JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

PAOLO MENGOZZI

13 päivänä syyskuuta 2007 [1]

I Johdanto

1. Ennakkoratkaisupyyntö koskee EY 28 ja EY 30 artiklan tulkintaa sekä tietoyhteiskunnan palveluja, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä, sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista 8.6.2000 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2000/31/EY (”Direktiivi sähköisestä kaupankäynnistä”) [2] tulkintaa.

2. Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jonka osapuolina on kaksi saksalaista yhtiötä, Dynamic Medien Vertriebs GmbH (jäljempänä Dynamic Medien) ja Avides Media AG (jäljempänä Avides), ja joka koskee jälkimmäisen Internetin välityksellä harjoittamaa sellaisten kuvaohjelmien postimyyntiä, joita Saksan toimivaltainen elin ei ole tarkastanut ja luokitellut alaikäisten suojelemiseksi.

II Asiaa koskeva kansallinen lainsäädäntö

3. Jugendschutzgesetzin (23.7.2002 annettu laki alaikäisten suojelusta, jäljempänä JuSchG) [3] 1 §:n 4 momentissa todetaan, että ”postimyynnillä” tarkoitetaan kyseisessä laissa ”kaikkia vastikkeellisia liiketoimia, joissa tavara tilataan ja lähetetään postitse tai sähköisesti ilman myyjän ja ostajan välistä henkilökohtaista kanssakäymistä tai ilman, että teknisin tai muunlaisin keinoin taataan, ettei lähetettyä tavaraa luovuteta lapsille tai nuorille”. [4]

1 – Alkuperäinen kieli: italia.

2 – EYVL L 178, s. 1.

3 – BGBl. 2002 I, s. 2730.

4 – Tämä alaviite ei koske suomenkielistä versiota.

4. JuSchG:n 12 §:n 1 momentissa säädetään, että valmiiksi nauhoitettuja videokasetteja ja muita kuvaohjelmia voidaan tarjota julkisesti lapsille tai nuorille ainoastaan edellyttäen, että ohjelma on heidän ikäryhmälleen sallittu ja että osavaltion ylin viranomainen tai vapaaehtoinen itsesääntelyelin on ne JuSchG:n 14 §:n 6 momentin mukaisessa menettelyssä merkinnyt, tai että kysymys on tiedotus-, kasvatus- tai opetusohjelmasta, jonka myyjä on merkinnyt ”tiedotusohjelmaksi” tai ”opetusohjelmaksi”.

5. JuSchG:n 12 §:n 3 momentissa säädetään, että ”kuvaohjelmia, joita JuSchG:n 14 §:n 2 momentin mukaisesti osavaltion ylin viranomainen tai vapaaehtoinen itsesääntelyelin JuSchG:n 14 §:n 6 momentin mukaisessa menettelyssä tai JuSchG:n 14 §:n 7 momentin mukaisesti niiden myyjä ei ole merkinnyt tai on merkinnyt alaikäisiltä kielletyiksi ei saa

1. tarjota, myydä tai muulla tavalla luovuttaa lapselle tai nuorelle,

2. tarjota tai luovuttaa vähittäiskaupassa, joka tapahtuu elinkeinonharjoittajan toimitilojen ulkopuolella, myyntikojuissa tai muissa sellaisissa myyntipisteissä, joihin asiakkaat eivät normaalisti astu sisään, taikka postimyynnissä”. [5]

III Tosiseikat, ennakkoratkaisukysymykset ja oikeudenkäynnin kulku

6. Saksaan sijoittautunut Avides myy ääni- ja kuvaohjelmia postimyynnissä Internet-sivustolla ja verkkokauppaympäristössä.

7. Pääasia koskee tämän yhtiön Saksassa harjoittamaa, Yhdistyneestä kuningaskunnasta tuotujen ja japanilaisia, animeksi kutsuttuja piirroselokuvia sisältävien kuvaohjelmien (DVD:itä tai videokasetteja) postimyyntiä. Ennen maahantuontia British Board of Film Classification (brittiläinen elokuvien valvontaelin, jäljempänä BBFC) on tarkastanut ne. Yhdistyneessä kuningaskunnassa voimassa olevien säädösten perusteella kyseinen elin on selvittänyt, millaiselle

5 – Tämä alaviite ei koske suomenkielistä versiota.

yleisölle ohjelmat on suunnattu, ja luokitellut ne kuuluviksi ”kielletty alle 15-vuotiailta” -luokkaan. Kyseisissä kuvaohjelmissa on asiasta BBFC:n merkintä.

8. Dynamic Medien, joka on Avidesin kilpailija, vaatii Landgericht Koblenzia kieltämään Avidesia myymästä kyseisiä kuvaohjelmia postimyynnissä, koska niitä ei ole Saksassa asiaa koskevan kansallisen lainsäädännön mukaisesti tarkastettu eikä luokiteltu eikä niissä ole mitään merkintää toimivaltaisen saksalaisen valvontaelimen tekemää luokittelupäätöstä vastaavasta alaikärajasta.

9. Turvaamistoimia koskeneessa menettelyssä Oberlandesgericht Koblenz katsoi, että sellaisten kuvaohjelmien postimyynti, joissa on merkintä ainoastaan BBFC:n asettamasta alaikärajasta, on JuSchG:n 12 §:n 3 momentin vastaista ja kilpailua vääristävää toimintaa.

10. 25.4.2006 tehdyllä, 31.5.2006 jätetyllä päätöksellään Landgericht Koblenz lykkäsi asian käsittelyä esittääkseen yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko Saksan lainsäädäntöön sisältyvä säännös, jossa kielletään sellaisten kuvaohjelmien (DVD:t, videokasetit) postimyynti, joissa ei ole merkintää, jonka mukaan ne on tarkastettu Saksassa alaikäisille soveltuviksi, ristiriidassa EY 28 artiklassa tarkoitetun tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen kanssa?

Erityisesti:

Onko tällaisten kuvaohjelmien postimyyntikielto EY 28 artiklassa tarkoitettu vaikutukseltaan vastaava toimenpide?

Jos tähän kysymykseen vastataan myöntävästi:

Voidaanko tällainen kielto oikeuttaa EY 30 artiklan perusteella direktiivi 2000/31/EY huomioon ottaen myös siinä tapauksessa, että kuvaohjelma on tarkastettu alaikäisille soveltuvaksi toisessa EU:n jäsenvaltiossa ja siinä on vastaava merkintä, vai onko tällainen toisen jäsenvaltion suorittama valvonta tässä määräyksessä tarkoitettu vähemmän rajoittava toimenpide?”

11. Yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 23 artiklan mukaisesti kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Avides sekä Saksan, Irlannin ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitukset ja komissio.

12. Samojen osapuolten edustajat sekä Dynamic Medienin edustajat ovat esittäneet suullisia huomautuksia 2.5.2007 pidetyssä istunnossa.

IV Oikeudellinen tarkastelu

A *Kyseessä olevan Saksan lainsäädännön tarkastelu*

13. Kansallisen tuomioistuimen huomio keskittyy JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohtaan, jossa kielletään sellaisten kuvaohjelmien postimyynti, joissa ei ole merkintää, jonka mukaan osavaltion ylin viranomainen tai vapaaehtoinen itsesääntelyelin (jäljempänä toimivaltainen saksalainen elin) on tarkastanut ja luokitellut ne alaikäisten suojelemiseksi. On riidatonta, että tämä kielto koskee sekä postitse että sähköisesti Internetin kautta tapahtuvaa myyntiä (tilaus ja/tai toimitus tapahtuu postin ja/tai Internetin välityksellä).

14. Lisäksi todetaan, että kieltoa sovelletaan sekä Saksaan sijoittautuneisiin myyjiin, kuten Avidesiin, että muihin valtioihin sijoittautuneisiin myyjiin. Tämä tarkennus on tärkeä erityisesti siksi, että pääasian ratkaisemiseksi on vastattava Landgericht Koblenzin esittämään ennakkoratkaisukysymykseen tarkastelemalla kyseistä kieltoa, *kun sitä sovelletaan Saksaan sijoittautuneeseen myyjään,* eikä siis niiltä osin kuin sitä voidaan soveltaa toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneeseen myyjään. [6]

15. Sitä paitsi on huomattava, että kyseinen kielto kuuluu osana laajempaan, JuSchG:iin sisältyvään säännöstöön, jonka tarkoituksena on alaikäisten suojelu tiedotusvälineissä, ja erityisesti siihen nimenomaiseen säännöstöön, joka tästä asiasta annetaan JuSchG:n 12 §:ssä elokuvia tai pelejä sisältävien kuvaohjelmien osalta.

16. Tästä nimenomaisesta säännöstöstä käy pääasiallisesti ilmi, ettei mainittuja kuvaohjelmia – tiedotus- tai opetusohjelmia sisältäviä ja myyjän sellaisiksi merkitsemiä ohjelmia lukuun ottamatta – saa tarjota lapsille ja nuorille, jos toimivaltainen saksalainen elin on merkinnyt ne alaikäisiltä kielletyiksi tai jos niissä ei ole mitään kyseisen

6 – Käsiteltävänä oleva asia kuuluu kuitenkin kiistatta yhteisöoikeuden soveltamisalaan, koska se koskee Yhdistyneestä kuningaskunnasta peräisin olevien tuotteiden myyntiä Saksassa.

elimen merkintää siksi, ettei se ole niitä tarkastanut, ja ettei niitä tällöin saa muutoinkaan myydä tietyillä tavoilla (vähittäismyynti elinkeinonharjoittajan toimitilojen ulkopuolella tai myyntipisteissä, joihin asiakkaat eivät normaalisti astu sisään; postimyynti), joilla ei voi estää lapsia ja nuoria joutumasta kosketuksiin tällaisten kuvaohjelmien kanssa tai saamasta niitä haltuunsa.

17. JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohtaan sisältyvä postimyyntikielto kuuluu siis osana sääntelyjärjestelmään, jonka tarkoituksena on estää lapsia ja nuoria joutumasta kosketuksiin sellaisten kuvaohjelmien kanssa, joita toimivaltainen saksalainen elin ei ole tarkastanut tai jotka se on luokitellut alaikäisiltä kielletyiksi, tai saamasta sellaisia haltuunsa. Tästä todistaa myös se Saksan hallituksen voimakkaasti korostama seikka, ettei kyseinen kielto ole ehdoton, koska – kuten JuSchG:n 1 §:n 4 momentista käy ilmi – se koskee ainoastaan sellaisia postitse tai sähköisesti tehtyjä liiketoimia, jotka tapahtuvat ilman henkilökohtaista kanssakäymistä myyjän ja ostajan välillä tai ilman, että voidaan taata, ettei tavaraa luovuteta lapsille tai nuorille. Saksan hallitus tarkensi, että myös sellaisten kuvaohjelmien, joita toimivaltainen saksalainen elin ei ole tarkastanut tai jotka se on luokitellut alaikäisiltä kielletyiksi, postimyynti Saksassa voi olla laillista, kun soveltuvin keinoin taataan, että sekä tilauksen tekijä että tavaran vastaanottaja ovat aikuisia (”suojattu” postimyynti).

18. Vaikuttaisi siltä, että tästä Saksan hallituksen esittämästä tarkennuksesta voidaan päätellä, ettei toimivaltaisen saksalaisen elimen suorittama kuvaohjelmien tarkastus ja luokittelu ole varsinainen myyjiin kohdistuva *pakko,* vaan yksinkertaisesti *velvollisuus,* jonka täyttämisestä seuraa, ettei myyntiin voida soveltaa JuSchG:n 12 §:n 3 momentissa säädettyjä rajoituksia sellaisten kuvaohjelmien myynnistä, joita mainittu elin ei ole tarkastanut, ja erityisesti, ettei myyjän, joka haluaa myydä tällaista tavaraa postimyynnissä, tarvitse turvautua keinoihin, jotka tekevät postimyynnistä ”suojattua”. [7]

19. Kyseessä olevasta kansallisesta lainsäädännöstä ei siis juonnu pakkoa alistaa maahantuodut kuvaohjelmat kansalliseen tarkastus- ja luokittelumenettelyyn ja merkitä ne tämän luokittelun mukaisesti,

7 – Sitä paitsi en löydä Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugendin (saksalainen perhe-, vanhus-, nais- ja nuorisoasiain ministeriö) Internet-sivustolla saatavana olevasta JuSchG:n tekstistä, erityisesti elokuvien ja elokuvaohjelmien ja pelien merkintää koskevasta 14 §:stä, pakkoa antaa Saksassa myytäviksi tarkoitetut kuvaohjelmat toimivaltaisen saksalaisen elimen tarkastettaviksi ja luokiteltaviksi. Lisäksi JuSchG:n 27 ja 28 §:ään, joissa säädetään JuSchG:n määräysten rikkomisesta seuraavista rangaistuksista, ei sisälly mitään rangaistusta siitä, että kuvaohjelmaa ei anneta toimivaltaisen saksalaisen elimen tarkastettavaksi.

eikä myöskään kieltoa myydä maahantuotuja kuvaohjelmia, jotka eivät ole olleet tällaisen menettelyn ja merkinnän kohteina, eikä ehdotonta kieltoa hyödyntää niiden markkinoinnissa tiettyä kanavaa, kuten postimyyntiä.

20. Tosiasia on kuitenkin, että JuSchG:n 12 §:n 3 momentissa säädetään niin maahantuotujen kuin muidenkin kansallista tarkastus- ja luokittelumenettelyä läpikäymättömien kuvaohjelmien osalta suhteellinen luovutuskielto, toisin sanoen kielto, joka koskee tiettyä mahdollisten ostajien ryhmää (alaikäiset) ja johon liitetään näiden tavaroiden osalta kielto myydä niitä elinkeinonharjoittajan toimitilojen ulkopuolella tai myyntipisteissä, joihin asiakkaat eivät normaalisti astu sisään, sekä postimyyntiä koskevia rajoittavia ehtoja, joiden tarkoituksena on sulkea pois alaikäiset ostajat.

B *Yhteisön yhdenmukaistamistoimien mahdollinen merkitys*

21. Ensinnäkin on komission tavoin muistutettava, että kun ala on yhteisön tasolla yhdenmukaistettu tyhjentävästi, on kaikkia siihen liittyviä kansallisia toimia arvioitava suhteessa kyseiseen yhdenmukaistamistoimeen, eikä suhteessa primaarioikeuden, erityisesti EY 28 ja EY 30 artiklan, määräyksiin. [8]

22. Tämän ennakkoratkaisumenettelyn yhteydessä on vedottu asiaa mahdollisesti koskevina yhteisön yhdenmukaistamistoimina direktiiviin 2000/31 sekä kuluttajansuojasta etäsopimuksissa 20.5.1997 annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 97/7/EY. [9]

23. Direktiivistä 2000/31 on ensinnäkin muistettava, että sen tavoitteena on edistää sisämarkkinoiden moitteetonta toimintaa luomalla sähköiselle kaupankäynnille oikeudelliset puitteet, joilla on tarkoitus varmistaa tietoyhteiskunnan palvelujen vapaa liikkuvuus jäsenvaltioiden välillä. Kuten direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa todetaan, direktiivillä lähennetään ainoastaan *”tiettyjä* tietoyhteiskunnan palveluihin sovellettavia kansallisia säännöksiä, jotka koskevat sisämarkkinoita, palvelun tarjoajien sijoittautumista, kaupallista viestintää, sähköisessä muodossa tehtäviä sopimuksia, välittäjien vastuuta, käytännesääntöjä, tuomioistuinten ulkopuolella tapahtuvaa riitojen ratkaisemista,

8 – Ex multis asia C-324/99, DaimlerChrysler, tuomio 13.12.2001 (Kok. 2001, s. I-9897, 32 kohta); asia C-99/01, Linhart ja Biffl, tuomio 24.10.2002 (Kok. 2002, s. I-9375, 18 kohta) ja asia C-322/01, Deutscher Apothekerverband, tuomio 11.12.2003 (Kok. 2003, s. I-14887, 64 kohta).

9 – EYVL L 144, s. 19.

oikeussuojakeinoja ja jäsenvaltioiden välistä yhteistyötä”. [10]

25. Kansallinen tuomioistuin sekä Saksan ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitukset ovat korostaneet, että direktiivillä 2000/31 jätetään nimenomaisesti kansallisille viranomaisille liikkumavaraa alaikäisten suojelussa. Ne ovat huomauttaneet, että direktiivin 3 artiklan 4 kohdan a alakohdan i alakohdan ensimmäisen alakohdan nojalla jäsenvaltiot voivat ryhtyä jonkin tietyn tietoyhteiskunnan palvelun, kuten Internetin kautta tapahtuvan tavaran myynnin, osalta toimenpiteisiin, jotka ovat tarpeellisia ”yleisen järjestyksen”, erityisesti ”alaikäisten suojelun” perusteella.

24. Vaikka katsottaisiin, että hyödykkeiden myynti Internetin välityksellä olisi direktiivissä tarkoitettu ”tietoyhteiskunnan palvelu” [11] ja että sellainen kansallinen lainsäädäntö kuin JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohdan postimyyntikielto kuuluisi direktiivin ”yhteensovitettuun alaan”, [12] yksikään ennakkoratkaisumenettelyn osapuolista ei ole täsmentänyt – enkä minäkään kykene näkemään – mikä tähän direktiiviin sisältyvä määräys olisi mahdollisesti toteuttanut sellaisen alaikäisten suojelua Internetin välityksellä tapahtuvassa postimyynnissä koskevien kansallisten määräysten tyhjentävän yhdenmukaistamisen, joka sulkisi pois edellä mainitun mukaisen kiellon ja EY 28 ja EY 30 artiklan välisen yhteensopivuuden arvioimisen.

26. Huomautan kuitenkin, ettei viittauksella direktiivin 2000/31 3 artiklan 4 kohtaan ole merkitystä käsiteltävänä olevassa asiassa.

27. Kyseinen 3 artikla sisältää niin sanotun sisämarkkinalausekkeen, jonka perusteella tietoyhteiskunnan palvelun tarjoajat voivat toimia yhteisön alueella pysyen direktiivin yhteensovitetun alan osalta sen jäsenvaltion säännösten alaisina, johon he ovat sijoittautuneet. Artiklan 1 kohdassa säädetäänkin, että ”kunkin jäsenvaltion on huolehdittava siitä, että sen alueelle sijoittautuneen palvelun tarjoajan tarjoamien tietoyhteiskunnan palvelujen osalta noudatetaan kyseisessä jäsenvaltiossa sovellettavia, yhteensovitettuun alaan kuuluvia kysymyksiä koskevia

10 – Kursivointi tässä.

11 – Tähän näyttäisi viittaavan direktiivin 18 perustelukappale, jonka mukaisesti ”tietoyhteiskunnan palveluihin kuuluu suuri määrä verkossa toteutettavia taloudellisia toimia”, jotka ”voivat olla erityisesti verkossa suoritettavaa tavaroiden myyntiä”.

12 – Direktiivin 2 artiklan h kohdan mukaisesti mainittu yhteensovitettu ala kattaa jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmissä asetetut, tietoyhteiskunnan palvelun tarjoajiin tai tietoyhteiskunnan palveluihin sovellettavat vaatimukset riippumatta siitä, ovatko vaatimukset yleisluonteisia vai erityisesti tähän tarkoitukseen suunnattuja, ”vaatimukset, joita palvelun tarjoajan on noudatettava” sekä aloittaessaan että jatkaessaan tietoyhteiskunnan palvelun tarjontaa (erityisesti ”palvelun tarjoajan käyttäytymistä koskevat taikka palvelun laatuun tai sisältöön liittyvät vaatimukset, joihin kuuluvat myös mainontaa ja sopimuksia koskevat vaatimukset”).

kansallisia säännöksiä". Vastaavasti saman artiklan 2 kohdassa säädetään, että "jäsenvaltiot eivät voi yhteensovitettuun alaan liittyvien syiden vuoksi rajoittaa toisesta jäsenvaltiosta peräisin olevien tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisen vapautta".

28. Direktiivin mukaan "huolimatta säännöstä, jonka mukaan tietoyhteiskunnan palveluiden valvonnan on tapahduttava niiden lähteellä, on – – oikeutettua, että jäsenvaltiot direktiivissä säädetyin edellytyksin toteuttavat toimenpiteitä, joilla rajoitetaan" näiden "palveluiden vapaata liikkuvuutta" (johdanto-osan 24 perustelukappale). Sen 3 artiklan 4 kohdassa, johon kansallinen tuomioistuin ja Saksan ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitukset ovat vedonneet, on säädetty edellä mainituista edellytyksistä ja erityisesti rajattu ne yleistä etua koskevat syyt, joihin tällaisten rajoittavien toimenpiteiden oikeuttamiseksi voidaan vedota, sekä alistettu tällaisten toimenpiteiden käyttö tietyille menettelytapaa koskeville muodollisuuksille, jollaisia ovat palvelun tarjoajan alkuperäjäsenvaltiolle osoitettu toimenpidepyyntö ja kyseiselle valtiolle ja komissiolle (jota kehotetaan tutkimaan, ovatko toimenpiteet yhteensopivia yhteisön oikeuden kanssa) tehty ilmoitus aikomuksesta käyttää tällaisia toimenpiteitä.

29. Direktiivin 2000/31 3 artiklan 4 kohdassa tarkoitetut, "alaikäisten suojeluun" tähtäävät toimenpiteet ovat siis niitä, joihin jäsenvaltio voi ryhtyä poiketessaan saman artiklan 2 kohdassa säädetystä kiellosta rajoittaa yhteensovitettuun alaan liittyvien syiden vuoksi "*toisesta jäsenvaltiosta peräisin olevien* tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisen vapautta". [13]

30. Koska Avides on Saksaan sijoittautunut palvelun tarjoaja, [14] JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohdan mukainen postimyyntikielto olisi *sen osalta* direktiivin 2000/31 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu alkuperävaltion kansallinen säännös eikä direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu, *toisesta jäsenvaltiosta peräisin olevan* tietoyhteiskunnan palvelun tarjoamisen vapautta rajoittava toimenpide.

31. Direktiivin 2000/31 3 artiklan 2 ja 4 kohdan säännöksillä ei siis ole merkitystä arvioitaessa edellä mainitun postimyyntikiellon yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa, *koska kieltoa sovelletaan Avidesin kaltaiseen, tämän jäsenvaltion alueelle sijoittautuneeseen toimijaan.*

13 – Kursivointi tässä.

14 – Direktiivin 2000/31 2 artiklan c alakohdassa täsmennetään, että "sijoittautuneella palvelun tarjoajalla" tarkoitetaan direktiivissä "palvelun tarjoajaa, joka tosiasiallisesti harjoittaa taloudellista toimintaa pysyvässä sijoittautumispaikassa määräämättömän ajan; palvelun tarjoamiseen käytettävien teknisten välineiden ja tekniikoiden olemassaoloa ja käyttöä ei sinällään pidetä tarjoajan sijoittautumisena".

32. Direktiivin 2000/31 määräyksillä ei siis ole käsiteltävänä olevassa asiassa merkitystä. Korkeintaan ne saattavat osoittautua merkityksellisiksi EY 28 ja EY 30 artiklan sijasta arvioitaessa kyseessä olevan kiellon yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa, *kun sitä sovelletaan muihin jäsenvaltioihin kuin Saksaan sijoittautuneisiin toimijoihin, jotka harjoittavat myyntiä Saksassa Internetin välityksellä,* mutta kuten jo totesin, siinä on kyse näkökohdasta, joka jää kansallisen tuomioistuimen ratkaistavana olevan riidan kohteen ulkopuolelle.

33. Direktiivistä 97/7 totean, että JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohdan mukainen postimyyntikielto näyttää kuuluvan sen soveltamisalaan.[15] Kyseisen direktiivin 14 artiklassa jäsenvaltioiden kuitenkin sallitaan ”antaa tai pitää voimassa direktiivin kattamista kysymyksistä perustamissopimuksen kanssa yhteensopivia tehokkaampia säännöksiä varmistaakseen kuluttajansuojan korkeamman tason”, ja tarkennetaan edelleen, että ”näillä säännöksillä jäsenvaltio voi yleisen edun vuoksi kieltää alueellaan tiettyjen tavaroiden tai palvelujen, etenkin lääkkeiden, tarjoamisen etäsopimuksin hankittavaksi ottaen huomioon perustamissopimuksen määräykset”. Direktiivillä 97/7 ei siis ole toteutettu tavaroiden postimyynnin tyhjentävää yhdenmukaistamista, eikä siinä suljeta pois vaan päinvastoin nimenomaisesti säädetään, että niiden tehokkaampien toimenpiteiden, joihin jäsenvaltioiden sen 14 artiklassa sallitaan ryhtyä kuluttajien suojelemiseksi, yhteensopivuus perustamissopimuksen ja erityisesti EY 28 ja EY 30 artiklan kanssa on arvioitava.[16]

34. Tästä syystä katson, etteivät direktiivit, joihin asiassa on vedottu, sulje pois tarvetta arvioida sellaisten kuvaohjelmien, joita JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohdassa tarkoitettu toimivaltainen saksalainen elin ei ole tarkastanut ja luokitellut, postimyyntiä koskevan kiellon yhteensopivuutta EY 28 ja EY 30 artiklan kanssa.

C EY 28 artiklan sovellettavuus käsiteltävänä olevaan asiaan: onko kyseessä tuonnin määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaava toimenpide?

35. Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyllä ennakkoratkaisukysymyksellä Landgericht Koblenz tiedustelee tuomioistuimelta ensisijaisesti, onko edellä mainittu kielto EY

15 – Em. asiassa Deutscher Apothekerverband (tuomion 63 kohta) yhteisöjen tuomioistuin päätyi vastaavaan päätelmään kyseisessä tuomiossa tarkastellun, Saksan lakiin sisältyvän kiellon osalta, joka koski sellaisten lääkkeiden postimyyntiä, joita saa myydä ainoastaan apteekeissa.

16 – Ibidem, 64 ja 65 kohta.

28 artiklassa tarkoitettu tuonnin määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaava toimenpide.

36. EY 28 artiklan nojalla ”jäsenvaltioiden väliset tuonnin määrälliset rajoitukset ja kaikki vaikutukseltaan vastaavat toimenpiteet ovat kiellettyjä”.

37. Tunnetun Dassonville-tapauksen [17] mukaan, johon yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on jatkuvasti aivan näihin päiviin saakka viitattu, [18] kaikkia kauppaa koskevia jäsenvaltioiden säädöksiä, jotka voivat tosiasiallisesti tai mahdollisesti rajoittaa yhteisön sisäistä kauppaa suoraan tai välillisesti, on pidettävä määrällisiä rajoituksia vaikutukseltaan vastaavina toimenpiteinä.

38. Vaikka säädöksen tarkoituksena ei olisikaan säännellä jäsenvaltioiden välistä tavarakauppaa, ratkaisevaa on säädöksen tosiasiallinen tai mahdollinen vaikutus yhteisön sisäiseen kauppaan. Tämän perusteen nojalla ja Cassis de Dijon -tapauksesta [19] lähtien jatkuvasti noudatetun oikeuskäytännön mukaisesti EY 28 artiklassa kiellettyjä vaikutukseltaan vastaavia toimenpiteitä ovat sellaiset tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteet, jotka aiheutuvat jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen yhdenmukaistamisen puuttuessa siitä, että toisista jäsenvaltioista tuotavien ja niissä laillisesti valmistettavien ja kaupan pidettävien tavaroiden on täytettävä toisen jäsenvaltion lainsäädännössä asetetut edellytykset (jotka koskevat esimerkiksi tavaroiden nimitystä, muotoa, kokoa, painoa, koostumusta, ulkoasua, merkintöjä tai pakkausta), ja tällaiset toimenpiteet ovat kiellettyjä, vaikka niitä sovelletaan erotuksetta kaikkiin tavaroihin, jos nämä toimenpiteet eivät ole perusteltuja sellaisen yleistä etua koskevan tavoitteen vuoksi, jolle on annettava etusija tavaroiden vapaaseen liikkuvuuteen nähden. [20]

39. Yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard [21] annettuun tuomioon perustuvan oikeuskäytännön mukaan tiettyjä myyntijärjestelyjä rajoittavilla tai ne kieltävillä kansallisilla säännöksillä ei edellä mainitussa asiassa Dassonville tarkoitetulla tavalla tosiasiallisesti tai mahdollisesti rajoiteta jäsenvaltioiden välistä kauppaa suoraan tai välillisesti, edellyttäen, että näitä säännöksiä

17 – Asia 8/74, Dassonville, tuomio 11.7.1974 (Kok. 1974, s. 837, Kok. Ep. II, s. 349, 5 kohta).

18 – Viimeksi asiassa C-254/05, komissio v. Belgia, tuomio 7.6.2007 (Kok. 2007, s. I-4269, 27 kohta).

19 – Asia 120/78, Rewe-Zentral, tuomio 20.2.1979 (Kok. 1979, s. 649, Kok. Ep. IV, s. 403).

20 – Yhdistetyt asiat C-267/91 ja C-268/91, Keck ja Mithouard, tuomio 24.11.1993 (Kok. 1993, s. I-6097, Kok. Ep. XIV, s. I-477, 15 kohta) ja em. asia Deutscher Apothekerverband, tuomion 67 kohta.

21 – Em. asia, tuomion 16 kohta.

sovelletaan kaikkiin jäsenvaltion alueella toimiviin toimijoihin ja edellyttäen, että niillä on oikeudellisesti ja tosiasiallisesti sama vaikutus sekä kotimaisten tuotteiden että muista jäsenvaltioista maahan tuotujen tuotteiden markkinointiin. [22]

40. Avides, Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus ja komissio katsovat, että JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohdassa säädetty postimyyntikielto on EY 28 artiklassa kielletty vaikutukseltaan vastaava toimenpide.

41. Avidesin mukaan kysymys ei ole pelkästään tietyn myyntijärjestelyn säännöstelystä. Vaatimus alistaa maahantuodut kuvaohjelmat, jotka on viejäjäsenvaltiossa jo tarkastettu ja luokiteltu alaikäisten suojelua varten, samaa tarkoitusta varten myös toimivaltaisen saksalaisen viranomaisen tarkastettaviksi ja luokiteltaviksi synnyttää merkittäviä lisäkustannuksia ja viivästyttää kyseisten tuotteiden saattamista markkinoille Saksassa. Vaikka siis oletettaisiinkin, että kysymys on tietyn myyntijärjestelyn säännöstelystä, se ei kuitenkaan täyttäisi ensimmäistä yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa asetetuista ehdoista siksi, että kun säännöstä sovelletaan ainoastaan Saksan valtion alueella, se vaikuttaa ainoastaan Saksaan sijoittautuneisiin, sähköistä kaupankäyntiä harjoittaviin yrityksiin mutta ei muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneisiin yrityksiin.

42. Komissio katsoo, että kyseessä olevien kansallisten toimenpiteiden todellisen tai mahdollisen vaikutuksen tarkastelu on asiassa ratkaisevaa. Se korostaa, että JuSchG:n 12 §:stä seuraa asianomaisille toimijoille lähinnä kuvaohjelmien merkitsemisvelvollisuus. Tämän pykälän 3 momentin 2 kohdassa säädetty postimyyntikielto on vain yksi niistä seuraamuksista, joita tämän velvollisuuden laiminlyömisellä voi olla. Komission mukaan kyseinen velvollisuus kuuluu oikeuskäytännössä, johon edellä 38 kohdassa viitattiin, tarkoitettuun kansallisten toimenpiteiden luokkaan, koska se on merkintää koskeva edellytys, joka tavaran on täytettävä. Saksalaisen määräyksen rajoittavaa vaikutusta vahvistaa komission mukaan se, että vaadittu merkintä edellyttää kansallista valvontamenettelyä siinäkin tapauksessa, että vastaava menettely ja merkintä on jo suoritettu viejäjäsenvaltiossa. Tarkasteltavana oleva määräys aiheuttaa siten pakollisia lisäkustannuksia maahantuotujen kuvaohjelmien myyntiin Saksassa, ja jo se riittää tekemään siitä määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaavan toimenpiteen.

43. Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen mukaan kaikki tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteet, jotka johtuvat jonkin toisessa jäsenvaltiossa laillisesti valmistettujen ja

22 – Asia C-292/92, Hünermund ym., tuomio 15.12.1993 (Kok. 1993, s. I-6787, Kok. Ep. XIV, s. I-515, 21 kohta); asia C-412/93, Leclerc-Siplec, tuomio 9.2.1995 (Kok. 1995, s. I-179, 21 kohta) ja asia C-441/04, A-Punkt Schmuckhandels, tuomio 23.2.2006 (Kok. 2006, s. I-2093, 15 kohta).

myytyjen tuotteiden ominaisuuksia koskevan kansallisen määräyksen soveltamisesta, ovat vaikutukseltaan vastaavia toimenpiteitä, vaikka kyseinen määräys olisikin muodoltaan tiettyä myyntijärjestelyä koskeva rajoitus. Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus korostaa, että JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohdan mukaiset myyntiä koskevat rajoitukset, joihin kyseessä oleva postimyyntikielto kuuluu, eivät koske kuvaohjelmia yleensä vaan ainoastaan tiettyjä kuvaohjelmia, toisin sanoen niitä, jotka eivät täytä vaatimusta siitä, että toimivaltainen saksalainen elin olisi hyväksynyt ja luokitellut niiden sisällön. Näitä rajoituksia sovelletaan ainoastaan siinä tapauksessa, että kuvaohjelmien sisältöä pidetään alaikäisille soveltumattomana tai että mainittu elin ei ole sitä tarkastanut, ja niinpä ne koskisivat kyseessä olevien tuotteiden tosiasiallisia ominaisuuksia eivätkä ainoastaan tiettyä myyntijärjestelyä. Vaikka katsottaisiinkin, että nyt käsiteltävänä olevassa asiassa on kysymys ainoastaan tietyn myyntijärjestelyn sääntelystä, ei jälkimmäinen yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa asetetuista edellytyksistä kuitenkaan täyty, koska Saksassa tuotetut kuvaohjelmat voivat Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen mukaan muualla tuotettuja helpommin täyttää Saksan lainsäädännön vaatimukset, jotka koskevat sisällön soveltuvuutta alaikäisille.

44. Dynamic Medien sekä Saksan ja Irlannin hallitukset väittävät sitä vastoin, että kyseessä oleva postimyyntikielto koskee myyntijärjestelyä ja täyttää molemmat yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa asetetut edellytykset eikä siten kuulu EY 28 artiklan soveltamisalaan.

45. Dynamic Medien huomauttaa, että JuSchG:n 12 §:n 3 momentin rajoitukset koskevat myyntijärjestelyjä ja pätevät kaikkiin kuvaohjelmiin riippumatta siitä, onko ne valmistettu Saksassa vai ei ja myyvätkö niitä Saksaan vai muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneet toimijat. Kyseessä ei siis ole kansallisen tuotannon suojelu.

46. Saksan hallitus myöntää, että kyseinen postimyyntikielto liittyy tiettyyn merkintään tai oikeammin sen puuttumiseen. Tämän ei kuitenkaan pitäisi johtaa siihen, että kielto rinnastettaisiin tuotetta koskevaan merkintävelvollisuuteen ja että suljettaisiin pois mahdollisuus, että kielto koskee myyntijärjestelyä. Kuvaohjelmien, joita toimivaltainen saksalainen elin ei ole tarkastanut eikä siten merkinnyt, markkinoille laskeminen ei sen mukaan ole kiellettyä, eikä kiellettyä yleisesti ottaen ole myöskään tällaisten ohjelmien postimyynti. Kielto koskee sen sijaan ainoastaan ”suojaamatonta” postimyyntiä, toisin sanoen sellaista, jossa ei taata, että tuotteen tilaaja ja vastaanottaja voi olla vain aikuinen. Kun otetaan huomioon, että eräillä muillajakelukanavilla,joihin”suojattu”postimyynti kuuluu, on lupa kyseisten tuotteiden myyntiin, maahantuotujen kuvaohjelmien pääsy

Saksan markkinoille on sen mukaan taattu eikä maahantuojien välttämättä tarvitse muuttaa tuotteiden ulkoasua voidakseen myydä niitä Saksassa. Sen mukaan kyse on näin ollen myyntijärjestelyä koskevasta määräyksestä, jota sovelletaan sekä maahantuotuihin että kotimaisiin tavaroihin ja joka ei aiheuta oikeudellisesti tai tosiasiallisesti epätasa-arvoista kohtelua niiden välille.

47. Irlannin hallitus puolestaan korostaa, ettei JuSchG:n 12 § koske tuotteiden ominaisuuksia vaan tapaa, jolla tuotteita voidaan tarjota ja myydä, ja erityisesti henkilöitä, joille niitä voidaan tarjota ja myydä. Se toteaa, että kyseistä määräystä sovelletaan yhtäläisesti kaikkiin toimijoihin, riippumatta näiden kotimaasta, ja kaikkiin samantyyppisiin tavaroihin, niin Saksassa valmistettuihin kuin sinne tuotuihinkin.

48. Mielestäni sellaisten kuvaohjelmien, joita toimivaltainen saksalainen elin ei ole tarkastanut, ”suojaamatonta” postimyyntiä koskeva kielto ei ole tuotteiden ominaisuuksia koskevaa sääntelyä, kuten ei myöskään kielto luovuttaa näitä tuotteita alaikäisille. Kuten jo edellä totesin, ei vaikuta siltä, että JuSchG velvoittaisi alistamaan tuodut tai muut kuvaohjelmat toimivaltaisen saksalaisen elimen tarkastettaviksi ja luokiteltaviksi ja sen seurauksena vastaavalla tavalla merkittäviksi. Laissa ei myöskään ole ehdotonta kieltoa myydä kuvaohjelmia, joita kyseinen elin ei ole tarkastanut ja luokitellut ja joissa ei siten ole tästä saatavaa merkintää. Tällaisia ohjelmia voidaan myydä – kunhan ostaja on aikuinen – myyntipisteissä, joihin asiakkaat normaalisti astuvat sisään, tai ”suojatussa” postimyynnissä.

49. Kyseessä on ennemminkin kaupallista toimintaa koskeva sääntely, jolla rajoitetaan myyntijärjestelyjä toisaalta sen osalta, miten ja missä tuotteita voidaan myydä (JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohta), ja toisaalta lisäämällä julkisasiamies Tesauron aikanaan käyttämään tunnettuun muotoiluun ”kuka, miten, missä, milloin voi myydä tuotteita” [23] myös ostaja, toisin sanoen se, ”kenelle” tuotteita voidaan myydä (JuSchG:n 12 §:n 1 momentti ja 3 momentin 1 kohta).

50. On selvää, etteivät kyseiset rajoitukset koske kaikkia kuvaohjelmia vaan ainoastaan joitakin ohjelmaluokkia (ohjelmat, joita ei ole tarkastettu ja luokiteltu Saksassa; ohjelmat, jotka on luokiteltu alaikäisiltä kielletyiksi). Se, että nämä mainitut luokat tunnistetaan tuotteiden tiettyjen ominaisuuksien perusteella,

23 – Em. asiassa Hünermund ym. 27.10.1993 annettu ratkaisuehdotus (11 kohta).

ei kuitenkaan vielä merkitse, että kysymys olisi tuotteiden ominaisuuksien sääntelystä, ainakaan ellei tähän liity mitään muodollista velvollisuutta tehdä tuotteisiin muutoksia, jotta niitä voidaan pitää kaupan Saksassa. [24] Tässä suhteessa nyt käsiteltävänä oleva asia vaikuttaa eroavan niistä, joita käsiteltiin asioissa Mars [25] ja Familiapress [26] annetuissa tuomioissa ja joissa nousi esiin määräyksiä, jotka näyttivät koskevan myyntijärjestelyjä, mutta joilla loppujen lopuksi asetettiin edellytyksiä, jotka tuotteiden tuli täyttää, jotta niitä voitiin pitää kaupan kyseisessä jäsenvaltiossa.

51. Koska Saksan kyseisen sääntelyn voidaan katsoa koskevan myyntijärjestelyä, sen on täytettävä yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa asetetut kaksi ehtoa, joihin on viitattu edellä 39 kohdassa, jotta sen ei katsottaisi kuuluvan EY 28 artiklan soveltamisalaan.

52. Mitä tulee näistä ehdoista ensimmäiseen, siihen, joka koskee säännösten soveltamista erotuksetta kaikkiin jäsenvaltion alueella toimiviin toimijoihin, totean, että mainittua määräystä sovelletaan Saksan hallituksen antamien selvitysten mukaan sekä Saksaan sijoittautuneiden että muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden toimijoiden Saksassa suorittamaan myyntiin. Ensimmäinen ehto siis täyttyy.

53. Jälkimmäisen ehdon, joka koskee yhtäläistä vaikutusta sekä kotimaisten tuotteiden että muista jäsenvaltioista maahan tuotujen tuotteiden markkinointiin, soveltamisalaa on arvioitava niiden huomioiden valossa, jotka yhteisöjen tuomioistuin esitti yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard antamansa tuomion 17 kohdassa ja joista pääasiassa ilmenee, että myyntijärjestelyjä koskevien säännösten soveltaminen muusta jäsenvaltiosta peräisin oleviin tuotteisiin, jotka vastaavat kyseisessä valtiossa annettuja määräyksiä, ei saa ”olla omiaan estämään [tällaisten] tuotteiden pääsyä markkinoille eikä rajoittamaan sitä enempää kuin kotimaisten tuotteiden markkinoille pääsyä”. [27]

54. Ennakkoratkaisupyynnössään Landgericht Koblenz on epätietoinen siitä, päteekö

24 – Yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa C-390/99, Canal Satélite Digital, 22.1.2002 antamassaan tuomiossa (Kok. 2002, s. I-607, 30 kohta), että ”kysymyksessä eivät voi olla asiassa – – Keck ja Mithouard – – tarkoitetut myyntijärjestelyt, koska kysymyksessä olevat tuotteet on tarvittaessa saatettava vastaamaan niiden myyntijäsenvaltiossa voimassa olevia sääntöjä”.

25 – Asiassa C-470/93 6.7.1995 annettu tuomio (Kok. 1995, s. I-1923), joka koski kieltoa myydä tuotteita, joiden pakkaukseen sisältyy tiettyjä harhaanjohtavina pidettäviä, mainostarkoituksessa tehtyjä merkintöjä.

26 – Asiassa C-368/95 26.6.1997 annettu tuomio (Kok. 1997, s. I-3689), joka koski kieltoa myydä kilpailutehtäviä ja pelejä sisältäviä aikakauslehtiä.

27 – Ks. varsinkin asia C-405/98, Gourmet International Products, tuomio 8.3.2001 (Kok. 2001, s. I-1795, 18 kohta) ja asia C-239/02, Douwe Egberts, tuomio 15.7.2004 (Kok. 2004, s. I-7007, 51 kohta).

käsiteltävänä olevaan asiaan päättely, jonka yhteisöjen tuomioistuin esitti asiassa Deutscher Apothekerverband antamassaan tuomiossa,[28] kun otetaan huomioon, ettei kyseisessä tuomiossa tarkasteltu Internetin kautta tapahtuvan lääkkeiden postimyynnin kielto täytä jälkimmäistä yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa asetetuista ehdoista. Kansallinen tuomioistuin korostaa, että nyt käsiteltävänä olevan asian ja asiassa Deutscher Apothekerverband annetun tuomion välinen ero on siinä, että Avides ”tuo ensin tavarat Yhdistyneestä kuningaskunnasta Saksan liittotasavaltaan ja myy ne sitten postimyynnissä, kun taas [kyseisessä tuomiossa tarkastellussa] asiassa maahantuonti johtui postimyynnistä eli toisin sanoen kyseessä olevan yrityksen kotipaikka oli toisessa EU-maassa”.

”Pääasian oikeudenkäynnissä esillä olevan kaltainen kielto nimittäin haittaa Saksassa sijaitsevia apteekkeja vähemmän kuin niitä apteekkeja, jotka sijaitsevat Saksan ulkopuolella. Vaikka ensin mainittujen osalta ei voida kyseenalaistaa sitä, että kielto vie niiltä yhden lisäkeinon tai vaihtoehtoisen tavan päästä lääkkeiden Saksan kuluttajamarkkinoille, niille jää mahdollisuus myydä lääkkeitä apteekeissaan. Sitä vastoin Internet on suoraan mainituille markkinoille pääsemisen kannalta merkittävämpi väline niille apteekeille, jotka eivät ole sijoittautuneet Saksan alueelle. Kielto, joka koskee enemmän Saksan ulkopuolelle sijoittautuneita apteekkeja, saattaa haitata enemmän muista jäsenvaltioista peräisin olevien kuin kotimaisten tuotteiden pääsyä markkinoille.”

56. Yleisesti ottaen tällainen lähestymistapa voisi päteä myös JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohtaan sisältyvän kiellon kaltaiseen säännökseen, jolloin kieltoa voitaisiin pitää EY 28 artiklassa tarkoitettuna määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaavana toimenpiteenä.

55. Asiassa Deutscher Apothekerverband antamassaan tuomiossa[29] yhteisöjen tuomioistuin korosti sitä erityistä merkitystä, jonka postimyynti on Internetin ilmaannuttua rajat ylittävän myynnin välineeksi saanut muista jäsenvaltioista peräisin olevien tuotteiden myynnissä. Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin totesi seuraavaa:

57. On totta, kuten Saksan hallitus korostaa, ettei kyseinen kielto ole ehdoton, vaan koskee ainoastaan ”suojaamatonta” postimyyntiä. Niin kuin Saksan hallitus itse on selittänyt, ”suojattu” postimyynti edellyttää myyjiltä kuitenkin sellaisten järjestelmien käyttöä, joilla voidaan varmistua Internetin tai postin välityksellä tilauksen tehneen henkilön henkilöllisyydestä ja täysi-ikäisyydestä, ja sellaisten keinojen käyttöä, joilla taataan, että tavara luovutetaan täysi-ikäiselle asiakkaalle. Saksan hallitus on yhteisöjen tuomioistuimen

28 – Em. asia, tuomion 73–75 kohta.

29 – Ibidem.

esittämään kysymykseen antamassaan kirjallisessa vastineessa kuvannut näiden verkkokauppaympäristössä käytettyjen varmistusjärjestelmien luonnetta [30] ja viitannut tavaran luovutusvaiheen osalta kirjattuun lähetykseen, jossa tavara luovutetaan täysi-ikäiselle asiakkaalle itselleen. Saksan hallitus esitti myös, että Internetissä tehtävän tilauksen osalta postimyyntiä voidaan pitää ”suojattuna” vain edellyttäen, että myyjä käyttää hyväkseen Kommission für Jugendmedienschutzin ennalta soveltuvaksi katsomaa varmistusjärjestelmää. Istunnossa Saksan hallitus myönsi, että näiden ”suojatun” postimyynnin muotojen käyttö aiheuttaa kuvaohjelmien myyjille lisäkustannuksia, joita ei syntyisi ”suojaamattomassa” postimyynnissä.

58. Käy siis ilmi, että JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohdan mukainen postimyyntikielto päätyy rajoittamaan yhden kuvaohjelmien jakelukanavan, nimittäin Internetin kautta tapahtuvan postimyynnin, sallittuja muotoja (”suojattuun” postimyyntiin) ja asettamaan sille lisävelvoitteita; mainittu jakelukanava, kuten edellä 55 kohdassa on todettu, on periaatteessa tärkeämpi muista jäsenvaltioista peräisin olevien tuotteiden myynnissä kuin kyseisessä jäsenvaltiossa jo saatavissa olevien tuotteiden myynnissä.

59. Vaikka edellä esitetyt huomiot voivat johtaa ajattelemaan, ettei kyseinen kielto täytä jälkimmäistä yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa asetetuista ehdoista, *koska kieltoa sovelletaan muihin jäsenvaltioihin kuin Saksaan sijoittautuneisiin toimijoihin,* [31] on kuitenkin muistettava, että nyt käsiteltävänä olevassa asiassa kyseessä oleva toimija, Avides, on sijoittautunut Saksaan eikä postimyynti tapahdu toisesta jäsenvaltiosta Saksaan vaan kokonaisuudessaan Saksan valtion alueella, jonne tavara ensin on tuotu. Sen kannan perusteella, jonka yhteisöjen tuomioistuin omaksui asiassa Deutscher Apothekerverband antamassaan tuomiossa, johon viitattiin edellä 55 kohdassa, ei näin ollen voida katsoa, että kyseinen kielto estäisi Avidesin Yhdistyneestä kuningaskunnasta maahantuomien tuotteiden pääsyä Saksan markkinoille enemmän kuin kotimaisten tuotteiden kohdalla tapahtuu.

30 – Kysymys on lähinnä suljettujen käyttäjäryhmien suojelujärjestelmistä, joita käytetään jo ainoastaan aikuisille tarkoitettujen multimediasisältöjen suoran käytön yhteydessä, esimerkiksi ladattaessa tällaisia sisältöjä verkosta.

31 – Tietenkin edellyttäen, että arvioitaessa JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohdan postimyyntikiellon yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa on otettava huomioon EY 28 ja EY 30 artikla eikä direktiivin 2000/31 3 artiklaan sisältyviä määräyksiä, joihin on viitattu edellä 27–32 kohdassa.

60. On toki mahdollista olettaa, että on olemassa sellaisia muita, toisenlaisia tekijöitä, joiden perusteella voidaan katsoa, että *vaikka kyseessä olevaa saksalaista säännöstä sovelletaan Saksaan sijoittautuneisiin toimijoihin, jotka maahantuovat kuvaohjelmia muista jäsenvaltioista,* se on myyntijärjestelyjä koskevana vaikutukseltaan vastaava toimenpide, koska se ei täytä jälkimmäistä yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa asetetuista ehdoista.

61. Ei esimerkiksi voida sulkea pois mahdollisuutta, että kielto tarjota ja luovuttaa alaikäisille sellaisia kuvaohjelmia, joita toimivaltainen saksalainen elin ei ole tarkastanut, ja kielto myydä tällaisia tuotteita ”suojaamattomassa” postimyynnissä – mikä käytännössä loppujen lopuksi estää alaikäisiä ostamasta mainittuja tuotteita suoraan postimyynnistä – saattavat jopa olla omiaan estämään markkinoille pääsyn yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetun tuomion 17 kohdassa tarkoitetulla tavalla (ks. edellä 53 kohta), [32] ainakin nuorisolle suunnattujen kuvaohjelmien osalta. Nuorisolla on yleensä riittävästi rahaa ja kykyä voidakseen ostaa itse, ilman vanhemman tai muun aikuisen osallisuutta, DVD-levyn tai videokasetin. Yllä mainitut kiellot voisivat siis estää juuri kuvaohjelmien tärkeimpiä ja suoria ostajia ostamasta niitä.

62. Vaikka kyseisestä saksalaisesta säännöksestä ei, niin kuin edellä huomautin, voida johtaa velvollisuutta alistaa kuvaohjelmat toimivaltaisen saksalaisen elimen tarkastettaviksi ja luokiteltaviksi ja merkitä ne sitten tällaisen luokittelun mukaisesti, ei toisaalta voida myöskään sulkea pois mahdollisuutta, että myyjät kokevat 12 §:n 3 momentista johtuvat myynnin rajoitukset niin pakottavina, että he joka tapauksessa päätyvät antamaan tuotteensa tarkastettaviksi ja luokiteltaviksi ja muuttamaan sen johdosta niiden merkintöjä. [33] Tässä tapauksessa maahantuotuja tuotteita, jotka ovat jo läpäisseet vastaavat muodollisuudet siinä jäsenvaltiossa, josta ne on tuotu, rasitettaisiin kaksinkertaisilla tarkastuksilla ja kustannuksilla, jollaisia kotimaisiin tuotteisiin ei kohdistuisi, kun niitä myydään saman valtion alueella. [34]

32 – Olen yhtä mieltä julkisasiamies Kokottin kanssa, kun hän asiassa C-142/05, Mickelson ja Roos ym., 14.12.2006 esittämässään ratkaisuehdotuksessa (ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa, alaviite 31) tulkitsee tätä markkinoille pääsyn estämisen käsitettä laajasti, toisin sanoen niin, että se käsittää paitsi markkinoille pääsyn ”estämisen” myös sen ”huomattavan vaikeuttamisen”.

33 – Yhteisöjen tuomioistuimelle ei ole tämän ennakkoratkaisumenettelyn yhteydessä annettu tietoja tästä asiasta.

34 – Toisenlaisesta näkökulmasta olisi mahdollista, ettei *taloudellista tarvetta* alistaa maahantuodut tuotteet kansalliseen tarkastus- ja luokittelumenettelyyn ja muuttaa niiden merkintöjä sen mukaisesti arvioitaisi soveltamalla jälkimmäistä yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa asetetuista ehdoista, vaan se rinnastettaisiin sen sijaan *todelliseen oikeudelliseen velvollisuuteen,* jolloin kyseistä saksalaista säännöstä olisi pidettävä tuotteiden ominaisuuksia koskevana sääntelynä, joka edellyttää tuotteiden mukauttamista, jotta niitä voidaan myydä Saksassa. Tällöin kyseessä olisi edellä 50 kohdassa hahmottelemalleni arviointimallille vaihtoehtoinen malli. Arvioinnin tulos olisi joka tapauksessa sama sikäli, että kyseistä säännöstä olisi pidettävä EY 28 artiklassa tarkoitettuna vaikutukseltaan vastaavana toimenpiteenä – edellyttäen, että sen todetaan olevan sellainen, että vaikka se ei muodollisesti velvoitakaan toimijoita, se kuitenkin saattaa heidät alistamaan maahantuomansa tuotteen kansalliseen tarkastus- ja luokittelumenettelyyn ja mukauttamaan sen merkinnät.

63. Yhteisöjen tuomioistuimen käytettävissä olevien tietojen perusteella ei voida varmuudella todeta, haittaako JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohdan mukainen postimyyntikielto enemmän muista jäsenvaltioista kuin Saksasta peräisin olevien tuotteiden myyntiä kuin Saksasta peräisin olevien tuotteiden myyntiä. Tällaisen epävarmuuden vallitessa yhteisöjen tuomioistuin jättää kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi selvittää, täyttyykö yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa asetettu ehto. [35]

64. Landgericht Koblenzin esittämän ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäiseen osaan pitäisi näin ollen vastata, että JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohtaan sisältyvä kielto myydä postimyynnissä sellaisia kuvaohjelmia, joita ei ole alistettu toimivaltaisen kansallisen elimen tarkastettaviksi ja luokiteltaviksi alaikäisten suojelemiseksi, sääntelee tiettyä myyntijärjestelyä, ja koska sitä sovelletaan kaikkiin kyseisen valtion alueella liiketoimintaa harjoittaviin toimijoihin, se ei ole EY 28 artiklassa tarkoitettu tuonnin määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaava toimenpide edellyttäen, että se vaikuttaa yhtäläisesti sekä kyseisestä valtiosta peräisin olevien että muista jäsenvaltioista peräisin olevien tuotteiden myyntiin.

35 – Ks. yhdistetyt asiat C-34/95–C-36/95, De Agostini ja TV-Shop, tuomio 9.7.1997 (Kok. 1997, s. I-3843, 44 kohta); asia C-20/03, Burmanjer ym., tuomio 26.5.2005 (Kok. 2005, s. I-4133, 31 ja 32 kohta) ja em. asia A-Punkt Schmuckhandels, tuomion 25 kohta.

D *JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohtaan sisältyvän postimyyntikiellon mahdollinen oikeutus*

65. Yhteisöjen tuomioistuimelle esittämänsä ennakkoratkaisukysymyksen toisessa osassa kansallinen tuomioistuin pyrkii selvittämään, voidaanko JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohtaan sisältyvää postimyyntikieltoa pitää oikeutettuna EY 30 artiklan ja direktiivin 2000/31 nojalla siinäkin tapauksessa, että kuvaohjelman soveltuvuus alaikäisille on jo tarkastettu toisessa jäsenvaltiossa ja että tämä on merkitty tuotteeseen.

66. Käsittelin jo edellä 23–32 kohdassa direktiiviä 2000/31 koskevia näkökohtia, jotka eivät edellytä, että esittäisin niistä lisähuomioita.

67. Muilta osin kysymys käsiteltävänä olevan kiellon mahdollisesta oikeutuksesta syntyy luonnollisesti ainoastaan siinä tapauksessa, että päädytään siihen tulokseen, että se on EY 28 artiklassa kielletty vaikutukseltaan vastaava toimenpide (esimerkiksi edellä esittämässäni ajatusmallissa siksi, että

todetaan, ettei se vaikuta samalla tavalla kotimaisten tuotteiden ja muista jäsenvaltioista kuin Saksasta peräisin olevien tuotteiden myyntiin).

68. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 28 artiklassa kielletty yhteisön sisäisen kaupan este voidaan sallia ainoastaan EY 30 artiklassa lueteltujen, yleistä etua koskevien syiden perusteella – näitä syitä ovat mm. julkinen moraali, yleinen järjestys tai turvallisuus ja ihmisten terveyden ja elämän suojeleminen – tai, jos tällaisen esteen aiheuttavaa säännöstä sovelletaan erottelematta, edellä mainitussa Cassis de Dijon -tapauksessa annettuun tuomioon perustuvan oikeuskäytännön mukaisten, yleistä etua koskevien pakottavien vaatimusten perusteella, jollainen on esimerkiksi kuluttajansuoja. Kummassakin tapauksessa kyseisellä säännöksellä on voitava saavuttaa se tavoite, johon sillä pyritään, eikä se saa ylittää sitä, mikä tämän tavoitteen saavuttamiseksi on välttämätöntä. [36]

69. Kansallinen tuomioistuin katsoo, että tarve suojella alaikäisiä on EY 30 artiklassa tarkoitettu olennainen oikeutus kyseessä olevalle postimyyntikiellolle. Sen mielestä kyseinen kielto on ”periaatteessa yleisesti tarkoitukseensa soveltuva ja myös tarpeen alaikäisten suojelemiseksi kuvaohjelmilta, jotka ovat näille haitallisia”. Kansallinen tuomioistuin toteaa kuitenkin, että käsiteltävänä olevassa asiassa BBFC on tarkastanut Yhdistyneessä kuningaskunnassa niiden kuvaohjelmien, joita Avides maahantuo ja myy Internetin välityksellä Saksassa, soveltuvuuden alaikäisille. Kyseinen tuomioistuin katsoo, ettei kyseinen valvonta merkitse toimivaltaisen saksalaisen elimen suorittamaa valvontaa tehottomampaa alaikäisten suojelua ja on siksi epätietoinen siitä, ”voidaanko alaikäisten suojelun tavoite saavuttaa ja onko se saavutettava vähemmän rajoittavalla keinolla eli tunnustamalla tarkastus, joka koskee ohjelman soveltuvuutta alaikäisille ja joka on tehty [toisen jäsenvaltion toimivaltaisessa elimessä]”.

70. Saksan hallitus katsoi esittämissään kirjallisissa huomautuksissa, että siinäkin tapauksessa, että kyseistä postimyyntikieltoa pidettäisiin EY 28 artiklassa kiellettynä vaikutukseltaan vastaavana toimenpiteenä, se tulisi kuitenkin sallia alaikäisten suojelua koskevien vaatimusten perusteella, jotka ovat sen mielestä EY 30 artiklassa tarkoitettuja yleistä järjestystä koskevia syitä. Saksan hallitus lisää, että alaikäisten suojelu liittyy tiiviisti ihmisarvon kunnioituksen suojelemiseen, joka on eräs yhteisöoikeuden yleisistä periaatteista, [37] ja että se on siksi sellainen perusteltu etu, jonka nojalla perusoikeuksien rajoittaminen on oikeutettua.

36 – Ks. esim. asia C-14/02, ATRAL, tuomio 8.5.2003 (Kok. 2003, s. I-4431, 64 kohta); asia C-270/02, komissio v. Italia, tuomio 5.2.2004 (Kok. 2004, s. I-1559, 21–22 kohta); em. asia Douwe Egberts, tuomion 55 kohta ja asia C-366/04, Schwarz, tuomio 24.11.2005 (Kok. 2005, s. I-10139, 30 kohta).

37 – Saksan hallitus viittaa tältä osin asiaan C-36/02, Omega, tuomio 14.10.2004 (Kok. 2004, s. I-9609, 34 kohta).

71. Kukaan tähän ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuneista osapuolista ei periaatteessa kiistä sitä, että kyseessä oleva saksalainen säännös palvelee alaikäisten suojelua ja että tämä suojelu on sellainen perusteltu etu, johon voidaan vedota tavaroiden vapaaseen liikkuvuuteen kohdistuvan rajoituksen oikeuttamiseksi.

72. Avides katsoo kuitenkin, ettei kyseinen säännös ole suhteellisuusperiaatteen mukainen, koska sitä sovelletaan myös sen Yhdistyneestä kuningaskunnasta tuomien kuvaohjelmien kaltaisiin ohjelmiin, jotka viejäjäsenvaltion toimivaltainen elin on jo tarkastanut ja luokitellut alaikäisten suojelua varten ja joissa on tästä kertova merkintä.

73. Tältä osin Avides korostaa sitä, että toimivaltaisen brittiläisen ja saksalaisen elimen alaikäisten suojelemiseksi käyttämät tarkastuskriteerit ovat yhtenevät, koska sekä Yhdistynyt kuningaskunta että Saksa ovat allekirjoittaneet ja ratifioineet New Yorkissa 20.11.1989 solmitun yleissopimuksen lapsen oikeuksista, jonka johdannossa valtiot velvoitetaan täysin valmistamaan lapsi ”elämään itsenäistä elämää yhteiskunnassa ja [kasvattamaan häntä] Yhdistyneiden Kansakuntien peruskirjassa julistettujen ihanteiden hengessä sekä erityisesti rauhan, ihmisarvon, suvaitsevaisuuden, vapauden ja solidaarisuuden hengessä”.

74. Joka tapauksessa Avides huomauttaa, ettei niille kuvaohjelmille, jotka on alaikäisten suojelua varten jo tarkastettu ja luokiteltu viejäjäsenvaltiossa ja joissa on tästä kertova merkintä, ole toimivaltaisessa saksalaisessa elimessä edes käytössä yksinkertaistettua tarkastus- ja luokittelumenettelyä, kuten sellaista, joka on käytössä tietyntyyppisten kuvaohjelmien osalta (esim. musiikki, dokumentit, animaatioelokuvat).

75. Saksan hallitus huomauttaa, että rajoittavien kansallisten toimenpiteiden suhteellisuutta on arvioitava kyseisen jäsenvaltion viranomaisten tavoitteiden ja sen suojelun tason valossa, jonka viranomaiset pyrkivät takaamaan. Kuvaohjelmien sisällön osalta alaikäisten suojelun taso riippuu sen mukaan välttämättä kunkin maan moraalisista ja kulttuurisista käsityksistä ja historiallisista kokemuksista. Niinpä sitä, mitä jossakin jäsenvaltiossa pidetään tietylle alaikäisten ryhmälle hyväksyttävänä, voidaan sen sijaan toisessa jäsenvaltiossa pitää samalle ryhmälle

sopimattomana.[38] Saksan hallitus katsoo siis, että jäsenvaltioiden välinen alaikäisten suojelemiseen käytettyjen kuvaohjelmien valvontamenettelyjen vastavuoroinen tunnustaminen ei ole riittävä keino sellaisen alaikäisten suojelun tason toteuttamiseksi, jonka saksalaiset viranomaiset haluavat turvata.

76. Saksalaisessa lainsäädännössä on sen mukaan rajoitettu sellaisten kuvaohjelmien, joita toimivaltainen kansallinen elin ei ole tarkastanut, postimyyntiä koskevan kiellon vaikutusalaa tavalla, joka on yhteensopiva alaikäisten riittävän suojelun takaamista koskevan velvoitteen kanssa. Saksan hallitus muistuttaa, että tällaisen tavaran postimyynti on sallittua, kun tavaran luovuttajan ja vastaanottajan välillä on suora kontakti tai kun muulla tavoin, esimerkiksi soveltuvin teknisin keinoin, taataan, ettei tavaraa vastaanota alaikäinen.

77. Komissio, Irlannin ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitukset ja Dynamic Medien ovat pääasiallisesti yhtä mieltä Saksan hallituksen väitteiden kanssa ja katsovat, että kyseinen saksalainen laki on suhteellisuusperiaatteen mukainen.

38 – Saksan hallitus huomauttaa, että väkivaltaisten ja pornografisten kuvien sietoraja vaihtelee jäsenvaltioiden välillä, mistä syystä tietyt elokuvat on tietyissä jäsenvaltioissa kielletty alaikäisiltä ja toisissa ei. Se viittaa myös siihen, että kansallissosialismin kuvaukset ovat saksalaiselle yleisölle erityisen arkaluonteisia ja valvontaviranomaisten arviot sen takia ankarampia.

78. Omasta puolestani katson, että alaikäisten suojelu sellaisten kuvaohjelmien sisällöltä, joita toimivaltainen saksalainen elin ei ole tarkastanut ja luokitellut, on varmasti sellainen syy, jolla voidaan EY 30 artiklan mukaisesti ja edellyttäen, että suhteellisuusperiaatetta noudatetaan, oikeuttaa edellä mainitusta laista mahdollisesti aiheutuvat yhteisön sisäisen kaupan esteet. Kuten komissio on korostanut, alaikäisten suojelu voi kuulua julkisen moraalin tai yleisen järjestyksen turvaamisen tai ihmisten terveyden suojelemisen piiriin. Alaikäisten altistumista kuville, joita pidetään heille soveltumattomina (esimerkiksi niiden väkivaltaisen, karkean tai seksuaalisen sisällön vuoksi), voi kukin jäsenvaltio tapauskohtaisesti pitää moraalisesti mahdottomana hyväksyä, vaarallisena niiden jäljittelyvaikutusten vuoksi, joita se voi synnyttää, tai haitallisena alaikäisen henkilön psykofyysisen kehityksen kannalta.

79. Sekä kielto tarjota ja luovuttaa alaikäisille kuvaohjelmia, joita toimivaltainen saksalainen elin ei ole tarkastanut, että kielto myydä tällaisia ohjelmia ”suojaamattomassa” postimyynnissä vaikuttavat selvästi sopivilta takaamaan alaikäisten suojelua koskevan tavoitteen saavuttamisen.

80. Koska asia on tässä ennakkoratkaisumenettelyssä kiistanalainen, on sen sijaan tarkastettava, ylittävätkö kyseiset toimenpiteet sen,

mikä on välttämätöntä tämän tavoitteen saavuttamiseksi, kun otetaan huomioon, että niitä sovelletaan myös sellaisiin kuvaohjelmiin, jotka viejäjäsenvaltion toimivaltainen elin on jo tarkastanut ja luokitellut alaikäisten suojelua varten ja joissa on tästä kertova merkintä.

81. Kuten komissio ja asianomaiset hallitukset ovat aivan oikein muistuttaneet, yhteisöjen tuomioistuin on jo todennut, että ”jokainen jäsenvaltio saa periaatteessa määrätä julkisen moraalin asettamista vaatimuksista omalla alueellaan oman arvojärjestyksensä mukaisesti ja valitsemassaan muodossa” [39] ja että ”ne erityisolosuhteet, joilla voitaisiin perustella turvautuminen yleisen järjestyksen käsitteeseen, voivat vaihdella maasta ja aikakaudesta toiseen”, minkä vuoksi on ”myönnettävä toimivaltaisille kansallisille viranomaisille tietty harkintavalta perustamissopimuksessa asetetuin rajoituksin”. [40] Sitä paitsi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ihmisten terveyden ja hengen suojeleminen on EY 30 artiklassa suojelluista oikeushyvistä tai intresseistä tärkein, ja jäsenvaltioiden asiana on päättää perustamissopimuksessa määrätyin rajoituksin siitä, kuinka laajasti ihmisten terveyttä ja henkeä on suojattava. [41]

82. Kansallisille viranomaisille näin myönnetystä harkintavallasta seuraa, että pelkästään sillä seikalla, että jäsenvaltio on ottanut käyttöön erilaisen suojajärjestelmän kuin jokin toinen jäsenvaltio, ei voi olla merkitystä arvioitaessa kyseisten säännösten tarpeellisuutta ja oikeasuhteisuutta. Niitä on arvioitava ottaen huomioon ainoastaan kyseisen jäsenvaltion kansallisten viranomaisten tavoittelemat päämäärät ja se suojelun taso, jonka nämä viranomaiset haluavat turvata. [42]

83. On siis tunnustettava, että käsiteltävänä olevaa asiaa koskevan yhdenmukaistamisen puuttuessa EY:n perustamissopimus jättää jäsenvaltioille vapauden päättää harkintansa mukaan kuvaohjelmien ikärajat kunkin maan kulttuuristen, uskonnollisten, moraalisten ja historiallisten suuntausten mukaisesti ja antaa tällaisten ohjelmien sisällön tarkastamisen ja luokittelun ikäryhmittäin tehtäväksi tähän tehtävään osoitetulle kansalliselle elimelle.

84. Kuten komissio on korostanut, kunkin valtion oma arvojärjestys vaikuttaa tämänkaltaiseen luokitteluun sisältyvään arviointiin, minkä vuoksi mielestäni ei mitenkään voida väittää, että viejäjäsenvaltiossa alaikäisten

39 – Asia 34/79, Henn ja Darby, tuomio 14.12.1979 (Kok. 1979, s. 3795, Kok. Ep. IV, s. 693, 15 kohta).

40 – Em. asia Omega, tuomion 31 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

41 – Em. asia Deutscher Apothekerverband, tuomion 103 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

42 – Asia C-124/97, Läärä ym., tuomio 21.9.1999 (Kok. 1999, s. I-6067, 36 kohta) ja asia C-6/01, Anomar ym., tuomio 11.9.2003 (Kok. 2003, s. I-8621, 80 kohta).

suojelemiseksi suoritettu kuvaohjelman tarkastaminen ja luokittelu riittäisi takaamaan sen alaikäisten suojelun tason, jonka tuonnin kohteena olevan jäsenvaltion viranomaiset haluavat turvata.

85. Pidän selvästi perusteettomana Avidesin väitettä, jonka mukaan siitä, että sekä Saksa että Yhdistynyt kuningaskunta ovat allekirjoittaneet ja ratifioineet yleissopimuksen lapsen oikeuksista, pitäisi seurata, että näiden kahden valtion toimivaltaisten elinten kuvaohjelmien tarkastamisessa ja luokittelussa käyttämät kriteerit olisivat yhteneväiset. Niin kuin Dynamic Medienin, komission ja näiden kahden valtion hallitusten edustajat istunnossa totesivat, mainitussa sopimuksessa ei sovita mistään kuvaohjelmien ja muiden mediatuotteiden sisältöjä koskevasta yhteisestä alaikäisten suojelun normista. Sen 17 artiklan e alakohdassa sanotaan vain, että sopimusvaltiot ”rohkaisevat kehittämään asianmukaisia ohjelmia lasten suojelemiseksi heidän hyvinvoinnilleen vahingolliselta tiedolta ja [tiedotusvälineistä peräisin olevalta] aineistolta”.

86. Mitä tulee siihen mahdollisuuteen, johon asiassa on vedottu, että viejäjäsenvaltion toimivaltaisen elimen jo tarkastamat ja luokittelemat kuvaohjelmat alistettaisiin Saksassa ainoastaan sellaiseen yksinkertaistettuun tarkastusmenettelyyn, jollainen on Saksassa käytössä tietyntyyppisille kuvaohjelmille, totean, ettei Avides ole antanut mitään tietoja niistä ominaisuuksista, joiden perusteella tämä menettely eroaa tavallisesta menettelystä. Yhteisöjen tuomioistuimella ei näin ollen mielestäni ole käytettävissään riittävästi tietoa, jotta se voisi arvioida, soveltuuko yksinkertaistetun menettelyn käyttö viejäjäsenvaltiossa jo tarkastettujen ja luokiteltujen kuvaohjelmien osalta sen alaikäisten suojelun tason toteuttamiseen, jonka saksalaiset viranomaiset haluavat Saksassa turvata. Joka tapauksessa totesin edellä, että sen arvioiminen, mikä voi olla alaikäisille – ja siten epäsuorasti julkiselle moraalille, yleiselle järjestykselle ja ihmisten terveydelle – haitallista, on voimakkaasti sidoksissa kunkin jäsenvaltion omaan arvojärjestykseen. Minusta ei näin ollen vaikuta siltä, että se, että tietty kuvaohjelma on jo tarkastettu ja luokiteltu viejäjäsenvaltiossa, välttämättä lieventäisi riskiä, että kyseisen ohjelman käyttö voi vahingoittaa edellä mainittuja julkisia etuja Saksassa, ja siten edellyttäisi, että toimivaltainen saksalainen elin keventäisi tarkastusja luokittelumuodollisuuksiaan.

87. Näin ollen ei mielestäni vaikuta siltä, että saksalainen laki alaikäisten suojelemisesta kuvaohjelmilta olisi suhteeton niihin tavoitteisiin nähden, jotka se pyrkii saavuttamaan, kieltäessään tarjoamasta ja luovuttamasta alaikäisille sellaisia kuvaohjelmia, joita toimivaltainen saksalainen elin ei ole

tarkastanut ja luokitellut alaikäisten suojelemiseksi tai joista tätä vastaava merkintä muutoin puuttuu, mutta jotka viejäjäsenvaltion toimivaltainen elin on jo tarkastanut ja luokitellut samassa tarkoituksessa, tai kieltäessään myymästä tällaisia ohjelmia suojaamattomassa postimyynnissä.

88. Kyseisen saksalaisen lain yhteensopimattomuutta EY:n perustamissopimuksen tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten kanssa ei voida päätellä myöskään Avidesin istunnossa esittämästä vaatimuksesta, joka koski näiden määräysten tulkitsemista ja soveltamista lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen 13 artiklan valossa, joka koskee lapsen oikeutta ilmaisuvapauteen. Kyseisen artiklan 1 kohdan nojalla tämä oikeus ”sisältää vapauden hakea, vastaanottaa ja levittää kaikenlaisia tietoja ja ajatuksia yli rajojen suullisessa, kirjallisessa, painetussa, taiteen tai missä tahansa muussa lapsen valitsemassa muodossa”.

89. Yhteisöjen tuomioistuin on kylläkin todennut, että kun jokin jäsenvaltio vetoaa pakottaviin vaatimuksiin osoittaakseen, että sellainen lainsäädäntö, joka voi rajoittaa tavaroiden vapaata liikkuvuutta, on perusteltua, myös tätä perusteltavuutta on tulkittava yleiset oikeusperiaatteet ja erityisesti perusoikeudet huomioon ottaen. [43]

90. Sitä paitsi yhteisöjen tuomioistuin on jo todennut, että lapsen oikeuksia koskeva yleissopimus sitoo jokaista jäsenvaltiota ja lukeutuu niihin ihmisoikeuksien suojelemista koskeviin kansainvälisiin asiakirjoihin, jotka se ottaa huomioon soveltaessaan yhteisön oikeuden yleisiä periaatteita. [44]

91. Toisaalta on komission tavoin muistutettava, että ilmaisunvapaudesta, joka sitä paitsi käsittää ”vapauden – – vastaanottaa – – tietoja ja ajatuksia alueellisista rajoista riippumatta ja viranomaisten siihen puuttumatta”, on säädetty myös ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojelemista koskevan yleissopimuksen (jäljempänä Euroopan ihmisoikeussopimus), johon yhteisöjen tuomioistuin tunnetusti tukeutuu perusoikeuksien noudattamisen turvaamisessa, 10 artiklassa.

92. Tältä osin totean ensinnäkin, kuten Saksan hallitus ja komissiokin istunnossa tekivät, että samaisen lapsen oikeuksia

43 – Em. asia Familiapress, tuomion 24 kohta.

44 – Asia C-540/03, parlamentti v. neuvosto, tuomio 27.6.2006 (Kok. 2006, s. I-5769, 37 kohta).

koskevan yleissopimuksen 13 artiklan 2 kohdassa myönnetään, että ilmaisunvapauden oikeuden käytölle voidaan laissa asettaa välttämättömiä rajoituksia, varsinkin, jos ne ovat tarpeen ”kansallisen turvallisuuden, yleisen järjestyksen tai väestön terveyden tai moraalin suojelemiseksi”, kun taas saman yleissopimuksen 17 artiklan e alakohdassa – kuten jo totesin – sopimusvaltiot velvoitetaan rohkaisemaan ”kehittämään asianmukaisia ohjelmia lasten suojelemiseksi heidän hyvinvoinnilleen vahingolliselta tiedolta ja aineistolta”.

93. Toisekseen jo Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 2 alakohdan muotoilustakin ilmenee, että ilmaisunvapaudelle voidaan asettaa tiettyjä rajoituksia, jotka ovat perusteltuja yleistä etua koskevien tavoitteiden takia, jos näistä rajoituksista on säädetty laissa, jos rajoituksista on säädetty kyseisissä määräyksissä tarkoitetun yhden tai useamman laillisen päämäärän saavuttamiseksi ja jos ne ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa eli ne ovat perusteltavissa ehdottoman tärkeällä yhteiskunnallisella tarpeella ja ne ovat muun muassa oikeassa suhteessa tavoiteltuun lailliseen päämäärään nähden. [45] Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 2 alakohdassa erityisesti mainittuja yleistä etua koskevia tavoitteita ovat erityisesti ”epäjärjestyksen tai rikollisuuden estäminen ja terveyden tai moraalin suojeleminen”. Nyt voidaan todeta, että kysymyksessä olevasta saksalaisesta säännöksestä on säädetty laissa, se objektiivisesti katsoen palvelee näiden tavoitteiden saavuttamista vastaamalla ehdottoman tärkeään yhteiskunnalliseen tarpeeseen, joka koskee alaikäisten suojelua heille sopimattomilta mediasisällöiltä, ja se on oikeassa suhteessa tavoiteltuun lailliseen päämäärään nähden.

94. Näin ollen katson, että Landgericht Koblenzin esittämän ennakkoratkaisukysymyksen toiseen osaan voidaan vastata, että mikäli JuSchG:n 12 §:n 3 momentin 2 kohtaan sisältyvää sellaisten kuvaohjelmien, joita toimivaltainen kansallinen elin ei ole tarkastanut ja luokitellut alaikäisten suojelemiseksi, postimyyntiä koskevaa kieltoa on pidettävä EY 28 artiklassa tarkoitettuna tuonnin rajoitusta vaikutukseltaan vastaavana toimenpiteenä, se on EY 30 artiklan nojalla perusteltu julkista moraalia, yleistä järjestystä ja ihmisten terveyden suojelemista koskevilla syillä siinäkin tapauksessa, että kuvaohjelma on tarkastettu alaikäisille soveltuvaksi toisessa EU:n jäsenvaltiossa ja siinä on tätä vastaava merkintä.

45 – Asia C-112/00, Schmidberger, tuomio 12.6.2003 (Kok. 2003, s. I-5659, 79 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

V Ratkaisuehdotus

95. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi Landgericht Koblenzin esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavalla tavalla:

Jugendschutzgesetzin 12 §:n 3 momentin 2 kohdan kaltainen kielto myydä postimyynnissä sellaisia kuvaohjelmia, joita toimivaltainen kansallinen elin ei ole tarkastanut ja luokitellut alaikäisten suojelemiseksi, koskee erästä myyntijärjestelyä, ja koska sitä sovelletaan kaikkiin kyseisen valtion alueella toimintaansa harjoittaviin toimijoihin, se ei ole EY 28 artiklassa tarkoitettu tuonnin määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaava toimenpide edellyttäen, että se vaikuttaa samalla tavalla sekä kyseisestä valtiosta peräisin olevien että muista jäsenvaltioista peräisin olevien tuotteiden myyntiin.

Jos kansallinen tuomioistuin asiaa selvittäessään toteaa, että kyseinen kielto on EY 28 artiklassa tarkoitettu tuonnin määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaava toimenpide, se on EY 30 artiklan nojalla perusteltu julkiseen moraaliin, yleiseen järjestykseen ja ihmisten terveyden suojelemiseen liittyvien syiden vuoksi siinäkin tapauksessa, että kuvaohjelma on tarkastettu alaikäisille soveltuvaksi toisessa EU:n jäsenvaltiossa ja siinä on tätä vastaava merkintä.