiön muut osakkaat – paitsi siis se osakas, joka peruuttaa sopimuksen direktiivin 85/577 perusteella – ovat tässä direktiivissä tarkoitettuja elinkeinonharjoittajia. Jos nyt käsiteltävässä asiassa esimerkiksi kaikki muut siviiliyhtiön osakkaat olisivat luonnollisia henkilöitä tai oikeushenkilöitä, joiden ammatillinen toiminta koostuu suljettujen kiinteistörahastojen perustamisesta ja osuuksien myymisestä uusille osakkaille, voitaisiin nojautua tähän perusteluun ja väittää, että siinä tapauksessa direktiivi 85/577 olisi sovellettavissa sopimussuhteeseen. Nämä perustelut eivät kuitenkaan päde nyt käsiteltävässä asiassa, koska – kuten kansallinen tuomioistuin esittää ennakkoratkaisupyynnössään – muut siviiliyhtiön muodossa toimivan suljetun kiinteistörahaston osakkaat ovat yleensä myös kuluttajia.[59]

67. Kolmas mahdollisuus on lopuksi se, että muutamat siviiliyhtiön osakkaat ovat kuluttajia, muut eivät. Tässä tapauksessa pitäisi jokaisen jälkimmäiseen ryhmään kuuluvan osakkaan osalta tutkia, voidaanko häntä pitää direktiivissä 87/577 tarkoitettuna elinkeinonharjoittajana. Tämä on kansallisen tuomioistuimen tehtävänä, mutta yhteisöjen tuomioistuin voi teorian tasolla tutkia, voidaanko direktiiviä 85/577 soveltaa, jos kansallinen tuomioistuin toteaa, että ainoastaan joitain osakkaita voidaan pitää tässä direktiivissä tarkoitettuina elinkeinonharjoittajina. Tässä yhteydessä ei ole mielestäni mahdollista väittää, että pelkästään sen vuoksi, että muutamat osakkaat ovat direktiivissä 87/577 tarkoitettuja elinkeinonharjoittajia, muistakin osakkaista tulisi tässä direktiivissä tarkoitettuja elinkeinonharjoittajia. Tällainen lopputulos olisi ristiriidassa yhtiön kaikkien niiden osakkaiden suojaa koskevan vaatimuksen kanssa, jotka ovat kuluttajia. Samoin ratkaisu, jonka mukaan silloin, kun kuluttaja peruuttaa yhtiösopimuksen, vain ne osakkaat ovat taloudellisessa vastuussa, jotka ovat direktiivissä 85/577 tarkoitettuja elinkeinonharjoittajia, on hankalasti puolustettavissa yhteisön oikeuden näkökulmasta. Yhtiösopimus perustuu näet osakkaiden yhdenvertaisen kohtelun periaatteeseen, ja nyt käsiteltävässä asiassa kuluttaja on peruuttanut sopimuksen, joka tehtiin kaikkien osakkaiden eikä vain niiden osakkaiden kanssa, jotka ovat direktiivissä 85/577 tarkoitettuja elinkeinonharjoittajia. Korostettakoon lisäksi, että ennakkoratkaisupyyntöön sisältyvästä tosiseikkoja koskevasta kuvauksesta ei ole nyt käsiteltävässä asiassa pääteltävissä – vaikka tämä arviointi kuuluukin viime kädessä kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi – että osakkaat, jotka eivät ole kuluttajia, olisivat direktiivissä 85/577 tarkoitettuja elinkeinonharjoittajia. Siksi katson, että direktiiviä 85/577 ei voida soveltaa nyt käsiteltävässä asiassa.

68. Lisäksi on tutkittava, voidaanko suljetun kiinteistörahaston markkinoijaa tai

59 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön 20 kohta. Ks. oikeuskirjallisuudesta esim. Armbrüster, C., "Kapitalanleger als Verbraucher? Zur Reichweite des europäischen Verbraucherschutzrechts", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nro 9/2006, s. 408. Ks. vastaavasti myös von Weschpfennig, "Der Widerruf der Beteiligung an einem Immobilienfonds – Anwendbarkeit der Grundsätze des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts?", *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, nro 3/2009, s. 100.

perustajaa pitää direktiivissä 85/577 tarkoitettuna elinkeinonharjoittajana.[60] Rahaston kannalta markkinoijan tai perustajan rooli on keskeinen, koska ne perustavat rahaston ja tämän jälkeen työskentelevät houkutellakseen osakkaita, jotka sijoittavat siihen pääomaa. Markkinoijan tai perustajan osalta voidaan tosin perustella, että oikeustoimen suorittamista elinkeinon tai ammatin harjoittajana koskeva edellytys täyttyy, mutta on tästä huolimatta kyseenalaista, voidaanko häntä pitää direktiivissä 85/577 tarkoitettuna elinkeinonharjoittajana. Markkinoija tosin ”myy” rahaston ”osuuksia”, mutta hän eri saa siinä yhteydessä kuluttajan sijoittamaa summaa kokonaisuudessaan. Markkinoija saa uuden osakkaan liittyessä vain provision,[61] kun puolestaan osakkaan sijoittama summa käytetään osakkaiden yhteisen tavoitteen saavuttamiseen. Pitää paikkansa, että markkinoijalla on provision vuoksi intressi siihen, että kuluttaja liittyy rahastoon, mutta hän ei siitä huolimatta saa sijoitettua summaa.

69. On myönnettävä, että direktiivissä 85/577 ei nimenomaisesti edellytetä, että kuluttaja-sopimus olisi vastikkeellinen sopimus. Tämän direktiivin rakenteesta ei voida mielestäni kuitenkaan päätellä, että elinkeinonharjoittajan pitäisi saada kuluttajan suorittama vastike, kun kyseessä on vastikkeellinen sopimus. Direktiivin 85/577 5 artiklan 2 kohdan mukaan peruuttamisilmoituksen antaminen vapauttaa kuluttajan kaikista peruutetun sopimuksen mukaisista velvoitteista. Tämä merkitsee sitä, että elinkeinonharjoittajan on palautettava kuluttajalle vastike, jonka tämä on hänelle suorittanut.[62] Koska nyt käsiteltävässä asiassa rahaston markkinoija saa kuluttajalta vain provision, kuluttaja voi vaatia markkinoijalta enintään tämän summan palauttamista.

70. Mielestäni rahaston markkinoijaa tai perustajaa ei voida pitää direktiivissä 85/577 tarkoitettuna elinkeinonharjoittajana.

60 – Nyt käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisupyynnöstä ei ilmene, kuka oli rahaston alkuunpanija tai perustaja ja onko tämä henkilö myös tämän rahaston osakas; asianosaiset eivät ole selventäneet tätä kysymystä myöskään istunnossa.

61 – Kyseessä on ns. ”agio”; vrt. edellä alaviitteessä 26 mainittu Bartlsperger ym., s. 282.

62 – Kuluttajien oikeuksista annettavaa Euroopan parlametin ja neuvoston direktiiviä koskevassa ehdotuksessa (KOM(2008) 614 lopullinen), joka mahdollisesti korvaa tulevaisuudessa muutamia kuluttajansuojan alaa koskevia direktiivejä, mukaan lukien direktiivin 85/577, ja jolla yhdenmukaistetaan täydellisesti joitakin kuluttajansuojan aloja, todetaan 16 artiklan 1 kohdassa nimenomaisesti, että peruutustapauksessa ”elinkeinonharjoittajan on maksettava takaisin kaikki kuluttajalta saadut maksut kolmenkymmenen päivän kuluessa siitä päivästä, jona hän vastaanottaa peruuttamista koskevan ilmoituksen”. Vastaava säännös sisältyy myös asiantuntijaryhmän laatimaan asiakirjaan Draft Common Frame of Reference (DCFR) (luonnos yhteiseksi viitekehykseksi), jonka II.-5:105 artiklassa (Effects of withdrawal) vahvistetaan muun muassa, että peruuttavan osapuolen on maksettava vastike takaisin viipymättä ja joka tapauksessa 30 päivän kuluessa peruutuksen voimaantulosta (”Any payment made by the withdrawing party must be returned without undue delay, and in any case not later than thirty days after the withdrawal becomes effective.”). Vrt. DCFR:n sanamuodon osalta von Bar, C. ym. (toim.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Outline Edition, jonka on laatinut Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, European Law Publishers, München, 2008.

71. Myöskään välittäjää ei voida pitää nyt käsiteltävässä asiassa direktiivissä 85/577 tarkoitettuna elinkeinonharjoittajana. Osakkaiden välisen sopimussuhteen lisäksi nyt käsiteltävässä asiassa on näet olemassa myös yhtiöön liittyvän kuluttajan ja välittäjän välinen oikeussuhde. Kuluttaja, joka liittyy rahastoon kotimyynnin yhteydessä, neuvottelee yleensä tämän yhtiön välittäjän kanssa, ja tämä yrittää saada tämän liittymään yhtiöön. Myös välittäjällä on epäilemättä intressi saada kuluttaja liittymään rahastoon, koska hän saa provision nimenomaan siitä, että uusia osakkaita liittyy suljettuun kiinteistörahastoon.[63] Välittäjä on myös se henkilö, jolla on välitön yhteys kuluttajaan ja jolla on yhtiön antamien valtuuksien perusteella velvollisuus ilmoittaa kuluttajalle selkeästi hänen peruutusoikeudestaan.

72. Nyt käsiteltävässä asia välittäjää voitaisiin pitää direktiivin 85/577 2 artiklassa tarkoitettuna elinkeinonharjoittajana vain silloin, jos hän toimii elinkeinonharjoittajan nimissä ja lukuun, eli vain silloin, jos oikeussubjekti, jonka nimissä ja lukuun välittäjä toimii, voidaan määritellä elinkeinonharjoittajaksi. Tämä edellytys ei kuitenkaan täyty nyt käsiteltävässä asiassa, kuten tämän ratkaisuehdotuksen 60–70 kohdasta ilmenee. Tästä syystä välittäjää ei voida mielestäni pitää direktiivissä 85/577 tarkoitettuna elinkeinonharjoittajana.

b) Direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan mukaiset poikkeukset

73. Jos yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin katsoisi, että nyt käsiteltävässä asiassa on kyseessä direktiivin 85/577 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus, on vielä vastattava lisäkysymykseen siitä, kuuluuko tällainen sopimus direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan jonkin poikkeuksen soveltamisalaan. Siinä yhteydessä on otettava huomioon yleisperiaate, jonka mukaan poikkeuksia on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti tulkittava suppeasti.[64]

i) Kiinteistöjä koskevat sopimukset

74. Aluksi on tutkittava, kuuluuko nyt käsiteltävä asia direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan poikkeuksen soveltamisalaan, kun siinä säädetään muun muassa,

63 – Vrt. edellä alaviitteessä 26 mainittu Bartlsperger ym., s. 125, jotka korostavat, että provisio on yksi välitystoiminnan eduista.

64 – Ks. esim. asia C-203/99, Veedfald, tuomio 10.5.2001 (Kok., s. I-3569, 15 kohta) ja edellä alaviitteessä 52 mainittu asia Heininger, tuomion 31 kohta.

että tätä direktiiviä ei sovelleta sopimuksiin muusta oikeudesta kiinteään omaisuuteen.[65]

75. Kun henkilö liittyy suljettuun kiinteistörahastoon, olennaista on se, että hän hankkii osuuden tästä rahastosta.[66] Yhtiösopimuksen kohteena ei siis ole *suoraan* ja *välittömästi* velkaoikeudellisen tai esineoikeudellisen oikeuden hankkiminen kiinteistöön vaan yhtiön tai rahaston osuuden hankkiminen. Siksi on riidatonta, että kuluttaja ei hanki välittömästi mitään oikeuksia kiinteistöön, kun hän liittyy suljettuun kiinteistörahastoon.

76. On kuitenkin tutkittava, saako kuluttaja yhtiöosuuden hankkiessaan *välillisesti* oikeuksia yhtiön omaisuuteen kuuluvaan kiinteistöön ja riittääkö tällainen välillinen oikeuksien hankkiminen direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisen poikkeuksen soveltamiseen.

77. Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa esitetään, että kuluttaja saa liittyessään siviiliyhtiöön tämän yhtiön omaisuuteen niin sanotun jaottoman yhteisomistuksen (Gesamthandseigentum).[67] Tälle omistustavalle on ominaista, että osakkaan osuutta omaisuudesta – toisin kuin määräosaisessa yhteisomistuksessa – ei ole määritetty ja omaisuutta hallinnoidaan yhdessä.[68] Siitä lähtien kun Saksan oikeuskäytännössä myönnettiin siviiliyhtiölle oikeuskelpoisuus, Saksan oikeuskirjallisuudessa on ollut riidanalaista, onko yhtiön omaisuus edelleen jaotonta yhteisomaisuutta vai onko yhtiö itse omaisuuden omistaja.[69]

65 – Tämän poikkeuksen syynä on se, että kiinteistösopimuksissa yllätysmomentti on kuluttajan kannalta vähäisempi, koska siihen liittyy tavanomaisesti joitakin muodollisuuksia, kuten notaarin vahvistus; ks. vastaavasti julkisasiamies Légerin asiassa Schulte 28.9.2004 antaman ratkaisuehdotuksen (Kok., s. I-9215) 55 ja 56 kohta. Lisättäköön, että samankaltainen poikkeus sisältyy myös asiantuntijaryhmän laatimaan Draft Common Frame of Reference -asiakirjaan, jonka sopimusten peruuttamisoikeutta koskevassa jaksossa säädetään muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa tehtyjen sopimusten osalta II.-5:201 artiklan 2 kohdan c alakohdassa, että peruuttamisoikeus ei koske kiinteistöjen rakentamisesta tai myynnistä tai muista kiinteistöä koskevista oikeuksista tehtävää sopimusta, vuokria lukuun ottamatta ("a contract for the construction and sale of immovable property or relating to other immovable property rights, except for rental"). Ks. edellä alaviitteessä 62 mainittu von Bar, C. ym.

66 – Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 17 mainittu Holmer, s. 4, joka korostaa, että osakasta ei voida pitää oikeudellisesti eikä taloudellisesti sijoittajana (Bauherr).

67 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 48 kohta. Ks. erityisesti sijoittajien jaottomasta yhteisomistuksesta (Gesamthandseigentum) suljetussa kiinteistörahastossa Schöner, H. ja Stöber, K., *Grundbuchrecht*, 14. painos, Beck, München, 2008, 4. osa, 3235b kohta. Teoksessa Kniffka, R. ja Koeble, W., *Kompendium des Baurechts*, 3. painos, Beck, München, 2008, 11. osa, 42 kohta, esitetään, että tämän omaisuuden muodon vuoksi yhteys kiinteistöön on suljetussa kiinteistörahastossa välittömämpi ja suorempi kuin avoimessa kiinteistörahastossa.

68 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 21 mainittu Schmidt, K., s. 1754 ja alaviitteessä 21 mainittu Ulmer, P. ja Schäfer, C., 718 §:ää koskevat huomautukset, 5 kohta.

69 – Edellä alaviitteessä 21 mainitussa teoksessa Ulmer, P. ja Schäfer, C., 718 §:ää koskevat huomautukset, 2 kohta, esitetään, että omaisuus on edelleen jaotonta yhteisomaisuutta siitä huolimatta, että yhtiö on oikeuskelpoinen. Toisin asian näkee Kießling, E., "Das Gesamthandsprinzip bei Personalgesellschaften", teoksessa Häuser, F., *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, de Gruyter Recht, Berliini, 2004, s. 484 ja sitä seuraavat sivut. Edellä alaviitteessä 21 mainittu Schmidt, K., s. 1772, katsoo, että yhtiö on omaisuuden omistaja. Vastaavasti Habermeier, S., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2. osa, 718 §:ää koskevat huomautukset, 1 kohta.

78. Vastaus kysymykseen siitä, ovatko yhtiön omaisuuden omistajina edelleen kaikki osakkaat (jaottoman yhteisomistuksen muodossa) myös sen jälkeen kun siviiliyhtiölle myönnettiin oikeuskelpoisuus, vai yhtiö itse, on mielestäni olennaisen tärkeä, jotta voidaan ratkaista, sovelletaanko direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaista poikkeusta silloin, kun kuluttaja liittyy suljettuun kiinteistörahastoon.[70] Vastaus kysymykseen yhteisön oikeuden sovellettavuudesta riippuu siis tässä tapauksessa siitä, miten ratkaistaan kansallista oikeutta koskevat oikeuskysymykset, joiden osalta vain kansallinen tuomioistuin voi olla toimivaltainen. Yhteisöjen tuomioistuin voi kuitenkin antaa kansalliselle tuomioistuimelle ennakkoratkaisumenettelyssä kaikki ennakkoratkaisupyynnön kohteena olevan kysymyksen ratkaisemiseksi tarpeellisiksi katsomansa ohjeet.[71]

79. Siinä yhteydessä kansallisen tuomioistuimen on otettava mielestäni huomioon seuraavat seikat.

80. Jos ensinnäkin todetaan, että yhtiön kiinteistö on yhtiön oikeuskelpoisuudesta huolimatta osakkaiden *jaottomassa yhteisomistuksessa*, tämä puoltaa sitä, että nyt käsiteltävässä asiassa voidaan soveltaa direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaista poikkeusta siitä huolimatta, että kuluttaja saa hankkimalla osuuden yhtiöstä vain välilliset oikeudet kiinteistöön. *Jaottomalla yhteisomaisuudella* on kyllä erityisominaisuuksia, mutta se on siitä huolimatta yksi omistusoikeuden muoto. Siksi en näe mitään syytä siihen, miksi nyt käsiteltävässä asiassa pitäisi tehdä toisenlainen päätelmä vain sen vuoksi, että kyseessä on omistusoikeuden erityinen muoto, jolla on erityisominaisuuksia. Tässä yhteydessä ei mielestäni vakuuta perustelu, jonka mukaan päämäärä, jota kuluttaja tavoittelee osuuden hankkiessaan, on pääomasijoittaminen. On kiistatonta, että kuluttajan päämääränä on rahoitusinvestoinnin ja/tai veroetujen hankkiminen, mutta tämä ei muuta millään tavoin hänen asemaansa tämän jaottomassa yhteisomistuksessa olevan kiinteistön yhtenä omistajana.

81. Toiseksi kansallisen tuomioistuimen on tutkimuksensa yhteydessä selvitettävä, onko kuluttajalla esineoikeuteen tai velvoiteoikeuteen perustuvia oikeuksia kiinteistöön. Mielestäni näet direktiivin 85/577 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaista ilmaisua ”muusta oikeudesta kiinteään omaisuuteen” on kahdesta syystä tulkittava siten, että se ei rajoitu esineoikeuksiin. Ensinnäkään mikään

70 – Todettakoon vertailun vuoksi, että Ranskassa, jossa siviiliyhtiö on oikeushenkilö, Cour d’appel Pau totesi asiassa SA Union des banques suisses (UBS) 13.5.2002 antamassaan tuomiossa, että tämä poikkeus ei koske osuuksien hankkimista yhtiöstä, jonka omaisuus koostuu kiinteistöistä.

71 – Ks. vastaavasti esim. asia C-545/07, Apis-Hristovich, tuomio 5.3.2009 (Kok., s. I-1627, 32 kohta); asia C-414/07, Magoora, tuomio 22.12.2008 (Kok., s. I-10981, 33 kohta) ja asia C-49/07, MOTOE, tuomio 1.7.2008 (Kok., s. I-4863, 30 kohta).

tekstissä ei osoita, että sen mukainen poikkeus koskisi vain esineoikeuksia; päinvastoin, myöskään vuokrat eivät kuulu esineoikeuksiin, mutta ne on silti jätetty tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.[72] Toiseksi tämän poikkeuksen soveltamisalan rajoittamisella pelkästään esineoikeuksiin jätettäisiin perusteettomasti direktiivin soveltamisalaan kiinteistöihin liittyvät velvoiteoikeudelliset oikeudet, kuten esimerkiksi vuokraoikeus (Pachtrecht) tai etuosto-oikeus (Vorkaufsrecht). Komissio näet mainitsi direktiivin tätä artiklaa koskevissa selittävissä huomautuksissaan kiinteistöjen myynnin ja asuntoa koskevan omistusoikeuden siirron lisäksi – jotka direktiivin voimassa olevan version mukaan kuuluvat jo kiinteistöjen myynnistä tehtävien sopimusten käsitteen soveltamisalaan – ainoastaan esineoikeudet ja nimenomaan hypoteekin ja käyttöoikeuden,[73] mutta nämä ovat vain esimerkkejä. Pitää myös paikkansa, että käytännössä ”muut oikeudet kiinteään omaisuuteen” ovat yleensä esineoikeuksia, mutta en näe mitään syytä siihen, että tämä poikkeus pitäisi jo tulkinnan yhteydessä rajoittaa koskemaan tätä oikeuksien ryhmää. Kansallisen tuomioistuimen on siis nyt käsiteltävässä asiassa tutkittava, hankkiiko kuluttaja liittyessään siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon velkaoikeudellisen vai esineoikeudellisen oikeuden kiinteistöön.[74]

ii) Arvopapereita koskevat sopimukset

82. Vaikka yksikään asianosaisista ei ole ottanut asiaan kantaa, on seuraavaksi tutkittava

72 – Ks. myös Micklitz, H.-W., ”Haustürgeschäfte”, teoksessa Reich, N., Micklitz, H.-W., *Europäisches Verbraucherrecht*, 4. painos, Nomos, Baden-Baden, 2003, s. 553. Lisättäköön, että kuluttajien oikeuksista annettavaa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä koskevan ehdotuksen (KOM(2008) 614 lopullinen), joka mahdollisesti korvaa muutamia direktiivejä kuluttajansuojan alalla, mukaan lukien direktiivin 85/577, 20 artiklan 1 kohdan a alakohdassa ei jätetä vuokrausta tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolella. Kyseisen artiklan mukaan kuluttajalle annettavia tietoja ja peruutusoikeutta koskevia direktiivin artikloja ei sovelleta sopimuksiin, jotka koskevat ”kiinteän omaisuuden myyntiä tai muita kiinteää omaisuutta koskevia oikeuksia, *vuokrausta – – lukuun ottamatta*” (kursivointi tässä). Vastaava säännös sisältyy myös asiantuntijaryhmän Draft Common Frame of Reference -asiakirjaan (luonnos yhteiseksi viitekehykseksi); ks. tästä tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 65.

73 – Ks. muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa neuvoteltuja sopimuksia koskevasta kuluttajansuojasta annettavaa neuvoston direktiiviä koskevan ehdotuksen (KOM(76) 544 lopullinen) perustelut, joissa selvennetään ehdotuksen 2 artiklaa. Oikeuskirjallisuudessa nämä esimerkit mainitsee myös Dunn, E., ”EEC Developments – Directive Protecting The Consumer on the Conclusion of contracts and Unilateral Engagements Made away from a Trader's Business Premises”, *Irish Law Times*, nro 2/1989, s. 311. Mainittakoon, että tätä poikkeusta koskeneessa alkuperäisessä ehdotuksessa (ehdotuksen 2 artiklan d kohta) jätettiin ”kiinteää omaisuutta tai niihin liittyviä oikeuksia koskevat sopimukset” tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle (”contracts relating to immovable property or any rights thereto”); vrt. KOM(76) 544 lopullinen (ehdotuksen 2 artiklan sanamuoto).

74 – Esineoikeuksien olemassaolon osalta kansallisen tuomioistuimen on tutkittava esim. se, onko kaikki osakkaat kirjattu tonttirekisteriin vai ainoastaan siviiliyhtiö. Jos osakkaan nimi on kirjattu tonttirekisteriin, olisi vaikea väittää, että hän ei olisi saanut mitään oikeuksia kiinteistöön; sitä vastoin direktiivissä 85/577 tarkoitettujen kiinteistöä koskevien esineoikeuksien olemassaoloa on vaikea osoittaa, jos ainoastaan siviiliyhtiö on kirjattu tonttirekisteriin. Mainittakoon tässä yhteydessä, että Bundesgerichtshof totesi asiassa V ZB 74/08 4.12.2008 antamassaan tuomiossa, että siviiliyhtiö voidaan kirjata tonttikirjaan sillä nimellä, jonka osakkaat ovat antaneet sille yhtiösopimuksessa. Jos yhtiösopimuksessa ei mainita siviiliyhtiön nimeä, yhtiö kirjataan nimellä ”siviiliyhtiö, jonka muodostavat – –”, mihin lisätään osakkaiden nimet. Lisättäköön, että von der Heydenin edustajalle esitettiin istunnossa kysymys siitä, kenen nimi tässä tapauksessa kirjattiin tonttikirjaan, että hänellä ei ollut asiasta mitään tietoa.

kysymys siitä, voidaanko kuluttajan liittyminen suljettuun kiinteistörahastoon jättää direktiivin 85/577 soveltamisalan ulkopuolelle 3 artiklan 2 kohdan e alakohdan mukaisen poikkeuksen analogisen tulkinnan perusteella, sillä siinä jätetään ”arvopapereita koskevat sopimukset” kyseisen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

83. Tämä poikkeus ei ole mielestäni sovellettavissa nyt käsiteltävään asiaan.

3. Saksan HWiG:n soveltamisala

84. Direktiiviin 85/577 ei tosin sisälly lainkaan käsitteen ”arvopaperit” määritelmää, mutta joitakin viitteitä tämän käsitteen täsmentämistä varten on saatavissa muista yhteisön säännöksistä, kuten esimerkiksi sijoituspalveluista arvopaperimarkkinoilla annetusta direktiivistä 93/22/ETY,[75] ja sen mukaan ”arvopaperit” jaetaan kolmeen ryhmään, eli sillä tarkoitetaan 1) osakkeita ja muita osakkeita vastaavia arvopapereita, 2) joukkovelkakirjoja ja muita arvopaperisoituja velan muotoja, jotka ovat siirtokelpoisia pääomamarkkinoilla, sekä 3) kaikkia muita arvopapereita, joilla tavallisesti käydään kauppaa ja jotka mahdollistavat sen, että näitä arvopapereita voi hankkia merkitsemällä tai vaihtamalla tai jotka mahdollistavat maksun käteisellä.[76] On myös huomattavissa, että arvopapereiden käsitteen soveltamisalaan voidaan lukea vain ne arvopaperit, joilla käydään kauppaa pääomamarkkinoilla.[77] Suljetun kiinteistörahaston osuuksien hankkiminen ei kuitenkaan merkitse kaupan käymistä pääomamarkkinoilla, mistä syystä näitä osuuksia ei siis voida rinnastaa arvopapereihin.

85. Lopuksi on vielä käsiteltävä von der Heydenin edustajan esittämä väite, jonka mukaan Saksan HWiG:n soveltamisala on laajempi kuin direktiivin 85/577 ja Saksassa on siten

75 – Sijoituspalveluista arvopaperimarkkinoilla 10.5.1993 annettu neuvoston direktiivi 93/22/ETY (EYVL L 141, s. 27). Ks. oikeuskirjallisuudessa vastaavasti Micklitz, H.-W., ”Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Haustürwiderrufsrichtlinie)”, teoksessa Grabitz, E. ja Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, 4. osa, Beck, München, 2008, direktiivin 1–3 artiklaa koskevat huomautukset, 50 kohta.

76 – Ks. myös arvopapereihin kohdistuvaa yhteistä sijoitustoimintaa harjoittavia yrityksiä (yhteissijoitusyritykset) koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 20.12.1985 annetun neuvoston direktiivin 85/611/ETY (EYVL L 375, s. 3) määritelmä, jonka mukaan (1 artiklan 8 kohta) siirtokelpoisilla arvopapereilla tarkoitetaan ”yhtiöiden osakkeita ja vastaavia arvopapereita (jäljempänä ’osakkeet’), joukkovelkakirjalainoja ja muita arvopaperistettuja velkamuotoja (jäljempänä ’joukkovelkakirjat’) [sekä] muita jälkimarkkinakelpoisia arvopapereita, joihin liittyy oikeus hankkia tällaisia siirtokelpoisia arvopapereita merkitsemällä tai vaihtamalla – –”.

77 – Näin myös Feron, B., ”La Directive 93/22 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières et son impact sur la loi du 4 décembre 1990”, *Revue pratique des sociétés*, nro 3/1994, s. 215.

annettu direktiivin 85/577 8 artiklassa tarkoitettuja kuluttajalle tehokkaamman suojan antavia säännöksiä.

86. Tässä yhteydessä on korostettava, että Saksan HWiG:tä sovelletaan jokaisen sellaisen sopimuksen tekemiseen, jonka kohteena on vastikkeellinen suoritus. Tämän lain soveltamisala on siten kahdelta kannalta laajempi kuin direktiivin 85/577. Ensinnäkään tässä laissa ei edellytetä, että sopimuksen kohteena on tavaroiden luovutus tai palvelujen suoritus, eikä siinä toiseksi edellytetä myöskään, että jompikumpi sopimuskumppaneista olisi elinkeinonharjoittaja. Kummassakin mielessä tämän lain soveltamisala on siis laajempi kuin direktiivin 85/577, mistä syystä on ymmärrettävää, että Saksan oikeuskäytännössä sovelletaan HWiG:n säännöksiä silloin, kun kuluttaja liittyy suljettuun kiinteistörahastoon, joka on siviiliyhtiön muodossa.[78]

87. Toisin kuin von der Heydenin edustaja on väittänyt, kyseessä ei ole mielestäni tässä tapauksessa direktiivin 85/577 8 artiklassa jäsenvaltioille annetun mahdollisuuden käyttäminen. Kyseisessä artiklassa annetaan näet jäsenvaltioille oikeus antaa tai pitää voimassa säännöksiä, jotka antavat kuluttajille *tässä direktiivissä tarkoitettujen kysymysten osalta* tehokkaamman suojan.[79] Jos kansallista lainsäädäntöä sovelletaan kuitenkin direktiivin 85/577 soveltamisalan ulkopuolella olevilla alueilla, vetoaminen direktiivin 85/577 8 artiklaan ei ole mahdollista.

88. Haluaisin kuitenkin kiinnittää huomiota asiassa Moteurs Leroy Somer äskettäin annettuun tuomioon,[80] jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi tuotevastuuta koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä annetun direktiivin 85/374/ETY[81] osalta, että kyseinen direktiivi ei ole esteenä kansalliselle säännökselle, jonka soveltamisala on laajempi kuin direktiivin. Direktiivillä 85/374 säännellään tapauksia, joissa vaaditaan korvausta henkilökohtaiseen käyttöön tarkoitetuille esineille aiheutuneista vahingoista, mutta se ei ole

78 – Todettakoon lisäksi, että Saksan HWiG:n soveltamisala on suppeampi kuin direktiivin 85/577 siltä osin kuin siinä edellytetään, että sopimus on vastikkeellinen, mistä ei säädetä nimenomaisesti direktiivissä. Koska nyt käsiteltävässä asiassa on kuitenkin kyseessä vastikkeellinen sopimus, en käsittele esityksessäni tätä ongelmaa. Ks. tämän kysymyksen osalta myös Armbrüster, C., "Kapitalanleger als Verbraucher? Zur Reichweite des europäischen Verbraucherschutzrechts", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nro 9/2006, s. 409.

79 – Kansallisessa lainsäädännössä voidaan siis tässä tapauksessa edellyttää elinkeinonharjoittajalta paitsi sitä, että hän ilmoittaa kuluttajalle kirjallisesti tämän peruuttamisoikeudesta, myös esim. sitä, että hän antaa kuluttajalle lomakkeen, jonka kuluttaja voi täyttää peruuttamistapauksessa, tai että peruuttamiseksi riittää, että kuluttaja ilmoittaa elinkeinonharjoittajalle peruuttamisesta vain suullisesti eikä kirjallisesti.

80 – Asia C-285/08, Moteurs Leroy Somer, tuomio 4.6.2009 (Kok., s. I-4733).

81 – Tuotevastuuta koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 25.7.1985 annettu neuvoston direktiivi 85/374/ETY (EYVL L 210, s. 29).

yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Moteurs Leroy Somer antaman mukaan esteenä kansalliselle oikeudelle, jonka mukaan vahinkoa kärsinyt voi vaatia korvausta ammatilliseen käyttöön tarkoitetulle esineelle aiheutuneesta vahingosta. Nyt käsiteltävässä asiassa voidaan mielestäni tehdä samankaltainen päätelmä kuin asiassa Moteurs Leroy Somer annetussa tuomiossa. Se merkitsee sitä, että Saksan lainsäätäjä voi säätää siitä, että HWiG:tä, jolla direktiivi 85/577 saatetaan osaksi kansallista oikeutta, sovelletaan myös tilanteisiin, joita ei säännellä tällä direktiivillä, eli myös tilanteeseen, jossa kuluttaja liittyy siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon.

D *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

90. Toinen ennakkoratkaisukysymys on muotoiltava osittain uudelleen, koska se on jätettävä osittain tutkimatta[82] eikä sitä voida ratkaista direktiivin 85/577 7 artiklan perusteella,[83] vaikka kansallinen tuomioistuin viittaa siihen kysymyksessään.[84]

91. Toinen kysymys on siis ymmärrettävä siten, että kansallinen tuomioistuin haluaisi selvittää sillä, onko direktiivin 85/577 5 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että se on esteenä oikeuskäytäntöön perustuvalle kansalliselle sääntelylle, jonka mukaan kuluttaja saa erotessaan siviiliyhtiön muodossa toimivasta suljetusta kiinteistörahastosta oikeuksiensa ja velvoitteidensa arvon erotukseen

4. Ensimmäistä ennakkoratkaisukysymystä koskeva ratkaisuehdotus

89. Ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen, että direktiivin 85/577 1 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että kyseistä direktiiviä ei sovelleta silloin, kun kuluttaja liittyy siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon.

82 – Vrt. ennakkoratkaisukysymysten tutkimisedellytysten osittaisesta täyttymättä jäämisestä tämän ratkaisuehdotuksen 35 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

83 – Ks. 7 artiklan merkityksestä toiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastaamisen kannalta tämän ratkaisuehdotuksen 96 kohta.

84 – Kansallisten tuomioistuinten ja yhteisöjen tuomioistuimen välille EY 234 artiklalla luodussa yhteistyömenettelyssä yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä on antaa kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllinen vastaus, jonka perusteella kansallinen tuomioistuin voi ratkaista siinä vireillä olevan asian. Yhteisöjen tuomioistuimella on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti tämän vuoksi ennakkoratkaisumenettelyssä mahdollisuus muotoilla sille esitetyt kysymykset uudelleen. Ks. vastaavasti esim. asia C-350/07, Kattner Stahlbau, tuomio 5.3.2009 (Kok., s. I-1513, 24 kohta); asia C-420/06, Rüdiger Jager, tuomio 11.3.2008 (Kok., s. I-1315, 46 kohta); asia C-45/06, Campina, tuomio 8.3.2007 (Kok., s. I-2089, 30 kohta); asia C-286/05, Haug, tuomio 4.5.2006 (Kok., s. I-4121, 17 kohta) ja asia C-88/99, Roquette Frères, tuomio 28.11.2000 (Kok., s. I-10465, 18 kohta).

sopimussuhteen päättymishetkellä perustuvan (tulevaisuuteen kohdistuvan) vaateen rahastoa kohtaan, mikä saattaa johtaa siihen, että hänelle palautetaan eroamisen yhteydessä pienempi summa kuin hän sijoitti rahastoon tai että hän on velvollinen maksamaan osuuden rahaston tappioista. Kysymys koskee siis sitä, onko direktiivi 85/577 esteenä Saksan oikeuskäytännössä luotujen niin sanottua virheellisesti perustettua yhtiötä (fehlerhafte Gesellschaft) koskevien periaatteiden soveltamiselle tilanteeseen, jossa osakas eroaa siviiliyhtiön muodossa toimivasta suljetusta kiinteistörahastosta.[85]

92. Kun otetaan huomioon ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen ehdotettu vastaus, jonka mukaan direktiivi 85/577 ei ole sovellettavissa nyt käsiteltävään asiaan, toiseen ennakkoratkaisukysymykseen ei ole lähtökohtaisesti tarpeen vastata.[86] Toista kysymystä on tästä huolimatta käsiteltävä lyhyesti, jotta yhteisöjen tuomioistuin voi tukeutua tähän esitykseen, jos se ratkaisisi ensimmäisen kysymyksen toisin kuin tässä ratkaisuehdotuksessa ehdotetaan.

1. Peruuttamisoikeutta koskevan tiedon saaminen?

93. Aluksi on todettava, että nyt käsiteltävässä asiassa ei ole selvää, kerrottiinko kuluttajalle hänen peruuttamisoikeudestaan. Kuluttajan peruuttamisoikeutta on rajoitettu ajallisesti,[87] ja kuluttaja voi direktiivin 85/577 perusteella tai tämän direktiivin kansallisessa lainsäädännössä täytäntöön panevien säännösten perusteella käyttää peruuttamisoikeutta tämän määräajan päätyttyä vain silloin, jos hänelle ei ole ilmoitettu tästä oikeudesta.[88] Kuten jo tämän ratkaisuehdotuksen 20 kohdassa mainitaan, kansalliselle

85 – Ks. yleisesti "virheellisesti perustetun yhtiön" (fehlerhafte Gesellschaft) periaatteista Saksan oikeuskirjallisuudessa esim. edellä alaviitteessä 21 mainittu Schmidt, K., s. 137 ja sitä seuraavat sivut; alaviitteessä 21 mainittu Ulmer, P. ja Schäfer, C., 705 §:ää koskevat huomatukset, 323 kohta ja sitä seuraavat kohdat. Ks. näiden periaatteiden soveltamisesta suljettuun kiinteistörahastoon liittymiseen esim. edellä alaviitteessä 21 mainittu Ulmer, P. ja Schäfer, C., 705 §:ää koskevat huomautukset, 329 kohta ja von Weschpfennig, "Der Widerruf der Beteiligung an einem Immobilienfonds – Anwendbarkeit der Grundsätze des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts?", *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, nro 3/2009, s. 102.

86 – On todettava, että yhteisöjen tuomioistuimella on mahdollisuus vastata toiseen ennakkoratkaisukysymykseen siinäkin tapauksessa, että se päättää ensimmäisen kysymyksen osalta, että direktiivi 85/577 ei ole sovellettavissa nyt käsiteltävään asiaan; tällainen mahdollisuus on näet annettu asioihin Dzodzi, Gmurzynska-Bscher, Leur-Bloem ja muihin myöhempiin tuomioihin liittyvässä oikeuskäytännössä. Yhteisöjen tuomioistuin totesi kyseisissä tuomioissa, että kansallisen lainsäädännön säännöksiä on tulkittava samalla tavoin, riippumatta siitä, kuuluuko tosiseikasto kansallisen lainsäädännön vai yhteisön oikeuden soveltamisalaan. Vrt. yhdistetyt asiat C-297/88 ja C-197/89, Dzodzi, tuomio 18.10.1990 (Kok., s. I-3763, Kok. Ep. X, s. 555); asia C-231/89, Gmurzynska-Bscher, tuomio 8.11.1990 (Kok., s. I-4003); asia C-28/95, Leur-Bloem, tuomio 17.7.1997 (Kok., s. I-4161); asia C-306/99, BIAO, tuomio 7.1.2003 (Kok., s. I-1) ja asia C-53/96, Hermès, tuomio 16.6.1998 (Kok., s. I-3603).

87 – Direktiivin 85/577 5 artiklan 1 kohdassa säädetään vähintään seitsemän päivän määräajasta peruuttamisoikeuden käyttämistä varten, mutta jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksessä voidaan säätää pidemmästä määräajasta. Saksan oikeudessa tämä määräaika oli ratkaisun kannalta merkityksellisenä ajanjaksona voimassa olleen HWiG:n mukaan viikko, nyt voimassa olevan 312 §:n mukaan tämä määräaika on sitä vastoin kaksi viikkoa, kun tätä säännöstä luetaan yhdessä siviililakikirjan 355 §:n kanssa.

88 – Yhteisöjen tuomioistuin totesi edellä alaviitteessä 52 mainitussa asiassa Heininger, että direktiivi 85/577 on esteenä sille, että kansallinen lainsäätäjä soveltaa direktiivin 5 artiklassa säädetyn peruuttamisoikeuden käyttämistä koskevaa vuoden pituista määräaikaa, joka alkaa kulua sopimuksen tekemisestä, silloin, kun kuluttajalle ei ole annettu ilmoitusta. Jos kuluttaja on saanut tietoa peruuttamisoikeudestaan, hän voi siis peruuttaa sopimuksen ilman ajallisia rajoituksia.

tuomioistuimelle esitettiin tästä kysymys tämän selventämiseksi; tämä ei kuitenkaan voinut antaa tähän vastausta, koska se oli sidottu alemman tuomioistuimen toteamiin tosiseikkoihin. Lisäksi kansallinen tuomioistuin on ilmoittanut, että on sopimuspuolten kesken riidatonta, että kuluttaja on käyttänyt tehokkaasti peruuttamisoikeuttaan HWiG:n nojalla, jolla direktiivi 85/577 on saatettu osaksi kansallista oikeuta. Myös oikeudenkäynnin osapuolille esitettiin tästä kysymys istunnossa, mutta ne eivät esittäneet yksiselitteisiä vastauksia; von der Heydenin edustaja ilmoitti, että hänellä ei ole tästä tietoja, komissio sitä vastoin esitti, että tosiseikoista voidaan tältä osin implisiittisesti päätellä, että kuluttajalla on ollut nyt käsiteltävässä asiassa mahdollisuus peruuttaa sopimus.

94. On korostettava, että EY 234 artiklassa tarkoitetussa menettelyssä, joka perustuu kansallisten tuomioistuimien ja yhteisöjen tuomioistuimen tehtävien selkeään jakoon, oikeusriidan tosiseikaston arvioiminen kuuluu kansallisen tuomioistuimen toimivaltaan. Antaakseen kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllisen vastauksen yhteisöjen tuomioistuin voi kuitenkin kansallisten tuomioistuinten kanssa harjoittamansa yhteistyön nimissä esittää ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle kaikki tarpeellisiksi katsomansa ohjeet.[89] Tästä syystä yhteisöjen tuomioistuimen on pidettävä nyt käsiteltävässä asiassa lähtökohtana sitä, että kuluttajalle ei ilmoitettu hänen oikeudestaan peruuttaa sopimus, mutta kansallisen tuomioistuimen on tutkittava tämän olettamuksen paikkansapitävyys toimivaltansa mukaisesti.

89 – Vrt. vastaavasti esim. edellä alaviitteessä 71 mainitut asiat Apis-Hristovich, tuomion 32 kohta, Magoora, tuomion 33 kohta ja MOTOE, tuomion 30 kohta.

2. Aineellis-oikeudellinen tarkastelu

95. Jos yhteisöjen tuomioistuin tekisi ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen osalta sen ratkaisun, että direktiivi 85/577 on sovellettavissa nyt käsiteltävään asiaan, tästä seuraisi direktiivin 5 artiklan 2 mukaan, että ”peruuttamisilmoituksen antaminen vapauttaa kuluttajan kaikista peruutetun sopimuksen mukaisista velvoitteista”. Tämä merkitsisi sitä, että hänelle pitäisi korvata koko se summa, jonka hän sijoitti rahastoon. Seurauksena olisi se, että nyt käsiteltävässä asiassa muiden osakkaiden pitäisi kantaa tämän summan palauttamisesta rahastosta eronneelle kuluttajalle aiheutuva rasite, kun rahasto tekee tappiota.

96. Aluksi on selvitettävä, mikä merkitys on nyt käsiteltävän asian kannalta direktiivin 85/577 7 artiklalla, jossa säädetään seuraavaa: ”Jos kuluttaja käyttää peruuttamisoikeuttaan, peruuttamisen oikeusvaikutuksiin sovelletaan kansallista lainsäädäntöä, erityisesti tavaroista ja palveluista suoritetun vastikkeen ja vastaanotettujen tavaroiden palauttamista koskevia säännöksiä.” Tässä artiklassa ei anneta jäsenvaltioille yleistä toimivaltaa

muuttaa mielensä mukaan tämän direktiivin 5 artiklan 2 kohdassa säädettyjä oikeusvaikutuksia, vaan annetaan niille ainoastaan mahdollisuus päättää siitä, milloin ja miten pitäisi palauttaa suoritukset, jotka täytetty kuluttajan peruuttaman yhtiösopimuksen perusteella.[90] Tästä syystä tämä artikla ei sellaisenaan riitä perusteluksi sille, että kuluttajan eroaminen rahastosta vaikuttaa taannehtivasti.

97. Direktiivin 85/577 5 artiklan 2 kohdan tulkinnalla on siten ratkaiseva merkitys nyt käsiteltävässä asiassa. Tämän artiklan sanamuoto on yksiselitteinen: Kuluttajan on vapauduttava kaikista peruutetun sopimuksen mukaisista velvoitteista. Myös tämän artiklan tulkintaa koskeva oikeuskäytäntö on selvä: yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Schulte antamassaan tuomiossa, että sen, että kuluttaja peruuttaa muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa neuvotellun sopimuksen, on merkittävä palaamista alkutilanteeseen.[91]

98. Tästä huolimatta se ratkaisu, että kuluttaja voisi erota rahastosta taannehtivin vaikutuksin, olisi ristiriidassa tämän direktiivin tavoitteen kanssa. Tästä syystä vastattaessa toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on pidettävä lähtökohtana direktiivin 85/577 5 artiklan 2 kohdan teleologista tulkintaa ja vastattava tähän kysymykseen siten, että tämä artikla ei ole esteenä oikeuskäytäntöön perustuvalle kansalliselle sääntelylle, jonka mukaan kuluttaja saa erotessaan siviiliyhtiön muodossa toimivasta suljetusta kiinteistörahastosta oikeuksiensa ja velvoitteidensa arvon erotukseen sopimussuhteen päättymishetkellä perustuvan (tulevaisuuteen kohdistuvan) vaateen rahastoa kohtaan, mikä saattaa johtaa siihen, että hänelle palautetaan eroamisen yhteydessä pienempi summa kuin hän sijoitti rahastoon tai että hän on velvollinen maksamaan osuuden rahaston tappioista. Tämän lopputuloksen tukemiseksi voidaan esittää useita perusteluja.

99. Ensimmäinen ja ratkaiseva perustelu tämän näkemyksen tukemiseksi on se, että

90 – Näin myös edellä alaviitteessä 75 mainittu Micklitz, H.-W., 80 kohta. Ks. myös edellä alaviitteessä 43 mainittu Martín Briceño, M. del R., s. 165; Gabrielli, G., "Die Umsetzung der Richtlinie 85/577/EWG über Haustürgeschäfte in Deutschland und Italien", teoksessa Canaris, C. W. ja Zaccaria, A., *Die Umsetzung von zivilrechtlichen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften in Italien und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berliini, 2002, s. 62 ja sitä seuraavat sivut. Ks. lisäksi Ehricke, U., "L'extension au contrat d'acquisition du bien immobilier des effets juridiques de la révocation d'un contrat de crédit immobilier en application de la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile. Réflexions sur les limites des principes d'interprétation conforme et d'effet utile des directives", *Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier (EUREDIA)*, nro 1/2004, s. 163, jossa korostetaan, että jäsenvaltiot voivat säätää vapaasti kuluttajan peruuttamisoikeudesta, kunhan ne ottavat huomioon 5 artiklan 2 kohdan säännöksen, jonka mukaan peruuttamisilmoituksen antaminen vapauttaa kuluttajan kaikista peruutetun sopimuksen mukaisista velvoitteista.

91 – Edellä alaviitteessä 4 mainittu asia Schulte, 88 ja 92 kohta.

myös muut siviiliyhtiön muodossa toimivan suljetun kiinteistörahaston osakkaat ovat kuluttajia.[92] Direktiivillä 85/577 suojataan kuitenkin kuluttajaa elinkeinonharjoittajalta, ei muilta kuluttajilta. Mikäli nyt käsiteltävässä asiassa oletettaisiin, että kuluttaja voi erota suljetusta kiinteistörahastosta taannehtivasti, häntä kyllä suojattaisiin tehokkaasti, mutta samaan aikaan suoja evättäisiin kokonaan muilta kuluttajilta, jotka pysyvät tässä rahastossa. Suojaa saisi siis ainoastaan se kuluttaja, joka päätti ensimmäisenä erota rahastosta, mutta muut kuluttajat eivät saisi tätä suojaa, minkä lisäksi heidän tilanteensa jopa heikentyisi eronneelle kuluttajalle annetun suojan myötä.[93] Tästä syystä ei mielestäni voida sallia sitä, että kuluttaja voi erota suljetusta kiinteistörahastosta taannehtivasti.

100. Toiseksi on otettava huomioon, että direktiivin 85/577 tarkoituksena on suojata kuluttajaa liian pikaiselta sopimuksen neuvottelemiselta muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa, ei sen sijaan pääomasijoituksiin liittyvältä riskiltä. Sijoitukset suljettuihin kiinteistörahastoihin ovat muiden pääomansijoituksen muotojen tavoin riskialttiita; riski voi tuottaa sijoittajalle voittoa tai tappiota. Jos kuluttaja eroaa rahastosta sen jälkeen kun rahasto on tehnyt voittoa, hänellä on oikeus lunastaa osuutensa voitosta, ja päinvastoin, jos rahasto on tehnyt tappiota, kuluttajan on erotessaan maksettava osuutensa rahaston tekemästä tappiosta. Kuluttajan on kannettava itse tähän pääomansijoitukseen liittyvä riski samalla tavoin kuin hän saa itse myös mahdollisen voiton tästä yhtiöstä. Mikäli katsottaisiin, että kuluttaja, jolle ei ole ilmoitettu hänen peruuttamisoikeudestaan, voisi erota rahastosta taannehtivasti, tämä johtaisi näin ollen järjenvastaiseen tilanteeseen, koska tälle kuluttajalle taattaisiin tällä tavoin taloudellisesti edullisempi tilanne kuin kuluttajalle, jolla kerrottiin sääntöjenmukaisesti peruuttamisoikeudesta ja jonka oikeus sopimuksen peruuttamiseen on siten ajallisesti rajattu.

101. Kolmanneksi nyt käsiteltävän asian tutkimisen kannalta on merkitystä sillä seikalla, että kuluttaja erosi suljetusta kiinteistörahastosta 11 vuoden jälkeen. Kuten jo tämän ratkaisuehdotuksen 94 kohdassa todettiin, tässä yhteydessä on pidettävä lähtökohtana sitä olettamaa, että tämä oli mahdollista, koska

92 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön 20 kohta. Myös Armbrüster korostaa, että myös muut osakkaat ovat yleensä kuluttajia ja että silloin kun yksi kuluttajaeroaa siviiliyhtiön muodossa toimivasta suljetusta kiinteistörahastosta, heidän välilleen syntyy intressikonflikti. Ks. Armbrüster, C., *Gesellchaftsrecht und Verbraucherschutz – Zum Widerruf von Fondsbeteiligungen*, De Gruyter Recht, Berliini, 2005, s. 25. Ks. myös von Weschpfennig, "Der Widerruf der Beteiligung an einem Immobilienfonds – Anwendbarkeit der Grundsätze des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts?", *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, nro 3/2009, s. 100.

93 – Ks. vastaavasti myös Assmann, H.-D. ja Schütze, R. A., *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, 3. painos, Beck, München, 2007, 16 §, 73 kohta; von Weschpfennig, "Der Widerruf der Beteiligung an einem Immobilienfonds – Anwendbarkeit der Grundsätze des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts?", *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, nro 2/2009, s. 105; molemmat kirjoittajat korostavat mm., että yhden osakkaan eroamisesta aiheutuu vahinkoa "hitaammille" osakkaile. Vrt. myös Armbrüster, C., *Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz – Zum Widerruf von Fondsbeteiligungen*, De Gruyter Recht, Berliini, 2005, s. 31.

kuluttajalle ei ollut ilmoitettu hänen peruuttamisoikeudestaan. On kuitenkin otettava huomioon, että kuluttajansuojan tarkoitus on silloin, kun kuluttajalla on mahdollisuus peruuttaa sopimus vähintään seitsemän päivän kuluessa välittömästi sopimuksen tekemisen jälkeen, osittain toinen kuin silloin, jos hän voi myös pidemmän ajan kuluttua sopimuksen tekemisestä suorittaa peruuttamisen, koska tämä määräaika on pidentynyt sen vuoksi, että kuluttajalle ei ilmoitettu hänen peruuttamisoikeudestaan.

102. Kuluttajalle annetun sopimuksen peruuttamista välittömästi sopimuksen tekemisen jälkeen koskevan mahdollisuuden tarkoituksena on suojata häntä liian pikaisesti tehdyltä päätökseltä.[94] Kuluttajalle on siis verrattain lyhyen ajan kuluessa sopimuksen tekemisestä mahdollistettava sopimuksesta seuraavien velvoitteiden arviointi ja päätöksen tekeminen siitä, peruuttaako hän sopimuksen. Kuluttajan myöhempi mahdollisuus sopimuksen peruuttamiseen sillä perusteella, että hänelle ei ilmoitettu hänen peruuttamisoikeudestaan, perustuu kuitenkin osittain eri syihin. Ensinnäkin sen tarkoituksena on mahdollistaa se, että kuluttaja käyttää tehokkaasti oikeuksiaan; toiseksi elinkeinonharjoittaja tavallaan pakotetaan ilmoittamaan kuluttajille tulevaisuudessa peruuttamisoikeudesta, kun kuluttajalle annetaan ajallisesti rajoittamaton peruuttamisoikeus, jos hänelle ei ilmoitettu tästä oikeudesta.[95] Voitaisiin sanoa, että tämä sopimusten peruuttamista koskevan oikeuden käytölle asetetun määräajan pidentäminen on elinkeinonharjoittajan kannalta tietynlainen rangaistus, jos hän ei ole ilmoittanut kuluttajalle selvästi tämän peruuttamisoikeudesta. Nyt käsiteltävässä asiassa pidennetyn peruuttamista koskevan määräajan rangaistuksenomaisuus rasittaisi kuitenkin perusteettomasti muita kiinteistörahaston osakkaina olevia kuluttajia.

3. Toista ennakkoratkaisukysymystä koskeva ratkaisuehdotus

103. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että jos yhteisöjen tuomioistuin ratkaisee ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen siten, että direktiiviä 8/577 voidaan soveltaa, jos

94 – Vrt. tämän ratkaisuehdotuksen 50 kohta.

95 – Oikeuskirjallisuudessa korostetaan tässä yhteydessä, että kuluttajan oikeusvarmuus on ensisijainen elinkeinonharjoittajan oikeusvarmuuteen nähden, näin Van Huffel, M., "Cour de justice des Communautés européennes, 13 décembre 2001", *Droit de la consommation*, nro 58/2003, s. 47.

kuluttaja eroaa siviiliyhtiön muodossa toimivasta suljetusta kiinteistörahastosta, toiseen ennakkoratkaisukysymykseen annetaan seuraava vastaus: direktiivin 85/577 5 artiklan 2 kohtaa on tulkittava siten, että se ei ole esteenä oikeuskäytäntöön perustuvalle kansalliselle sääntelylle, jonka mukaan kuluttaja saa erotessaan siviiliyhtiön muodossa toimivasta suljetusta kiinteistörahastosta oikeuksiensa ja velvoitteidensa arvon erotukseen sopimussuhteen päättymishetkellä perustuvan (tulevaisuuteen kohdistuvan) vaateen rahastoa kohtaan, mikä saattaa johtaa siihen, että hänelle palautetaan eroamisen yhteydessä pienempi summa kuin hän sijoitti rahastoon tai että hän on velvollinen maksamaan osuuden rahaston tappioista.

E *Päätelmät*

104. On myönnettävä, että edellisessä kohdassa ehdotettu vastaus toiseen ennakkoratkaisukysymykseen merkitsee poikkeusta direktiivin 85/577 5 artiklan 2 kohdasta. Tästä syystä on palattava ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen ehdotettavaan vastaukseen ja korostettava, että asianmukaisin näkemys on se, että direktiiviä 85/577 ei voida soveltaa silloin, kun kuluttaja liittyy siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon.

VII Ratkaisuehdotus

105. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Bundesgerichtshofin esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

”Muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa neuvoteltuja sopimuksia koskevasta kuluttajansuojasta 20.12.1985 annetun neuvoston direktiivin 85/577/ETY 1 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että kyseistä direktiiviä ei sovelleta silloin, kun kuluttaja liittyy siviiliyhtiön muodossa toimivaan suljettuun kiinteistörahastoon.”