JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS GIUSEPPE TESAURO

13 päivänä maaliskuuta 1997 *

1. Ristisanatehtävien, kuva-arvoitusten tai muiden tehtävien ratkaiseminen (tai ainakin sen yrittäminen) kuuluu näitä innokkaasti harrastavien henkilöiden arkipäivään, ja tällä alalla julkaistaankin nykyään huomattava määrä erikoistunutta "kirjallisuutta"; se on lisäksi keino rentoutua sekä torjua ikävystymistä ja yksinäisyyttä. Tämä selittää sen, miksi myös muissa kuin tämän alan erikoislehdissä ja joskus jopa päivälehdissä on erilaisia kilpailuja ja tehtäviä. Mahdollisuus voittaa palkinto, joka yhä useammin liittyy kyseisen kilpailutehtävän oikeaan ratkaisuun, on epäilemättä lisähoukutin (eikä kovin pienikään) kokeilla omia kykyjään tällä alalla ja ennen kaikkea ostaa aikakauslehtiä, joissa on tällaisia palkintokilpailuja.

Käsiteltävänä oleva asia on saanut alkunsa juuri tällaisesta palkintojen voittamismahdollisuudesta, jollaisen eräs saksalainen ja myös Itävallassa myytävä viikkolehti tarjoaa niille lukijoilleen, jotka ratkaisevat oikein lehdessä olevia kilpailutehtäviä. Koska tällainen mahdollisuus on kielletty vilpillistä kilpailua koskevassa Itävallan laissa, pääasiaa käsittelevä tuomioistuin Handelsgericht Wien tiedustelee yhteisöjen tuomioistuimelta, estääkö perustamissopimuksen 30 artikla sellaisen Itävallan lain kaltaisen lainsäädännön soveltamisen, joka johtaa ehdottomaan kieltoon myydä maan alueella aikakauslehtiä, joissa on kilpailuja ja/tai pelejä, joista voi voittaa palkintoja, vaikka lehdet tuotetaan ja myydään laillisesti muissa jäsenvaltioissa.

Mahdollisuus ratkaista ristisanatehtävä ja unelmoida palkinnon voittamisesta riippuu edellä esitetyssä tilanteessa siis siitä, miten yhteisöjen tuomioistuin tulkitsee tässä asiassa tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevia oikeussääntöjä.

Asiaa koskevat oikeussäännöt, asiaan liittyvät tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymys

2. Itävallan lainsäätäjä on vuoden 1992 lailla [1] säätänyt perinpohjaisesta kilpailun vapauttamisesta kumoten muun muassa säädökset, joilla elinkeinonharjoittajia oli kielletty antamasta kuluttajille kylkiäisiä tai muita etuja. Vilpillistä kilpailua koskevaan lakiin (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, jäljempänä UWG) lisättiin kuitenkin samalla 9 a §, jossa, sellaisena kuin se on

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — Laki nro 147/1992 kilpailua koskevan sääntelyn purkamisesta.

muutettuna vuonna 1993, paitsi yleisesti kiellettiin antamasta kuluttajille vastikkeetta kylkiäisiä tavaroiden myynnin tai palvelujen suorituksen yhteydessä, myös erikseen kiellettiin tarjoamasta ja antamasta aikakauslehtien kuluttajille vastikkeetta kylkiäisiä sekä ilmoittamasta tällaisista (9 a §:n 1 momentin 1 kohta) [2].

On lisättävä, että tämän 9 a §:n 2 momentin 8 kohdassa säädetään, että kielto antaa vastikkeetta kylkiäisiä ei koske tapauksia, joissa kylkiäisenä tarjotaan mahdollisuus osallistua kilpailuun, jossa palkintojen yhteisarvo ei ylitä tiettyä määrää, mutta tätä säännöstä ei sen sanamuodon mukaan kuitenkaan sovelleta aikakauslehtien järjestämiin arpajaisiin. [3] Tästä seuraa, että aikakauslehti, joka sisältää kilpailuja ja/tai pelejä, joista voi voittaa palkintoja, on lainvastainen vilpillistä kilpailua koskevan Itävallan lain mukaan.

3. Seuraavaksi tarkastelen asiaan liittyviä tosiseikkoja. Heinrich Bauer Verlag (jäljempänä vastaaja) on yritys, jonka kotipaikka on Saksassa ja joka julkaisee muun muassa Laura-nimistä viikkolehteä, joka tuotetaan Saksassa ja jota levitetään myös Itävallassa. Tässä lehdessä on palkintokilpailuja, joissa oikein vastanneilla on mahdollisuus osallistua arvontaan, jonka voittajat saavat 500—5 000 Saksan markan (DEM) suuruisia rahapalkintoja. Esimerkiksi lehden siinä numerossa, johon kansallinen tuomioistuin viittaa [4], on ristisanatehtävä, jonka palkintoina arvotaan kaksi kertaa 500 DEM, toinen ristisanatehtävä, jonka palkintona on 1 000 DEM, ja lopuksi kolmas kilpailu, jonka palkintona arvotaan peräti 5 000 DEM.

Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH -niminen yritys (jäljempänä kantaja), jonka kotipaikka on Itävallassa ja joka levittää Die Ganze Woche -nimistä viikkolehteä ja Täglich Alles -nimistä päivälehteä, on nimenomaan UWG:n 9 a §:n perusteella nostanut Handelsgericht Wienissä kanteen vaatien, että vastaaja on määrättävä lopettamaan sellaisten Laura-aikakauslehden kaltaisten julkaisujen myynti Itävallassa, joissa lukijoille luvataan mahdollisuus osallistua palkintokilpailuihin.

4. Handelsgericht Wien totesi, että vilpillistä kilpailua koskevassa Saksan lainsäädännössä

2 — Tätä 9 a §:ää, joka lisättiin UWG:hen em. lailla nro 147/1992, itse asiassa muutettiin vuoden kuluttua lailla nro 227/1993 nimenomaan siten, että sillä kiellettiin kaikki vastikkeetta annettavat kylkiäiset tai sellaisten pelien ja/tai kilpailujen, joista voi voittaa palkintoja, järjestäminen aikakauslehtien *myynnin yhteydessä*.

3 — Tarkemmin sanottuna 9 a §:n 1 momenttia ei sovelleta, mikäli kylkiäinen muodostuu "mahdollisuudesta osallistua palkintokilpailuun (arpajaisiin), jos silloin kun kaikkien palkintojen yhteisarvo jaetaan liikkeelle laskettujen osallistumiskuponkien (arpojen) määrällä, yhden osallistumiskupongin osuus on *enintään 5 shillinkiä, ja kun palkintojen yhteisarvo on enintään 300 000 shillinkiä*". Kilpailut ja pelit, joista voi voittaa palkintoja, ovat siis edellä mainituissa rajoissa sallittuja, jos ne liittyvät palvelujen tai muiden tuotteiden kuin aikakauslehtien myyntiin.

4 — Kyseessä on 22.2.1995 ilmestynyt numero 9. Lehden seuraavat numerot ovat sekä kilpailujen tyypin että luvattujen palkintojen kannalta vastaavia.

ei ollut UWG:n 9 a §:ää vastaavaa säännöstä [5] ja että kyseisestä säännöksestä johtuva kielto myydä aikakauslehtiä saattoi vaikuttaa yhteisön sisäiseen kauppaan, joten se katsoi, että asian ratkaisemiseksi oli tarpeellista esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraava ennakkoratkaisukysymys:

"Onko ETY:n perustamissopimuksen 30 artiklaa tulkittava siten, että se estää jäsenvaltion A sellaisen lainsäädännön soveltamisen, jonka perusteella yritystä, jonka kotipaikka on jäsenvaltiossa B, kielletään myymästä viimeksi mainitussa jäsenvaltiossa julkaistavaa aikakauslehteä jäsenvaltiossa A, jos se sisältää jäsenvaltiossa B lainmukaisia tehtäviä tai kilpailuja, joista voi voittaa palkintoja?"

Perustamissopimuksen 30 artiklan sovellettavuus

5. Yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään siis ratkaisemaan, onko kielto myydä palkintokilpailuja sisältävää aikakauslehteä perustamissopimuksen 30 artiklassa tarkoitettu määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaava toimenpide. Tämän vuoksi on ensin varmistettava, täyttääkö kyseinen kansallinen laki määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaavan toimenpiteen käsitteen tunnusmerkit siten, että se saattaa "rajoittaa yhteisön sisäistä kauppaa suoraan tai välillisesti taikka tosiasiallisesti tai mahdollisesti", siten kuin asiassa Dassonville 11.7.1974 annetussa tuomiossa [6] vahvistetussa, hyvin tunnetussa oikeuskäytännössä todetaan.

Kun otetaan huomioon, että vaikka kyseinen toimenpide koskee erotuksetta sekä kotimaisia tuotteita että tuontituotteita, sillä kielletään alkuperävaltiossa laillisesti tuotettujen ja myytävien aikakauslehtien pääsy Itävallan markkinoille, minkä vuoksi jo ensi arviolta vaikuttaa siltä, että kyse on toimenpiteestä, joka voi rajoittaa yhteisön sisäistä kauppaa ja jonka asiassa Dassonville vahvistettu oikeuskäytäntö siten kattaa.

6. Itävallan hallitus on kuitenkin väittänyt, että aikakauslehden lukijoilleen tarjoama mahdollisuus osallistua palkintokilpailuihin on pelkkä myynninedistämiskeino ja näin ollen toimenpide, joka koskee myyntijärjestelyä eikä tuotteen ominaisuuksia. Itävallan hallituksen mukaan kyse on siten toimenpiteestä, joka yhteisöjen tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa Keck ja Mithouard 24.11.1993 antamasta tuomiosta [7] alkaen

5 — Vilpillistä kilpailua koskevan Saksan lain 1 §:n mukaan kylkiäisiä sisältävien aikakauslehtien myynti on kiellettyä ainoastaan, jos ne yksittäistapauksessa ovat tietyistä syistä hyvän tavan vastaisia. Tällaiset palkintokilpailut ovat sitä vastoin sallittuja, kun ne, kuten tässä tapauksessa, ovat olennainen osa aikakauslehden ajanvieteosastoa.

6 — Asia 8/74, Dassonville, tuomio 11.7.1974 (Kok. 1974, s. 837, 5 kohta).

7 — Yhdistetyt asiat C-267/91 ja C-268/91, Keck ja Mithouard, tuomio 24.11.1993 (Kok. 1993, s. I-6097). Ks. vastaavasti viimeksi yhdistetyt asiat C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 ja C-332/94, Semeraro Casa Uno ym., tuomio 20.6.1996 (Kok. 1996, s. I-2975).

sovelletun uuden lähestymistavan mukaan ei lainkaan kuulu perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamisalaan.

Komissio, Saksan hallitus ja vastaaja ovat sitä vastoin väittäneet, että kyseiset palkintokilpailut ovat olennainen osa lehden sisältöä, joten kyseisestä kansallisesta lainsäädännöstä johtuva kielto myydä aikakauslehtiä kohdistuu välittömästi tuotteeseen eikä sen myyntijärjestelyihin. Asiassa Keck ja Mithouard annetun tuomion mukaista oikeuskäytäntöä ei siis voida soveltaa tässä asiassa.

7. Tässä kohdassa on hyödyllistä todeta, että yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa ennen kaikkea vahvistanut asiassa Rewe-Zentral 20.2.1979 annetun tuomion [8] muistuttaen, että jos jäsenvaltioiden lainsäädäntöä ei ole yhdenmukaistettu, 30 artiklan mukaan kiellettyinä on pidettävä toisista jäsenvaltioista peräisin olevien niissä laillisesti valmistettujen ja kaupan pidettävien tavaroiden vapaan liikkuvuuden rajoituksia, jotka aiheutuvat siitä, että näiden tavaroiden on täytettävä toisen jäsenvaltion lainsäädännössä asetetut edellytykset, jotka koskevat esimerkiksi ulkoasua, merkintöjä tai pakkaamista, ja tällaiset toimenpiteet ovat kiellettyjä, vaikka niitä sovelletaan erotuksetta kotimaisiin tavaroihin ja tuontitavaroihin. Tällaisessa tapauksessa toimenpiteet voivat näin ollen olla perusteltuja ainoastaan sellaisen yleistä etua koskevan tavoitteen vuoksi, jolle on annettava etusija tavaroiden vapaaseen liikkuvuuteen nähden.

Yhteisöjen tuomioistuin on tässä tuomiossa kuitenkin täsmentänyt, että *"tiettyjä myyntijärjestelyjä rajoittavien tai ne kieltävien* kansallisten oikeussääntöjen soveltamisella muista jäsenvaltioista tuotuihin tuotteisiin ei rajoiteta jäsenvaltioiden välistä kauppaa edellä mainitussa asiassa Dassonville annetussa tuomiossa — — tarkoitetulla tavalla suoraan tai välillisesti, tosiasiallisesti tai mahdollisesti, jos niitä sovelletaan kaikkiin jäsenvaltion alueella toimiviin toimijoihin ja jos niillä on oikeudellisesti ja tosiasiallisesti sama vaikutus sekä kotimaisten tuotteiden että muista jäsenvaltioista maahantuotujen tuotteiden markkinointiin" [9].

8. Tämä ero huomioon ottaen on siis ratkaistava, onko vilpillistä kilpailua koskevassa Itävallan lainsäädännössä asetettu kielto toimenpide, joka koskee tuotteen ominaisuuksia, vai koskeeko se sitä vastoin tuotteen myyntijärjestelyä. Vaikka onkin totta, että palkintokilpailujen sisällyttäminen aikakauslehteen voi selvästi olla kyseisen lehden myynninedistämiskeino, kuten Itävallan hallitus väittää, kilpailut ja siten myös tarjotut palkinnot ovat tästä huolimatta osa lehden sisältöä, joten ne liittyvät tuotteeseen välittömästi. Vaikka kielto on yleinen ja syrjimätön,

8 — Asia 120/78, Rewe-Zentral, tuomio 20.2.1979 (Kok. 1979, s. 649, jäljempänä Cassis de Dijon -tapaus).

9 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Keck ja Mithouard, tuomion 16 kohta, kursivointi tässä.

sitä ei voida näin ollen pitää asiassa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa tarkoitettuna "myyntijärjestelynä".

Tässä kohtaa muistutan lisäksi, että kun yhteisöjen tuomioistuinta pyydettiin asiassa Keck ja Mithouard annetun tuomion jälkeen lausumaan kiellosta, joka koski tietynlaista, tuotteen pakkauksessa olevaa mainontaa, se katsoi, että "— — kielto, joka koskee sellaisten tavaroiden vaihdantaan saattamista tietyssä jäsenvaltiossa, jossa on samat mainostarkoituksessa tehdyt merkinnät kuin muissa jäsenvaltioissa laillisesti käytetyissä pakkauksissa, voi estää jäsenvaltioiden välistä kauppaa, vaikka kieltoa sovellettaisiin erotuksetta kaikkiin tuotteisiin. Kiellon vuoksi maahantuojan on myytävä tuotteitaan erilaisissa pakkauksissa aina kulloisenkin myyntipaikan mukaisesti ja maksettava lisäkustannukset, jotka aiheutuvat tuotteen mainonnasta ja pakkaamisesta erilaisiin pakkauksiin." [10]

9. Asia, josta nyt on kyse, vastaa selvästi juuri edellä käsiteltyä asiaa, ja se selittää mielestäni, miksi yhteisöjen tuomioistuin — tarkempaa selvitystä kuitenkaan antamatta — sisällytti oikeuskäytännössä omaksumaansa uuteen lähestymistapaan ainoastaan "tietyt" myyntijärjestelyt muttei kaikkia. [11] Ei ole turhaa korostaa, että yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Keck ja Mithouard antamassaan tuomiossa täsmentänyt myös, että jos sen asettamat edellytykset täyttyvät [12], "tällaisten [myyntijärjestelyjä koskevien] säädösten soveltamisella sellaisten toisesta jäsenvaltiosta tuotujen tuotteiden myyntiin, jotka ovat tämän valtion oikeussääntöjen mukaisia, *ei voida estää näiden tuotteiden markkinoille pääsyä* eikä rajoittaa sitä enempää kuin kotimaisten tuotteiden markkinoille pääsyä" [13].

Käsiteltävänä olevassa asiassa on tuskin edes tarpeellista todeta, että kyseisellä toimenpiteellä kielletään Lauran kaltaisten aikakauslehtien pääsy markkinoille. Vaikka toimenpide haluttaisiinkin luokitella myyntijärjestelyksi, *kyse on silti toimenpiteestä, joka ei kuulu asiassa Keck ja Mithouard annetun tuomion mukaisen oikeuskäytännön alaisuuteen, koska sillä estetään kyseisen tuotteen pääsy markkinoille.* Tämä vahvistetaan asiassa Alpine Investments 10.5.1995 annetussa tuomiossa, jossa yhteisöjen tuomioistuimella oli mahdollisuus soveltaa asiassa Keck ja Mithouard annetussa tuomiossa käytettyjä perusteita vastaavasti palveluihin, mutta jossa se nimenomaan antoi ratkaisevan merkityksen sille seikalle, että

10 — Asia C-470/93, Mars, tuomio 6.7.1995 (Kok. 1995, s. I-1923, 13 kohta).

11 — Asiassa C-292/92, Hünermund ym., tuomio 15.12.1993 (Kok. 1993, s. I-6787) antamassani ratkaisuehdotuksessa totesin kuitenkin, että niitä myyntijärjestelyjä koskevia toimenpiteitä, jotka koskevat myynti- tai myynninedistämismenetelmiä, kannattaisi ehkä arvioida erikseen, koska niillä voi tietyissä olosuhteissa olla huomattavampi ja erityisempi vaikutus tuontiin, joten ne voivat loppujen lopuksi rajoittaa tavaroiden liikkuvuutta yhteisössä (ratkaisuehdotuksen 16—18 kohta ja erityisesti 22 kohta).

12 — Yhteisöjen tuomioistuin viittaa tämän saman tuomion (ks. edellä 8 kohta) 16 kohdassa mainittuihin edellytyksiin, joiden on täytyttävä, jotta myyntijärjestelyjä koskeva kansallinen lainsäädäntö ei kuuluisi perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamisalaan.

13 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Keck ja Mithouard, tuomion 17 kohta, kursivointi tässä.

toisin kuin asiassa Keck ja Mithouard, tässä asiassa kyseessä oleva kielto "rajoittaa välittömästi pääsyä toisen jäsenvaltion palvelumarkkinoille. Kielto voi siten haitata yhteisön sisäistä palvelujen kauppaa" [14].

10. Sillä, mitä toimenpiteitä yhteisöjen tuomioistuin on tähän mennessä pitänyt perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle jäävinä "myyntijärjestelyinä", osoittautuu tältä osin olevan suuri merkitys. Sen tappiollista jälleenmyyntiä koskeneen kiellon, josta oli kyse asiassa Keck ja Mithouard, ohella vastaavalla tavalla on käsitelty kieltoa, joka koskee myyntiä erittäin pienellä voittomarginaalilla [15], kauppojen [16] ja huoltoasemien [17] aukioloaikoja koskevaa lainsäädäntöä, kieltoa, jonka mukaan äidinmaidonkorviketta ei saa myydä muualla kuin apteekeissa [18], tupakkavalmisteiden vähittäismyyntijärjestelmää [19], apteekkareille asetettua kieltoa, jonka mukaan käsikauppatuotteita ei saa mainostaa apteekin ulkopuolella [20] ja kieltoa, jonka mukaan jakeluportaan yritykset eivät saa mainostaa televisiossa [21]. On helppo todeta, että tässä luetellut kansalliset toimenpiteet eivät kulloinkin kyseessä olevan tuotteen osalta todellakaan "rajoit[a] välittömästi pääsyä — — markkinoille".

Yleisemmin katson, että voidaan järkevästi väittää, että perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle on jätetty ainoastaan ne luonteeltaan ehdottoman yleiset ja tietenkin kaikkiin erotuksetta sovellettavat toimenpiteet, jotka eivät rajoita tuontia ja jotka enimmillään voivat johtaa tuonnin (oletettuun ja mahdolliseen) vähentymiseen, joka olisi ainoastaan seurausta mahdollisesta yleisestä myynnin vähentymisestä. Yhteisöjen tuomioistuin on lisäksi todennut, tai se on pikemminkin asettanut tällaisen oikeuskäytännössä ilmenevän lähestymistavan edellytykseksi sen, että "se seikka, että kansallisella lainsäädännöllä saatetaan yleisesti rajoittaa myynnin määrää ja siten muista jäsenvaltioista tuotujen tuotteiden myynnin määrää, ei riitä siihen, että kyseisen lainsäädännön katsottaisiin olevan tuonnin määrällisiä rajoituksia vaikutukseltaan vastaava toimenpide" [22].

11. Palaan käsittelemään toimenpidettä, josta on kyse käsiteltävänä olevassa asiassa, ja totean, että vaikka tätä toimenpidettä sovelletaan erotuksetta, se vaikuttaa välittömästi kyseisen tuotteen myyntiin ja pakottaa kyseisen toimijan muuttamaan tuotteen

14 — Asia C-384/93, Alpine Investments, tuomio 10.5.1995 (Kok. 1995, s. I-1141, 38 kohta). Asiassa C-415/93, Bosman, 15.12.1995 annettu tuomio (Kok. 1995, s. I-4921, 92—104 kohta) on ymmärrettävä samalla tavalla. Tässä tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin piti henkilöiden vapaan liikkuvuuden vastaisina määräyksiä, joilla "asetetaan — — suoraan ehtoja pelaajien pääsylle toisten jäsenvaltioiden työmarkkinoille" (tuomion 103 kohta), kuten määräyksiä, joilla säännellään liittojen välisiä siirtoja.

15 — Asia C-63/94, Belgapom, tuomio 11.8.1995 (Kok. 1995, s. I-2467, 12 ja 15 kohta).

16 — Yhdistetyt asiat C-69/93 ja C-258/93, Punto Casa ja PPV, tuomio 2.6.1994 (Kok. 1994, s. I-2355, 12 ja 15 kohta) ja edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Semeraro Casa Uno ym., tuomion 12 ja 13 kohta.

17 — Yhdistetyt asiat C-401/92 ja C-402/92, Tankstation 't Heukske ja Boermans, tuomio 2.6.1994 (Kok. 1994, s. I-2199, 12, 15 ja 18 kohta).

18 — Asia C-391/92, komissio v. Kreikka, tuomio 29.6.1995 (Kok. 1995, s. I-1621, 13—18 kohta).

19 — Asia C-387/93, Banchero, tuomio 14.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4663, 36 ja 37 kohta).

20 — Edellä alaviitteessä 11 mainittu asia Hünermund ym., tuomion 20—23 kohta.

21 — Asia C-412/93, Leclerc-Siplec, tuomio 9.2.1995 (Kok. 1995, s. I-179, 21—24 kohta).

22 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Semeraro Casa Uno ym., tuomion 24 kohta. Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Keck ja Mithouard, tuomion 13 kohta.

ulkoasua ja sisältöä. Toisin kuin asiassa Keck ja Mithouard ja myöhemmissä asioissa, jotka yhteisöjen tuomioistuin on ratkaissut vastaavalla tavalla, kyse on kiellosta, joka ei mitenkään liity yleisestä myynnin vähentymisestä johtuvaan tuonnin mahdolliseen vähentymiseen.

Koska kyseisellä toimenpiteellä kielletään tietyllä tavalla toimitetun ja tietyt ominaisuudet omaavan aikakauslehden tuonti, kyseessä on ehdoton kielto tuoda tiettyä tuotetta, jolta yksikertaisesti kielletään pääsy markkinoille niin kauan kuin sillä on tällainen ulkoasu ja sisältö. Toimenpide voi siis estää yhteisön sisäistä kauppaa ja siten ainakin pääsääntöisesti varmasti kuuluu perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamisalaan.

Syyt, joilla on pyritty osoittamaan, että kielto on perusteltu

12. Kun on todettu, että vaikka kyseistä toimenpidettä sovelletaan erotuksetta, se voi rajoittaa yhteisön sisäistä kauppaa, on seuraavaksi tarkasteltava, voidaanko niitä perusteluja, joita oikeudenkäynnin aikana on esitetty sen osoittamiseksi, että perustamissopimuksen 30 artiklan kielto ei koske toimenpidettä, pitää sellaisina, että ne menevät tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan vaatimuksen edelle.

Yhteisöjen tuomioistuimen tätä alaa koskevan vakiintuneen oikeuskäytännön [23] mukaan kaupan esteet, jotka — kuten tässä asiassa — aiheutuvat kansallisten oikeusääntöjen eroavaisuuksista, voidaan hyväksyä järjestelmässä, jos ne "pakottavat vaatimukset", joihin on vedottu sen osoittamiseksi, että kyseinen kansallinen toimenpide on perusteltu, täyttävät seuraavat kolme edellytystä: a) ne ovat yhteisön oikeuden kannalta suojelemisen arvoisia; b) tavoiteltu päämäärä voidaan saavuttaa niillä; c) ne ovat asianmukaisia ja tarpeellisia tämän päämäärän saavuttamiseksi, koska ei ole olemassa vaihtoehtoisia toimenpiteitä, jotka rajoittaisivat kauppaa vähemmän.

13. Totean aluksi, että käsiteltävänä olevassa asiassa ei todellakaan puutu perusteita, sillä oikeudenkäynnissä niitä on esitetty useita, ehkä jopa liian monta. Kuluttajansuojan, hyvän kauppatavan ja lehdistön moniarvoisuuden säilyttämisen lisäksi on tuotu esiin vaatimukset, jotka liittyvät yleiseen järjestykseen, kuten rikollisuuden ja veronkierron torjuntaan, ja terveydensuojeluun pelihimon torjunnan näkökannalta sekä yleisen moraalin suojeluun.

23 — Ks. erityisesti edellä alaviitteessä 8 mainittu Cassis de Dijon -tapaus, tuomion 8 kohta ja viimeksi asia C-313/94, Graffione, tuomio 26.11.1996 (Kok. 1996, s. I-6039, 17 kohta).

Kyse on oikeuskäytännössä jo tunnustetuista pakottavista vaatimuksista, joiden osalta tuskin edes tarvitsee todeta, että ne varmasti ovat suojelemisen arvoisia yhteisön oikeuden kannalta. Katson kuitenkin, että sen osalta, ovatko eräät näistä vaatimuksista sellaisia, että kyseinen kansallinen toimenpide voisi niiden vuoksi olla perusteltu, esiintyy suurehkoa (ja aiheellista) epäselvyyttä jo kausaliteettisuhde huomioon ottaen. Mielestäni on näin ollen hyödyllistä selvittää ne epäselvyydet, joita tältä osin on oikeudenkäynnin aikana noussut esiin, ja rajoittaa asiaan soveltuvien perusteiden joukkoa tutkimalla niiden edellytyksiä.

14. Tämä huomioon ottaen ei ole mielestäni tosiaankaan tarpeetonta muistuttaa niistä syistä, joiden vuoksi on kielletty sellaisten aikakauslehtien myynti, joissa on kilpailuja ja/tai pelejä, joista voi voittaa palkintoja, sellaisina kuin syyt on nimenomaisesti esitetty kyseisen kansallisen lain perusteluissa. Kieltoa on nimittäin perusteltu seuraavasti: "Aikakauslehtien osalta on todettava, että voimakas kilpailu, jota käydään tarjoamalla kylkiäisiä ja erityisesti mahdollisuuksia osallistua palkintokilpailuihin, merkitsee päivittäin, viikoittain jne. myytyjen sanoma- ja aikakauslehtien suuri määrä huomioon ottaen valtavaa taloudellista rasitusta pienille sanoma- ja aikakauslehtiyrityksille, mikä voi johtaa tuhoisaan kilpailuun. Tämä on estettävä lehdistön moniarvoisuuden säilyttämiseksi. — — [On olemassa] vaara, että kuluttaja ostopäätöstä tehdessään antaa suuremman merkityksen voitonmahdollisuudelle kuin painotuotteen laadulle, jolloin tavaranjakeluun saattaa ilmaantua epävakaa tekijä, koska halusta saada sattumaan perustuva voitto tulee virike tarpeen tyydytykseen."

Kun kielto myydä aikakauslehtiä, jotka sisältävät kilpailuja ja/tai pelejä, joista voi voittaa palkintoja, perustellaan tällä tavalla, näyttäisi, että sen pääasiallisena tarkoituksena on lehdistön moniarvoisuuden säilyttäminen [24] sekä vähäisemmässä määrin kuluttajansuoja ja hyvä kauppatapa. Nämä ovat siis ne pakottavat vaatimukset, joiden vuoksi kyseinen kielto saattaa olla perusteltu, ja ne ovat sitä paitsi ainoat perusteet, joihin Itävallan hallitus on vedonnut tukeakseen sitä kantaa, että kielto on laillinen tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevien perustamissopimuksen määräysten kannalta.

15. Kuten edellä on jo todettu, eräät väliintulijoina esiintyneet valtiot ovat oikeudenkäynnin aikana kuitenkin väittäneet, että siltä osin kuin kyseinen kielto koskee uhkapeliä, sitä voidaan pitää perusteltuna myös yleisen järjestyksen turvaamiseen, terveydensuojeluun ja yleisen moraalin turvaamiseen liittyvistä syistä. Tämän käsityksen tueksi on vedottu asiassa Schindler 24.3.1994 annettuun tuomioon [25], jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kansallinen arpajaiset kieltävä lainsäädäntö ei ollut palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevien perustamissopimuksen määräysten vastainen, *kun otettiin huomioon ne sosiaalipolitiikkaan ja petosten*

24 — Muistutan, että Itävallan perustuslakituomioistuin on itse pitänyt UWG:n 9 a §:ää perustuslain mukaisena nimenomaan sillä perusteella, että tällä säännöksellä asetettu kielto on tarpeellinen lehdistön moniarvoisuuden säilyttämiseksi (tuomio 11.3.1994, ÖBl. 1994, s. 151).

25 — Asia C-275/92, Schindler, tuomio 24.3.1994 (Kok. 1994, s. I-1039).

ehkäisemiseen liittyvät tekijät, joiden vuoksi kielto oli perusteltu. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että "koska erityisesti silloin, kun kyse on suurimuotoisesta arpajaistoiminnasta, arpajaisilla pystytään keräämään huomattavia rahamääriä ja pelaajille annettavat voitot ovat suuria, joten *arpajaisiin liittyy suuri rikos- ja petosvaara.* Lisäksi arpajaiset houkuttelevat tuhlaamaan, millä voi olla haitallisia yksilöllisiä ja yhteiskunnallisia vaikutuksia." [26]

Katson, että tällainen arviointi ei sovellu tähän asiaan. Näitä kahta tapausta — toisaalta suurimuotoista arpajaistoimintaa ja toisaalta kilpailuja ja pelejä, joista voi voittaa palkintoja, — ei mielestäni voida rinnastaa toisiinsa, koska jälkimmäisessä on kyse pienimuotoisista kilpailuista, joiden palkinnot ovat pienehköjä ja jotka joka tapauksessa ovat olennainen osa lehden sisältöä. [27] Niillä sosiaalipolitiikkaan ja veronkierron estämiseen liittyvillä tekijöillä, joihin asiassa Schindler annettu tuomio perustui, ei siis ole merkitystä tässä asiassa, koska näiden ja kyseisen kiellon välillä ei ole mitään yhteyttä. Se, että Itävallan lainsäätäjä ei ole maininnut tästä mitään, on näin ollen merkityksellistä, ja sen vuoksi on katsottava, että huomioon ei voida ottaa sellaisia "vaatimuksia", joita ei ollut mainittu kiellon perusteluissa, sellaisina kuin ne on nimenomaisesti ilmaistu asiaa koskevassa laissa.

On joka tapauksessa vaikea ymmärtää, miten ristisanatehtävän oikeaan ratkaisuun liittyvä mahdollisuus voittaa 500 DEM voi olla syy kieltää tällaisia kilpailuja sisältävien aikakauslehtien myynti rikollisuuden torjunnan nimissä. Terveydensuojelua koskevia perusteita, jotka liittyvät pelihimon ehkäisemiseen, ei myöskään voida pitää uskottavina sen enempää kuin yleiseen moraaliin liittyviä perusteitakaan, jotka edellyttäisivät, että kyse olisi yhteiskunnallisesti moitittavasta paheesta. Niissä valtioissa, jotka ovat vedonneet näihin "yhteiskunnallisiin katastrofeihin", on itse asiassa suurimuotoisen arpajaistoiminnan lisäksi käytössä muun muassa pika-arpajaisjärjestelmiä, esimerkiksi raaputusarpoja, eikä vaikuta siltä, että nämä valtiot mitenkään erityisesti huolehtisivat pelihimon ehkäisemisestä tällaisten arpajaisten osalta. [28]

16. Katson, että on tarpeellista esittää vielä eräs huomautus siitä, mikä on asiassa Schindler annetun tuomion merkitys käsiteltävänä olevassa asiassa. Arpajaisten ja yleisemmin uhkapelien erityispiirteet saivat yhteisöjen tuomioistuimen toteamaan, että "kansallisilla viranomaisilla on arpajaisten järjestämistavan, panosten määrän ja arpajaisista saatavan

26 — Yhteisöjen tuomioistuin totesi lisäksi, että *"vaikka tätä syytä ei sellaisenaan voidakaan pitää objektiivisena perusteena*, ei ole merkityksetöntä, että arpajaiset voivat merkittävästi auttaa rahoittamaan pyyteetöntä tai yleishyödyllistä toimintaa, kuten sosiaalityötä, hyväntekeväisyyttä, urheilu ja kulttuuria" (tuomion 60 kohta, kursivointi tässä).

27 — Asia olisi toisin vain, jos arpajaisten järjestäminen olisi lehden julkaisemisen syy eli jos lehti olisi vain veruke suurimuotoisten ja laajojen arpajaisten järjestämiselle erityisesti palkintojen suuruus huomioon ottaen. Tässä tapauksessa ei ilmeisestikään ole kyse tällaisesta.

28 — Vaikka hyväksyttäisiinkin se suuren filosofin Benedetto Crocen väite, että peli on "tyhmiltä perittävä vero", katson, että tällaisesta "verosta" valtiolle aiheutuva kiistaton hyöty ei oikeuta vastustamaan pelejä silloin, kun niiden tuotto ei mene pelaajan kotivaltiolle vaan jollekin toiselle valtiolle tai, kuten tässä asiassa, jollekin muulle oikeussubjektille.

tuoton käytön osalta riittävä harkintavalta määritellä vaatimukset, jotka liittyvät pelaajien suojeluun ja yleisemmin, kunkin jäsenvaltion yhteiskunnalliset ja kulttuurilliset erityispiirteet huomioon ottaen, yhteiskunnallisen järjestyksen suojeluun. Kansallisten viranomaisten kuuluu siten arvioida paitsi se, onko arpajaistoiminnan rajoittaminen tarpeellista, myös se, onko niiden kieltäminen tarpeellista, edellyttäen, että nämä rajoitukset eivät ole syrjiviä." [29] Toisin sanoen samalla, kun yhteisöjen tuomioistuin on asianmukaisesti ottanut huomioon sen, voidaanko kyseisellä kiellolla saavuttaa tavoiteltu päämäärä, se on katsonut, että jäsenvaltioilla on uhkapelien erityisluonteen vuoksi laaja harkintavalta tällä alalla, mistä seuraa, että mikäli kyse ei ole syrjivistä toimenpiteistä, ei ole tarpeellista varmistua toimenpiteiden suhteellisuudesta sen osalta, onko olemassa kauppaa vähemmän rajoittavia toimenpiteitä, joilla voitaisiin saavuttaa samat päämäärät. Yhteisöjen tuomioistuin ei siis suorittanut tiukkaa suhteellisuusarviointia.

Kun otetaan huomioon edellä todettu ero suurten arpajaisten ja sellaisten pelien välillä, joissa sanaristikon oikeasta ratkaisusta voi voittaa palkinnon ja jotka ovat olennainen osa aikakauslehteä, katson, että kansalliselle lainsäätäjälle ei käsiteltävänä olevassa asiassa voida jättää näin laajaa harkintavaltaa. Olen sitä paitsi vakuuttunut, että asiassa Schindler annetussa tuomiossa omaksuttu ratkaisu koskee ja se on harkiten rajattava koskemaan ainoastaan tapauksia, joilla on samat erityispiirteet. Päinvastaisessa tapauksessa eli jos tätä ratkaisua pidettäisiin pätevänä kaikkien uhkapeleiksi luokiteltavien pelien osalta, jolloin tällä ilmaisulla tarkoitettaisiin voiton suuruudesta ja pelin laajuudesta riippumatta kaikkia pelejä, joiden voitto arvotaan, eli myös nyt kyseessä olevaa peliä, perustamissopimuksella taattujen perusvapauksien käyttämiseen tehtäisiin vaarallinen ja täysin perusteeton aukko. Tuskin tarvitsee edes muistuttaa, että näitä vapauksia koskevat rajoitukset ovat poikkeuksia, joita on siis tulkittava suppeasti ja jotka näin ollen on alistettava tiukkaan suhteellisuusarviointiin.

17. Kun tämä on todettu, siirryn nyt käsittelemään sitä, onko kyseinen toimenpide asianmukaisessa suhteessa tässä asiassa merkityksellisten "pakottavien vaatimusten" kanssa, sellaisina kuin ne on nimenomaisesti mainittu toimenpiteen perustana, toisin sanoen kuluttajansuojan ja hyvän kauppatavan sekä lehdistön moniarvoisuuden säilyttämisen kanssa.

Kuluttajansuoja ja hyvä kauppatapa

18. Yhtäältä on väitetty, että kuluttaja voi olla kiinnostuneempi kilpailusta ja siihen liittyvästä voitonmahdollisuudesta kuin lehden laadusta, ja toisaalta, että tämä vääristäisi kilpailuolosuhteita hyvän kauppatavan kannalta katsottuna. Kuluttajalle voi myös syntyä

29 — Edellä alaviitteessä 25 mainittu asia Schindler, tuomion 61 kohta.

väärä käsitys tuotteen todellisesta hinnasta. Toisin sanottuna voitonmahdollisuus johtaisi kuluttajan huomion harhaan, mikä muuttaa olosuhteita kilpailussa, joka perustuu kilpailukykyyn, jonka puolestaan pitäisi perustua tuotteen laatuun ja arvoon.

Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut nyt kyseessä olevan kaltaisesta lainsäädännöstä johtuvien kaupan rajoitusten laillisuuden jo asiassa Oosthoek's Uitgeversmaatschappij 15.12.1982 antamassaan tuomiossa [30], jossa se totesi, että "tavarana annettavien kylkiäisten tarjoaminen myynninedistämiskeinona voi aiheuttaa kuluttajalle väärän käsityksen tuotteiden todellisista hinnoista ja vääristää kilpailukykyyn perustuvan kilpailun olosuhteita. Lainsäädäntö, jolla tästä syystä rajoitetaan tällaisia kauppatapoja tai jopa kielletään ne, edistää kuluttajansuojaa ja hyvää kauppatapaa."

19. Heti aluksi on huomattava, että asiassa Oosthoek's Uitgeversmaatschappij annetulla tuomiolla on merkitystä vain osittain. Tuossa asiassa nimittäin oli kyse yleisestä kiellosta tarjota tavarankylkiäisiä, kun taas tässä asiassa on kyse kiellosta, joka koskee ainoastaan aikakauslehtiä ja joka ei koske muita yleisölle suunnattuja julkaisuja tai tiedotteita, koska kilpailut ja pelit, joista voi voittaa palkintoja, ovat tietyin edellytyksin sallittuja [31], kun ne liittyvät muiden tuotteiden kuin aikakauslehtien myyntiin. Tämä seikka on jo sellaisenaan omiaan tekemään siitä vaatimuksesta, jolla on pyritty osoittamaan, että kielto on perusteltu, vähemmän "pakottavan" kuin mitä on väitetty, koska erityisten erottavien tekijöiden puuttuessa ei voida hyväksyä, että kuluttajaa on suojeltava ainoastaan aikakauslehtien mutta ei muiden tuotteiden oston yhteydessä.

Vaikka olisikin totta, että tavarakylkiäisen tarjoaminen voi saada aikaan sen käsityksen, että se on ilmainen, ja tällä tavalla aiheuttaa väärän käsityksen hankittavaksi aiotun tuotteen todellisesta hinnasta, tämä ei mielestäni pidä paikkansa, kun on kyse ristisanatehtäviä sisältävän aikakauslehden ostamisesta. Tältä osin ei ole tarpeetonta muistuttaa, että se kuluttaja, joka yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on otettu huomioon arvioitaessa, miten kuluttajaa on asianmukaisesti suojeltava sellaisilta menettelyiltä, jotka voisivat erehdyttää tai muutoin vahingoittaa häntä, on keskivertokuluttaja, toisin sanoen kuluttaja "jolla on normaali arvostelukyky" [32]. Mielestäni pelkästään sillä, että aikakauslehti sisältää palkintokilpailuja, on erittäin vaikea aiheuttaa tällaiselle kuluttajalle

30 — Asia 286/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, tuomio 15.12.1982 (Kok. 1982, s. 4575, 18 kohta).

31 — Ks. edellä 2 kohta ja erityisesti alaviite 3.

32 — Esimerkiksi tätä ilmaisua on käytetty edellä alaviitteessä 10 mainitussa asiassa Mars annetun tuomion 24 kohdassa. Tämä huomioon ottaen katson, että se Portugalin hallituksen esittämä väite, jonka mukaan kuluttaja voitaisiin houkutella ostamaan satoja kappaleita samaa lehteä lisätäkseen mahdollisuuksiaan voittaa arvonnassa, ei ansaitse tulla erikseen kommentoiduksi. Henkilö, joka ostaa satoja kappaleita samaa lehteä ja *ratkaisee* saman ristisanatehtävän satoja kertoja, on mielestäni jonkin muun suojan kuin kuluttajansuojan tarpeessa. Tämä sama henkilö voisi sitä paitsi aivan hyvin ostaa satoja arpajaislipukkeita samoissa arpajaisissa tai ostaa päivittäin useita raaputusarpoja tai vastaavia, mutta näitä ei siitä huolimatta ole kielletty.

väärää käsitystä lehden todellisesta hinnasta, etenkään kun kyse on, kuten tässä asiassa, ajanvietelehdestä, jonka pääasiallisena tarkoituksena on viihdyttää ja miellyttää.

20. Kyseisen kiellon tarkoitus, sellaisena kuin se ilmenee kiellon perusteluista, on sen estäminen, että palkinnon voittamismahdollisuus vaikuttaisi kuluttajan päätökseen hänen ostaessaan aikakauslehtiä, koska tällaisella suhtautumistavalla olisi kielteinen vaikutus pieniin kustantajiin, jotka tavallisesti eivät pysty tarjoamaan tällaista mahdollisuutta. Näissä olosuhteissa on myönnettävä, että sen enempää kuluttajansuojalla kuin hyvällä kauppatavallakaan ei tavoitteina ole itsenäistä merkitystä, vaan ne liittyvät lehdistön moniarvoisuuden säilyttämisen tavoitteeseen.

Lehdistön moniarvoisuuden säilyttäminen

21. Koska yhteisöjen tuomioistuin on sisällyttänyt moniarvoisuuden suojaamisen niihin yleistä etua koskeviin syihin, joiden vuoksi palvelujen vapaan liikkuvuuden rajoitukset voivat olla perusteltuja [33], on itsestään selvää, että kun otetaan erityisesti huomioon tavaroiden ja palvelujen vastaavuus, kyse on suojelemisen arvoisesta vaatimuksesta myös käsiteltävänä olevassa asiassa.

On vielä tarkasteltava, onko kielto todellakin tarpeellinen lehdistön moniarvoisuuden säilyttämiseksi ja eikö ole olemassa sellaisia toimenpiteitä, joilla tämä tavoite voitaisiin saavuttaa siten, että yhteisön sisäistä kauppaa rajoitettaisiin vähemmän.

22. Totean heti aluksi, että jos Laura-viikkolehden kaltaisten aikakauslehtien läsnäolo Itävallan lehtimarkkinoilla todellakin aiheuttaisi kysynnän siirtymistä näihin lehtiin niissä olevien palkintokilpailujen vuoksi siten, että se aiheuttaisi vahinkoa pienille itävaltalaisille kustantajille, olisi ilman muuta katsottava, että kyseinen toimenpide on tarpeellinen moniarvoisuuden säilyttämiseksi.

Tätä toimenpidettä *ei* sitä vastoin voida pitää tarpeellisena, jos todetaan, että palkintokilpailut eivät ole sellainen ostohoukutin, joka aiheuttaisi kysynnän siirtymistä tämän tyyppisiin aikakauslehtiin ja/tai jos ne eivät mitenkään vaikuta pienten kustantajien julkaisemien kotimaisten aikakauslehtien myyntiin joko eri kohdeyleisön vuoksi tai sen vuoksi, että ne täyttävät eri tarpeita. Jos toimenpiteen päämääränä on, kuten edellä mainituissa perusteluissa on todettu, sen

33 — Ks. esim. asia C-353/89, komissio v. Alankomaat, tuomio 25.7.1991 (Kok. 1991, s. I-4069), jossa yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että "moniarvoisuuden säilyttäminen — — liittyy sananvapauteen, joka on suojattu ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 10 artiklalla ja joka kuuluu yhteisön oikeusjärjestyksessä taattuihin perusoikeuksiin" (30 kohta). Ks. vastaavasti jo asia 4/73, Nold v. komissio, tuomio 14.5.1974 (Kok. 1974, s. 491, 13 kohta).

estäminen, että pienet lehti- ja aikakauslehtikustantajat joutuisivat alttiiksi niin tuhoisalle kilpailulle, että se uhkaisi lehdistön moniarvoisuutta, on itsestään selvää, että tällaista päämäärää ei tietenkään voida tavoitella määräämällä, että muiden jäsenvaltioiden kustantajat eivät saa myydä Itävallassa aikakauslehtiä, jotka siitä huolimatta, että ne sisältävät palkintokilpailuja, eivät käytännössä kilpaile pienten kotimaisten kustantajien julkaisemien lehtien kanssa, jolloin viimeksi mainituilla kustantajilla ei ole vaaraa, että ne joutuisivat poistumaan markkinoilta tai että niiden markkinaosuus pienenisi huomattavasti.

Tällaisen arvioinnin suorittaminen ei kuulu yhteisöjen tuomioistuimelle etenkään, kun sillä ei ole käytettävissään tähän tarvittavia tietoja. [35] Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on näin ollen varmistua siitä, ovatko näissä lehdissä olevat palkintokilpailut sellainen ostohoukutin, joka voi ohjata kuluttajien valintaa [36], mutta myös siitä, kilpailevatko ne pienten kotimaisten kustantajien julkaisemien lehtien kanssa vai suurten kustantajien julkaisemien vastaavien ajanvietelehtien kanssa. Viimeksi mainitussa tapauksessa on selvää, että kyseistä toimenpidettä ei voida pitää tarpeellisena Itävallan lehdistön moniarvoisuuden säilyttämiseksi.

o

23. Näissä olosuhteissa katson, että sitä, onko kyseinen toimenpide sellainen, että tavoiteltu päämäärä voidaan saavuttaa, ei voida ratkaista ennakolta, vaan se edellyttää konkreettista arviointia, jonka on perustuttava Itävallan lehtimarkkinoita koskeviin tietoihin. Huomioon on erityisesti otettava kunkin kustantajan tai lehtikonsernin markkinaosuus ja sen kehitys, kyseisen tuotteen markkinat ja näin ollen se, mikä on kuluttajan kannalta ensi arviolta täysin eri tarpeita täyttävien lehtien korvaavuus [34], ja lopuksi se, mitä seurauksia kyseisille pienille yrityksille on Lauran kaltaisten aikakauslehtien myynnistä Itävallassa.

24. Sen varalta, että tätä toimenpidettä sitä vastoin pidetään tarpeellisena kyseisen vaatimuksen täyttymiseksi, totean lisäksi, että toimenpide on asianmukaisella tavalla suhteellinen, koska ei ole sellaisia kauppaa vähemmän rajoittavia toimenpiteitä, joilla voitaisiin taata sama tulos. Tältä osin pidän merkityksettömänä sitä oikeudenkäynnin aikana esitettyä väitettä, että toimenpide on suhteeton sen

34 — Tältä osin totean, että vaikka se komission väittämä pitääkin paikkansa, jonka mukaan ei ole mahdollista tehdä eroa mielipidelehtien ja ajanvietelehtien välillä, jolloin moniarvoisuutta ei ole suojattava ainoastaan ensin mainittujen osalta, on lisäksi totta, että Lauran kaltainen viikkolehti voi pääsääntöisesti kilpailla vain saman tyyppisten aikakauslehtien kanssa muttei varmastikaan paikallislehtien, mielipidelehtien tai urheilulehtien kanssa.

35 — Itävallan hallitus on tyytynyt toteamaan suullisessa käsittelyssä, että lehdistön keskittyminen on Itävallassa ongelma ja että suurimman itävaltalaisen lehtikonsernin markkinaosuus oli 90-luvun alussa noin 50 prosenttia, mistä se on sittemmin laskenut 40 prosenttiin. Ei ole kuitenkaan selvää, johtuuko tämä lasku pienten kotimaisten yritysten markkinaosuuden kasvusta vaiko päin vastoin ja nimenomaan muista jäsenvaltioista peräisin olevien aikakauslehtien läsnäolosta markkinoilla.

36 — On siis ratkaistava, ovatko palkintokilpailut ratkaiseva tekijä aikakauslehteä ostettaessa riippumatta lehden ominaisuuksista eli tässä asiassa siitä, että lehti on ajanvietelehti. Toisin sanottuna ostaisiko kuluttaja, joka päättää ostaa Lauran kaltaisen viikkolehden, erotuksetta myös urheilu-, ajankohtais-, kirjallisuus- tai tiedelehden, jos hänelle tarjottaisiin mahdollisuus voittaa palkinto? Vai ostaisiko hän joka tapauksessa ajanvietelehden ja valitsisi niiden joukosta noudattaen mieltymyksiään, joihin voi tietenkin vaikuttaa palkintokilpailu mutta myös erityisen houkutteleva kansikuva tai jokin muu tekijä.

vuoksi, että saksalainen kustantaja voisi toimia niin, että lehdissä olevia kilpailuja ei suunnattaisi Itävallassa asuville lukijoille tai yleisemmin lukijoille, jotka asuvat valtioissa, joissa kilpailut ovat kiellettyjä, siten että lehdessä olisi tästä kertova "tiedotus", jolloin ei aiheutuisi lisäkustannuksia eikä olisi tarvetta eriyttää tuotantoa sen mukaan, missä valtiossa lehti on tarkoitus myydä.

Edellä ehdotettu ratkaisu, joka voisi olla Laura-lehden myynnin Itävallassa mahdollistava keino, jonka kyseinen toimija valitsee, tai paremminkin hänen reaktionsa yhteisöjen tuomioistuimen päätökseen, jossa vahvistetaan kyseisen toimenpiteen laillisuus tavaroiden liikkuvuuden osalta, ei koske toimenpiteen suhteellisuutta. On tarpeellista muistuttaa, että toimenpiteellä kielletään palkintokilpailuja sisältävien aikakauslehtien myynti nimenomaan siksi, että niissä tarjotaan palkinnon voittamismahdollisuus, eikä siksi, että niissä on kilpailuja. Jos Laura-lehdessä ei tarjottaisi tällaista mahdollisuutta *myös* Itävallassa asuville lukijoille, yhteisöjen tuomioistuimelta ei olisi pyydetty ennakkoratkaisua kyseisestä kiellosta.

25. On esitettävä vielä yksi huomautus. Oikeudenkäynnin aikana on useaan kertaan tuotu esiin se seikka, että myös itävaltalaisissa lehdissä tarjotaan palkinnon voittamismahdollisuuksia. [37] Komissio on todennut, että tämä tilanne johtuu Itävallan korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä, jonka mukaan kieltoa sovelletaan vain siinä tapauksessa, että mahdollisuus osallistua palkintokilpailuun on ostohoukutin ja sellainen kiihoke, jota kuluttaja ei voi vastustaa. [38]

Koska mielestäni on joka tapauksessa tarpeellista, että kansallinen tuomioistuin kyseisen toimenpiteen tarpeellisuutta ratkaistessaan arvioi, ovatko palkintokilpailut todellakin ostohoukutin, katson, että tältä osin ei tarvitse todeta enempää. On kuitenkin korostettava, että UWG:n 9 a §:ää on sovellettava samalla tavalla kotimaisiin lehtiin ja tuontilehtiin. Jos näin ei olisi, kyseinen toimenpide tai pikemminkin sen soveltaminen käytännössä olisi syrjivää, eikä sitä silloin voisi missään tapauksessa pitää perusteltuna lehdistön moniarvoisuuden säilyttämisvaatimuksen vuoksi.

Toisin sanoen, jos kansallinen tuomioistuin toteaisi, että todellisuudessa itävaltalaiset aikakauslehdet voivat vapaasti ja laillisesti tarjota yleisölle sitä, mikä on kiellettyä muiden jäsenvaltioiden lehdiltä, ongelma olisi jo ratkaistu, koska kyse olisi syrjivästä kaupan

37 — Esimerkiksi kantajan julkaisemassa Täglich Alles -lehdessä tarjotaan mahdollisuus voittaa cd-levy arvaamalla elokuvan nimi (ks. 25.1.1996 ilmestynyt numero). News-lehdessä puolestaan mainostetaan mahdollisuutta osallistua arvontaan, jossa voi voittaa Nissan-merkkisen auton, täyttämällä ja lähettämällä lehdessä olevan osallistumiskupongin (ks. esim. 4.1.1996 ilmestynyt numero 1).

38 — Ks. esim. Oberster Gerichtshofin (OGH) 9.5.1995 antama tuomio, joka koski ilmaisia lentomatkoja (WBl. 1995, s. 466), ja sen 22.3.1994 antama tuomio, joka koski "ilmaisia päiviä" (Öbl. 1994, s. 166).

esteestä, joka sellaisenaan ei ole perusteltu sen enempää Cassis de Dijon -tapauksessa tarkoitettujen pakottavien vaatimusten vuoksi kuin perustamissopimuksen 36 artiklankaan perusteella, koska se ei täytä siinä nimenomaisesti asetettuja edellytyksiä.

kanssa. [39] Se, miksi perusoikeuksien kunnioittaminen väistämättä kuuluu niihin edellytyksiin, joihin jäsenvaltio vetoaa osoittaakseen, että kyseinen kansallinen toimenpide on perusteltu, selittyy helposti: jos näin ei nimittäin olisi, kyseessä voisi olla näiden oikeuksien rikkominen, jonka yhteisön oikeus sallii yhteisöjen tuomioistuimen tuella.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artikla

26. Vaikka kansallinen tuomioistuin ei ole tältä osin esittänyt erillistä kysymystä, katson, että oikeudenkäynnin aikana esiin tuotu kysymys kyseisen kansallisen lainsäädännön yhteensopivuudesta ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen (jäljempänä yleissopimus) kanssa on sellainen, että yhteisöjen tuomioistuimen kannattaa vastata siihen. Näin on tietenkin vain siinä tapauksessa, että yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että kyseinen lainsäädäntö voi olla perusteltu edellä käsiteltyjen pakottavien vaatimusten vuoksi.

Tätä alaa koskevassa oikeuskäytännössä on yksiselitteisesti katsottu, että yhteisöjen tuomioistuimen harjoittama valvonta koskee paitsi niitä säädöksiä ja päätöksiä, joita yhteisöjen toimielimet ovat antaneet tai tehneet toimintaansa harjoittaessaan tai joita jäsenvaltiot ovat antaneet tai tehneet pannessaan täytäntöön yhteisön säädöstä tai päätöstä, ja muuta mahdollista kansallista täytäntöönpanotoimintaa, myös niitä perusteita, joihin jäsenvaltio on tukeutunut sellaisen kansallisen toimenpiteen osalta, joka ei muutoin olisi yhteensopiva yhteisön oikeuden

27. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin jo todennut, että moniarvoisuuden säilyttäminen audiovisuaalisella tiedonvälitysalalla on suojaamisen arvoinen yleistä etua koskeva intressi nimenomaan siksi, että se on yleissopimuksen 10 artiklassa tarkoitettuun sananvapauteen liittyvä arvo. [40] Perusteen yhteensopivuus yleissopimuksen 10 artiklan kanssa voisi ensi arviolta näyttää aivan ilmeiseltä. [41]

39 — Ks. tältä osin asia C-260/89, ERT, tuomio 18.6.1991 (Kok. 1991, s. I-2925). Yhteisöjen tuomioistuin on tässä tuomiossa täsmentänyt, että "kun jäsenvaltio vetoaa 56 ja 66 artiklan yhdistettyihin määräyksiin osoittaakseen, että lainsäädäntö, joka voi rajoittaa palvelujen tarjoamisen vapautta, on perusteltu, tätä yhteisön oikeudessa tarkoitettua perusteltavuutta on tulkittava ottaen huomioon yleiset oikeusperiaatteet ja erityisesti perusoikeudet. Kyseinen kansallinen lainsäädäntö voi tulla 56 ja 66 artiklassa määrättyjen poikkeusten alaisuuteen vain, jos se on niiden perusoikeuksien mukainen, joiden noudattamisen yhteisöjen tuomioistuin takaa" (43 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin on näin ollen katsonut, että "tällaisessa tapauksessa kansallisen tuomioistuimen ja tarpeen vaatiessa yhteisöjen tuomioistuimen tehtäviin kuuluu arvioida näiden säännösten soveltamista ottaen huomioon kaikki yhteisön oikeuden säännöt, mukaan luettuna Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklalla vahvistettu sananvapaus, koska se on sellainen yleinen oikeusperiaate, jonka noudattamisen yhteisöjen tuomioistuin takaa" (44 kohta). Samat huomiot ilmeisesti soveltuvat myös, kun on kyse vaatimuksista, joihin on tukeuduttu sen osoittamiseksi, että tavaroiden kauppaa rajoittavat kansalliset toimenpiteet ovat perusteltuja.

40 — Ks. edellä alaviite 33.

41 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 24 mainittu Itävallan perustuslakituomioistuimen tuomio, jossa korostettiin, että tiedotusvälineet eivät ole pelkästään tavaroita vaan myös olennainen osa mielipiteenmuodostusta. Lainsäätäjä, joka pyrkii tietyt mainontamuodot kieltävillä toimenpiteillä varmistamaan pienten lehtiyritysten eloonjäämisen, ei takaa ainoastaan Itävallan perustuslain vaan myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan noudattamisen.

On totta, että käsiteltävänä olevassa asiassa nousee esiin kaksi samalla määräyksellä samalla tavalla suojattua oikeutta: toisaalta lehdistön vapaus, joka on periaatteessa myönnettävä kaikille alan toimijoille, sekä saman mitalin toinen ja merkittävä puoli eli yleisön vapaus vastaanottaa kaikenlaisia tietoja ja ajatuksia ja toisaalta lehdistön moniarvoisuuden säilyttäminen demokraattisessa yhteiskunnassa. Näissä olosuhteissa yleissopimuksen 10 artiklan noudattaminen edellyttää, että mahdollisuuksien rajoissa sovitetaan yhteen kaksi niin perustavanlaatuista intressiä kuin lehdistön vapaus ja moniarvoisuuden säilyttäminen, joita tiedotusvälineiden liiallinen keskittyminen harvoille omistajille mitä ilmeisimmin voi uhata. [42]

28. Kun tämä on todettu, muistutan aluksi, että lehdistön vapautta voidaan rajoittaa vain niiden "pakottavien yhteiskunnallisten tarpeiden" [43] perusteella, jotka vastaavat jotakin yleissopimuksen 10 artiklan 2 kohdassa nimenomaisesti mainittua tarvetta. [44] Totean lisäksi, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö on täysin selvä sen osalta, että myös "kaupallinen tiedottaminen" tai — jos halutaan käyttää toista ilmaisua — sananvapauden käyttäminen kaupalliseen tarkoitukseen, on taattu 10 artiklalla. [45] Tällaisessa tapauksessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin harjoittaa vähemmän ankaraa suhteellisuusvalvontaa, koska se katsoo, että jäsenvaltioilla on tällä alalla laajempi harkintavalta. [46]

Tiedonvälityksen moniarvoisuuden osalta Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on tunnustanut, että vaikka tätä vaatimusta ei nimenomaisesti mainitakaan yleissopimuksen 10 artiklan 2 kohdassa poikkeuksena sananvapaudesta, se on itsessään legitiimi tavoite, joten valtion siihen puuttuminen on sallittua vain sillä edellytyksellä, että siitä säädetään lailla ja että se on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. [47] Toisin sanottuna vaatimus tiedonvälityksen moniarvoisuudesta sallii tiettyjä rajoituksia yksilökohtaiselle sananvapaudelle ja tiedonvälityksen

42 — Ks. vastaavasti Euroopan ihmisoikeustoimikunnan raportti asiassa De Geillustreerde Pers NV v. Alankomaat, DR 8, s. 5.

43 — Ks. asia Sunday Times I, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 26.4.1979, A-sarja, nro 30; asia Barthold v. Saksan liittotasavalta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 25.3.1985, A-sarja, nro 90 ja asia Lingens v. Itävalta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 8.7.1986, A-sarja, nro 103.

44 — Lisättäköön vielä, että tässä määräyksessä määrätään, että siinä taattujen vapauksien käyttö "voidaan asettaa sellaisten muodollisuuksien, ehtojen, rajoitusten ja rangaistusten alaiseksi, joista on säädetty laissa ja jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen turvallisuuden, alueellisen koskemattomuuden tai yleisen turvallisuuden vuoksi, epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi, muiden henkilöiden maineen tai oikeuksien turvaamiseksi, luottamuksellisten tietojen paljastumisen estämiseksi, tai tuomioistuinten arvovallan ja puolueettomuuden varmistamiseksi".

45 — Ks. vastaavasti esim. asia Groppera Radio AG v. Sveitsi, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 28.3.1990, A-sarja, nro 173. Vastauksena siihen vastaajana olevan hallituksen väitteeseen, jossa epäiltiin, voidaanko 10 artiklaan vedota pääasiassa kevyttä musiikkia ja mainontaa sisältävien ohjelmien osalta, ihmisoikeustuomioistuin täsmensi, että 10 artiklan 1 kohtaa sovelletaan "tekemättä ohjelman sisältöön perustuvia eroja" (ks. erityisesti 54 ja 55 kohta). Ks. vastaavasti myös asia Markt Int. Verlag ja Klaus Beermann v. Saksan liittotasavalta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 20.11.1989, A-sarja, nro 165, jossa ihmisoikeustuomioistuin ei hyväksynyt periaatetta, jonka mukaan 10 artiklan soveltamisalaan kuuluisivat vain taiteelliset, uskonnolliset, tieteelliset, poliittiset tai talouspoliittiset ilmaisut mutta eivät "kaupalliset ilmaisut ja asenteet, joilla edistetään taloudellisia intressejä".

46 — Ks. edellisessä alaviitteessä mainittu asia Markt Int. Verlag ja Klaus Beermann v. Saksan liittotasavalta.

47 — Ks. vastaavasti asia Informationsverein Lentia ym. v. Itävalta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 24.11.1993, A-sarja, nro 276. Ihmisoikeustuomioistuin on tässä tuomiossa vahvistanut, että tiedonvälityksen moniarvoisuus on demokraattisessa yhteiskunnassa olennainen arvo ja että se näin ollen voi johtaa sananvapauden rajoittamiseen. Ihmisoikeustuomioistuin ei kuitenkaan hyväksynyt sitä vastaajana olleen hallituksen kantaa, että televisiomonopoli olisi asianmukainen ja välttämätön toimenpide moniarvoisuuden ja erityisesti ohjelmien ja mielipiteiden laadun ja tasapuolisuuden takaamiseksi. Ihmisoikeustuomioistuin on sitä vastoin todennut, että yleensä kilpailu takaa tiedonvälityksen moniarvoisuuden ja että niin tiukka monopoli kuin se, josta oli kyse tuossa asiassa, ei ollut sallittu.

vapaudelle sillä edellytyksellä, että rajoitukset ovat välttämättömiä ja asianmukaisessa suhteessa tavoiteltuun päämäärään.

29. Kun tämä on todettu ja kun otetaan huomioon erityisesti se merkitys, jonka ihmisoikeustuomioistuin on antanut kyseessä oleville kahdelle arvolle, päädyn siihen käsitykseen, että kielto myydä palkintokilpailuja sisältäviä lehtiä ei ole ristiriidassa sananvapauden turvaamisvelvollisuuden kanssa ja että se on näin ollen yleissopimuksen 10 artiklan mukainen, mutta vain, jos se on todella välttämätön lehdistön moniarvoisuuden säilyttämiseksi ja asianmukaisessa suhteessa tähän. Voin ainoastaan toistaa, että nämä ovat ne rajat, jotka olen saanut selville tutkiessani kyseisen toimenpiteen asianmukaisuutta ja suhteellisuutta suhteessa kyseiseen pakottavaan vaatimukseen. [48]

Ratkaisuehdotus

30. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi Handelsgericht Wienin esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

EY:n perustamissopimuksen 30 artiklaa on tulkittava siten, että sen kanssa ristiriidassa ei ole sellaisen kansallisen lainsäädännön soveltaminen, jolla kielletään toisessa jäsenvaltiossa laillisesti tuotettujen ja myytyjen aikakauslehtien tuonti sillä perusteella, että niissä on kilpailutehtäviä ja/tai kilpailuja, joista voi voittaa palkintoja, jos tämä lainsäädäntö on välttämätöntä pakottavien vaatimusten täyttämiseksi ja asianmukaisessa suhteessa siihen eli tässä tapauksessa lehdistön moniarvoisuuden säilyttämiseen. Tämän osalta kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on varmistaa kansallisia lehtimarkkinoita koskevat tiedot huomioon ottaen, kilpaileeko tämän tyyppinen aikakauslehti suurten lehtiyhtymien julkaisemien vastaavien ajanvietejulkaisujen kanssa vai pienten kustantajien tuotteiden kanssa, ja onko viimeksi mainitussa tapauksessa kyse sellaisesta ostohoukuttimesta, josta aiheutuu haittaa pienille kustantajille.

48 — Ks. edellä 21—25 kohta.