JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
VERICA TRSTENJAK
3 päivänä syyskuuta 2009 [1]

Sisällys

I Johdanto . . . . . I - 220

II Asiaa koskevat oikeussäännöt . . . . . I - 221

A Yhteisön oikeus . . . . . I - 221

B Kansallinen oikeus . . . . . I - 223

III Tosiseikat, pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisukysymys . . . . . I - 224

IV Oikeudenkäynti yhteisöjen tuomioistuimessa . . . . . I - 226

V Asianosaisten pääasialliset lausumat . . . . . I - 226

VI Oikeudellinen arviointi . . . . . I - 229

A Alustavat huomautukset . . . . . I - 229

B Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen . . . . . I - 231

1. Yhteisöjen tuomioistuimen toimivalta . . . . . I - 231

2. Ennakkoratkaisukysymyksen merkitys pääasian ratkaisemisen kannalta . . . . . I - 233

C Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu . . . . . I - 236

1. Direktiivin 2005/29 2 artiklan d alakohdan ilmaus ”kaupalliset menettelyt” . . . . . I - 236

2. Direktiivin 2005/29 henkilöllinen soveltamisala . . . . . I - 237

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

3. Säädösten rakenteiden tarkastelu . . . . . I - 238

a) Direktiivin 2005/29 säännökset . . . . . I - 238

i) Tavoitteena jäsenvaltioiden säännösten täydellinen ja mahdollisimman suuri yhdenmukaistaminen . . . . . I - 238

ii) Direktiivin 2005/29 rakenne . . . . . I - 240

b) UWG:n säännökset . . . . . I - 240

i) UWG:n 3 §:ssä ja 4 §:n 6 momentissa säädetyn kiellon rakenne . . . . . I - 241

c) Riidanalaisen säännöksen yhteensopivuus direktiivin 2005/29 kanssa . . . . . I - 242

i) Direktiivin mukaisen tulkinnan välttämättömyys . . . . . I - 242

ii) Tarkastelu direktiivin säännösten perusteella . . . . . I - 244

– Direktiivin 2005/29 5 artiklan 4 ja 5 kohta . . . . . I - 244

– Direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohta . . . . . I - 244

4. Päätelmät . . . . . I - 245

VII Ratkaisuehdotus . . . . . I - 253

I Johdanto

1. Tässä EY 234 artiklan mukaisessa ennakkoratkaisumenettelyssä Bundesgerichtshof (jäljempänä kansallinen tuomioistuin) on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksen sopimattomista kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla annetun direktiivin 2005/29/EY [2] (jäljempänä direktiivi 2005/29) 5 artiklan 2 kohdan tulkin-

2 – Sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja neuvoston direktiivin 84/450/ETY, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 97/7/EY, 98/27/EY ja 2002/65/EY sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta 11.5.2005 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/29/EY (jäljempänä sopimattomista kaupallisista menettelyistä annettu direktiivi) (EUVL L 149, s. 22).

nasta. Kysymys on lähinnä siitä, sopiiko yhteisön oikeuden kanssa yhteen kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan kaupallinen menettely, jossa kuluttajien osallistuminen palkintokilpailuun tai arvontapeliin edellyttää tavaran tai palvelun hankintaa, on lähtökohtaisesti kielletty.

2. Ennakkoratkaisupyyntö liittyy Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbsin (jäljempänä pääasian valittaja) nostamaan kanteeseen, jossa kantaja vaatii, että vähittäiskauppaketju Plus Warenhandelsgesellschaft mbH:lle (jäljempänä pääasian vastapuoli) määrätään bonuskampanjan kilpailunvastaisen mainonnan perusteella kielto ja se määrätään korvaamaan kehotuksesta aiheutuneet kulut.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeus*

3. Direktiivin 2005/29 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Tässä direktiivissä tarkoitetaan:

– –

d) ’elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisillä kaupallisilla menettelyillä’ (jäljempänä myös ’kaupallisilla menettelyillä’) elinkeinonharjoittajan tointa, mainitsematta jättämistä, käyttäytymistä tai edustamista, kaupallista viestintää, mukaan lukien mainontaa ja markkinointia, joka liittyy välittömästi tuotteen myynnin edistämiseen, myymiseen tai toimittamiseen kuluttajille;

– –”.

4. Direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tätä direktiiviä sovelletaan 5 artiklassa tarkoitettuihin elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisiin sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin ennen jotakin tuotetta koskevaa liiketointa ja sen jälkeen.”

5. Direktiivin 4 artikla kuuluu seuraavasti:

”Jäsenvaltiot eivät saa rajoittaa palveluiden tarjonnan vapautta eivätkä tavaroiden vapaata liikkumista tämän direktiivin yhdenmukaistamisen alaan kuuluvista syistä.”

6. Direktiivin 5 artiklassa, jonka otsikko on ”Sopimattomien kaupallisten menettelyjen kieltäminen”, säädetään seuraavaa:

”1. Sopimattomat kaupalliset menettelyt ovat kiellettyjä.

2. Kaupallinen menettely on sopimaton, mikäli

a) se on huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen

ja

b) se vääristää olennaisesti tai on omiaan vääristämään olennaisesti menettelyn saavutettavissa tai kohteena olevan keskivertokuluttajan tai, kun kaupallinen menettely on suunnattu tietylle kuluttajaryhmälle, ryhmään kuuluvan keskivertohenkilön taloudellista käyttäytymistä tuotteeseen nähden.

3. Kaupallisia menettelyjä, jotka todennäköisesti vääristävät olennaisesti vain selkeästi tunnistettavissa olevan kuluttajaryhmän taloudellista käyttäytymistä, joka on erityisen altis käytännön tai sen perustana olevan tuotteen suhteen henkisen tai fyysisen vajavaisuutensa, ikänsä tai herkkäuskoisuutensa vuoksi tavalla, jonka elinkeinonharjoittajan voidaan kohtuudella odottaa ennakoivan, arvioidaan kyseiseen ryhmään kuuluvan keskivertohenkilön näkökulmasta. Tällä ei rajoiteta yleisiä ja lainmukaisia mainontakäytäntöjä, joiden mukaisesti voidaan esittää liioittelevia väitteitä tai väitteitä, joita ei ole tarkoitus ymmärtää kirjaimellisesti.

4. Sopimattomia ovat erityisesti kaupalliset menettelyt, jotka ovat

a) harhaanjohtavia 6 ja 7 artiklassa esitetyn mukaisesti

tai

b) aggressiivisia 8 ja 9 artiklassa esitetyn mukaisesti.

5. Liitteessä I on luettelo niistä kaupallisista menettelyistä, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina. Samaa luetteloa on sovellettava kaikissa jäsenvaltioissa ja sitä voidaan muuttaa ainoastaan muuttamalla tätä direktiiviä."

7. Palkintokilpailujen ja arvontapelien yhdistämistä liiketoimiin ei mainita direktiivin liitteessä I kaupallisena menettelynä, jota pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomana.

B *Kansallinen oikeus*

8. Sopimattoman kilpailun estämisestä 3.7.2004 annetulla Saksan lailla [3] (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, jäljempänä UWG), sellaisena kuin se on muutettuna 22.12.2008 annetun ensimmäisen muutoslain [4] 1 §:llä, suojellaan 1 §:n mukaisesti kilpailijoita, kuluttajia ja muita markkinatoimijoita sopimattomalta kilpailulta. Samalla sillä suojellaan yleisen edun mukaista vääristymätöntä kilpailua.

9. UWG:n vanhan toisinnon 3 §:ssä säädetään seuraavaa:

"Sopimattomat kilpailutoimet, jotka ovat omiaan vaikuttamaan kilpailuun kilpailijoiden, kuluttajien tai muiden markkinatoimijoiden kannalta epäedullisesti muutoin kuin merkityksettömässä määrin, ovat kiellettyjä."

10. Tämä säännös on joulukuussa 2008 tehdyn lainmuutoksen yhteydessä säilytetty UWG:n uuden toisinnon 3 §:n 1 momentissa. Direktiivin 2005/29 täytäntöön panemiseksi säännöstä täydennettiin kahdella uudella kohdalla. Nyt UWG:n uuden toisinnon 3 § kuuluu seuraavasti:

3 – BGBl. I, s. 1414.

4 – BGBl. I, s. 2949.

”1. Sopimattomat kaupalliset toimet ovat kiellettyjä, jos ne ovat omiaan vaikuttamaan kilpailijoiden, kuluttajien tai muiden markkinatoimijoiden etuihin huomattavan epäedullisesti.

2. Kaupalliset toimet kuluttajia kohtaan ovat joka tapauksessa kiellettyjä silloin, kun ne eivät vastaa elinkeinonharjoittajalta edellytettyä huolellista ammatinharjoittamista ja ovat omiaan vaikuttamaan huomattavan epäedullisesti kuluttajan kykyyn tehdä tietoihin perustuva päätös ja saavat siten kuluttajan tekemään kaupallisen ratkaisun, johon hän ei muuten olisi päätynyt. Arvioinnin lähtökohtana on tällöin käytettävä keskivertokuluttajaa tai, kun kaupallinen toimi on suunnattu tietylle kuluttajaryhmälle, ryhmään kuuluvaa keskivertohenkilöä. Kaupallisia toimia arvioidaan henkisen tai fyysisen vajavaisuutensa, ikänsä tai herkkäuskoisuutensa vuoksi erityisen alttiin ja selkeästi tunnistettavissa olevaan kuluttajaryhmään kuuluvan keskivertohenkilön näkökulmasta, jos elinkeinonharjoittajan voidaan odottaa ennakoivan, että sen kaupallinen toimi koskee vain kyseistä ryhmää.

3. Tämän lain liitteessä luetellut kaupalliset toimet kuluttajia kohtaan ovat aina kiellettyjä.”

11. UWG:n vanhan toisinnon 4 §:ssä, joka pysyi joulukuussa 2008 tehdyn lainmuutoksen yhteydessä pääosin ennallaan, säädetään seuraavaa:

”Tämän lain 3 §:n mukaan sopimattomasti menettelee erityisesti se, joka

– –

6. asettaa tavaran tai palvelun hankinnan palkintokilpailuun tai arvontapeliin osallistumisen edellytykseksi, jollei palkintokilpailu tai arvontapeli liity luontevasti tavaraan tai palveluun

– –”.

III Tosiseikat, pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisukysymys

12. Kansallisen tuomioistuimen esittämien tietojen mukaan vastaaja, jolla on Saksassa noin 2 700 myymälää, mainosti 16.9.–

13.11.2004 bonuskampanjaan ”Ihre Millionenchance” (”Mahdollisuutesi voittaa miljoonia”) osallistumista iskulauseella ”Einkaufen, Punkte sammeln, gratis Lotto spielen” (”Osta, kerää pisteitä ja pelaa ilmaiseksi lottoa”). Asiakkailla oli mahdollisuus kerätä mainittuna ajanjaksona bonuspisteitä siten, että he saivat yhden bonuspisteen jokaisesta viiden euron arvoisesta ostosta. Kun bonuspisteitä oli kertynyt 20, asiakas sai osallistua maksutta 6.11.2004 tai 27.11.2004 järjestettyyn Saksan lottoyhdistyksen arvontaan. Asiakkaiden oli tätä varten muun muassa liimattava bonuspisteet vastaajan myymälöissä saatavilla olleisiin osallistumiskuponkeihin ja merkittävä niihin rastilla kuusi valitsemaansa lottonumeroa. Vastaaja keräsi osallistumiskupongit myymälöissään ja toimitti ne sen jälkeen kolmannelle yritykselle, joka huolehti siitä, että asiakkaat osallistuivat lottoarvontaan valitsemillaan numeroilla.

13. Frankfurt am Mainissa toimiva Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV katsoi UWG:n 4 §:n 6 momentin perusteella, että edellä kuvatussa bonuskampanjassa liitettiin tavaran myynti ja arvontapeli toisiinsa lainvastaisesti. Landgericht Duisburgissa nostettiin vastaajaa vastaan kanne, jonka Landgericht ratkaisi kantajan vaatimusten mukaisesti eli kielsi vastaajaa mainostamasta tavaroita kilpailutarkoituksessa kuluttajille suunnatussa tai muunlaisessa tavaroiden myyntiä koskevassa mainonnassa ilmoittamalla mainoksessa arvontapelistä siten, että asiakas saa tavaroita ostaessaan bonuspisteitä, joita keräämällä hän voi osallistua Saksan lotto- ja totoyhdistyksen järjestämiin arvontoihin.

14. Muutoksenhakutuomioistuin (Oberlandesgericht Düsseldorf) hylkäsi vastaajan edellä mainitusta tuomiosta tekemän valituksen ja muutti tuomiolauselmassa asetettua kieltoa vastaamaan paremmin konkreettista rikkomismuotoa lisäämällä sanan ”maksutta”.

15. Bundesgerichtshofin ensimmäisen riita-asiain jaoston tutkittavaksi ottamassa Revision-valituksessa vastaaja vaatii edelleen kanteen hylkäämistä.

16. Kansallinen tuomioistuin pitää kansallisen säännöksen eli UWG:n 4 §:n 6 momentin yhteensopivuutta direktiivin 2005/29 kanssa kyseenalaisena. Tämän vuoksi se on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko sopimattomista kaupallisista menettelyistä annetun direktiivin 2005/29/EY 5 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että se on esteenä sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jonka nojalla kaupallinen menettely, jossa kuluttajien osallistuminen palkintokilpailuun tai arvontapeliin edellyttää tavaran tai palvelun hankintaa, on lähtökohtaisesti kielletty riippumatta siitä, vaikutetaanko tällaisella mainontatoimenpiteellä yksittäisessä tapauksessa kuluttajien etuihin epäedullisesti?”

IV Oikeudenkäynti yhteisöjen tuomioistuimessa

17. Ennakkoratkaisupyyntö on päivätty 5.6.2008, ja se saapui yhteisöjen tuomioistuimeen 9.7.2008.

18. Pääasian asianosaiset sekä Saksan liittotasavallan, Suomen tasavallan, Espanjan kuningaskunnan, Portugalin tasavallan, Puolan tasavallan, Tšekin tasavallan, Belgian kuningaskunnan ja Italian tasavallan hallitukset ja komissio esittivät kirjallisia huomautuksia yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 23 artiklassa mainitussa määräajassa.

19. Yhteisöjen tuomioistuin esitti prosessinjohtotoimena asianosaisille kysymyksen, johon nämä vastasivat.

20. Pääasian vastapuolen edustaja, Saksan liittotasavallan, Portugalin tasavallan, Puolan tasavallan, Tšekin tasavallan, Italian tasavallan ja Itävallan tasavallan hallitusten edustajat sekä komission edustaja esittivät suullisia huomautuksia 11.6.2009 pidetyssä istunnossa.

V Asianosaisten pääasialliset lausumat

21. Espanjan hallitus ja Tšekin hallitus katsovat, että direktiiviä 2005/29 ei voida soveltaa pääasiaan.

22. Espanjan hallitus ensinnäkin katsoo, että ennakkoratkaisupyyntöä ei tule ottaa tutkittavaksi, koska sen mielestä pääasian oikeudenkäynti joka suhteessa rajoittuu yhteen jäsenvaltioon. Se viittaa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön asiassa Jägerskiöld annetussa tuomiossa.[5] Vaihtoehtoisesti se esittää, että direktiiviä 2005/29 ei voida soveltaa, koska sen mukaan tilanne, joka on kansallisten oikeussuojakeinojen taustalla, oli olemassa paitsi ennen direktiivin 2005/29 täytäntöönpanolle asetetun määräajan päättymistä myös ennen mainitun direktiivin antamista. Espanjan hallituksen mukaan yhteisöjen tuomioistuin ei voi esittää tulkintaa kansallisista säännöksistä, jotka eivät johdu täytäntöönpanosta ja jotka lisäksi on annettu ennen kyseisen direktiivin antamista. Lisäksi Espanjan hallitus katsoo, että mikään konkreettinen seikka pääasiassa ei viittaa siihen, että keskivertohenkilön taloudellinen käyttäytyminen olisi voinut vääristyä olennaisesti.

23. Tšekin hallitus toteaa, että riidanalaisten kansallisten säännösten tarkoituksena – toisin kuin direktiivin 2005/29 – ei ole suojella kuluttajia sopimattomilta kaupallisilta menettelyiltä vaan suojella kilpailua ja siten yksit-

5 – Asia C-97/98, Jägerskiöld, tuomio 21.10.1999 (Kok., s. I-7319, 45 kohta).

täisiä kilpailijoita tällaisilta menettelyiltä. Näin ollen kyseiset säännökset eivät sen mukaan kuulu direktiivin 2005/29 soveltamisalaan eivätkä voi olla ristiriidassa sen säännösten kanssa.

24. Pääasian valittaja sekä Suomen, Portugalin, Belgian, Saksan ja Italian hallitukset katsovat, että UWG:ssä säädetyn kiellon kaltainen kielto ei ole vastoin direktiiviä 2005/29.

25. Pääasian valittajan mielestä UWG:n 4 §:n 6 momentissa säädettyä yhdistettyjä tarjouksia koskevaa kieltoa voidaan soveltaa yksittäisessä tapauksessa ainoastaan silloin, kun kaupallinen menettely ensinnäkin on UWG:n 3 §:n mukaisesti omiaan vaikuttamaan kilpailuun kilpailijoiden, kuluttajien tai muiden markkinatoimijoiden kannalta epäedullisesti muutoin kuin merkityksettömässä määrin ja kun se toiseksi on omiaan vaikuttamaan huomattavan epäedullisesti kuluttajan kykyyn tehdä perusteltu päätös ja saa siten kuluttajan tekemään kaupallisen ratkaisun, johon hän ei muuten olisi päätynyt. Pääasian valittajan mielestä kansallinen tuomioistuin pitää virheellisesti UWG:n 4 §:n 6 momentin yhteensopivuutta direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdan kanssa kyseenalaisena.

26. Suomen hallitus toteaa aluksi, että kuluttajansuojan korkea taso on yksi direktiivin tavoitteista. Sen mukaan direktiiviin sisältyy yleisiä sääntöjä, joiden avulla sopimattomat kaupalliset menettelyt voidaan tunnistaa ja kieltää siten, että jäsenvaltioilla on halutessaan mahdollisuus antaa yksityiskohtaisempia säännöksiä kielletyistä myynninedistämistoimista. Suomen hallitus katsoo, että kansallisella säännöksellä, jollaisesta esillä olevassa asiassa on kyse, konkretisoidaan direktiivin 2005/29 5 artiklan 1 kohdassa säädetty kielto mutta ei mennä 5 artiklan 2 kohdan säännöksiä pidemmälle. Sen mukaan kansallinen lainsäädäntö on näin ollen sopusoinnussa 5 artiklan 2 kohdan kanssa.

27. Portugalin hallitus toteaa, että direktiivin 2005/29 liitteessä I luetellaan erityyppisiä kaupallisia menettelyjä, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina; luettelon 16 kohdassa kielletty kaupallinen menettely on ”väite, että tuotteet voivat helpottaa rahapeleissä voittamista”. Portugalin hallitus näyttää kuitenkin sulkevan pois sen mahdollisuuden, että riidanalainen mainoskampanja vastaisi tällaista kaupallista menettelyä, koska pelkkä tavaran tai palvelun hankinta sinänsä ei vielä merkitse voittomahdollisuutta. Portugalin hallitus päättelee, että Saksan säännökset – varsinkin UWG:n 3 § ja 4 §:n 6 momentti – ovat sopusoinnussa direktiivin 2005/29 kanssa, koska kiellot, jotka seuraavat näiden säännösten lukemisesta yhdessä, eivät ole vastoin mainitun direktiivin 5 artiklan 2 kohtaa.

28. Belgian hallituksen mielestä UWG:n 4 §:n 6 momentissa säädetty kielto, joka koskee palkintokilpailun yhdistämistä liiketoimiin, ei kuulu direktiivin 2005/29 soveltamisalaan.

Lisäksi tällainen yhdistettyjen tarjousten kielto koskee sen mukaan myyntijärjestelyä, joka asiaan Keck ja Mithouard [6] liittyvän oikeuskäytännön mukaisesti ei ole omiaan rajoittamaan yhteisön sisäistä kauppaa. Belgian hallitus katsoo, että vain ja ainoastaan kuluttajille suunnattu kaupallinen viestintä voi kuulua direktiivin 2005/29 2 artiklan d alakohdassa tarkoitettuihin sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin. Esillä olevassa asiassa kansallisten tuomioistuinten on ratkaistava niille esitetyn yksittäisen tapauksen olosuhteet huomioon ottaen, onko direktiivin 2005/29 säännöksiä ja kriteerejä noudatettu.

29. Saksan hallitus ja Italian hallitus katsovat direktiivin 2005/29 sanamuodosta ja rakenteesta käyvän ilmi, että jäsenvaltiot saavat laillisesti ja yleisesti kieltää muita kuin liitteessä I lueteltuja kaupallisia menettelyjä, mikäli elinkeinonharjoittajan menettelyä on 5 artiklassa lueteltujen kriteerien perusteella pidettävä sopimattomana.

30. Saksan hallitus toteaa riidanalaisesta kaupallisesta menettelystä nimenomaisesti, että palkintokilpailuun tai arvontapeliin osallistumisen yhdistäminen tavaran hankkimiseen on kiistatta sopimaton kaupallinen menettely, joka täyttää nämä nimenomaiset soveltamisen edellytykset. Saksan hallituksen mukaan tästä seuraa, että säännös, jossa tämänkaltainen yhdistäminen kielletään yleisesti, sopii yhteen direktiivin 2005/29 tarkoituksen kanssa.

6 – Yhdistetyt asiat C-267/91 ja C-268/91, Keck ja Mithouard, tuomio 24.11.1993 (Kok., s. I-6097, Kok. Ep. XIV, s. I-477).

31. Italian hallitus toteaa viitaten direktiivin 2005/29 johdanto-osan seitsemännessä perustelukappaleessa mainittuun vaatimukseen, jonka mukaisesti ennen tiettyjen kaupallisten menettelyjen kieltämistä on kiinnitettävä erityistä huomiota yksittäisen tapauksen olosuhteisiin, että tämä vaatimus voidaan täyttää antamalla elinkeinonharjoittajalle mahdollisuus esittää päinvastainen näyttö menettelynsä laillisuudesta. Näin ollen UWG:n 4 §:n 6 momentissa säädetty yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto on Italian hallituksen mukaan sopusoinnussa direktiivin säännösten kanssa.

32. Sitä vastoin pääasian vastapuoli ja komissio katsovat, että direktiivin kanssa ei sovi yhteen UWG:n 4 §:n 6 momentin kaltainen kansallinen säännös, jonka mukaan kaupallinen menettely, jossa asetetaan tavaran tai palvelun hankinta palkintokilpailuun tai arvontapeliin osallistumisen edellytykseksi, on lähtökohtaisesti kielletty riippumatta siitä, vaikutetaanko tällaisella mainontatoimenpiteellä yksittäisessä tapauksessa kuluttajien etuihin epäedullisesti. Koska tätä kaupallista menettelyä ei mainita liitteen I luettelossa, se voidaan pääasian vastapuolen ja komission mukaan kieltää vain, jos sitä tapauskohtaisen arvioinnin perusteella direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdassa mainittujen kriteerien nojalla on pidettävä sopimattomana.

33. Pääasian vastapuoli esittää, että aikomuksesta kieltää yleisesti arvontapeleihin osallistumisen yhdistäminen tätä edeltävään tavaran hankintaan keskusteltiin jo myynninedistämisestä sisämarkkinoilla annettavaa asetusta koskevan komission ehdotuksen yhteydessä,

mikä osoittaa, että yhteisön lainsäätäjä on ollut hyvin tietoinen näistä ongelmista. Jos yhteisön lainsäätäjä olisi halunnut sisällyttää tällaisen yleisen kiellon direktiiviin, se olisi nimenomaisesti maininnut tämän kaupallisen menettelyn direktiivin 2005/29 liitteessä I.

34. Puolan hallituksen mukaan riidanalaisen UWG-säännöksen yhteensopivuus direktiivin 2005/29 kanssa riippuu kyseisen lain tavoitteesta. Puolan hallitus nojautuu ennen muuta direktiivin johdanto-osan viidenteen perustelukappaleeseen todetessaan, että yhteisön lainsäätäjä on halunnut erottaa selkeästi toisistaan elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välistä suhdetta koskevat kaupalliset menettelyt, jotka vaikuttavat haitallisesti jälkimmäisiin ja joita direktiivillä on pyritty sääntelemään, ja elinkeinonharjoittajien välistä suhdetta koskevat kaupalliset menettelyt, jotka vaikuttavat haitallisesti kilpailijoiden taloudellisiin etuihin ja jotka puolestaan eivät kuulu direktiivin 2005/29 soveltamisalaan. Tämän vuoksi Puolan hallitus katsoo, että kilpailijoiden suojelemiseen tähtäävän kansallisen säännöksen yhteensopivuutta direktiivin 2005/29 kanssa ei voida kyseenalaistaa.

35. Itävallan hallitus katsoi istunnossa viitaten osittain Oberster Gerichtshof Österreichsin ennakkoratkaisupyyntöön vireillä olevassa asiassa C-540/08 (Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag), että direktiivin 2005/29 tavoitteet koskevat etupäässä kuluttajansuojaa ja sen vuoksi sitä ei sovelleta kansallisiin säännöksiin, joiden tarkoituksena on suojella kilpailijoiden etuja. Direktiivi 2005/29 ei Itävallan hallituksen mukaan vaikuta näihin säännöksiin. Itävallan hallitus perustaa oikeudellisen näkemyksensä erityisesti direktiivin johdanto-osan kahdeksanteen perustelukappaleeseen mutta myös komission ehdotukseen myynninedistämisestä sisämarkkinoilla annettavaksi asetukseksi. Vaihtoehtoisesti se esitti, että mikäli yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin katsoo, että direktiiviä 2005/29 on sovellettava pääasiaan, sen olisi samalla todettava, että UWG:n 3 § ja 4 §:n 6 momentti eivät ole ristiriidassa direktiivin kanssa.

VI Oikeudellinen arviointi

A *Alustavat huomautukset*

36. Nyt käsiteltävä asia tarjoaa yhteisöjen tuomioistuimelle mahdollisuuden kehitellä edelleen oikeuskäytäntöään, joka koskee yhdistettyihin tarjouksiin sovellettavien kansallisten kieltojen yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa. Ennakkoratkaisukysymykseen vastaamisen kannalta hyödyllisiä viitteitä saa yhdistetyissä asioissa C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) 23.4.2009 annetusta tuomiosta,[7] jossa yhteisöjen tuomioistuinta myös pyydettiin tulkitsemaan direktiiviä 2005/29. Kuten mainituissa asioissa, myös nyt käsiteltävässä asiassa on tarkasteltava sitä, missä määrin direktiivissä 2005/29 jätetään jäsenvaltioille sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin liittyvän oikeuden yhden osa-alueen yhteisön laajuinen yhdenmukaistaminen huomioon ottaen toimivalta antaa oikeussääntöjä, joissa lähtökohtaisesti kielletään yhdistetyt tarjoukset siten, että kyseisen kaupallisen menettelyn tapauskohtainen arviointi ei ole ratkaisevassa asemassa.

7 – Yhdistetyt asiat C-261/07 ja C-299/07, VTB-VAB ja Galatea, tuomio 23.4.2009 (Kok., s. I-2949).

37. Kuten totesin edellä mainituissa asioissa 21.10.2008 antamassani ratkaisuehdotuksessa, [8] Euroopan parlamentin ja neuvoston 11.5.2005 hyväksymän direktiivin 2005/29 tavoitteena on luoda yhtenäinen oikeuskehys kuluttajiin kohdistuvien sopimattomien kaupallisten menettelyjen sääntelyyn. Direktiivin johdanto-osan viidennen perustelukappaleen mukaisesti tämä tavoite on tarkoitus saavuttaa yhdenmukaistamalla sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin liittyvä oikeus yhteisön jäsenvaltioissa sisämarkkinoilla olevien esteiden poistamiseksi. [9] Direktiivin tavoitteena on siis tämän elämänalan täydellinen yhdenmukaistaminen yhteisön tasolla. [10]

38. Direktiivi 2005/29 tuli sen 20 artiklan mukaan voimaan sitä päivää seuraavana päivänä, jona se julkaistiin Euroopan unionin virallisessa lehdessä, eli 12.6.2005. Jäsenvaltioiden oli direktiivin 19 artiklan 1 kohdan mukaan saatettava direktiivin noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset osaksi kansallista lainsäädäntöään viimeistään 12.6.2007 lukuun ottamatta tiettyjä direktiiviä ohjailevampia kansallisia säännöksiä, joihin sovelletaan kuuden vuoden siirtymäaikaa mainitusta päivästä lähtien. Niiden oli kuitenkin aloitettava näiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten soveltaminen vasta viimeistään 12.12.2007.

8 – Ks. edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat C-261/07 ja C-299/07, VTB-VAB ja Galatea, ratkaisuehdotuksen 48 kohta.

9 – Direktiivillä 2005/29 pannaan normatiivisesti täytäntöön tulevaisuuden kuluttajansuojaa Euroopan unionissa koskevat komission käsitykset, sellaisina kuin ne on esitetty 2.10.2001 annetussa vihreässä kirjassa (KOM[2001] 531 lopullinen). Siinä komissio ilmaisee pitävänsä valitettavana sitä, että kuluttajan sisämarkkinat eivät ole saavuttaneet potentiaaliaan ja että niiden kehitys elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisten liiketoimien ("B2C" eli "Business to Consumer" viittaa elinkeinonharjoittajien ja yksityishenkilöiden välisiin viestintä- ja kauppasuhteisiin; vrt. "B2B", joka tarkoittaa elinkeinonharjoittajien välisiä tai elinkeinonharjoittajien ja viranomaisten välisiä viestintä- ja kauppasuhteita) osalta ei vastaa sisämarkkinoiden jatkuvaa kehitystä. Kuluttajat hyödyntävät sisämarkkinoita hyvin harvoin suoraan hankkimalla tavaroita ja palveluja muista jäsenvaltioista. Komissio katsoo tämän johtuvan jäsenvaltioiden säädösten ja täytäntöönpanojärjestelmän hajanaisuudesta, joka on kuluttajien kannalta etäännyttävä. Se ehdottaa mm. EU-puitedirektiivin antamista hyvää kauppatapaa koskevien kansallisten sääntöjen yhdenmukaistamiseksi elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisissä suhteissa. Sen hahmottelema puitedirektiivin rakenne on sisällytetty nykyiseen direktiiviin 2005/29.
Ks. Wendehorst, C., "Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte" teoksessa *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* (toim. Brigitta Jud ja Christiane Wendehorst), Wien, 2009, s. 166, jonka mukaan vähimmäistason yhdenmukaistamisen myötä odotettu sisämarkkinoiden elpyminen jäi kuluttajakaupan alalla paljolti toteutumatta. Tämän katsotaan johtuvan mm. täytäntöönpanoa koskevista huomattavista eroista yksittäisten oikeusjärjestysten välillä. Wendehorstin mukaan nämä erot muodostavat sisämarkkinoita haittaavan esteen, koska keskivertokuluttaja ei tunne Euroopan laajuisesti varmistettuja vähimmäisvaatimuksia lainkaan. Lisäksi elinkeinonharjoittajat eivät voi tarjota tavaroita ja palveluja rajojen yli, koska sopeutuminen moninaisiin suojavaatimuksiin aiheuttaa paljon kustannuksia. Tämän vuoksi yhteisön lainsäätäjä ei Wendehorstin mukaan määrittelekään direktiivin säännöksissä ainoastaan vähimmäisvaatimuksia vaan samalla myös kuluttajansuojan enimmäisvaatimukset niin sanotun täysimääräisen yhdenmukaistamisen avulla.

10 – Näin todetaan myös kirjoituksissa Henning-Bodewig, F., "Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, nro 8/9, s. 629–630; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, s. 14, 51 ja 53; Micklitz, H.-W., "Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG", *Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel, 2006, s. 299 ja 306; Kessler, J., "Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nro 7, 2007, s. 716; De Cristofaro, G., "La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, s. 32 ja 33; Di Mauro, L., "L'iter normativo: Dal libro verde sulla tutela die consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali", *Le pratiche commerciali – Direttive comunitaria ed ordenamento italiano*, Milano, 2007, s. 26; näiden mukaan direktiivin 2005/29 tavoitteena on kansallisten säännösten täydellinen yhdenmukaistaminen.

39. Saksan liittotasavalta täytti täytäntöönpanovelvollisuutensa muodollisesti hyväksymällä 22.12.2008 UWG:n ensimmäisen muutoslain, joka tuli voimaan 30.12.2008. [11] UWG:n 4 §:n 6 momentin riidanalaista säännöstä ei kuitenkaan ole säädetty direktiivin 2005/29 täytäntöönpanon yhteydessä vaan se juontaa juurensa aiemmasta kansallisesta lainsäädännöstä. Kansallinen tuomioistuin ilmaisee ennakkoratkaisupyynnössään pitävänsä säännöksen yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa kyseenalaisena. Kuten kansallinen tuomioistuin arveli käytettävissään olleiden lainvalmisteluasiakirjojen perusteella, [12] pantaessa direktiivi 2005/29 täytäntöön UWG:n 4 §:n 6 momenttia ei ole muutettu eikä poistettu.

B *Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen*

1. Yhteisöjen tuomioistuimen toimivalta

40. Espanjan hallitus perustelee väitteensä toimivallan puuttumisesta ensisijaisesti sillä, että ennakkoratkaisukysymykseltä sen mukaan puuttuu yhteisöllinen ulottuvuus. Se nojautuu asiassa Jägerskiöld annettuun tuomioon, [13] jonka 45 kohdassa todetaan, että ”palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia perustamissopimuksen määräyksiä ei sovelleta pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan kaltaiseen tilanteeseen, joka joka suhteessa rajoittuu yhteen jäsenvaltioon”. Jos Espanjan hallitus näin ollen väittää, että tilanne ei ulotu valtion rajojen ulkopuolelle, väite on menettelyn kannalta ymmärrettävä niin, että Espanjan hallitus periaatteessa kiistää yhteisöjen tuomioistuimen toimivallan.

41. Aluksi on todettava, että ennakkoratkaisupyyntö, joka oli kyseisen asian kohteena, koski yksinomaan tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevien primaarioikeuden määräysten tulkintaa. Tilanteen ulottuminen valtion rajojen ulkopuolelle on tosiasiallisesti edellytys näiden määräysten sovellettavuudelle. [14] Nyt käsiteltävässä asiassa yhteisöjen tuomioistuinta kuitenkin pyydetään tulkitsemaan direktiiviä eli EY 249 artiklan kolmannessa kohdassa tarkoitettua yhteisön johdetun oikeuden säädöstä. Nämä kaksi asiaa eroavat toisistaan siis jo tältä osin.

11 – Koska direktiivi 2005/29 oli pantu täytäntöön myöhässä, komissio aloitti jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn Saksan liittotasavaltaa vastaan (asian numero 2007/0890) ja nosti 16.7.2008 kanteen EY 226 artiklan toisen kohdan nojalla. Saksan hallitus vastasi kanteeseen 6.10.2008 päivätyllä, yhteisöjen tuomioistuimeen 13.10.2008 saapuneella kirjeellä. Komissio ilmoitti 24.2.2009 saapuneella kirjeellä yhteisöjen tuomioistuimelle peruuttavansa kanteensa työjärjestyksen 78 artiklan mukaisesti. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentti päätti 20.3.2009, että asia C-326/08 (komissio v. Saksa) poistetaan yhteisöjen tuomioistuimen rekisteristä ja että Saksan liittotasavalta on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

12 – Ks. kansallisen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyynnön 8 kohdassa esittämät seikat.

13 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Jägerskiöld, tuomion 45 kohta.

14 – Ks. tästä Becker, U., *EU-Kommentar* (toim. Jürgen Schwarze), 1. painos, Baden-Baden, 2000, 28 artikla, s. 437, 19 kohta. Ks. myös Lenaerts, K., Arts, D. ja Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. painos, London, 2006, s. 191, 6-024 kohta, jonka mukaan yhteisöjen tuomioistuimen on aina tutkiessaan kansallisen säännöksen yhteensopivuutta henkilöiden, tavaroiden ja pääomien vapaata liikkuvuutta koskevien primaarioikeuden määräysten kanssa selvitettävä, liittyykö tilanne läheisesti yhteisöön. Jos ilmenee, että tilanne ei ulotu yhden jäsenvaltion rajojen ulkopuolelle, kyseisiä perustamissopimuksen määräyksiä ei voida soveltaa.

42. Lisäksi on syytä muistuttaa, että EY 234 artiklan mukaan yhteisöjen tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten välisessä yhteistyössä yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta. [15]

43. Jos kansallisten tuomioistuinten esittämät kysymykset koskevat yhteisön oikeuden säännöksen tulkintaa, yhteisöjen tuomioistuimen on siis lähtökohtaisesti vastattava kysymyksiin, [16] ellei ole ilmeistä, että ennakkoratkaisupyynnöllä pyritään todellisuudessa saamaan yhteisöjen tuomioistuimelta ratkaisu keinotekoisen riidan avulla taikka neuvoa-antava lausunto yleisluonteisista tai hypoteettisista kysymyksistä, tai kun pyydetyllä yhteisön oikeuden tulkitsemisella ei ole mitään yhteyttä oikeusriidan tosiseikkoihin tai kohteeseen taikka yhteisöjen tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja tai oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin. [17]

44. Espanjan hallituksen väitteeseen on siis vastattava, että arvio siitä, onko kyseessä ”yksinomaan kansallisena” pidettävä tilanne, ei koske ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottamista vaan on yhteisön oikeuden tulkintaa koskeva kysymys. [18] Lisäksi on muistutettava siitä, että yhteisöjen tuomioistuin on perustellut toimivaltaansa myös sillä ilmeisellä tarpeella, että tulevien tulkintaeroavaisuuksien välttämiseksi kaikkia yhteisön oikeuden oikeussääntöjä tulkitaan yhdenmukaisella tavalla riippumatta siitä, millaisesta soveltamistilanteesta on kyse. [19]

45. Näin ollen Espanjan hallituksen väite on hylättävä.

15 – Ks. esim. yhdistetyt asiat C-297/88 ja C-197/89, Dzodzi, tuomio 18.10.1990 (Kok., s. I-3763, Kok. Ep. X, s. 555, 33 ja 34 kohta); asia C-231/89, Gmurzynska-Bscher, tuomio 8.11.1990 (Kok., s. I-4003, 18 ja 19 kohta); asia C-28/95, Leur-Bloem, tuomio 17.7.1997 (Kok., s. I-4161, 24 kohta) ja asia C-275/06, Promusicae, tuomio 29.1.2008 (Kok., s. I-271, 36 kohta).

16 – Ks. esim. asia C-379/98, PreussenElektra, tuomio 13.3.2001 (Kok., s. I-2099, 38 kohta), asia C-18/01, Korhonen ym., tuomio 22.5.2003 (Kok., s. I-5321, 19 kohta); asia C-380/01, Schneider, tuomio 5.2.2004 (Kok., s. I-1389, 21 kohta); asia C-295/05, Asemfo, tuomio 19.4.2007 (Kok., s. I-2999, 30 kohta) ja edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 32 kohta.

17 – Ks. esim. asia 244/80, Foglia v. Novello, tuomio 16.12.1981 (Kok., s. 3045, Kok. Ep. VI, s. 251, 18 kohta); yhdistetyt asiat C-422/93–C-424/93, Zabala Erasun ym., tuomio 15.6.1995 (Kok., s. I-1567, 29 kohta); asia C-415/93, Bosman, tuomio 15.12.1995 (Kok., s. I-4921, 61 kohta); asia C-314/96, Djabali, tuomio 12.3.1998 (Kok., s. I-1149, 19 kohta); edellä alaviitteessä 16 mainittu asia PreussenElektra, tuomion 39 kohta; edellä alaviitteessä 16 mainittu asia Schneider, tuomion 22 kohta; asia C-212/06, Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, tuomio 1.4.2008 (Kok., s. I-1683, 29 kohta) ja edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 33 kohta.

18 – Ks. asia C-351/97, CEPAV DUE ym., ratkaisuehdotukseni 11.9.2008, 43 kohta.

19 – Ks. edellä alaviitteessä 15 mainitut yhdistetyt asiat Dzodzi, tuomion 37 kohta; edellä alaviitteessä 15 mainittu asia Leur-Bloem, tuomion 32 kohta; asia C-1/99, Kofisa Italia, tuomio 11.1.2001 (Kok., s. I-207, 32 kohta); asia C-222/01, British American Tobacco, tuomio 29.4.2004 (Kok., s. I-4683, 40 kohta); asia C-3/04, Poseidon Chartering, tuomio 16.3.2006 (Kok., s. I-2505, 16 kohta) ja asia C-280/06, ETI ym., tuomio 11.12.2007 (Kok., s. I-10893, 21 kohta).

2. Ennakkoratkaisukysymyksen merkitys pääasian ratkaisemisen kannalta

46. Espanjan hallituksen väitettä, jonka mukaan direktiiviä 2005/29 ei voida soveltaa esillä olevaan asiaan, on prosessioikeuden näkökulmasta pidettävä ennakkoratkaisukysymyksen merkityksen kiistämisenä pääasian ratkaisemisen kannalta.

47. Kuten edellä esitin, olettamasta, jonka mukaan kansallisten tuomioistuinten esittämillä ennakkoratkaisukysymyksillä on merkitystä asian ratkaisemisen kannalta, voidaan poiketa ainoastaan poikkeuksellisissa olosuhteissa eli muun muassa silloin, kun on ilmeistä, että kansallisen tuomioistuimen pyytämällä näissä kysymyksissä tarkoitettujen yhteisön oikeuden säännösten ja määräysten tulkitsemisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen. [20]

48. Nyt käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisukysymys ei ilmeisestikään ole kansallisen tuomioistuimen ratkaisun kannalta merkityksetön, sillä kuten kansallinen tuomioistuin esittää ennakkoratkaisupyynnössään seikkaperäisesti, Revision-valituksen menestyminen – siltä osin kuin kyse on valituksen kohteena olevan toiminnan kieltämisestä – riippuu siitä, ovatko UWG:n 3 § ja 4 §:n 6 momentti yhteensopivia direktiivin 2005/29/EY kanssa. [21] Jos näin on, kansallisen tuomioistuimen on hylättävä Revision-valitus. Jos UWG:n 4 §:n 6 momentissa säädetty kielto, jonka mukaan liiketoimeen ei saa yhdistää palkintokilpailua tai arvontapeliä, sen sijaan ylittää edellä mainitussa direktiivissä säädetyn suojan, valitus on hylättävä siltä osin kuin valittaja vaatii valituksen kohteena olevan toiminnan kieltämistä ja valituksenalainen tuomio olisi kumottava.

49. Tarkasteltaessa direktiivin 2005/29 sovellettavuutta pääasiaan – sikäli kuin sillä on merkitystä ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymistä koskevan tutkinnan kannalta – pidän merkityksettömänä Espanjan hallituksen esittämää väitettä, jonka mukaan tapahtumat, joiden perusteella pääasia pantiin vireille, tapahtuivat ennen direktiivin 2005/29 voimaantuloa tai jopa ennen sen antamista, sillä joka tapauksessa pääasian valittajan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käydyssä oikeudenkäynnissä vastapuoleen kohdistaman kielto-oikeuden tarkoituksena on estää tulevat sopimattomat menettelyt, kuten kansallinen tuomioistuin toteaa ennakkoratkaisupyynnössään. [22] Kun tulkitaan kansallisen tuomioistuimen esittämiä seikkoja sovellettavasta kansallisesta oikeudesta oikein, tästä seuraa, että kielto-oikeus saa aikaan kyseistä vastapuolta koskevia oikeusvaikutuksia tähän päivään asti. Kun otetaan huomioon kielto-oikeuden jatkuva vaikutus, [23]

20 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Foglia v. Novello, tuomion 18 kohta; edellä alaviitteessä 17 mainitut yhdistetyt asiat Zabala Erasun ym. tuomion 29 kohta; edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Bosman, tuomion 61 kohta; edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Djabali, tuomion 19 kohta; edellä alaviitteessä 16 mainittu asia Schneider, tuomion 22 kohta; edellä alaviitteessä 17 mainittu asia Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, tuomion 29 kohta ja edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 33 kohta.

21 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön 7 kohta.

22 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön 9 kohta.

23 – UWG:n 8 §:n 1 momentissa säädetty kielto-oikeus on varallisuusoikeuden piiriin kuuluva aineellisoikeudellinen oikeus, ei pelkkä prosessuaalinen oikeussuojakeino. Siinä myönnetään suojautumisoikeus kielto-oikeutena rikkomisen uusimisvaaran varalta (UWG:n 8 §:n 1 momentin 1 kohta) ja ehkäisevänä kielto-oikeutena ensi kertaa tapahtuvan rikkomisvaaran varalta (UWG:n 8 §:n 1 momentin 2 kohta). Tämä oikeus syntyy, kun on vaara, että pidättymisvelvollinen syyllistyy tulevaisuudessa oikeudenloukkaukseen. Tämä ei edellytä, että ulkopuoliseen etuun kohdistuvan vaikutuksen on täytynyt tosiasiallisesti toteutua ja että uusi häiriö uhkaa (rikkomisen uusiutumisvaara). Oikeuden syntymiseen riittää, että häiriö on välittömästi odotettavissa ensimmäistä kertaa (ensi kertaa tapahtuvan rikkomisen vaara). Kielto-oikeuteen turvautumisen eli häiriöltä suojautumisen oikeusperusta on UWG:n 3 § luettuna yhdessä 4 §:n esimerkkien ja 5–7 §:n erityissäännösten kanssa (ks. Piper, H., *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (toim. Henning Piper ja Ansgar Ohly), 4. painos, München, 2006, 8 §, 3 ja 5 kohta).

kysymys UWG:n 4 §:n 6 momentin kaltaisen säännöksen yhteensopivuudesta direktiivin 2005/29 kanssa on edelleen ajankohtainen ja merkityksellinen sekä pääasian asianosaisten että riita-asian ratkaisemisesta vastaavan kansallisen tuomioistuimen kannalta.

50. Tämä kysymys on sitäkin merkityksellisempi, kun otetaan huomioon, että tehtäessä ennakkoratkaisupyyntöpäätös 5.6.2008 sekä direktiivin täytäntöönpanon määräaika (12.6.2007) että säännösten soveltamisen määräaika (12.12.2007) olivat umpeutuneet jo kauan sitten. Tuolloin ei ollut mukautettu kansallista oikeutta, eikä Saksan lainsäätäjä näyttänyt harkitsevan yhdistettyjen tarjousten kiellon kumoamista UWG:n 4 §:n 6 momentissa, mistä myös kansallinen tuomioistuin oli tietoinen, kuten ennakkoratkaisupyynnöstä käy ilmi.

51. Jos UWG:n 4 §:n 6 momentti ei olisi yhteensopiva direktiivin 2005/29 kanssa kansallisten kilpailuoikeudellisten kieltooikeuksien tulevaisuuteen suuntautuneisuuden perusteella, kansallisen tuomioistuimen pitäisi siksi, että se toimii yhteisön oikeutta soveltavana tuomioistuimena, hätätapauksessa jo ennen täytäntöönpanon määräajan päättymistä jättää soveltamatta vastaavia kansallisia säännöksiä. Tämä on seurausta yhteisön oikeuden soveltamisen ensisijaisuudesta jäsenvaltioiden oikeuteen verrattuna, [24] mutta ennen kaikkea kuitenkin yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistetusta EY 10 artiklan toisen kohdan ja EY 249 artiklan kolmannen kohdan mukaisesta jäsenvaltioiden velvollisuudesta ryhtyä kaikkiin toimenpiteisiin kyseisessä direktiivissä säädetyn tavoitteen saavuttamiseksi.

52. Kuten totesin yhdistetyissä asioissa C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) antamassani ratkaisuehdotuksessa, [25] tähän liittyy myös velvollisuus pidättäytyä tekemästä mitään sellaista, mikä voisi tehdä tyhjäksi direktiivin tavoitteen saavuttamisen. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan edellä mainittujen perustamissopimuksen määräysten sekä asianomaisen direktiivin samanaikaisesta soveltamisesta seuraa, että jäsenvaltioiden, joille direktiivi on osoitettu, on direktiivin täytäntöönpanolle varatun määräajan kuluessa pidättäydyttävä antamasta säännöksiä, jotka ovat omiaan vakavasti vaarantamaan tässä direktiivissä säädetyn tavoitteen saavuttamisen. [26] Tämä pidättäytymisvelvoite ulottuu julkisen vallan kaikkiin toimijoihin jäsenvaltioissa, mukaan luettuina tuomioistuimet toimivaltansa puitteissa. [27] Tuomioistuinten tehtävänä on tarpeen vaatiessa tarkastella, vaikuttavatko ennen kyseisen direktiivin täytäntöönpanolle varatun määräajan päättymistä annetut kansallisen oikeuden säännökset direktiivin tavoitteen saavuttamiseen. [28]

24 – Ks. esim. asia 26/62, Van Gend & Loos, tuomio 5.2.1963 (Kok., s. 3, Kok. Ep. I, s. 161); asia 6/64, Costa v. E.N.E.L., tuomio 15.7.1964 (Kok., s. 1253, Kok. Ep. I, s. 211); asia 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, tuomio 17.12.1970 (Kok., s. 1125, Kok. Ep. I, s. 501) ja asia 106/77, Simmenthal, tuomio 9.3.1978 (Kok., s. 629, Kok. Ep. IV, s. 73).

25 – Ks. edellä alaviitteessä 8 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, ratkaisuehdotuksen 60 kohta.

26 – Ks. asia C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, tuomio 18.12.1997 (Kok., s. I-7411, 45 kohta); asia C-14/02 ATRAL, tuomio 8.5.2003 (Kok., s. I-4431, 58 kohta); asia C-144/04, Mangold, tuomio 22.11.2005 (Kok., s. I-9981, 67 kohta) ja asia C-212/04, Adeneler ym., tuomio 4.7.2006 (Kok., s. I-6057, 121 kohta).

27 – Ks. asia C-106/89, Marleasing, tuomio 13.11.1990 (Kok., s. I-4135, Kok. Ep. X, s. 599, 8 kohta); asia C-91/92, Faccini Dori, tuomio 14.7.1994 (Kok., s. I-3325, Kok. Ep. XVI, s. I-1, 26 kohta); edellä alaviitteessä 26 mainittu asia Inter-Environnement Wallonie, tuomion 40 kohta; asia C-131/97, Carbonari ym., tuomio 25.2.1999 (Kok., s. I-1103, 48 kohta) ja yhdistetyt asiat C-397/01–C-403/01, Pfeiffer ym. (Kok., s. I-8835, 110 kohta).

28 – Ks. edellä alaviitteessä 26 mainittu asia Inter-Environnement Wallonie, tuomion 46 kohta. Ks. vastaavasti myös Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (toim. Heinz Mayer), Wien, 2004, 249 artikla, s. 16 ja 45 kohta.

53. Niinpä yhteisöjen tuomioistuin päättikin asiassa Adeneler antamassaan tuomiossa, [29] että jäsenvaltioiden tuomioistuinten on direktiivin voimaantuloajankohdasta lähtien pidättäydyttävä niin pitkälti kuin mahdollista tulkitsemasta kansallista oikeutta tavalla, joka uhkaa täytäntöönpanolle varatun määräajan jälkeen vakavasti vaarantaa direktiivissä säädetyn tavoitteen saavuttamisen.

54. Lisäksi on otettava huomioon, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan direktiivin soveltamisalaan on katsottava kuuluvan sellaisten kansallisten säännösten ohella, joiden nimenomaisena tavoitteena on mainitun direktiivin täytäntöönpano, kyseisen direktiivin voimaantulopäivästä lukien myös sellaiset aikaisemmat kansalliset säännökset, joilla voidaan varmistaa kansallisen oikeuden yhteensopivuus direktiivin kanssa. [30] Nyt käsiteltävässä asiassa näitä ovat myös ennen direktiivin 2005/29 voimaantuloa voimassa olleet UWG:n säännökset, UWG:n 3 §:n ja 4 §:n 6 momentin säännökset mukaan luettuina.

55. Jos siis kansallinen tuomioistuin epäilee, että kansallinen lainsäädäntö voisi tehdä tyhjäksi lähitulevaisuudessa täytäntöönpantavan direktiivin tavoitteen saavuttamisen sen täytäntöönpanolle varatun määräajan päätyttyä, [31] sen on jo täytäntöönpanovaiheen aikana ryhdyttävä tarvittaviin toimiin, jotka mahdollistavat direktiivin tavoitteen toteutumisen.

56. Näin ollen Saksan tuomioistuimilla oli kielto-oikeuden tulevaisuuteen suuntautuneisuuden perusteella toimivalta tutkia direktiivin 2005/29 voimaantuloajankohdasta lähtien UWG:n 4 §:n 6 momentin yhteensopivuus direktiivin kanssa ja epäselvissä tapauksissa esittää yhteisöjen tuomioistuimelle direktiivin 2005/29 tulkintaa koskeva ennakkoratkaisukysymys EY 234 artiklan ensimmäisen kohdan b alakohdan nojalla.

57. Edellä esitetyn perusteella ei voida kiistää ennakkoratkaisukysymyksen merkitystä pääasian ratkaisemisen kannalta. Ennakkoratkaisupyyntö voidaan siis ottaa tutkittavaksi.

29 – Edellä alaviitteessä 26 mainittu asia Adeneler ym., tuomion 123 kohta.

30 – Ks. asia C-81/05, Cordero Alonso, tuomio 7.9.2006 (Kok., s. I-7569, 29 kohta) ja edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 35 kohta.

31 – Kansallisen tuomioistuimen toimien edellytyksenä on se, että direktiivin tavoitteiden saavuttaminen sen täytäntöönpanolle varatun määräajan päätyttyä on vaarassa (ks. vastaavasti myös Hoffmann, C., "Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, nro 46, s. 2116). Ks. samaan tapaan myös Schroeder, W., *EUV/EGV Kommentar* (toim. Rudolf Streinz), EY 249 artikla, 139 kohta, s. 2197, jonka mukaan viranomaisten ja tuomioistuinten velvollisuus direktiivin mukaiseen tulkintaan tulee kyseeseen ainoastaan poikkeuksellisesti, jos lainsäädännölliset täytäntöönpanotoimet antavat syyn olettaa, että direktiivin tavoitteiden saavuttaminen saatetaan tehdä lopullisesti tyhjäksi.

C *Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu*

1. Direktiivin 2005/29 2 artiklan d alakohdan ilmaus ”kaupalliset menettelyt”

58. Aluksi on huomattava, että yhteisöjen tuomioistuimella ei ole EY 234 artiklaan perustuvassa ennakkoratkaisumenettelyssä toimivaltaa lausua kansallisen toimenpiteen yhteensopivuudesta yhteisön oikeuden kanssa. Se on kuitenkin toimivaltainen esittämään kansalliselle tuomioistuimelle kaikki sellaiset yhteisön oikeuden tulkintaan liittyvät seikat, jotka saattavat auttaa kansallista tuomioistuinta sen arvioidessa tätä yhteensopivuutta sen käsiteltäväksi saatetussa asiassa. [32]

59. Ennakkoratkaisukysymyksen tavoitteena on selvittää, onko UWG:n 4 §:n 6 momentin kaltainen kansallinen säännös ristiriidassa direktiivin 2005/29 kanssa. Tästä syystä on tarkasteltava aluksi sitä, kuuluuko kyseisen säännöksen kohde direktiivin 2005/29 aineelliseen ja henkilölliseen soveltamisalaan. Tämän jälkeen on tarkasteltava, onko direktiiviä 2005/29 tulkittava siten, että UWG:n 3 §:ssä ja 4 §:n 6 momentissa säädetyn kiellon kaltainen riidanalaisen kaupallisen menettelyn kielto kuuluu sen soveltamisalaan.

60. UWG:n 4 §:n 6 momentissa luettuna yhdessä UWG:n 3 §:n kanssa kielletään elinkeinonharjoittajaa asettamasta tavaran tai palvelun hankinta palkintokilpailuun tai arvontapeliin osallistumisen edellytykseksi, jollei palkintokilpailu tai arvontapeli liity luontevasti tavaraan tai palveluun. Toisin sanoen siinä kielletään kahden erilaisen tavaran tai palvelun liittäminen toisiinsa myynnin edistämiseksi, minkä vuoksi sitä on lähtökohtaisesti pidettävä yhdistettyjen tarjousten kieltona. [33]

61. Kuten esitin yhdistetyissä asioissa C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) antamassani ratkaisuehdotuksessa seikkaperäisesti [34] ja kuten yhteisöjen tuomioistuin vahvisti mainituissa asioissa antamassaan tuomiossa, [35] yhdistetyt tarjoukset ovat kaupallisia toimia, jotka kuuluvat selvästi joidenkin toimijoiden kaupalliseen strategiaan ja joilla pyritään välittömästi edistämään niiden myyntiä ja menekkiä.

32 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Costa v. E.N.E.L.; asia C-17/00, De Coster, tuomio 29.11.2001 (Kok., s. I-9445, 23 kohta) ja asia C-265/01, Pansard ym., tuomio 16.1.2003 (Kok., s. I-683, 18 kohta).

33 – Ks. vastaavasti Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, 2007, 4 §, s. 308, 6.6 kohta sekä Seichter, D., ”Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, s. 1095, jossa UWG:n 4 §:n 6 momentin yhteydessä puhutaan nimenomaisesti yhdistettyjä tarjouksia koskevasta kiellosta.

34 – Ks. edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, ratkaisuehdotuksen 68–70 kohta.

35 – Edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 48 ja 50 kohta.

62. Ne ovat siis direktiivin 2 artiklan d alakohdassa tarkoitettuja kaupallisia menettelyjä ja näin ollen kuuluvat sen aineelliseen soveltamisalaan.

2. Direktiivin 2005/29 henkilöllinen soveltamisala

63. Se, kuuluuko UWG:n 4 §:n 6 momentin riidanalainen kansallinen säännös direktiivin henkilölliseen soveltamisalaan, riippuu – kuten Puolan hallitus osuvasti toteaa – siitä, onko sen tavoitteena direktiivin itsensä tavoin kuluttajien suojelu.

64. Direktiivillä nimittäin säännellään ainoastaan elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välistä suhdetta (”B2C” eli ”Business to Consumer”). Tässä yhteydessä tähdennetään erityisesti johdanto-osan kahdeksatta perustelukappaletta, jonka mukaan direktiivillä suojellaan nimenomaisesti kuluttajien taloudellisia etuja.[36] Laillisesti toimivien kilpailijoiden taloudellisia etuja ei kuitenkaan pidetä tällä perusteella vähemmän suojan arvoisina, mikä on seurausta ensinnäkin direktiivin johdanto-osan kuudennesta ja ennen kaikkea kahdeksannesta perustelukappaleesta.[37]

65. Toisin kuin Tšekin hallitus esittää,[38] en pidä lainkaan kyseenalaisena sitä, että UWG:n 4 §:n 6 momentin tarkoituksena on kuluttajien suojelu.

66. Ensinnäkin UWG:n 1 §:ssä säädetään nimenomaisesti, että kyseisellä lailla suojellaan kilpailijoiden ja muiden markkinatoimijoiden ohella myös kuluttajia sopimattomalta kilpailulta.[39] Toiseksi sekä UWG:n 4 §:n 6 momentin syntyhistoria että sen tarkoitus puhuvat säännöksen tällaisen tulkinnan puolesta. Tällä kansallisella säännöksellä nimittäin kodifioidaan tähänastinen UWG:n vanhan toisinnon 1 §:ää koskeva Bundesgerichtshofin oikeuskäytäntö,[40] jonka mukaan kilpailun vastaista oli asettaa tavaran hankinta tai palvelun tilaaminen palkintokilpailuun tai arvontapeliin osallistumisen edellytykseksi.

36 – Tämä todetaan myös kirjoituksissa Hoeren, T., ”Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick”, *Betriebs-Berater*, 2008, s. 1183 sekä Stuyck, J., ”The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition”, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 166.

37 – Ks. edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, ratkaisuehdotuksen 71 ja 72 kohta.

38 – Ks. Tšekin hallituksen kirjelmän 13 kohta.

39 – Ks. Lutz, R., ”Veränderungen des Wettbewerbsrechts im Zuge der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2006, nro 11, s. 909, jossa todetaan, että Saksan UWG:ssä ei rajoituta kuluttajien taloudellisten etujen suojelemiseen direktiivin 2005/29 tavoin vaan sillä pyritään suojelemaan myös kilpailijoita, kuluttajia ja muita markkinatoimijoita, kuten UWG:n 1 §:stä käy ilmi. Tämän vuoksi Lutz katsoo Saksan UWG:n käsittävän elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien väliset suhteet (B2C) ja elinkeinonharjoittajien väliset tai elinkeinonharjoittajien ja viranomaisten väliset suhteet (B2B).

40 – Ks. esim. Bundesgerichtshofin tuomiot 17.11.1972, I ZR 71/71 (palkintokilpailut), 17.2.2000, I ZR 239/97 (Space Fidelity Peep-Show), 13.6.2002, I ZR 173/01 (yhdistetyt tarjoukset I) ja 13.11.2003, I ZR 40/01 (käänteinen huutokauppa II).

Lainvalmisteluasiakirjojen perusteella [41] säännöksen lainsäädännöllisenä tarkoituksena on suojella kuluttajia siltä, että heidän vapauteensa tehdä päätöksiä vaikutetaan epäasianmukaisella tavalla hyödyntämällä heidän peliviettiään. Säännöksen lähtökohtana on ajatus siitä, että yhdistämällä arvontapeliin osallistuminen ja tavaran myynti toisiinsa voidaan järkevänkin keskivertokuluttajan ostopäätökseen vaikuttaa niin tuntuvasti, että kuluttajaa eivät enää ohjaa rationaaliset seikat vaan luvatun voiton havittelu. Tämä vastaa myös oikeuskirjallisuudessa esiintyvää yksimielistä käsitystä. [42]

67. Siten tämä kansallinen säännös kuuluu myös direktiivin 2005/29 henkilölliseen soveltamisalaan.

3. Säädösten rakenteiden tarkastelu

68. Jotta voitaisiin todeta, onko UWG:n 4 §:n 6 momentin kaltainen kansallinen säännös ristiriidassa direktiivin 2005/29 kanssa, näitä kahta säädöstä on tutkittava ja verrattava niiden normatiivisten tavoitteiden ja rakenteen kannalta.

41 – Ks. Saksan hallituksen antama lakiesitys (BT-Drucksache 15/1487, s. 17).

42 – Ks. edellä alaviitteessä 23 mainittu Piper, H., 4.6 §, s. 348, 1 kohta sekä Hecker, M., *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (toim. Karl-Heinz Fezer), München, 2005, nide 1, 4–6 §, s. 707, 33 kohta.

a) Direktiivin 2005/29 säännökset

i) Tavoitteena jäsenvaltioiden säännösten täydellinen ja mahdollisimman suuri yhdenmukaistaminen

69. Kuten alussa mainitsin, [43] direktiivin 2005/29 tavoitteena on jäsenvaltioiden sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan lainsäädännön täydellinen yhdenmukaistaminen. Lisäksi pyrkimyksenä ei ole pelkästään vähimmäistason yhdenmukaistaminen, kuten on ollut tähän asti kuluttajansuojaoikeuden yhdenmukaistamiseksi annetuissa alakohtaisissa säädöksissä, vaan jäsenvaltioiden kansallisen lainsäädännön mahdollisimman suuri yhdenmukaistaminen, joka estää jäsenvaltioita tiettyjä poikkeuksia lukuun ottamatta säilyttämästä tai ottamasta käyttöön tiukempia säännöksiä riippumatta siitä, onko tavoitteena kuluttajansuojan tason nostaminen. [44] Molemmat seikat käyvät ilmi direk-

43 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 37 kohta.

44 – Ks. edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 52 kohta. Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 10 mainittu Massaguer, J., s. 15, Abbamonte, G., "The unfair commercial practices Directive and its general prohibition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 19, sekä De Brouwer, L., "Droit de la Consommation – La Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales", *Revue de Droit Commercial Belge*, nro 7, syyskuu 2005, s. 796, joka päättelee direktiivillä 2005/29 tapahtuvasta täydellisestä yhdenmukaistamisesta, että jäsenvaltiot eivät saa antaa tiukempia säännöksiä, vaikka niiden tavoitteena olisi kuluttajansuojan korkeamman tason varmistaminen. Ks. edellä alaviitteessä 10 mainittu De Cristofaro, G., s. 32, jonka mukaan jäsenvaltiot eivät voi poiketa direktiivin säännöksistä eivätkä säätää kuluttajansuojan korkeammasta tasosta. Edellä alaviitteessä 10 mainitun Kessler, J:n, s. 716, mukaan direktiivi ei ainoastaan aseta vähimmäistasoa vaan estää samalla jäsenvaltioita säilyttämästä säännöksiä, joissa mennään edellytetyn kuluttajien oikeuksiin suuntautumisen vuoksi direktiivin aineellisia edellytyksiä pidemmälle ja jotka sisältävät näin ollen tiukempia vaatimuksia.

tiivin johdanto-osasta ja yleisistä säännöksistä.

70. Edellä esitetty on seurausta ensinnäkin direktiivin johdanto-osan 11 perustelukappaleesta, jonka mukaan tällä direktiivillä tapahtuvalla kansallisten säännösten *lähentämisellä* on tarkoitus päästä korkeatasoiseen yhteiseen kuluttajansuojaan. Direktiivin johdanto-osan 12 perustelukappaleessa todetaan lisäksi, että sekä kuluttajat että elinkeinonharjoittajat voivat luottaa *yhtenäisiin*, hyvin määriteltyihin oikeuskäsitteisiin perustuviin *sääntelypuitteisiin*, joilla säädellään sopimattomien kaupallisten menettelyjen kaikkia näkökohtia Euroopan unionissa. *Lähentämismenetelmään* viitataan uudelleen direktiivin 1 artiklassa, josta käy ilmi, että tarkoituksena on parantaa kuluttajansuojaa ja sisämarkkinoiden toimintaa.

71. Kattavan ja mahdollisimman suuren yhteisön tason sääntelyn tavoite direktiivin soveltamisalaan kuuluvalla elämänalalla käy puolestaan selvästi ilmi direktiivin johdanto-osan 14 ja 15 perustelukappaleen sanamuodosta, joissa nimenomaan puhutaan *täydellisestä yhdenmukaistamisesta*. Lisäksi se käy ilmi direktiivin 4 artiklan sisämarkkinalausekkeesta, jonka mukaan jäsenvaltiot eivät saa rajoittaa palvelujen tarjonnan vapautta eivätkä tavaroiden vapaata liikkumista tämän direktiivin *yhdenmukaistamisen* alaan kuuluvista syistä.

72. Direktiivin 3 artiklan 5 kohdassa säädetään poikkeuksesta, jonka mukaan jäsenvaltiot voivat kuuden vuoden ajan 12.6.2007 lähtien jatkaa tämän direktiivin mukaisen lähentämisen alalla tätä direktiiviä rajoittavampien tai ohjailevampien kansallisten säännösten soveltamista. Poikkeus rajoittuu kuitenkin kansallisiin säännöksiin, joilla pannaan täytäntöön yhdenmukaistamisen vähimmäistasoa koskevia lausekkeita sisältäviä direktiivejä. [45] Toinen poikkeus täydellisestä yhdenmukaistamisesta löytyy 3 artiklan 9 kohdasta, ja se liittyy direktiivissä 2002/65/EY määriteltyihin rahoituspalveluihin ja kiinteään omaisuuteen.

45 – Direktiivin 2005/29 3 artiklan 5 kohdassa tarkoitettuja yhdenmukaistamisen vähimmäistasoa koskevia lausekkeita sisältäviä direktiivejä ovat mm. seuraavat: muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa neuvoteltuja sopimuksia koskevasta kuluttajansuojasta 20.12.1985 annettu neuvoston direktiivi 85/577/ETY (EYVL L 372, s. 31), matkapaketeista, pakettilomista ja pakettikiertomatkoista 13.6.1990 annettu neuvoston direktiivi 90/314/ETY (EYVL L 158, s. 59), ostajien suojaamisesta kiinteistöjen osa-aikaisen käyttöoikeuden ostosopimuksen tiettyihin osiin nähden 26.10.1994 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 94/47/EY (EYVL L 280, s. 83), kuluttajansuojasta etäsopimuksissa 20.5.1997 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 97/7/EY (EYVL L 144, s. 19), kuluttajansuojasta kuluttajille tarjottavien tuotteiden hintojen ilmoittamisessa 16.2.1998 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 98/6/EY (EYVL L 80, s. 27) sekä televisiotoimintaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 3.10.1989 annettu neuvoston direktiivi 89/552/ETY (EYVL L 298, s. 23).

ii) Direktiivin 2005/29 rakenne

73. Direktiivin 2005/29 keskeisenä sisältönä on 5 artiklan 1 kohdan yleislauseke, jossa säädetään sopimattomista kaupallisista menettelyistä. Direktiivin 5 artiklan 2 kohdassa täsmennetään, mitä tarkoitetaan ilmauksella ”sopimattomat”. Sen mukaan kaupallinen menettely on sopimaton, mikäli se on ”huolellisen ammatinharjoittamisen” vaatimusten vastainen ja on omiaan ”vääristämään olennaisesti” kuluttajan taloudellista käyttäytymistä. Kyseisen artiklan 4 kohdan mukaan sopimattomia ovat erityisesti sellaiset kaupalliset menettelyt, jotka ovat harhaanjohtavia (6 ja 7 artikla) tai aggressiivisia (8 ja 9 artikla). Kyseisen artiklan 5 kohdassa viitataan liitteeseen I ja siinä mainittuihin kaupallisiin menettelyihin, ”joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina”. Samaa luetteloa on sovellettava kaikissa jäsenvaltioissa, ja sitä voidaan muuttaa ainoastaan muuttamalla direktiiviä.

74. Kansallisissa tuomioistuimissa ja hallintoviranomaisessa tapahtuvan oikeuden soveltamisen kannalta tästä seuraa, että ensimmäiseksi on tarkistettava liitteessä I olevan luettelon 31 sopimatonta kaupallista menettelyä. Mikäli jokin kaupallinen menettely kuuluu jonkin niistä soveltamisalaan, se on kiellettävä. Lisätutkimuksella, esimerkiksi vaikutuksiin kohdistuvalla, ei ole merkitystä. Mikäli konkreettinen tosiseikka ei kuulu luettelon soveltamisalaan, on tarkasteltava, onko kyse yleislausekkeen esimerkkitapauksesta – harhaanjohtavat tai aggressiiviset kaupalliset menettelyt. Direktiivin 5 artiklan 1 kohdan yleislauseketta sovelletaan suoraan vain, mikäli näin ei ole. [46]

b) UWG:n säännökset

75. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan jokaisella jäsenvaltiolla, jolle direktiivi on osoitettu, on velvollisuus toteuttaa kansallisessa oikeusjärjestyksessään direktiivissä asetettujen tavoitteiden mukaisesti kaikki direktiivin täyden vaikutuksen varmistamiseksi tarvittavat toimenpiteet. [47] Tähän liittyy kansallisen lainsäätäjän velvollisuus panna direktiivi asianmukaisesti täytäntöön jäsenvaltion oikeudessa. [48] EY 249 artiklan

46 – Näin esitetään myös edellä alaviitteessä 10 mainittujen De Cristofaro, G:n, s. 12, ja Henning-Bodewig, F:n, s. 631, lainsoveltamismallissa.

47 – Ks. esim. asia 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, tuomio 1.2.1977 (Kok., s. 113, 22 kohta); asia 152/84, Marshall, tuomio 26.2.1986 (Kok., s. 723, Kok. Ep. VIII, s. 457, 48 kohta); asia C-72/95, Kraaijeveld ym., tuomio 24.10.1996 (Kok., s. I-5403, 55 kohta); asia C-336/97, komissio v. Italia, tuomio 17.6.1999 (Kok., s. I-3771, 19 kohta); asia C-97/00, komissio v. Ranska, tuomio 8.3.2001 (Kok., s. I-2053, 9 kohta); asia C-478/99, komissio v. Ruotsi (Kok., s. I-4147, 15 kohta) ja asia C-233/00, komissio v. Ranska, tuomio 26.6.2003 (Kok., s. I-6625, 75 kohta).

48 – Direktiivin täytäntöönpano on osa kaksivaiheista lainsäädäntömenettelyä, jonka toinen vaihe on asetettava kansallisen lainsäädännön tasolle. Aineellinen täytäntöönpano jäsenvaltioiden lainsäädännön tasolla konkretisoi direktiiviä (ks. edellä alaviitteessä 28 mainittu Vcelouch, P., 249 artikla, 48 ja 50 kohta, s. 17 ja 18).

kolmannen kohdan sanamuoto jättää kuitenkin muodon ja keinot jäsenvaltioiden viranomaisten valittaviksi. Tämä valinnanvapaus koskee erityisesti kansallista lainsäätäjää.

76. Tästä syystä oikeuskäytännössä on tunnustettu, että saatettaessa direktiivi asianmukaisesti osaksi kansallista oikeusjärjestystä ei välttämättä edellytetä, että nimenomaisessa erityisessä lainsäännöksessä toistetaan direktiivin säännösten sanamuoto. [49] Ratkaisevaa on pikemminkin se, että kansallinen oikeus, joka saatetaan voimaan direktiivin täytäntöön panemiseksi, täyttää oikeudellisen selvyyden ja oikeusvarmuuden vaatimukset, sen varmistamiseksi, että koko direktiiviohjelma toteutuu kyseisen jäsenvaltion tuomioistuinten ja viranomaisten soveltaessa kansallista oikeutta. [50]

77. Tarkasteltaessa sitä, missä määrin UWG:n 4 §:n 6 momentin riidanalainen säännös vastaa direktiivin säännöksiä, on ensiksi lyhyesti selitettävä tämän kansallisen säännöksen pääkohdat.

49 – Ks. asia C-131/88, komissio v. Saksa, tuomio 28.2.1991 (Kok., s. I-825, 6 kohta); asia C-96/95, komissio v. Saksa, tuomio 20.3.1997 (Kok., s. I-1653, 35 kohta); asia C-49/00, komissio v. Italia, tuomio 15.11.2001 (Kok., s. I-8575, 21 ja 22 kohta) ja asia C-410/03, komissio v. Italia, tuomio 28.4.2005 (Kok., s. I-3507, 60 kohta). Ks. edellä alaviitteessä 33 mainittu Seichter, D., s. 1088, joka viittaa osuvasti Saksan oikeuteen direktiivin 2005/29 täytäntöönpanoa koskevan tarpeen yhteydessä.

50 – Ks. vastaavasti Ruffert, M., Calliessin ja Ruffertin toimittamassa teoksessa *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. painos, 2007, 249 artikla, s. 2135, 49 kohta. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan direktiivin täytäntöönpanolla on tehokkaasti taattava direktiivin täysimääräinen soveltaminen. Ks. esim. asia C-217/97, komissio v. Saksa, tuomio 9.9.1999 (Kok., s. I-5087, 31 kohta); asia C-214/98, komissio v. Kreikka, tuomio 16.11.2000 (Kok., s. I-9601, 49 kohta) ja asia C-62/00, Marks & Spencer, tuomio 11.7.2002 (Kok., s. I-6325, 26 kohta).

i) UWG:n 3 §:ssä ja 4 §:n 6 momentissa säädetyn kiellon rakenne

78. UWG:n 3 §:ssä, sellaisena kuin se oli esillä olevan asian kannalta ratkaisevassa, 3.7.2004 annetussa muodossaan, jota sovellettiin ennakkoratkaisupyynnön esittämisajankohtana, säädetään sopimatonta kilpailua koskevasta kiellosta. Tämä asianmukaista menettelyä koskeva perusnormi on laadittu yleislausekkeena, jota sovelletaan laaja-alaisesti kilpailuoikeuden vastaisesta toiminnasta määrättäviin seuraamuksiin. Tämä yleislauseke on vuonna 2008 tehdyn lainmuutoksen jälkeenkin mukana UWG:n uuden toisinnon 3 §:n 1 momentissa sanamuodoltaan vain hieman muutettuna.

79. Kilpailuoikeuden aineellista rikkomista kuvaillaan käsitteen ”kilpailun sopimattomuus” avulla. UWG:n rakenne on sellainen, että 1 luvun yleisiin säännöksiin (1 § – 7 §) sisältyvät UWG:n 1 §:n suojelutavoitetta koskevan lausekkeen ja UWG:n 2 §:n määritelmien lisäksi kiellot (3 § – 7 §), 2 luvussa säännellään kiellon rikkomisen oikeudellisia seurauksia (8 § – 10 §) ja vanhentumista (11 §) ja 3 luvussa muodollista prosessioikeutta. UWG:n 4 lukuun (16 § – 19 §) sisältyy kilpailusääntöihin liittyvä rikosoikeus ja 5 lukuun (20 § – 22 §) loppusäännökset.

80. UWG:n 4 §:ssä luetellaan esimerkkejä, jotka konkretisoivat UWG:n 3 §:n yleislausekkeeseen perustuvaa sopimattomien kilpailutoimien yleistä kieltoa. Esimerkkien joukossa mainitaan riidanalainen tapaus eli kuluttajien osallistuminen palkintokilpailuihin tai arvontapeleihin. [51] Mukaan on siten otettu lähinnä saksalaisessa oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa omaksutut tapausryhmät. Laatimalla esimerkkiluettelon kansallinen lainsäätäjä on halunnut suurelta osin vapauttaa tuomioistuimet ”sopimattomuuden” tunnusmerkistön konkretisoimisesta [52] ja luoda suuremman avoimuuden. [53] Koska UWG:n 4 §:n 6 momentissa konkretisoidaan ainoastaan ”sopimattomuuden” tunnusmerkistö, tässä säännöksessä määriteltyjen edellytysten ohella – kuten muidenkin tyypillisten esimerkkien tapauksessa – myös UWG:n 3 §:ssä määriteltyjen edellytysten on aina täytyttävä, jotta toimenpidettä voidaan pitää kilpailun vastaisena. [54] Edellytysten mukaan sopimattomien kilpailutoimien (tai UWG:n uuden toisinnon 3 §:n 1 momentissa tarkoitettujen kaupallisten toimien) on oltava omiaan vääristämään kilpailua kilpailijoiden, kuluttajien tai muiden markkinatoimijoiden kannalta muutoin kuin merkityksettömässä määrin. Näin ollen edellytetään, että kilpailutoimen (tai UWG:n uuden toisinnon 3 §:n 1 momentissa tarkoitetun kaupallisen toimen), jonka osalta turvaudutaan oikeussuojakeinoon, on täytynyt toteutua konkreettisessa kilpailusuhteessa ja että se on ylittänyt tietyn kynnyksen eli että sillä on merkitystä kilpailun kannalta ja se sivuaa suojelun kohteena olevien henkilöryhmien etuja merkittävällä tavalla.

81. Ottamalla käyttöön vähämerkityksisyyden kynnysarvo tai merkittävyyttä koskeva vaatimus kansallisten tuomioistuinten taakka kevenee sikäli, että niiden ei tarvitse tarkastella vähäpätöisiä väärinkäytöstapauksia. [55] Mielestäni tutkittaessa riidanalaisen säännöksen yhteensopivuutta direktiivin 2005/29 kanssa ratkaisevaa on se, kuinka suureksi tai kuinka pieneksi kansalliset kilpailutuomioistuimet määrittelevät tämän kynnysarvon.

c) Riidanalaisen säännöksen yhteensopivuus direktiivin 2005/29 kanssa

i) Direktiivin mukaisen tulkinnan välttämättömyys

82. Kun tutkitaan jäsenvaltion lainsäädännön säännöksen ristiriitaisuutta yhteisön oikeuden kanssa, ratkaisevaa ei ole ainoastaan

51 – Ks. Köhler, H., ”Die UWG-Novelle , *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2009, s. 112, jonka mukaan UWG:n 4–6 §:n esimerkejä sopimattomista toimintatavoista on käytettävä apuna konkretisoitaessa UWG:n 3 §:ssä tarkoitettua asianmukaisuuden käsitettä.

52 – Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 33 mainittu Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 3 §, s. 152, 6 kohta sekä edellä alaviitteessä 23 mainittu Piper, H., 4 §, s. 243, 2 kohta.

53 – Ks. Saksan hallituksen antama lakiesitys (BT-Drucksache 15/1487, s. 18).

54 – Ks. Saksan hallituksen antama lakiesitys (BT-Drucksache 15/1487, s. 17). Ks. vastaavasti myös edellä alaviitteessä 42 mainittu Hecker, M., 4–6 §, s. 704, 25 kohta; edellä alaviitteessä 34 mainittu Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 4 §, s. 309, 6.4 kohta.

55 – Ks. vastaavasti Charaktiniotis, S., *Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitsschranken der Kopplungsangebote nach der Aufhebung der Zugabenverordnung*, Frankfurt am Main, 2006, s. 164. Ks. Köhler, H., ”Die Bagatellklausel in § 3 UWG”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1/2005, s. 1, jonka mukaan edellä mainituilla UWG:n 3 §:ssä määritellyillä edellytyksillä on tarkoitus sulkea pois vähämerkityksisten asioiden tutkiminen.

säännöksen sanamuoto, vaan lisäksi on otettava huomioon tulkinta, jonka kansalliset tuomioistuimet ottavat säännöksen perustaksi.[56] Koska tämä tulkinta kuvaa kaikkia oikeussubjekteja sitovaa lain tulkintaa, jäsenvaltion oikeuskäytäntö on kansallisen lainsäädännön täytäntöönpanon ja tulkinnan yhteisön oikeuden mukaisuuden arvioinnin välttämätön mittapuu.[57]

83. Vaikka UWG:n 4 §:n 6 momentin soveltamisen edellytysten täyttyessä täyttyy ainoastaan ”sopimattomuuden” tunnusmerkistö, toimi on kansallisen oikeuden mukaan kielletty vasta sitten, jos UWG:n 3 §:n edellytykset täyttävät; kansallisen tuomioistuimen esittämien seikkojen perusteella[58] Saksan korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä ilmeisesti katsotaan, että UWG:n 4 §:n 6 momentin tapauksessa on aina kysymys merkittävästä kilpailun rajoittamisesta.[59]

Tämä käy ilmi viittauksesta oikeuskirjallisuudessa esitettyihin vastaaviin näkemyksiin[60] ja ennakkoratkaisupyynnössä esitetyistä kansallisten säännösten selityksistä mutta myös itse ennakkoratkaisukysymyksen sanamuodosta, jonka mukaan riidanalaisessa säännöksessä kielletään yhdistetyt tarjoukset ”riippumatta siitä, vaikutetaanko tällaisella mainontatoimenpiteellä yksittäisessä tapauksessa kuluttajien etuihin epäedullisesti”. Sanamuoto viittaa siihen, että UWG:n 4 §:n 6 momenttia tulkitaan siten, että kansallisilla tuomioistuimilla ei ole yksittäisessä tapauksessa juurikaan harkintavaltaa. Myös Saksan hallitus perustaa aiemmat kirjalliset huomautuksensa ilmeisesti tähän olettamukseen, kun se puhuu tämän kansallisen säännöksen yhteydessä ”ehdottomasta” tai ”yleisestä” kiellosta.[61]

56 – Ks. edellä alaviitteessä 14 mainittu Lenaerts, K., Arts, D. ja Maselis, I., s. 162, 5-056 kohta, jossa todetaan, että jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten ulottuvuutta on arvioitava kansallisten tuomioistuinten niille antaman tulkinnan valossa. Kansallisen oikeuden yhteisön oikeuden mukainen tulkinta oli Saksan Bundesgerichtshofin ennakkoratkaisupyynnön kohteena asiassa C-42/95, Siemens v. Nold (tuomio 19.11.1996, Kok., s. I-6017) ja Belgian Hof van beroep te Gentin ennakkoratkaisupyynnön kohteena asiassa C-205/07, Gysbrechts (tuomio 16.12.2008, Kok., s. I-9947).

57 – Ks. asia C-338/06, komissio v. Espanja, tuomio 18.12.2008, ratkaisuehdotus 4.9.2008 (Kok., s. I-10139, 89 kohta).

58 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön 10, 15, 20 ja 21 kohta.

59 – Ks. esim. Oberlandesgericht Cellen tuomio 10.1.2008 (asiakirjan nro: 13 U 118/07). Siinä kyseinen tuomioistuin toteaa, että UWG:n 4 §:n 6 momentissa – toisin kuin UWG:n 4 §:n 1 momentissa – ei sen sanamuodon perusteella lainkaan edellytetä, että toimi on omiaan vaikuttamaan kuluttajan vapauteen tehdä päätöksiä. Oberlandesgericht Cellen mukaan lainsäätäjä on pikemminkin katsonut, että periaatteessa UWG:n 4 §:n 6 momentissa mainittujen edellytysten täyttyessä tällainen vaikutus on olemassa.

60 – Ks. edellä alaviitteessä 55 mainittu Köhler, H., ”Die Bagatellklausel in § 3 UWG“, s. 6, johon kansallinen tuomioistuin viittaa ja jonka mukaan se, että tavaran tai palvelun tilaaminen asetetaan palkintokilpailuun tai arvontapeliin osallistumisen edellytykseksi, vaikuttaa aina kohderyhmien etuihin huomattavan epäedullisesti, koska voidakseen osallistua heidän on pakko tehdä hankinta, jota he eivät muutoin suunnitelleet tekevänsä. Tämän perusteella Köhler päättelee, että on tarpeetonta tutkia lisäksi kilpailuun kohdistuvia, kilpailijoiden, kuluttajien tai muiden markkinatoimijoiden kannalta epäedullisia vaikutuksia UWG:n 3 §:n nojalla.

61 – Ks. 14.10.2008 päivätyn Saksan hallituksen kirjelmän 9 ja 14 kohta. Kirjelmässään Saksan hallitus katsoo, että yhtäältä ”sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevat ylimääräiset *ehdottomat kiellot* sopivat yhteen direktiivin rakenteen kanssa” ja että toisaalta ”kansallinen säännös, jossa *yleisesti kielletään* tällainen yhdistäminen, sopii yhteen direktiivin tarkoituksen kanssa”.
Huomio kiinnittyy siihen, että nämä toteamukset ovat osittain ristiriidassa Saksan hallituksen myöhemmin, 19.5.2009 päivätyssä kirjelmässään esittämien toteamusten kanssa; jälkimmäisten mukaan Saksan hallitus katsoo, että ”UWG:n 3 §:llä, sellaisena kuin se oli 3.7.2004 annetussa muodossaan, ja UWG:n 3 §:n 1 ja 2 momentilla, sellaisina kuin ne olivat 22.12.2008 annetuissa muodoissaan, varmistetaan, että UWG:n kulloisenkin toisinnon 4 §:n 6 momentissa tarkoitettujen yhdistettyjen tarjousten hyväksyttävyys on arvioitava *yksittäisen tapauksen olosuhteiden perusteella*” (ks. 15–17 kohta). Lisäksi Saksan hallitus väittää kirjelmässään, että UWG:n 4 §:ään, sellaisena kuin se oli 3.7.2004 annetussa muodossaan, sisältyvä myynninedistämistoimien kielto ei ole yleinen eikä automaattisesti sovellettava kielto. Sitä sovelletaan pikemminkin UWG:n 3 §:n edellytysten mukaisesti. Niiden mukaisesti kilpailutoimi on tutkittava yksittäisen tapauksen olosuhteiden perusteella. Saksan hallituksen mukaan tämä pätee loppujen lopuksi myös UWG:n uuden toisinnon 3 §:ään pantaessa direktiivi täytäntöön.

ii) Tarkastelu direktiivin säännösten perusteella

84. Seuraavaksi on tutkittava, sopiiko tämä UWG:n 4 §:n 6 momentin tulkinta, joka loppujen lopuksi merkitsee yhdistettyjen tarjousten kieltoa palkintokilpailujen tai arvontapelien yhteydessä, yhteen direktiivin kanssa. Tällöin on lähtökohtana käytettävä tämän ratkaisuehdotuksen 74 kohdassa kuvattua lainsoveltamismallia.

– Direktiivin 2005/29 5 artiklan 4 ja 5 kohta

85. Aluksi on todettava, että kaupallinen menettely, joka kielletään UWG:n 4 §:n 6 momentissa, ei vastaa mitään direktiivin liitteessä I luetelluista sopimattomista kaupallisista menettelyistä. [62] Asiaan ei liity varsinkaan luettelon 16 kohdassa mainittu tilanne, jossa mainonta perustuu siihen, että tietyt tuotteet voivat helpottaa rahapeleissä voittamista. Se koskee tiettyä mainonnan muotoa, ei kuitenkaan yhdistettyjen tarjousten käyttöä sinänsä. Kuten Portugalin hallitus toteaa osuvasti, pääasian vastapuoli ei suinkaan mainosta, että pelkkä tavaran hankinta merkitsisi voittomahdollisuutta. Ostajalle ainoastaan tarjotaan mahdollisuus osallistua muutenkin kenen tahansa saatavilla olevaan rahapeliin, mutta hänelle ei tämän perusteella luvata tavallista suurempaa voittomahdollisuutta.

86. Koska yhdistettyjä tarjouksia yleensä ei mainita niiden liitteessä I lueteltujen kaupallisten menettelyjen joukossa, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina, ne voidaan periaatteessa kieltää vain, mikäli ne ovat sopimattomia kaupallisia menettelyjä esimerkiksi siksi, että ne ovat direktiivissä tarkoitetulla tavalla harhaanjohtavia tai aggressiivisia. [63] Kaupallista menettelyä, joka kielletään UWG:n 4 §:n 6 momentissa, ei kuitenkaan voida pitää direktiivin 5 artiklan 4 kohdassa tarkoitetulla tavalla harhaanjohtavana tai aggressiivisena.

– Direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohta

87. Direktiivin mukaan kielto tulee lisäksi kysymykseen vain, jos kaupallista menettelyä on pidettävä sopimattomana siksi, että se on huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen ja vääristää olennaisesti tai on omiaan vääristämään olennaisesti keski-

62 – Ks. edellä alaviitteessä 39 mainittu Lutz, R., s. 910, jossa myös todetaan, että UWG:n 4 §:n 6 momentilla ei ole vastinetta direktiivissä lueteltujen esimerkkien joukossa. Lutz kysyykin, voidaanko kyseinen säännös pitää ennallaan.

63 – Ks. edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, ratkaisuehdotuksen 82 kohta.

vertohenkilön taloudellista käyttäytymistä tuotteeseen nähden. Tämä edellyttää, että 5 artiklan 2 kohdan a ja b alakohdan edellytykset täyttyvät samanaikaisesti. [64]

88. Saksan hallituksen mukaan näin on asianlaita UWG:n 4 §:n 6 momentissa kielletyn kaupallisen menettelyn tapauksessa, mitä se perustelee lähinnä manipulaatiovaaralla, joka aiheutuu siitä, että vedotaan kuluttajan peliviettiin.

Huolellisen ammatinharjoittamisen laiminlyöminen

89. ”Huolellisen ammatinharjoittamisen” käsitteellä tarkoitetaan direktiivin 2 artiklan h kohdan mukaan ”sellaista erikoistaidon ja huolellisuuden tasoa, jota elinkeinonharjoittajan voidaan kohtuudella odottaa osoittavan kuluttajia kohtaan ja joka vastaa rehellistä markkinatapaa ja/tai vilpittömässä mielessä toimimisen yleistä periaatetta elinkeinonharjoittajan toimialalla”.

90. Tähän määritelmään, joka liittyy mm. ”rehellisen markkinatavan” epämääräiseen oikeudelliseen käsitteeseen, sisältyy arvio, joka voi hyvinkin vaihdella jäsenvaltioittain riippuen kulloinkin vallitsevista kulttuuritekijöistä ja moraalikäsityksistä. [65] Tämä ei ole ristiriidassa myöskään sen kanssa, että direktiivin tavoitteena on johdanto-osan 13 perustelukappaleen mukaan poistaa lainsäädännön yhdenmukaistamisella sisämarkkinoiden esteet, jotka johtuvat erilaisten yleislausekkeiden ja oikeusperiaatteiden soveltamisesta, varsinkin kun jäsenvaltiolle ilmeisesti annetaan tietty liikkumavara tarkkaan rajatulla osa-alueella. [66] Tämä tunnustetaan direktiivissä selvästi, sillä sen johdanto-osan seitsemännestä perustelukappaleesta käy ilmi, että ”siinä ei puututa makuasioihin ja säädyllisyyskysymyksiin liittyviin oikeudellisiin vaatimuksiin, jotka poikkeavat suuresti toisistaan eri jäsenvaltioissa”. Esimerkkinä mainitaan monissa jäsenvaltioissa ei-toivotut kadulla tapahtuvat kaupalliset yhteydenotot. Tämän vuoksi mainitussa perustelukappaleessa todetaan myös, että ”jäsenvaltioiden pitäisi sen vuoksi jatkossakin voida yhteisön lainsäädän-

64 – Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 44 mainittu Abbamonte, G., s. 21 sekä edellä alaviitteessä 10 mainittu Massaguer, J., s. 58.

65 – Näin toteavat myös edellä alaviitteessä 10 mainitut Micklitz, H.-W., s. 308 ja Massaguer, J., s. 69; jälkimmäisen mukaan direktiivin 2 artiklan h kohdassa esitetty ”huolellisen ammatinharjoittamisen” määritelmä johtaa erilaisiin tulkintoihin, koska siinä käytetään ”rehellisen markkinatavan” ja ”vilpittömän mielen” kaltaisia epämääräisiä oikeudellisia käsitteitä.

66 – Ks. Glöckner, J. ja Henning-Bodewig, F., ”EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem 'neuen' UWG?”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 11/2005, s. 1323, jossa viitataan direktiivin täytäntöönpanoon liittyvään jäsenvaltioiden harkintavaltaan, joka on sitä laajempi, mitä epämääräisempiä yhteisön oikeuden säännökset ovat. Kun otetaan huomioon sopimattomuuden käsitteen epämääräisyys, tekijät katsovat, että kansalliset lainsäätäjät todennäköisesti säilyttivät vapautensa rangaista hyvien tapojen, vilpittömän mielen tai rehellisen toimintatavan vastaisista kaupallisista menettelyistä kansallisten perinteidensä mukaisesti pannessaan yleislausekkeen täytäntöön, mikäli näiden käsitteiden määritelmät eivät poikkea sopimattomuuden määritelmästä, joka esitetään direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdassa luettuna yhdessä 2 artiklan 1 kohdan h alakohdan kanssa. Samaan tapaan ”rehellisen markkinatavan” käsitteen osalta edellä alaviitteessä 10 mainittu Micklitz, H.-W., s. 309–310. Micklitz puhuu jäsenvaltioiden liikkumavarasta makuasioihin ja säädyllisyyteen liittyvissä kysymyksissä.

töä noudattaen kieltää alueellaan kaupallisia menettelyjä makuasioihin ja säädyllisyyskysymyksiin liittyvistä syistä, vaikka kyseisillä menettelyillä ei rajoitettaisikaan kuluttajan valinnanvapautta".

91. Rahapeleihin liittyy mahdollisia yhteiskunnallisia riskejä jäsenvaltioissa, [67] ja niiden vuoksi jäsenvaltioiden on kyettävä toteuttamaan tarkoituksenmukaisia toimenpiteitä rajoittaakseen peliriippuvuuden vaaraa, minkä osoittaa myös yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö niin sanotuissa rahapelituomioissa. Keskeisiä yhteen sovitettavia asioita näissä tuomioissa ovat palvelujen tarjoamisen vapaus ja sijoittautumisvapaus sekä suojan antaminen yleisen edun mukaisille pakottaville syille, joita ovat kuluttajansuoja, petosten ehkäisy ja sen ehkäisy, että kansalaisia houkutellaan tuhlaamaan liiallisesti pelitoimintaan, sekä yleensä ottaen yhteiskuntajärjestyksen häiriöiden ehkäisy. [68] Yhteisöjen tuomioistuin on näissä tuomioissa todennut, että jäsenvaltiot voivat "vahvistaa vapaasti rahapelialan politiikkansa tavoitteet ja tarvittaessa määritellä täsmällisesti tavoitellun suojan tason". Yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että "peleihin ja vedonlyöntiin liittyvien moraalisten, uskonnollisten tai kulttuuristen näkökohtien sekä yksilön tai yhteiskunnan kannalta moraalisesti ja taloudellisesti vahingollisten seurausten vuoksi voi olla perusteltua, että kullakin jäsenvaltiolla on riittävästi harkintavaltaa päättää, mitä vaatimuksia on asetettava kuluttajien ja yhteiskuntajärjestyksen suojaamiseksi", mikäli toteutetut toimenpiteet ovat oikeasuhteisia. [69]

92. Johdonmukaisen oikeuskäytännön varmistamiseksi on mielestäni välttämätöntä soveltaa edellä mainittuja periaatteita myös tulkittaessa direktiivin 5 artiklan 2 kohtaa ja erityisesti "rehellisen markkinatavan" tunnusmerkistöä antaa – yhteisön oikeudessa määriteltyjä rajoja noudattaen – jäsenvaltioille riittävästi harkintavaltaa toteuttaa toimenpiteitä peliriippuvuuden vaaran rajoittamiseksi.

93. Saksan hallituksen ilmaisemat yleiset epäilykset kaupallisesta menettelystä, jossa käytetään hyväksi rahapelien houkutusvaikutusta, voidaan luokitella tähän moraalisten varaumien ryhmään. Kuten Saksan hallitus huomauttaa osuvasti, arvontapelien käyttö mainosalalla on omiaan herättämään ihmisten pelivietin. Varsinkin mahdollisesti hyvin suurten voittojen mahdollisuuden vuoksi näillä peleillä on tiettyä vetovoimaa

67 – Asiassa C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, 14.10.2008 antamassaan ratkaisuehdotuksessa (28–33 kohta) julkisasiamies Bot viittaa raha- ja onnenpelien aiheuttamiin yhteiskunnallisiin riskeihin. Ne voivat saada pelaajat vaarantamaan taloutensa ja perhetilanteensa tai jopa terveytensä. Koska raha- ja onnenpelit tuottavat toisaalta suuria rahasummia, niiden järjestäjä saattaa joutua kiusaukseen ohjailla niitä niin, että arvonnan tai urheilukilpailun tulos on hänelle itselleen mahdollisimman suotuisa. Raha- ja onnenpeleillä voi lisäksi "pestä" laittomasti hankittuja rahasummia.

68 – Ks. asia C-275/92, Schindler, tuomio 24.3.1994 (Kok., s. I-1039, Kok. Ep. XV, s. I-79, 57–60 kohta); asia C-124/97, Läärä ym., tuomio 21.9.1999 (Kok., s. I-6067, 32 ja 33 kohta); asia C-67/98, Zenatti, tuomio 21.10.1999 (Kok., s. I-7289, 30 ja 31 kohta); asia C-243/01, Gambelli, tuomio 6.11.2003 (Kok., s. I-12971, 60–67 kohta) sekä yhdistetyt asiat C-338/04, C-359/04 ja C-360/04, Placanica ym., tuomio 6.3.2007 (Kok., s. I-1891, 45–49 kohta). Ks. lisäksi asia E-1/06, EFTAn valvontaviranomainen v. Norja, tuomio 14.3.2007 (EFTA Court Report, 34 kohta) ja asia E-3/06, Ladbrokes Ltd. v. Norjan hallitus, kulttuuri- ja kirkkoministeriö ja maatalous- ja elintarvikeministeriö, tuomio 30.5.2007 (EFTA Court Report, 44 kohta).

69 – Ks. edellä alaviitteessä 68 mainittu asia Schindler, tuomion 61 kohta; edellä alaviitteessä 68 mainittu asia Läärä ym., tuomion 35 kohta; edellä alaviitteessä 68 mainittu asia Zenatti, tuomion 33 kohta; edellä alaviitteessä 68 mainittu asia Gambelli, tuomion 63 kohta ja edellä alaviitteessä 68 mainitut yhdistetyt asiat Placanica ym., tuomion 47 kohta. Ks. lisäksi asia E-1/06, EFTAn valvontaviranomainen v. Norja, tuomio 14.3.2007 (EFTA Court Report, 29 kohta) ja asia E-3/06, Ladbrokes Ltd. v. Norjan hallitus, kulttuuri- ja kirkkoministeriö ja maatalous- ja elintarvikeministeriö, tuomio 30.5.2007 (EFTA Court Report, 42 kohta).

ihmisiin. Niiden käyttö saattaa herättää potentiaalisten asiakkaiden kiinnostuksen ja ohjata sen tiettyihin kohteisiin valitun mainosstrategian mukaisesti. Esitettyä väitettä, jonka mukaan tällaiseen kaupalliseen menettelyyn liittyy manipulatiivisia osatekijöitä, minkä vuoksi se voi mahdollisesti merkitä huolellisen ammatinharjoittamisen laiminlyöntiä, ei voida yleiseltä kannalta kiistää.

94. Näin ollen kaupallinen menettely, jossa asetetaan tavaran tai palvelun hankinta palkintokilpailuun tai arvontapeliin osallistumisen edellytykseksi, voi tietyissä olosuhteissa olla ristiriidassa direktiivin 5 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisen huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten kanssa.

Onko menettely omiaan vääristämään olennaisesti keskivertokuluttajan käyttäytymistä?

95. Direktiivin 5 artiklan 2 kohdan e alakohdassa tarkoitetulla ”kuluttajien taloudellisen käyttäytymisen olennaisella vääristämisellä” tarkoitetaan direktiiviin sisältyvän oikeudellisen määritelmän mukaisesti ”kaupallisen menettelyn käyttämistä heikentämään tuntuvasti kuluttajan kykyä tehdä perusteltu päätös, mikä saa kuluttajan tekemään sellaisen kaupallisen ratkaisun, johon hän ei muuten olisi päätynyt”. Tällä säännöksellä suojellaan kuluttajan vapautta tehdä päätöksiä. [70]

96. Palkintokilpailujen ja arvontapelien yhdistäminen liiketoimiin on edellä esitetyt riskit [71] huomioon ottaen ja jäsenvaltioiden asianmukaisen harkintavallan perusteella lähtökohtaisesti omiaan vaikuttamaan kuluttajan ostoskäyttäytymiseen olennaisella tavalla. Kuten Saksan hallitus toteaa osuvasti, [72] on mahdollista, että mahdollisuus osallistua arvontapeliin maksutta voi saada kuluttajan käyttämään ostoksiin suunniteltua suurempia summia voidakseen osallistua arvontapeliin. Se on myös lähtökohtaisesti omiaan vaikuttamaan kuluttajaan siten, että tämä tekee muitakin ostoksia tällä tavoin mainostavilta elinkeinonharjoittajilta osallistuakseen arvontapeliin uudestaan.

97. Tältä osin direktiivin 5 artiklan 2 kohdan b alakohdan edellytys periaatteessa täyttyy yleisen tarkastelutavan perusteella.

70 – Sillä ei kuitenkaan suojella kuluttajan taloudellista etua. Ks. edellä alaviitteessä 44 mainittu Abbamonte, G., s. 23, jonka mukaan tämän säännöksen lähtökohtana on perusolettamus, että sopimattomat kaupalliset menettelyt yleensä vääristävät kuluttajan mieltymyksiä, sillä ne vaikuttavat kuluttajan vapauteen tai kykyyn tehdä päätöksiä. Tämän seurauksena kuluttajat Abbamonten mukaan ostavat tavaroita, joita he eivät tarvitse tai joita he – ilman menettelyn vaikutusta – olisivat pitäneet vähempiarvoisina. Direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdan b alakohdassa ei kuitenkaan edellytetä kuluttajaan kohdistuvaa taloudellista vahinkoa. Tällainen edellytys olisi Abbamonten mielestä ollut epäasianmukainen, koska se olisi alentanut kuluttajansuojan tasoa Euroopan unionin alueella.

71 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 93 kohta.

72 – Ks. Saksan hallituksen kirjelmän 23 kohta.

Yksittäisen tapauksen olosuhteiden kattavan arvioinnin välttämättömyys

98. On kuitenkin kyseenalaista, vastaako tämä yleinen tarkastelutapa direktiivin tarkoitusta ja yhteisön lainsäätäjän tahtoa. Kuten esitin yhdistetyissä asioissa C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) antamassani ratkaisuehdotuksessa,[73] sitä, onko yhdistettyjä tarjouksia koskevia kieltoja pidettävä sopimattomina, koska ne täyttävät direktiivin 5 artiklan 2 kohdan edellytykset, ei voida kuitenkaan todeta yleispätevästi, vaan siihen tarvitaan kyseisen kaupallisen menettelyn tapauskohtaista arviointia.

99. Tämä käy yksiselitteisesti ilmi direktiivin johdanto-osan seitsemännestä perustelukappaleesta, jonka mukaan tätä direktiiviä ja erityisesti siihen sisältyviä yleislausekkeita sovellettaessa olisi kiinnitettävä erityistä huomiota yksittäisen tapauksen olosuhteisiin. Sana ”erityisesti” osoittaa myös, että yksittäisen tapauksen arviointi ei koske ainoastaan 5 artiklan 1 kohdan yleislauseketta vaan myös sitä konkretisoivien direktiivin 5–9 artiklan soveltamista. Myös yhteisön lainsäätäjä katsoo johdanto-osan 17 perustelukappaleen perusteella, että yksittäisen tapauksen arviointi direktiivin 5–9 artiklan nojalla on välttämätöntä siinä tapauksessa, että kaupallinen menettely ei kuulu liitteessä I lueteltuihin kaupallisiin menettelyihin. Tämä perustuu vastakohtaispäätelmään johdanto-osan 17 perustelukappaleen kolmannesta virkkeestä, jossa todetaan, että liitteessä I luetellut kaupalliset menettelyt ovat ainoat kaupalliset menettelyt, joita ”voidaan pitää sopimattomina ilman 5–9 artiklan säännöksiin perustuvaa tapauskohtaista arviointia”.

100. UWG:n 4 §:n 6 momentissa säädetty yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto tulkittuna edellä kuvatulla tavalla johtaa lopulta direktiivin liitteeseen I sisältyvän kiellettyjen kaupallisten menettelyjen luettelon laajentamiseen, mikä kuitenkin on kielletty jäsenvaltioilta ottaen huomioon direktiiviin 2005/29 liittyvä täydellinen ja mahdollisimman suuri yhdenmukaistaminen.[74] Lisäksi jäsenvaltioilta on kielletty yksipuolisten lisäysten tekeminen luetteloon, sillä 5 artiklan 5 kohdan mukaan luetteloa voidaan muuttaa ainoastaan muuttamalla direktiiviä itseään eli noudattamalla EY 251 artiklassa määrättyä yhteispäätösmenettelyä.

73 – Ks. edellä alaviitteessä 7 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, ratkaisuehdotuksen 83 kohta.

74 – Ks. edellä alaviitteessä 44 mainittu Abbamonte, G., s. 21, jonka mukaan jäsenvaltiot eivät saa itse täydentää direktiivin 2005/29 liitteeseen I sisältyvää kiellettyjen kaupallisten menettelyjen tyhjentävää luetteloa. Jos niillä olisi lupa toimia näin, tämä johtaisi direktiivin tavoitteena olevan mahdollisimman suuren yhdenmukaistamisen kiertämiseen, mikä tekisi tyhjäksi oikeusvarmuuden tavoitteen saavuttamisen. Ks. edellä alaviitteessä 33 mainittu Seichter, D., s. 1095, jonka mukaan UWG:n 4 §:n 6 momentissa säädetty yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto on kumottava, koska se menee liitteessä I säädettyjä tapausryhmiä pidemmälle.

101. Yhteisön lainsäätäjä jättää konkreettisten olosuhteiden, erityisesti keskivertokuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen kohdistuvan vaikutuksen arvioinnin, perusteella tapahtuvan kaupallisen menettelyn sopivuuden arvioinnin kansallisille tuomioistuimille tai hallintoviranomaisille. Direktiivin johdanto-osan 18 perustelukappaleen sanamuoto viittaa nimenomaisesti tähän. [75] Direktiivin 11 ja 12 artiklan mukaan tuomioistuinten tai hallintoviranomaisten tehtävänä on huolehtia direktiivin noudattamisesta jäsenvaltion tasolla luotavien seuraamusjärjestelmien avulla. [76] Jos Saksan lainsäätäjä säätää direktiivin liitteeseen I sisältyvää luetteloa pidemmälle menevistä kielloista eikä jätä harkintavaltaa lakia tulkitsevan ja täytäntöönpanevan valtiovallan elimille, joille direktiivi 2005/29 yhtä lailla on osoitettu, se tekee tyhjäksi direktiivin tavoitteen tehokkaasta täytäntöönpanosta jäsenvaltion tasolla. [77]

102. Yksittäisen tapauksen olosuhteiden kattava arviointi sovellettaessa direktiivin 5 artiklan 2 kohtaa on sitäkin välttämättömämpi, koska ei voida katsoa, että kaikenlaiseen tavaran myynnin ja arvontapelin toisiinsa liittämiseen lähtökohtaisesti ja sinänsä sisältyy Saksan hallituksen mainitsema vilpillinen vaikutus. Direktiivin 5 artiklan 2 kohdan b alakohdassa mainitun ”olennaisuuden” edellytyksen vuoksi tapauskohtainen

75 – Näin todetaan myös artikkelissa Bernitz, U., ”The Unfair Commercial Practices Directive: Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition”, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk, 2007, s. 39, joka myös viittaa direktiivin johdanto-osan 18 perustelukappaleeseen. Siinä todetaan seuraavaa: ”Kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö huomioon ottaen käytettävä omaa harkintakykyään keskivertokuluttajan tyypillisen reaktion arvioimiseksi kussakin tapauksessa.” Lisäksi johdanto-osan 20 perustelukappaleessa mainitaan hallinnolliset toimet ja oikeustoimet.

76 – Yhteisön jäsenvaltioissa käytetään – historiallisen kehityksen ja oikeusjärjestysten erilaisten rakenteiden vuoksi – monenlaisia sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin liittyviä seuraamusjärjestelmiä. Yhteisön oikeudessa on tähän asti ainoastaan paikoitellen yhdenmukaistettu jäsenvaltioiden seuraamus- ja menettelysäännöksiä, eikä siinä säädetä mistään tietystä sopimattomien kaupallisten menettelyjen torjumiseen tarkoitetusta järjestelmästä. Direktiivi 2005/29 ei aiheuta muutosta jäsenvaltioiden erilaisten täytäntöönpanojärjestelmien hyväksymiseen yhteisön oikeudessa. Kansallisten lainsäätäjien tehtäväksi jää päättää, tapahtuuko sopimattomien kaupallisten menettelyjen torjunta hallinnollisten, rikosoikeudellisten vai siviilioikeudellisten menettelyjen mukaisesti, kuten direktiivin 11 artiklan 1 kohdan 3 alakohdassa vahvistetaan. Erilaisten seuraamusjärjestelmien yhdistelmät ovat sallittuja. Kansallinen lainsäätäjä voi lisäksi määrittää, sovelletaanko tuomioistuinmenettelyä ja/tai hallinnollista menettelyä (ks. Alexander, C., ”Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, nro 10, s. 810 ja edellä alaviitteessä 10 mainittu Massaguer, J., s. 144).

77 – Edellä alaviitteessä 36 mainittu Stuyck, J., s. 170, viittaa siihen, että direktiivissä 2005/29 vaaditaan kaupallisen menettelyn sopimattomuuden tapauskohtaista tutkimusta. Sen vuoksi hän katsoo, että kansallista säännöstä, joka sisältää tiettyjen myynninedistämismuotojen, kuten tappiolla myynnin, voittotarjousten, kuponkien, tyhjennysmyyntien jne. lähtökohtaisen kiellon tai jossa niistä säädetään abstraktisti jättämättä tuomioistuimelle valtaa tapauskohtaisesti harkita, onko kyseistä kaupallista menettelyä pidettävä sopimattomana kuluttajien kannalta, ei voida direktiivin 2005/29 vuoksi enää pitää voimassa.

tutkiminen on välttämätöntä. [78] On kuitenkin mahdollista kuvitella tapauksia, joissa houkutus osallistua arvontapeliin tai palkintokilpailuun ei vaikuta kuluttajan ostokäyttäytymiseen ollenkaan tai ei vaikuta siihen olennaisesti.

103. Pääasian osalta voidaan väittää – haluamatta ennakoida arviointia, jonka kansalliset tuomioistuimet tekevät osana niille kuuluvaa yhteisön oikeuden soveltamista pääasiassa [79] – että mahdollisuus pelata lottoa on tuskin omiaan saamaan keskivertokuluttajaa aina tekemään 100 euron suuruisia ostoksia, varsinkin kun ensinnäkin summa on suhteellisen suuri ja toiseksi peliin voi loppujen lopuksi osallistua kuka tahansa. On syytä yhtyä Espanjan hallituksen näkemykseen siltä osin, että keskivertokuluttaja, joka haluaa pelata lottoa, ei yleensä kerää 100 euron suuruisia ostoksia päästäkseen pelaamaan lottoa. [80] Keskivertokuluttaja siis hyvinkin tajuaa riidanalaisessa tapauksessa, että etu rajoittuu maksuttomaan lottoon osallistumiseen ja että hänen on etu saadakseen hankittava tavaroita 100 euron arvosta. Tätä taustaa vasten hän voi päättää vapaasti, osallistuuko hän kampanjaan vai hankkiiko tarvitsemansa tavarat kilpailijalta. [81]

104. Tiivistäen voidaan todeta, että UWG:n 4 §:n 6 momentin kaltainen kansallinen säännös tulkittuna siten, että siinä lähtökohtaisesti kielletään yhdistetyt tarjoukset antamatta mahdollisuutta ottaa huomioon kulloisenkin yksittäisen tapauksen olosuhteet, on luonteeltaan rajoittavampi ja ohjailevampi kuin direktiivin 2005/29 säännökset.

105. Tässä yhteydessä on todettava, että UWG:n 4 §:n 6 momentti koskee osa-aluetta, joka on täydellisen yhdenmukaistamisen kohteena ja johon ei sovelleta direk-

78 – Ks. vastaavasti Bloß, A., "Zum Kopplungsverbot für Preisausschreiben und Gewinnspielen", *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, nro 5, 2008, s. 487. Bloß katsoo, että tapauskohtainen tutkimus on direktiivin mukaan tehtävä erityisesti olennaisuuden perusteella. Jos yhteisön lainsäätäjä olisi halunnut kieltää ostoihin yhdistetyt arvontapelit, tämä kielto olisi pitänyt nimenomaisesti sisällyttää direktiivin liitteeseen I. Bloßin mukaan ostojen yhdistäminen arvontapeleihin ei lähtökohtaisesti ja sinänsä ole omiaan vaikuttamaan kuluttajien ostokäyttäytymiseen olennaisesti. UWG:n 4 §:n 6 momentti ei kuitenkaan mahdollista tapauskohtaista tutkimusta, jonka sen sijaan direktiivissä säädetyt sopimattomuuden edellytykset mahdollistavat. Tältä osin Bloß pitää epätodennäköisenä, että UWG:n 4 §:n 6 momentissa säädettyä yhdistettyjä tarjouksia koskeva yleinen kielto voidaan pitää voimassa. Leible, S., "BGH: Vereinbarkeit des deutschen Gewinnspiel-Kopplungsverbots mit der EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung*, 2008, 269 263, katsoo, että jos yhteisön lainsäätäjä olisi aikonut määrätä yhdistettyjä palkintokilpailuja ja arvontapelejä koskevan kiellon sinänsä, riippumatta siitä, aiheutuuko yhdistämisestä kuluttajaan kohdistuvia asiattomia vaikutuksia, palkintokilpailut ja arvontapelit, jotka on yhdistetty liiketoimiin, olisi pitänyt sisällyttää direktiivin 2005/29 liitteeseen I kaupallisena menettelynä, jota pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomana.

79 – Ks. Craig, P. ja De Búrca, G., *EU Law*, 4. painos, Oxford, 2008, s. 492, jonka mukaan EY 234 artiklassa annetaan yhteisöjen tuomioistuimelle toimivalta tulkita perustamissopimusta muttei kuitenkaan nimenomaisesti soveltaa sitä pääasiaan. Tulkinnan ja soveltamisen välinen rajanveto on ominaista yhteisöjen tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten väliselle toimivallan jaolle. Sen mukaisesti yhteisöjen tuomioistuin tulkitsee perustamissopimusta ja kansalliset tuomioistuimet soveltavat tätä tulkintaa tapauskohtaisesti.

80 – Ks. Espanjan hallituksen kirjelmän 10 kohta.

81 – Ks. vastaavasti myös Seichter, D., "EuGH-Vorlage zum Kopplungsverbot ('Millionen-Chance')", *juris PraxisReport Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, 8/2008, huomautus 2.

tiivin 3 artiklan 5 kohdan siirtymäsäännöksiä. Siihen ei myöskään sovelleta direktiivin 3 artiklan 9 kohdan poikkeussäännöstä.

Komission ehdotuksen Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi myynninedistämisestä sisämarkkinoilla peruuttaminen

106. On syytä pohtia, miten se, että komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi myynninedistämisestä sisämarkkinoilla [82] peruutettiin, vaikuttaa nyt käsiteltävän asian tulkintaan. Saksan hallitus nojautuu lähinnä yksittäisiin muutoksiin, joita komission ehdotukseen tehtiin lainsäädäntömenettelyn aikana [83] ja joiden perusteella voidaan Saksan hallituksen mukaan päätellä, että jäsenvaltioiden keskuudessa ja Euroopan parlamentissa vallitsee laaja yksimielisyys yhdistettyjä tarjouksia koskevan yleisen kiellon välttämättömyydestä. [84]

107. Saksan hallituksen mukaan Saksan lainsäätäjä viittasi säätäessään UWG:n, joka tuli voimaan 8.7.2004, muutettuun komission ehdotukseen ja sisällytti UWG:n 4 §:n 6 momentin perusteluihin Euroopan parlamentin esittämät perusteet. Sen mukaan toimenpidettä pidetään kilpailun vastaisena, koska sillä pyritään hyödyntämään peliviettiä ja siten hämärtämään kuluttajan arvostelukykyä.

108. Toisin kuin Saksan hallitus väittää, komission ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi myynninedistämisestä sisämarkkinoilla ja lainsäädäntömenettelyn aikana tehdyistä muutosehdotuksista ei voida tehdä päätelmiä direktiivin 2005/29 tulkinnasta, sillä Saksan hallitus perustaa väitteensä ehdotukseen yhteisön oikeussäännöksi, joka ei lopulta tullut lainkaan voimaan. Tämän vuoksi se ei voi vedota luottamuksensuojaan. [85] Kuten Saksan hallitus itse toteaa, asetusta ja direktiiviä 2005/29 koskevat lainsäädäntömenettelyt olivat osittain samanaikaisia. Neuvostossa edustettuna olevan jäsenvaltion perustuslaissa säädettynä edustajana Saksan hallitus osallistui ratkaisevalla tavalla kumpaankin lainsäädäntömenettelyyn ja oli sen vuoksi aina tietoinen niiden edistymisestä. [86] Näin

82 – Komission ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus myynninedistämisestä sisämarkkinoilla, 15.1.2002, KOM(2001) 546 lopullinen.

83 – Muutettu komission ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus myynninedistämisestä sisämarkkinoilla, 25.10.2002, KOM(2002) 585 lopullinen.

84 – Ks. Saksan hallituksen kirjelmän 18–21 kohta.

85 – Ks. osittain samankaltaisia Belgian ja Ranskan hallitusten esittämiä väitteitä koskevat päätelmät edellä alaviitteessä 7 mainituissa yhdistetyissä asioissa VTB-VAB ja Galatea antamani ratkaisuehdotuksen 91 kohdassa.

86 – Saksan hallituksen antamasta lakiesityksestä (BT-Drucksache 15/1487, s. 12) käy ilmi, että Saksan hallitus oli tietoinen siitä, että Euroopan yhteisön toimielinten käsiteltävänä oli tuolloin kaksi ehdotusta sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin liittyvän oikeuden alalta. Kysymyksessä oli ensinnäkin Euroopan parlamentin käsittelyn jälkeen muutettu ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi myynninedistämisestä sisämarkkinoilla, jonka Saksan hallituksen mukaan ”Saksan hallitus ja myös useimmat muut jäsenvaltiot aikovat hylätä”. Toiseksi Saksan hallitus viittaa puitedirektiiviehdotukseen, joka sen mukaan ”vastaa paremmin Saksan hallituksen käsityksiä”.

ollen se ei voi oikeudellisesti pätevällä tavalla vedota tietämättömyyteen näiden kahden lainsäädäntömenettelyn vaiheista. [87]

109. Yhteisöjen tuomioistuin on korostanut neuvostossa edustettuna olevien jäsenvaltioiden hallitusten erityistä vastuuta direktiivien täytäntöönpanon yhteydessä. Koska jäsenvaltioiden hallitukset osallistuvat direktiivien valmistelutyöhön, yhteisöjen tuomioistuin on päätellyt, että niiden on kyettävä valmistelemaan tarvittavat säädökset direktiivien täytäntöön panemiseksi määräajassa. [88]

110. Saksan hallituksen olisi pitänyt tarvittaessa viimeistään komission ehdotuksen peruuttamisen ajankohtana [89] arvioida, miltä osin direktiivin 2005/29 aineellinen soveltamisala tulisi ulottumaan myös suunnitellun asetuksen siihenastiselle soveltamisalalle. Tällaisen menettelyn tarpeellisuus oli ilmeinen, koska direktiivin alkuperäisen lähestymistavan mukaan sen tavoitteena oli ensinnäkin ottaa käyttöön yhteisön kuluttajansuojaoikeuteen liittyviä yleisiä, toissijaisia säännöksiä ja toiseksi saada aikaan jäsenvaltioiden sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevien säännösten täydellinen yhdenmukaistaminen. [90] Sitä taustaa vasten, että peruuttaminen tapahtui ajankohtana, jolloin direktiivin täytäntöönpanolle varattu määräaika ei ollut vielä päättynyt, Saksan lainsäätäjän tehtävänä oli ottaa nämä tiedot huomioon kansallista lainsäädäntöä mukauttaessaan.

111. Tämä väite on näin ollen hylättävä.

4. Päätelmät

112. Edellä esitetyn perusteella päättelen, että Saksan korkeimman oikeuden oikeuskäytännön mukainen UWG:n 3 §:n ja 4 §:n 6 momentin tulkinta, jossa tämän kansallisen säännöksen katsotaan merkitsevän yhdistettyjen tarjousten kieltoa palkintokilpailujen tai arvontapelien yhteydessä, [91] ei vastaa direktiivin mukaista tulkintaa.

113. Tämän vuoksi direktiivin 2005/29/EY 5 artiklan 2 kohtaa on tulkittava siten, että se

87 – Ks. asia C-319/06, komissio v. Luxemburg, tuomio 19.6.2008 (Kok., s. I-4323, 45 kohta), jossa 13.9.2007 antamassani ratkaisuehdotuksessa katsoin, että erään hallituksen on myönnettävä, että se on neuvostossa edustettuna olevan jäsenvaltion perustuslaissa säädettynä edustajana saanut tiedon tulkintaa koskevasta lausumasta, jonka kyseinen toimielin on antanut lainsäädäntömenettelyn yhteydessä.

88 – Ks. asia 301/81, komissio v. Belgia, tuomio 1.3.1983 (Kok., s. 467, Kok. Ep. VII, s. 37, 11 kohta) ja asia C-319/99, komissio v. Ranska, tuomio 23.11.2000 (Kok., s. I-10439, 10 kohta).

89 – Komission päätös asetusehdotuksen peruuttamisesta julkaistiin EUVL:ssä vuonna 2006, C 64, s. 3. Komissio oli kuitenkin ilmoittanut peruuttamisesta neuvostolle ja Euroopan parlamentille jo 27.9.2005 toimittamassaan tiedonannossa ”Vireillä olevien lakiehdotusten seulonnan tulokset”, KOM(2005) 462 lopullinen, s. 10.

90 – Näin toteaa myös edellä alaviitteessä 36 mainittu Stuyck, J., s. 161, joka olettaa, että monet jäsenvaltiot eivät ilmeisesti olleet selvillä siitä, että peruutetun asetusehdotuksen ammatinharjoittajien ja kuluttajien välistä suhdetta koskevat säännökset sisällytettiin lopulta direktiiviin 2005/29 (sen täydellistä yhdenmukaistamista koskevan tavoitteen vuoksi).

91 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 81–83 kohta.

on esteenä sellaiselle kansalliselle säännökselle, jonka nojalla kaupallinen menettely, jossa kuluttajien osallistuminen palkintokilpailuun tai arvontapeliin edellyttää tavaran tai palvelun hankintaa, on lähtökohtaisesti kielletty riippumatta siitä, vaikutetaanko tällaisella mainontatoimenpiteellä yksittäisessä tapauksessa kuluttajien etuihin epäedullisesti.

VII Ratkaisuehdotus

114. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Bundesgerichtshofin esittämään kysymykseen seuraavasti:

Sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja neuvoston direktiivin 84/450/ETY, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 97/7/EY, 98/27/EY ja 2002/65/EY sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta 11.5.2005 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/29/EY (sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi) 5 artiklan 2 kohtaa on tulkittava siten, että se on esteenä sellaiselle kansalliselle säännökselle, jonka nojalla kaupallinen menettely, jossa kuluttajien osallistuminen palkintokilpailuun tai arvontapeliin edellyttää tavaran tai palvelun hankintaa, on lähtökohtaisesti kielletty riippumatta siitä, vaikutetaanko tällaisella mainontatoimenpiteellä yksittäisessä tapauksessa kuluttajien etuihin epäedullisesti.