Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MACIEJ SZPUNAR
24 päivänä kesäkuuta 2021 [1]

Asia C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, laillisena edustajanaan Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV
vastaan
Peek & Cloppenburg KG, laillisena edustajanaan Van Graaf Management GmbH

(Ennakkoratkaisupyyntö – Bundesgerichtshof (liittovaltion ylin tuomioistuin, Saksa))

Ennakkoratkaisupyyntö – Kuluttajansuoja – Sopimattomat kaupalliset menettelyt – Mainonta – Mediayhtiön ja elinkeinonharjoittajan tuotteiden myynnin edistäminen

I Johdanto

1. H. G. Wellsin mukaan ”mainonta on laillistettua valehtelua”. Ottamatta kantaa tämän väitteen perusteltavuuteen voidaan kiistatta todeta, että unionin oikeudessa mainonta, joka esitetään toimituksellisen sisällön muodossa tuomatta selkeästi julki kyseessä olevan mainos, ei ole ”laillistettua”.

2. Direktiivin 2005/29/EY [2] liitteessä I olevan 11 kohdan mukaan puffi (advertoriaali) on nimittäin kaupallinen menettely, jota pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomana, eikä tapauskohtainen arviointi kyseisen direktiivin 5–9 artiklan säännösten perusteella ole tarpeen. Unionin tuomioistuin on todennut lisäksi, että kyseisessä direktiivissä velvoitetaan yritykset ilmoittamaan selkeästi, että ne ovat rahoittaneet toimituksellisen sisällön tiedotusvälineissä, kun tämän sisällön tarkoituksena on edistää näiden elinkeinonharjoittajien tavaroiden tai palvelujen myyntiä. [3]

3. Esillä oleva ennakkoratkaisupyyntö antaa unionin tuomioistuimelle tilaisuuden täsmentää direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 11 kohdan ulottuvuutta. Unionin tuomioistuinta pyydetään tarkemmin sanottuna tulkitsemaan kyseisessä säännöksessä käytettyä ilmaisua ”maksanut”, jolla tarkoitetaan mainostavan yrityksen mediayhtiölle antamaa etua.

1 Alkuperäinen kieli: ranska.

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

3 Tuomio 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, 48 kohta).

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

4. Direktiivin 2005/29 5 artiklan 5 kohdassa säädetään seuraavaa:

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

5. Kyseisen direktiivin liitteessä I olevassa 11 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tiedotusvälineiden toimituksellisen sisällön käyttäminen tuotteen myynnin edistämiseen siten, että elinkeinonharjoittaja on maksanut myynninedistämisen mutta ei ilmoita sitä selvästi sisällössä tai kuluttajalle selkeästi tunnistettavin kuvin tai äänin (puffi). – – ”

B Saksan oikeus

6. Sopimattoman kilpailun estämisestä annetulla lailla (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)[4], sellaisena kuin sitä sovelletaan pääasiassa (jäljempänä UWG), saatettiin direktiivi 2005/29 kansallisen lainsäädännön osaksi. UWG:n 3 §:n otsikko on ”Sopimattomien kaupallisten menettelyiden kielto”, ja sen 1 ja 3 momentissa säädetään seuraavaa:

”1. Sopimattomat kaupalliset menettelyt ovat kiellettyjä.”

– –

3. Tämän lain liitteessä luetellut kuluttajiin kohdistetut kaupalliset menettelyt ovat aina kiellettyjä. – –”

7. UWG:n liitteessä on 11 kohta, joka koskee kyseisen lain 3 §:n 3 momenttia ja on sanamuodoltaan seuraava:

”Elinkeinonharjoittajan maksaman toimituksellisen sisällön käyttäminen myynninedistämiseen ilman, että tämä yhteys ilmenee selkeästi sisällöstä taikka optisesta tai akustisesta esittämistavasta (toimituksellisen sisällön muotoon laadittu mainos).”

III Pääasian tosiseikat

8. Peek & Cloppenburg KG, jota edustaa Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (jäljempänä P&C Düsseldorf), sekä Peek & Cloppenburg, jota edustaa Van Graaf Management GmbH (jäljempänä P&C Hamburg), ovat kaksi oikeudellisesti ja taloudellisesti toisistaan riippumatonta yritystä, jotka molemmat harjoittavat vaatteiden vähittäismyyntiä erilaisten sivuliikkeiden välityksellä käyttäen liikenimeä ”Peek & Cloppenburg”. Ne toimivat Saksan eri alueilla, ja kullakin alueella sijaitsee ainoastaan jommankumman asianosaisen vaateliikkeitä. Asianosaiset mainostavat vaateliikkeitään erikseen toisistaan riippumatta.

[4] BGBl. 2010 I, s. 254.

9. Maaliskuussa 2011 GRAZIA-nimisessä muotilehdessä julkaistiin aukeaman pituinen artikkeli, jonka otsikko oli ”Lukijakampanja” ja jossa lehden lukijat kutsuttiin vain heille tarkoitettuun ”GRAZIA StyleNight by Peek&Cloppenburg” -ostosiltaan.

10. Artikkelissa käytetyissä vaateliikkeiden kuvissa oli nähtävillä sisäänkäyntien yläpuolella valokirjaimin nimi ”Peek & Cloppenburg”, ja tekstissä luki: ”Kaikkien GRAZIA-naisten oma ilta: tule työpäivän jälkeen tekemään löytöjä muodin temppeliin! Tarjolla kuohuviiniä ja stylistipalveluja. Haluatko olla V.I.S. (Very Important Shopper)? Ilmoittaudu nopeasti!”. Artikkelissa mainittiin, että olemassa on kaksi itsenäistä Peek & Cloppenburg -nimistä yritystä ja että tässä tapauksessa ilmoitus koski ”Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf” -nimistä yritystä.

11. P&C Hamburg väitti Landgericht Hamburgissa (Hampurin alueellinen alioikeus, Saksa) nostamassaan kanteessa, että tällainen kaupallinen menettely oli vastoin UWG:n 3 §:n 3 momentissa, luettuna yhdessä saman lain liitteessä olevan 11 kohdan kanssa, säädettyä toimituksellisen sisällön muodossa olevan mainonnan kieltoa. P&C Hamburg vaati, että P&C Düsseldorfia oli kiellettävä julkaisemasta kilpailijana mainoksia, joita ei voi selkeästi tunnistaa mainoksiksi ja että se oli velvoitettava ilmoittamaan erinäisiä tietoja ja korvaamaan aiheutunut vahinko.

12. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hyväksyi P&C Hamburgin vaatimukset. P&C Düsseldorf valitti tuomiosta muutoksenhakutuomioistuimeen – Oberlandesgericht Hamburgiin (Hampurin osavaltion ylioikeus, Saksa) – joka hylkäsi valituksen. P&C Düsseldorf teki ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle Revision-valituksen, jossa se vaatii hylkäämään P&C Hamburgin kanteen.

IV Ennakkoratkaisukysymykset ja oikeudenkäyntimenettely unionin tuomioistuimessa

13. Bundesgerichtshof (liittovaltion ylin tuomioistuin, Saksa), joka käsittelee P&C Düsseldorfin Revision-valituksen, teki 25.6.2020 unionin tuomioistuimeen 7.8.2020 saapuneen päätöksen asian käsittelyn lykkäämisestä ja seuraavien kysymysten esittämisestä unionin tuomioistuimelle:

”1) Onko kyse direktiivin 2005/29/EY liitteessä I olevan 11 kohdan ensimmäisessä virkkeessä tarkoitetusta myynninedistämisen maksamisesta ainoastaan silloin, kun toimituksellisen sisällön käyttämisestä tiedotusvälineissä tuotteen myynnin edistämiseen seuraa rahamääräinen vastasuoritus, vai tarkoitetaanko käsitteellä ”maksaminen” kaikenlaisia vastasuorituksia riippumatta siitä, muodostuvatko ne rahasta, tavaroista tai palveluista taikka muista omaisuuseristä?

2) Edellyttääkö direktiivin 2005/29/EY liitteessä I olevan 11 kohdan ensimmäinen virke, että mainostaja antaa mediayhtiölle rahanarvoista etua vastasuorituksena toimituksellisen sisällön käyttämisestä, ja jos tähän vastataan myöntävästi, onko katsottava, että kyse on tällaisesta vastasuorituksesta myös siinä tapauksessa, että mediayhtiö raportoi yhdessä mainostajan kanssa järjestettävästä mainoskampanjasta, kun kyseinen mainostaja on antanut mediayhtiön käyttöön uutisointia varten kuvaoikeudet, kun molemmat yritykset ovat osallistuneet mainoskampanjan kustannuksiin ja järjestämistyöhön ja kun mainoskampanjan tarkoituksena on edistää molempien yritysten tuotteiden myyntiä?”

14. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet P&C Düsseldorf, P&C Hamburg, Unkarin hallitus sekä Euroopan komissio. Nyt käsiteltävässä asiassa ei ole järjestetty istuntoa.

V Arviointi

15. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selittää kahden ennakkoratkaisukysymyksensä perusteluissa, että sen käsiteltäväksi saatetun valituksen menestyminen riippuu siitä, miten direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 11 kohtaa on tulkittava. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan kyseisen direktiivin 5 artiklan 5 kohta ja liitteessä I oleva 11 kohta on saatettu Saksan kansallisen lainsäädännön osaksi UWG:n 3 §:n 3 momentilla ja UWG:n liitteessä olevalla 11 kohdalla, joka koskee mainittua 3 §:n 3 momenttia; näin ollen kyseisiä Saksan oikeuteen kuuluvia säännöksiä on tulkittava mainitun direktiivin mukaisesti.

16. Esillä olevaan ennakkoratkaisupyyntöön liittyvän oikeudellisen kehyksen ja tosiseikaston perusteella on nähdäkseni tarpeen esittää aluksi muutamia huomautuksia direktiivin 2005/29 soveltamisalasta ennen ennakkoratkaisukysymysten tarkastelua.

17. Tarkemmin sanottuna tarkastelen ensin sitä, onko pääasiassa kyseessä oleva menettely direktiivin 2005/29 2 artiklan d alakohdassa tarkoitettu kaupallinen menettely ja koskevatko sitä näin ollen kyseisen direktiivin säännökset, ja toiseksi sitä, voiko se, että ennakkoratkaisukysymykset on esitetty sellaisen oikeusriidan yhteydessä, jonka kaksi asianosaista kilpailevat keskenään, estää mainitun direktiivin soveltamisen.

A Pääasiassa riitautettu menettely kaupallisena menettelynä

18. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin viittaa muutoksenhakutuomioistuimen esittämiin perusteluihin ja katsoo, ettei pääasiassa riitautettu menettely koske artikkelissa ilmoitettujen ja kuvattujen tilaisuuksien järjestämistä vaan itse artikkelin julkaisemista. [5]

19. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tuo niin ikään esille, ettei muutoksenhakutuomioistuin vaikuta tehneen oikeudellista virhettä arvioidessaan, että kyseessä oleva julkaiseminen on P&C Düsseldorfin ja GRAZIA-lehden yhteinen kaupallinen menettely, jolla pyrittiin edistämään näiden kahden yrityksen myyntejä. P&C Hamburgin nostama kanne kohdistuu kuitenkin ainoastaan P&C Düsseldorfiin.

20. Direktiivin 2005/29 soveltamisalaan kuuluminen edellyttää, että pääasiassa riitautettu menettely on kyseisen direktiivin 2 artiklan d alakohdassa tarkoitettu kaupallinen menettely.

21. Menettelyn alullepanijan on siis oltava kyseisen direktiivin 2 artiklan b alakohdassa tarkoitettu elinkeinonharjoittaja eli henkilö, joka toimii ”tarkoituksessa, joka liittyy hänen elinkeino-, liike-, käsiteollisuus- tai ammattitoimintaansa”, tai joka toimii elinkeinonharjoittajan nimissä tai

[5] Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa ennakkoratkaisupyynnön perusteluissa, että ”riidanalaisessa mainonnassa on kyse pelkästään artikkelin julkaisemisesta eikä siinä ilmoitettujen ja kuvailtujen tilaisuuksien järjestämisestä” ja että ”riidan kohteena on [P&C Düsseldorfin] liittotasavallan laajuinen mainos, joka julkaistiin – – muotilehdessä”. Toisen ennakkoratkaisukysymyksen sanamuodossa sekä muissa ennakkoratkaisupyynnön perustelujen kohdissa käytetyllä ilmaisulla ”mainoskampanja” viitataan P&C Düsseldorfin liikkeissä järjestettyihin tilaisuuksiin, joita koskeva artikkeli julkaistiin GRAZIA-lehdessä. Sekaannuksen välttämiseksi katson, että pääasiassa riitautettu menettely koskee kyseessä olevan artikkelin julkaisemista ja että ilmaisulla ”mainoskampanja” tarkoitetaan tässä ratkaisuehdotuksessa artikkelissa ilmoitettuja ja kuvailtuja tilaisuuksia.

puolesta.[6] Toisaalta menettelyn on oltava toimi, mainitsematta jättäminen, käyttäytyminen tai edustaminen taikka kaupallinen viestintä, ”joka liittyy välittömästi – – tuotteen myynnin edistämiseen, myymiseen tai toimittamiseen kuluttajille”.[7]

22. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tuo esille muutoksenhakutuomioistuimen toteamuksiin viitaten, kyseessä olevaan menettelyyn on ryhtynyt P&C Düsseldorf,[8] ja sitä on käytetty edistämään kyseisen toimijan myyntiä. Yhtäältä menettely on osa alullepanijansa P&C Düsseldorfin kaupallista strategiaa ja toisaalta sillä pyritään suoraan edistämään ja vauhdittamaan kyseisen yrityksen myyntiä. Kyseinen menettely on siis direktiivin 2005/29 2 artiklan d alakohdassa tarkoitettua kaupallista menettelyä ja kuuluu näin ollen kyseessä olevan direktiivin soveltamisalaan.[9]

23. Tätä näkemystä ei kyseenalaista se, että GRAZIA-lehdessä julkaistu artikkeli koski P&C Düsseldorfin yhteistyössä kyseisen lehden kanssa järjestämää mainoskampanjaa, eikä se, että kyseisellä artikkelilla pyrittiin edistämään molempien toimijoiden myyntejä.

24. Kuten unionin tuomioistuin on jo todennut, direktiivin 2005/29 2 artiklan b alakohdassa olevan elinkeinonharjoittajan määritelmän perusteella kyseistä direktiiviä voidaan soveltaa tilanteessa, jossa toimijan kaupallisia menettelyjä käyttää toinen yritys, joka toimii tämän toimijan nimissä ja/tai sen puolesta, joten kyseisen direktiivin säännöksiin voitaisiin tietyissä tapauksissa vedota sekä kyseistä toimijaa että tällaista toista yritystä vastaan, mikäli ne molemmat vastaavat elinkeinonharjoittajan määritelmää.[10] Sitä suuremmalla syyllä on mahdollista, että yhden kaupallisen menettelyn takana on kaksi erillistä toimijaa, jotka toimivat sekä omissa nimissään että yhteistyökumppaninsa nimissä. Myös tällainen kaupallinen menettely kuuluisi direktiivin 2005/29 soveltamisalaan. On kuitenkin todettava – kuten huomautin jo edellä 19 kohdassa –, että P&C Hamburgin kanne kohdistuu ainoastaan P&C Düsseldorfiin, joten kysymys siitä, voidaanko kyseisen direktiivin säännöksiin vedota GRAZIA-lehteä vastaan, ei nouse esille käsiteltävässä asiassa.[11]

25. Lisäksi edellä 22 kohdassa esitetty oikeudellinen luonnehdinta vastaa olennaisin osin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämää oikeudellista luonnehdintaa. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tuo nimittäin esille, että muutoksenhakutuomioistuimen mukaan artikkelin julkaiseminen on sekä UWG:n 2 §:n 1 momentin 1 kohdassa että direktiivin 2005/29 2 artiklan d alakohdassa tarkoitettu kaupallinen menettely. Lisäksi se toteaa, ettei muutoksenhakutuomioistuin tehnyt arvioinnissaan oikeudellista virhettä. Ymmärrän kyseisen toteamuksen tarkoittavan myös artikkelin julkaisemisen oikeudellista luonnehdintaa suhteessa kyseiseen unionin oikeuden säännökseen.

6 Ks. tuomio 4.10.2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, 32 kohta). Direktiivin 2005/29 2 artiklan b alakohdan mukaan ”elinkeinonharjoittajalla” tarkoitetaan ”luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä, joka tämän direktiivin alaan kuuluvissa kaupallisissa menettelyissä toimii tarkoituksessa, joka liittyy hänen elinkeino-, liike-, käsiteollisuus- tai ammattitoimintaansa, ja elinkeinonharjoittajan nimissä tai puolesta toimivaa henkilöä”.

7 Ks. tuomio 4.10.2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, 42 ja 43 kohta).

8 Ks. edellä alaviite 5 ja erityisesti toteamus siitä, että ”riidan kohteena on [P&C Düsseldorfin] liittotasavallan laajuinen mainos, joka julkaistiin – – muotilehdessä”.

9 Ks. vastaavasti tuomio 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, 36 kohta).

10 Ks. vastaavasti tuomio 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, 38 kohta).

11 Ottamatta etukäteen kantaa siihen, miten tällaiseen kysymykseen olisi vastattava, pitää mielestäni paikkansa, että 17.10.2013 annetun tuomion RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669) 39 kohdan perusteella voi saada sellaisen kuvan, ettei artikkelin julkaisemista voida katsoa lehtikustantamosta alullepanemaksi kaupalliseksi menettelyksi. Kyseisen tuomion taustalla ollut asia koski kuitenkin artikkeleita, joiden aiheena olivat lehtikustantamon ulkopuoliset tapahtumat, kun taas nyt käsiteltävässä asiassa on kyseessä artikkelin julkaiseminen sellaisesta mainoskampanjasta, jonka lehtikustantamo ja P&C Düsseldorf järjestivät yhteistyössä.

26. Tässä yhteydessä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kiinnittää huomiota erääseen sivumerkitykseen, joka on ominainen Saksan lainsäädännön määritelmän mukaiselle kaupallisten menettelyjen käsitteelle. Se selittää, että kyseisellä käsitteellä tarkoitetaan UWG:n 2 §:n 1 momentin 1 kohdassa annetun määritelmän mukaan henkilön toimea oman yrityksensä tai kolmannen yrityksen hyväksi ennen liiketoimen suorittamista, liiketoimen suorittamisen aikana tai liiketoimen suorittamisen jälkeen, kun toimella on objektiivinen yhteys myynnin edistämiseen tai tavaroiden tai palvelujen toimittamiseen. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan Saksan lainsäädännössä annettu kaupallisten menettelyjen määritelmä on laajempi kuin direktiivin 2005/29 2 artiklan d alakohdan määritelmä, sillä siihen sisältyvät myös sellaiset kolmansien toimet, joilla pyritään edistämään kolmannen yrityksen myyntejä tai ostoja, joita ei tehdä elinkeinonharjoittajan nimissä tai puolesta. Se katsoo kuitenkin, ettei direktiivi 2005/29 ole esteenä sille, että kaupallisten menettelyiden käsite määritellään kansallisessa lainsäädännössä laajemmin, koska kyseisellä direktiivillä säännellään vain ”osaa” sopimatonta kilpailua koskevasta oikeudenalasta.

27. Unionin tuomioistuinta ei näin ollen pyydetä selkiyttämään sitä, onko direktiivin 2005/29 2 artiklan d alakohta saatettu UWG:n 2 §:n 1 momentin 1 kohdalla asianmukaisesti kansallisen lainsäädännön osaksi. Ennakkoratkaisukysymyksiin vastaamiseksi ei ole myöskään tarpeellista selvittää, missä määrin Saksan lainsäädännössä annettu määritelmä on unionin oikeudessa annettua määritelmää laajempi. On selvitettävä ainoastaan, onko pääasiassa riitautettu menettely P&C Düsseldorfin kyseisessä direktiivissä tarkoitettua kaupallista menettelyä, jollaista se mielestäni on.[12]

B Kaupallisen menettelyn riitauttaminen kahden kilpailijan välisessä oikeusriidassa

28. Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty oikeusriidassa, jossa P&C Hamburg vaatii, että P&C Düsseldorfia kielletään julkaisemasta kilpailijana mainoksia, jotka eivät ole selkeästi tunnistettavissa mainoksiksi, ja että se velvoitetaan ilmoittamaan erinäisiä tietoja sekä korvaamaan aiheutunut vahinko. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii selvittämään käsiteltävän oikeusriidan yhteydessä, onko kyseessä olevan artikkelin julkaiseminen direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitettu kaupallinen menettely ja onko sitä siten pidettävä kaikissa olosuhteissa sopimattomana.

29. On totta, että kyseessä voidaan katsoa olevan direktiivissä 2005/29 tarkoitettu kaupallinen menettely vain, jos osapuolina ovat elinkeinonharjoittaja ja kuluttaja.[13]

30. Se, että pääasian asianosaisina on kaksi elinkeinonharjoittajaa, jotka vaikuttavat kilpailevan keskenään, ei merkitse kuitenkaan automaattisesti sitä, ettei direktiivin 2005/29 kansallisen lainsäädännön osaksi saattamiseksi annettuja kansallisia säännöksiä voida soveltaa käsiteltävässä asiassa.

31. Unionin tuomioistuin on jo todennut, että direktiivin 2005/29 soveltamisalaan kuuluvat sellaiset kansalliset säännökset, joissa sopimaton kaupallinen menettely seuraamusten uhalla kielletään kuluttajien edun suojaamiseksi.[14] Kuluttajien etua voidaan suojata kilpailijoiden välillä käytävillä oikeusriidoilla, jolloin kyseessä on kyseisen direktiivin 11 artiklan 1 kohdassa säädettyä kuluttajansuojaa koskevan oikeuden yksityisoikeudellinen täytäntöönpano (*private enforcement*).

12 Ks. edellä 22 kohta.

13 Ks. ratkaisuehdotukseni Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, 40 kohta).

14 Ks. tuomio 17.1.2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, 33 kohta).

Kyseisen säännöksen mukaan jäsenvaltioiden on huolehdittava, että käytettävissä on riittävät ja tehokkaat keinot sopimattomien kaupallisten menettelyjen torjumiseksi. Näihin keinoihin voivat kuulua säännökset, joiden mukaisesti kilpailijat voivat ryhtyä oikeudellisiin toimiin tällaisten menettelyjen suhteen.

32. Se, että kilpailijalla on kyseisessä oikeudellisessa toimessa oma intressinsä, ei voi estää direktiivin 2005/29 soveltamista.

33. Direktiivi 2005/29 on nimittäin annettu SEUT 114 artiklan nojalla ja yksi sen tavoitteista on sen 1 artiklan mukaan sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan tukeminen.[15] Tältä osin kyseisen direktiivin johdanto-osan kuudennessa ja kahdeksannessa perustelukappaleessa tuodaan esille, että direktiivillä suojataan suoraan kuluttajien taloudellisia etuja yritysten kuluttajien osalta toteuttamilta sopimattomilta kaupallisilta menettelyiltä ja siten sillä suojellaan myös välillisesti laillisesti toimivien kilpailijoiden taloudellisia etuja.[16] Kuten unionin tuomioistuin on jo todennut kyseisen direktiivin johdanto-osan kuudenteen perustelukappaleeseen viitaten, direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävät ainoastaan sellaiset kansalliset lait, jotka koskevat sopimattomia kaupallisia menettelyjä, jotka vahingoittavat ”ainoastaan” kilpailijoiden taloudellisia etuja tai jotka liittyvät elinkeinonharjoittajien välisiin liiketapahtumiin.[17]

C Huomautuksia ennakkoratkaisukysymysten kohteesta ja ulottuvuudesta

34. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa kahdella ennakkoratkaisukysymyksellään selvittää, onko riitautettu kaupallinen menettely direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitettua kaikissa olosuhteissa sopimatonta kaupallista menettelyä, kun otetaan huomioon pääasiaan liittyvät olosuhteet ja tarkemmin sanottuna P&C Düsseldorfin mediayhtiölle eli GRAZIA-lehden kustantamolle antamat edut. Kyseisessä säännöksessä luetellaan useita edellytyksiä, joiden on täytyttävä, jotta kaikissa olosuhteissa sopimattomana pidetyn kaupallisen menettelyn olemassaolo voidaan osoittaa, mutta kyseiset kaksi ennakkoratkaisukysymystä koskevat ainoastaan tuotteen myynnin edistämisen maksamista koskevaa edellytystä.

35. Ensimmäisellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii selvittämään lähinnä, onko direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 11 kohtaa tulkittava siten, että kun toimituksellista sisältöä käytetään tuotteen myynnin edistämiseen, elinkeinonharjoittajan katsotaan ”maksaneen” tämän paitsi silloin, kun se antaa tästä myynninedistämisestä mediayhtiölle rahamääräisen edun, myös silloin, kun annettu etu muodostuu tavaroista, palveluista tai muista omaisuuseristä.[18]

[15] Ks. vastaavasti ratkaisuehdotukseni Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, 32 kohta). Ks. sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan ja unionin oikeuden yksityisoikeudellisen täytäntöönpanon eri muotojen välisestä yhteydestä analogisesti tuomio 17.9.2002, Muñoz ja Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, 29–32 kohta).

[16] Ks. vastaavasti myös tuomio 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, 40 kohta), jossa unionin tuomioistuin toteaa, että direktiivillä 2005/29 pyritään suojelemaan näiden yritysten tavaroiden ja palvelujen kuluttajia sekä näiden yritysten laillisesti toimivia kilpailijoita.

[17] Ks. tuomio 14.1.2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12, 39 kohta), ja tuomio 17.1.2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, 30 kohta).

[18] Huomautan, ettei ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyydä unionin tuomioistuinta selkiyttämään, voiko maksaminen tapahtua myös aineettoman edun muodossa. Kattavuuden vuoksi on riittävää huomauttaa, että oikeuskirjallisuuden mukaan tähän kysymykseen olisi vastattava myöntävästi. Ks. Namysłowska, M. ja Sztobryn, K., ”Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych”, *Państwo i Prawo*, 2008, nide 11, s. 61.

36. Toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä on kaksi osaa. Kysymyksen ensimmäisellä osalla, johon on tarpeen vastata vain siinä tapauksessa, että ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii selvittämään, onko omaisuuserän muodossa annettu etu vastasuoritus toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitetussa merkityksessä.

37. Vaikka ensimmäisen kysymyksen sanamuodossa käytetystä käsitteestä ”vastasuoritus”, joka annetaan ”toimituksellisen sisällön käyttämisestä”, saattaa saada sellaisen kuvan, että kysymys on päällekkäinen toisen kysymyksen ensimmäisen osan kanssa, näin ei kuitenkaan ole. Ensimmäisellä kysymyksellä pyritään nimittäin selvittämään, voiko maksaminen tapahtua muussa muodossa kuin rahana, kun taas toisen kysymyksen ensimmäisellä osalla pyritään selvittämään, onko tällaisen maksamisen oltava ”vastavuoroiseen suhteeseen kuuluva” omaisuuserästä muodostuva vastasuoritus, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selittää ennakkoratkaisupyynnön perusteluissa.

38. Tämä kysymys perustuu P&C Düsseldorfin Revision-valituksessaan esittämiin lausumiin, joiden mukaan kaikissa olosuhteissa sopimattomana pidettävän kaupallisen menettelyn olemassaolon toteaminen edellyttää, että elinkeinonharjoittajan antamalla edulla on oltava yhteys toimitukselliseen sisältöön siten, että elinkeinonharjoittajan voidaan katsoa ”ostaneen” artikkelin kyseisellä korvauksella. P&C Düsseldorfin mukaan tällaista päätelmää ei voida sen sijaan tehdä sillä perusteella, että elinkeinonharjoittaja osallistuu yhdessä mediayhtiön kanssa järjestetyn ja näitä molempia toimijoita hyödyttävän mainoskampanjan kustannuksiin. Tällaisessa tapauksessa yhteisesti maksettua on ainoastaan yhdessä järjestetty tilaisuus, ja mediayhtiö ilmoittaa mainoskampanjasta artikkelissa yksinomaan oman etunsa vuoksi.

39. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tuo tältä osin esille, että yhteys, johon P&C Düsseldorf viittaa, voidaan osoittaa pelkästään sillä perusteella, että mainoskampanja ja artikkeli voidaan nähdä yhden ja saman mainoskampanjan osatekijöinä, joita on arvioitava ja tarkasteltava kokonaisuutena. Ratkaisu ei ole kuitenkaan välttämättä tämä. Kyseisen väitteen osalta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tuo esille, että muutoksenhakutuomioistuimen toteamusten mukaan P&C Düsseldorf antoi mediayhtiön käyttöön muun muassa käyttöoikeudet kyseisessä artikkelissa käytettyihin kuviin. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan ainakin osalla suoritteista, jotka P&C Düsseldorfin antoi omaisuuserinä, vaikuttaa siis olevan konkreettinen yhteys kyseisen artikkelin julkaisemiseen.

40. Kuten toisen kysymyksen sanamuodosta ilmenee, kysymyksen toinen osa esitetään vain, jos sen ensimmäiseen osaan vastataan myöntävästi. Toisen kysymyksen toisella osalla ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii selvittämään, ”maksetaanko” toimituksellisen sisällön käyttämisestä direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitetulla tavalla, jos elinkeinonharjoittaja antaa mediayhtiölle kuvien käyttöoikeudet ja jos molemmat toimijat osallistuvat tuotteidensa myynnin edistämiseksi järjestetyn mainoskampanjan kustannuksiin ja järjestämistyöhön.

41. Näillä kahdella kysymyksellä on yhteinen kohde ja ne liittyvät erottamattomasti toisiinsa, joten ne on nähdäkseni tutkittava yhdessä ja niihin on vastattava yhteisesti.

42. Näin ollen ensin on selvitettävä, onko direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 11 kohtaa tulkittava siten, että kun toimituksellista sisältöä käytetään tuotteen myynnin edistämiseen, katsotaan elinkeinonharjoittajan ”maksaneen” sen paitsi silloin, kun se antaa mediayhtiölle rahamääräisen edun kyseisestä myynninedistämisestä, myös silloin, kun sen antama etu muodostuu tavaroista, palveluista tai muista omaisuuseristä (D osa).

43. Jos tähän kysymykseen päädytään vastaamaan myöntävästi, on toiseksi selvitettävä, onko tällainen omaisuuseristä muodostuva etu direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitetulla tavalla vastasuoritus toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen, niin että edun ja kyseisen myynninedistämisen välillä on yhteys. Jos näin on, on selvitettävä, muodostaako kuvien käyttöoikeus ja/tai osallistuminen kyseessä olevan mainoskampanjan kustannuksiin ja järjestämistyöhön tällaisen vastasuorituksen, kun mediayhtiö tiedottaa yhdessä elinkeinonharjoittajan kanssa järjestettävästä mainoskampanjasta (E osa).

D Maksaminen omaisuuserästä muodostuvana etuna

1. Sanamuodonmukainen tulkinta

44. Kuten direktiivin 2005/29 johdanto-osan viidennen perustelukappaleen sanamuodosta ilmenee, unionin lainsäätäjä on katsonut, että rajatylittävään palvelujen ja tavaroiden tarjontaan tai sijoittautumisvapauteen kohdistuvat esteet voidaan poistaa ainoastaan antamalla yhdenmukaiset säännöt ja selventämällä tiettyjä oikeudellisia käsitteitä. Päättelen tämän perusteella, että unionin lainsäätäjä pitää kyseisessä direktiivissä käytettyjä käsitteitä lähtökohtaisesti unionin oikeuteen perustuvina itsenäisinä käsitteinä.

45. Direktiivin 2005/29 eri kieliversioiden ja direktiivin liitteessä I olevassa 11 kohdassa käytettyjen ilmaisujen tarkastelun perustella direktiiviä voidaan tulkita siten, että maksamisen on tapahduttava rahamääräisen edun muodossa,[19] tai eräissä muissa kieliversioissa käytettyjen laajempien ilmaisujen mukaan siten, että maksaminen voi tapahtua minkä tahansa omaisuuserän muodossa olevana etuna.[20]

[19] Tästä voidaan mainita espanjankielinen (”*pagando*”), tšekinkielinen (”*zaplatil*”), tanskankielinen (”*betalt*”), saksankielinen (”*bezahlt*”), vironkielinen (”*maksnud*”), englanninkielinen (”*paid for*”), latviankielinen (”*ir samaksājis*”), liettuankielinen (”*sumokėjo*”), hollanninkielinen (”*betaald*”), puolankielinen (”*zapłacił*”), romaniankielinen (”*a plătit*”), slovakinkielinen (”*zaplatil*”), sloveeninkielinen (”*plačal*”), suomenkielinen (”*maksanut*”) ja ruotsinkielinen (”*betalat*”) versio, joissa käytetään maksaa-verbin eri muotoja.

[20] Erityisesti italiankielisen toisinnon (”*costi – – sostenuti*”) merkitys tarkoittaa vapaasti käännettynä ”vastannut – – kustannuksista”. Vastaavasti ranskankielisen (”*financer*”), unkarinkielisen (”*fizetett*”) ja portugalinkielisen (”*financiar*”) toisinnon sanamuodoissa ei nähtävästi suljeta pois muiden kuin rahamääräisten omaisuuserien muodossa annettua etua.

46. Tämän monimuotoisuuden vuoksi on mahdotonta päätyä yksiselitteiseen ratkaisuun kyseisen direktiivin liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitetun maksun muodostavan edun luonteesta. Unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on siis käytettävä muita tulkintamenetelmiä kuin sanamuodon mukaista tulkintaa. [21]

2. Systemaattinen tulkinta

47. Direktiivin 2005/29 säännökset on laadittu olennaisilta osin sopimattomien kaupallisten menettelyjen adressaattina ja uhrina olevan kuluttajan näkökulmasta. [22] Tällaisessa järjestelmässä direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa kuvattuja kaupallisia menettelyjä ”pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina” ja, kuten kyseisessä liitteessä käytetyistä otsikoista ilmenee, ”harhaanjohtavina kaupallisina menettelyinä”.

48. Kahtiajako niiden kaupallisten menettelyjen, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina, ja niiden kaupallisten menettelyjen, joita voidaan pitää sopimattomina vain direktiivin 2005/29 5–9 artiklaan pohjautuvan tapauskohtaisen arvioinnin perusteella, perustuu siihen näkemykseen, että vain kuluttajille haitallisimmat kaupalliset menettelyt ovat ehdottomasti kiellettyjä. [23]

49. Kuluttajan näkökulmasta on merkityksetöntä, maksetaanko toimituksellisen sisällön käyttämisestä rahamääräisen edun muodossa. Direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa kuvattua kaupallista menettelyä pidetään sopimattomana kaikissa olosuhteissa siksi, että se voi johtaa harhaan. Jotta tältä vältyttäisiin, unionin tuomioistuin on todennut jo, että ”direktiivissä 2005/29 ja erityisesti sen liitteessä I olevassa 11 kohdassa [tosiasiallisesti] velvoitetaankin [mainostavat] yritykset ilmoittamaan selkeästi, että ne ovat rahoittaneet toimituksellisen sisällön tiedotusvälineissä, kun tämän sisällön tarkoituksena on edistää näiden elinkeinonharjoittajien tavaroiden tai palvelujen myyntiä”. [24]

50. Direktiivin 2005/29 systemaattinen tulkinta puoltaa siis sitä näkemystä, että maksamisen muodolla – olipa kyseessä rahamääräinen etu tai omaisuuserästä muodostuva muu etu – ei ole merkitystä.

[21] Unionin tuomioistuin on vahvistanut tuomiossa 4finance, että direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 14 kohdan sanamuodon mukaisen tulkinnan tulos vastaa sen teleologisen tulkinnan tulosta, ja se muistuttanut, että unionin toimen yhdenmukaisen soveltamisen ja tulkinnan vaatimus edellyttää, ettei yhtä kieliversiota tarkastella irrallaan muista kieliversioista vaan että sitä tulkitaan sen laatijan todellisen tahdon ja tämän tavoitteleman päämäärän mukaisesti ottaen huomioon muun muassa kaikki kieliversiot (tuomio 3.4.2014, C-515/12, EU:C:2014:211, 19, 20 ja 24 kohta). Unionin tuomioistuin on todennut edelleen kyseisen direktiivin asiayhteydessä tuomiossa Trento Sviluppo ja Centrale Adriatica, että erikielisten versioiden poiketessa toisistaan kyseessä olevaa säännöstä on tulkittava sen lainsäädännön systematiikan ja tavoitteen mukaan, jonka osa säännös on (tuomio 19.12.2013, C-281/12, EU:C:2013:859, 26 kohta). Lisäksi unionin tuomioistuin on vastannut tuomiossa Purely Creative ym. direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 31 kohtaa koskeviin ennakkoratkaisukysymyksiin käyttämällä kyseisen säännöksen sanamuodon mukaista tulkintaa (25 ja 26 kohta), syntyhistoriaan perustuvaa tulkintaa (28 kohta), systemaattista tulkintaa (35 ja 42 kohta) ja teleologista tulkintaa (43 kohta) (tuomio 18.10.2012, C-428/11, EU:C:2012:651; jäljempänä tuomio Purely Creative ym.). Unionin tuomioistuin on käyttänyt vastaavalla tavalla tuomiossa Wind Tre ja Vodafone Italia kyseisen direktiivin liitteessä I olevaa 21 kohtaa koskevaan ennakkoratkaisukysymykseen vastatessaan sanamuodon mukaista tulkintaa (43 kohta), systemaattista tulkintaa (45 kohta) ja teleologista tulkintaa (54 kohta) (tuomio 13.9.2018, C-54/17 ja C-55/17, EU:C:2018:710). Unionin tuomioistuin ei tosin ole maininnut kahdessa viimeksi mainitussa tuomiossa, että kyseisen direktiivin eri kielitoisintojen välillä olisi eroja. Kyseisissä tuomioissa käytetty metodologinen lähestymistapa vahvistaa kuitenkin, ettei sanamuodon mukaiseen tulkintaan perustuva tulos saa jättää alleen muihin tulkintamenetelmiin perustuvia tuloksia.

[22] Ks. tuomio 16.4.2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, 52 kohta).

[23] Ks. tuomio 3.4.2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, 32 kohta). Komissio on tuonut lainvalmistelun aikana esille, että direktiivin 2005/29 liitteeseen I sisältyvät kaupalliset menettelyt vääristävät aina olennaisesti kuluttajien päätöksentekoa. Ks. 18.6.2003 annettu ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja direktiivien 84/450/ETY, 97/7/EY ja 98/27/EY muuttamisesta (sopimattomia kaupallisia menettelyitä koskeva direktiivi) (KOM(2003) 356 lopullinen), s. 9.

[24] Tuomio 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, 48 kohta).

3. Teleologinen tulkinta

51. P&C Düsseldorf väittää tuomion Purely Creative ym. 46 ja 47 kohtaan viitaten, että unionin tuomioistuimen mukaan direktiivin 2005/29 tavoitetta ei saavutettaisi, jos sen liitteessä I olevien säännösten soveltamisen yhteydessä erilaisia yksittäistapauksia tulkittaessa jouduttaisiin ottamaan huomion edellytyksiä, jotka olisi hankalaa arvioida tapauskohtaisesti.

52. Direktiivin 2005/29 teleologinen tulkinta ei mielestäni tue tätä väitettä, joka perustuu mainitun tuomion valikoivaan tulkintaan.

53. Unionin tuomioistuimelta pyydettiin tuomioon Purely Creative ym. johtaneessa asiassa tulkitsemaan direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 31 kohtaa sen selvittämiseksi, pidetäänkö kaupallista menettelyä kyseisen säännöksen nojalla kaikissa olosuhteissa sopimattomana silloin, kun kuluttaja, jolle ilmoitetaan, että hän on voittanut palkinnon, velvoitetaan vastaamaan kustannuksista, vaikka ne olisivat vähäiset.

54. Unionin tuomioistuin totesi ensin kyseisessä liitteessä olevan 31 kohdan sanamuodon mukaisen ja systemaattisen tulkinnan perusteella, että kustannusvastuun asettaminen on ehdottomasti kiellettyä.[25] Toiseksi unionin tuomioistuin vahvisti kyseisen säännöksen sanamuodon mukaisen tulkinnan tuloksen teleologisen tulkinnan perusteella.[26] Tässä yhteydessä unionin tuomioistuin muistutti, että kuten direktiivin 2005/29 johdanto-osan 17 perustelukappaleesta ilmenee, oikeusvarmuus on sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan olennainen osatekijä ja että kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi lainsäätäjä on koonnut kyseisen direktiivin liitteessä I yhteen ne kaupalliset menettelyt, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina.[27]

55. Tämän jälkeen unionin tuomioistuin katsoi, että kyseistä tavoitetta ei saavutettaisi, jos direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 31 kohtaa tulkittaisiin yhtäältä siten, että siihen kuuluisi kyseisen säännöksen toisessa osassa kuvatuista tilanteista erillinen harhaanjohtavuuteen liittyvä osatekijä, ja toisaalta siten, että kuluttajille olisi sallittua aiheuttaa kustannuksia, jotka ovat palkinnon arvoon nähden ”vähäisiä”.[28] Unionin tuomioistuin esitti myös toteamuksia, joihin P&C Düsseldorf viittaa ja joiden mukaan toisenlainen tulkinta edellyttäisi hankalia tapauskohtaisia arviointeja, mikä menettelyjen sisällyttämisellä kyseiseen liitteeseen I pyritään nimenomaan välttämään.

56. Ensinnäkin on huomautettava, että unionin tuomioistuin on käyttänyt teleologista tulkintaa ainoastaan vahvistaakseen direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 31 kohdan sanamuodon mukaisen tulkinnan, jonka perusteella voitiin päästä yksiselitteiseen ratkaisuun, toisin kuin käsiteltävässä asiassa.

57. Toiseksi teleologista tulkintaa käyttämällä on voitu sulkea pois se mahdollisuus, että liitteeseen I sisältyvän kaupallisen menettelyn kuvaukseen sisältyisi kyseisessä säännöksessä nimenomaisesti mainituista olosuhteista poikkeava osatekijä. Lisäksi on aina tarpeen tarkistaa, täyttyvätkö liitteeseen I sisällytetyn kaupallisen menettelyn kuvausta vastaavat olosuhteet

25 Tuomio Purely Creative ym. (30 ja 36 kohta).

26 Tuomio Purely Creative ym. (43 kohta).

27 Tuomio Purely Creative ym. (46 kohta).

28 Tuomio Purely Creative ym. (46 ja 47 kohta).

käsiteltävässä asiassa. Unionin tuomioistuin on nimittäin todennut, että kyseisen liitteen soveltaminen edellyttää tiettyjen olosuhteiden katsomista ”olennaisiksi” tai ”keskeisiksi” sekä tiettyjen olosuhteiden, joilla on epäsuora yhteys toisiin olosuhteisiin, ottamista huomioon. [29]

58. Kolmanneksi on todettava, että unionin tuomioistuimen esittämän päättelyn tulos on päinvastainen kuin P&C Düsseldorf toivoisi. Unionin tuomioistuin on käyttänyt teleologista tulkintaa, jotta kaikissa olosuhteissa sopimattomina pidetyn kaupallisen menettelyn määritelmää ei rajoitettaisi, mutta P&C Düsseldorf pyrkii sulkemaan tämän määritelmän ulkopuolelle kaikissa muissa muodoissa paitsi rahamääräisesti tapahtuvan maksamisen.

59. Neljänneksi katson, että unionin tuomioistuimen päättely on täysi yhteensopiva direktiivin 2005/29 toisen tavoitteen eli korkeatasoisen kuluttajansuojan saavuttamisen, joka oli esillä myös tuomiossa Purely Creative ym, [30], kanssa.

60. Viidenneksi direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 11 kohdan soveltamisalaan kuuluvan kaupallisten menettelyjen käsitteen määritelmän rajoittaminen koskemaan vain rahamääräistä etua saattaisi viedä kyseiseltä säännökseltä sen tehokkaan vaikutuksen, sillä tällainen rajoitus antaisi mahdollisuuden kiertää helposti puffeja koskevaa kieltoa. [31] Kuten P&C Hamburg tuo tältä osin esille, rahamääräisten etujen erottaminen muista omaisuuseristä muodostuvista eduista ei soveltuisi missään tapauksessa journalismin realiteetteihin.

61. Direktiivin 2005/29 tavoitteet vahvistavat siis tulkinnan, jonka mukaan on merkityksetöntä, tapahtuuko kyseisen direktiivin liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitettu maksaminen rahamääräisen edun vai muun omaisuuserästä muodostuvan edun muodossa.

4. Syntyhistoriaan perustuva tulkinta

62. Euroopan parlamentti ehdotti lainvalmistelun aikana esittämässään tarkistuksessa 72, [32] että direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitettu kaupallinen menettely kuvataan seuraavasti: ”Tekstimainosten, ilmoitusten tai myynninedistämismateriaalin, joihin toisinaan viitataan ilmauksella ’puffi’ ja *joita levitetään maksua tai muuta vastavuoroista järjestelyä vastaan*, olisi oltava direktiivin mukaisia, jos niiden sisältöä valvovat pikemminkin markkinoijat kuin julkaisijat. Elinkeinonharjoittajien ja julkaisijoiden on osoitettava selvästi, että tekstimainokset ovat mainoksia esimerkiksi otsikoimalla ne ilmauksella ’tekstimainos’.” [33]

63. Euroopan unionin neuvosto ei hyväksynyt kyseistä tarkistusta, vaan totesi seuraavaa: ”[sitä] ei voitu hyväksyä, koska siinä ei määritellä käytäntöä, joka on kaikissa tilanteissa sopimaton, mikä on perusteena liitteeseen sisällyttämiselle”. [34] Komissiokaan ei hyväksynyt kyseistä tarkistusta, eikä

[29] Ks. vastaavasti tuomio 15.12.2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, 30 kohta). Ks. vastaavasti myös tuomio 3.4.2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, 33 kohta).

[30] Tuomio Purely Creative ym. (48 ja 49 kohta).

[31] Ks. analogisesti kyseisessä liitteessä olevan 14 kohdan osalta tuomio 15.12.2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, 31 kohta).

[32] 18.3.2004 hyväksytty mietintö ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja direktiivien 84/450/ETY, 97/7/EY ja 98/27/EY muuttamisesta (sopimattomia kaupallisia menettelyitä koskeva direktiivi) (KOM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)) (A5-0188/2004).

[33] Kursivointi tässä.

[34] Neuvoston 15.11.2004 perustamissopimuksen 251 artiklassa määrättyä menettelyä noudattaen vahvistama yhteinen kanta (EY) N:o 6/2005 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin antamiseksi sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja neuvoston direktiivin 84/450/ETY, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 97/7/EY, 98/27/EY ja 2002/65/EY sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta (sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi) (EUVL 2005, C 38 E, s. 1), s. 20.

direktiivin 2005/29 liitteessä I oleva 11 kohta muuttunut merkittävästi lainvalmistelun aikana.[35] Näitä seikkoja ei pidä kuitenkaan ymmärtää siten, ettei unionin lainsäätäjä hyväksyisi tulkintaa, jonka mukaan puffia voidaan levittää paitsi maksua, myös muuta vastavuoroista järjestelyä vastaan.

64. Neuvoston esittämästä vastustuksesta voidaan todeta yhtäältä, että tarkistusta 72 voitiin todella tulkita siten, että kaikissa olosuhteissa sopimattomana pidettävän kaupallisen menettelyn kuvauksen sijaan siinä annettiin määräys, jolla voitaisiin välttää toimituksellisen sisällön pitäminen tällaisena käytäntönä (”olisi oltava direktiivin mukaisia – – Elinkeinonharjoittajien ja julkaisijoiden on osoitettava selvästi, että tekstimainokset ovat mainoksia”). Ei siis ole yllättävää, ettei komissio hyväksynyt tätä tarkistusta parlamentin ehdottamassa muodossa.

65. Toisaalta tarkistuksessa 72 täsmennettiin etua, joka elinkeinonharjoittajan piti antaa (”joita levitetään maksua tai muuta vastavuoroista järjestelyä vastaa”). Parlamentti perusteli kyseistä tarkistusta pyrkimyksellä estää ilmaisun ”puffi” liian laaja tulkinta, sillä sen voitaisiin ymmärtää käsittävän (”tahattomasti”) toimituksellisen sisällön. Päättelen tästä, että parlamentti piti lisättyä tekstiosuutta, jonka mukaan puffille on ominaista, että ”[julkaisun] sisältöä valvovat pikemminkin markkinoijat kuin julkaisijat”, muutoksena komission alun perin ehdottamaan kuvaukseen. Parlamentin voidaan myös olettaa katsoneen, että alun perin ehdotetussa kuvauksessa viitattiin jo siihen, ettei elinkeinonharjoittajan antaman edun ollut välttämätöntä olla maksu. Tätä tulkintaa tarkistuksesta 72 tukee mielestäni komission toteamus siitä, että se olisi saattanut hyväksyä hyväksymättä jääneet tarkistukset – myös tarkistuksen 72 – ainakin osittain.[36]

66. Kyseiseen direktiiviin liittyvä lainvalmistelu ei siten horjuta tulkintaa, jonka mukaan direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitettu maksaminen voi tapahtua minkä tahansa omaisuuserästä muodostuvan edun muodossa.

5. Välipäätelmä

67. Koska direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 11 kohdan sanamuodon mukaisen tulkinnan perusteella ei voida muotoilla tyydyttävää ratkaisua, ja kun huomioon otetaan systemaattiseen ja teleologiseen tulkintaan perustuvat yksiselitteiset ratkaisut, jotka eivät ole ristiriidassa syntyhistoriaan perustuvan tulkinnan tuloksen kanssa, katson, että kyseistä säännöstä on tulkittava siten, että kun toimituksellista sisältöä käytetään tuotteen myynnin edistämiseen, on elinkeinonharjoittaja ”maksanut” tämän silloin, kun elinkeinonharjoittaja antaa mediayhtiölle edun, joka muodostuu tavaroista, palveluista tai muista omaisuuseristä.

68. Tarkastelen seuraavaksi kysymystä siitä, onko tällainen omaisuuserästä muodostuva etu direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitetussa merkityksessä vastasuoritus toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen ja, jos on, onko pääasian tilanteessa annettu tällainen vastike.

[35] Komission alkuperäisen ehdotuksen mukaan kyseisen menettelyn kuvaus oli laadittu seuraavasti: ”Tiedotusvälineiden toimituksellisen sisällön käyttäminen tuotteen myynnin edistämiseen siten, että elinkeinonharjoittaja on maksanut myynninedistämisen mutta ei ilmoita sitä selvästi sisällössä (puffi).” Ks. Ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja direktiivien 84/450/ETY, 97/7/EY ja 98/27/EY muuttamisesta (sopimattomia kaupallisia menettelyitä koskeva direktiivi) (KOM(2003) 356 lopullinen).

[36] Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, 16.11.2004 (KOM(2004) 753 lopullinen), s. 6.

E Maksaminen vastasuorituksena toimituksellisen sisällön käyttämisestä

69. Ilmaisu ”maksanut” sekä direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 11 kohdan muissa kielitoisinnoissa käytetyt ilmaisut viittaavat siihen, että omaisuuserästä muodostuva etu on annettava toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen ja että tällaisen edun ja kyseisen tuotteen myynnin edistämisen välillä on siten oltava tietty yhteys.

70. Tältä osin on hyödyllistä tuoda esille, että kyseisessä unionin oikeuteen kuuluvassa säännöksessä ja Saksan oikeuteen kuuluvassa säännöksessä annettujen kuvausten välillä on lähtökohtaisesti hienoinen merkitysero. Direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 11 kohdan mukaan puffiksi kutsuttu kaupallinen menettely muodostuu toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen silloin, kun *elinkeinonharjoittaja on maksanut kyseisen myynninedistämisen*, kun taas UWG:n liitteessä olevan 11 kohdan mukaan elinkeinonharjoittaja maksaa *toimituksellisen sisällön käyttämisestä* tuotteen myynnin edistämiseksi. Unionin tuomioistuin on jo täsmentänyt direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 11 kohtaa tuomiossa RLvS [37] katsomalla, että kyseisessä säännöksessä velvoitetaan mainostavat yritykset ilmoittamaan selkeästi, *että ne ovat rahoittaneet toimituksellisen sisällön*. Kyseisessä tuomiossa vahvistetaan siis edellä esittämäni ilmaisun ”maksanut” tulkinta.

71. Ensimmäisen kysymyksen tarkastelun yhteydessä esitetyistä syistä [38] voitaisiin väittää, että myös syntyhistoriaan perustuva tulkinta puoltaa tätä tulkintatapaa. Parlamentin ehdottamalla tarkistuksella 72 pyrittiin nimittäin täsmentämään puffin määritelmää siten, että se käsittää tekstimainokset, ilmoitukset tai myynninedistämismateriaalin, *joita levitetään maksua tai muuta vastavuoroista järjestelyä vastaan*. Kuten olen selittänyt, kyseisen tarkistuksen hylkääminen ei vaikuta johtuneen tämän täsmennyksen lisäämisestä.

72. Edellä esitetyn perusteella on katsottava, että direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitetussa merkityksessä elinkeinonharjoittajan mediayhtiölle antama omaisuuserästä muodostuva etu on vastasuoritus toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen niin, että kyseisen edun ja kyseisen tuotteen myynnin edistämisen välillä on tietty yhteys.

73. Tässä asiayhteydessä katson, että kuvien käyttöoikeuksien antaminen, johon ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa toisen kysymyksen toisessa osassa, on vastasuoritus toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen.

74. Yhtäältä P&C Düsseldorfin antaman edun ja kyseisen toimituksellisen sisällön välityksellä toteutetun myynninedistämisen välillä on nimittäin tietty suora yhteys, koska kuvien käyttöoikeudet on annettu mediayhtiölle, jotta tämä voisi tiedottaa mainoskampanjasta, jonka järjestämiseen myös kyseinen elinkeinonharjoittaja osallistuu, ja koska kyseisessä sisällössä käytetyt kuvat olivat kuvia P&C Düsseldorfin liikkeistä sekä tämän myyntiin tarjoamista tuotteista.

[37] Tuomio 17.10.2013 (C-391/12, EU:C:2013:669, 48 kohta).

[38] Ks. edellä 64 ja 65 kohta.

75. Toisaalta direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa ei säädetä omaisuuserästä muodostuvalle edulle mitään vähimmäismäärää, jotta sitä pidettäisiin kyseisessä säännöksessä tarkoitettuna maksamisena.[39] On siis merkityksetöntä, että myös mediayhtiö on vastannut osasta julkaisemiseen liittyneistä kustannuksista ja työstä. Toimituksellisen sisällön julkaisemisesta aiheutuu aina kustannuksia ja työtä mediayhtiölle. Ennen kaikkea on niin, että koska direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa ei säädetä elinkeinonharjoittajan antamalle omaisuuserästä muodostuvalle edulle mitään vähimmäismäärää, ei tässä säädöksessä myöskään aseteta vaatimusta, että kyseisen edun ja mediayhtiölle aiheutuneiden kustannusten ja työmäärän tulisi vastata toisiaan.

76. Edellä 72 kohdassa esitetty näkökohta saattaisi siis merkitä toisen kysymyksen tarkastelun päättymistä ja antaa ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle hyödyllisen vastauksen. Kyseisen näkökohdan perusteella voidaan nimittäin päätellä, että direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 11 kohtaa on tulkittava siten, että omaisuuserästä muodostuvan edun on oltava vastasuoritus toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen niin, että kyseisen edun ja kyseisen myynninedistämisen välillä on tietty yhteys. Tällainen yhteys on olemassa erityisesti silloin, kun mediayhtiö antaa tietoja yhdessä elinkeinonharjoittajan kanssa järjestämästään mainoskampanjasta ja kun elinkeinonharjoittaja puolestaan antaa kyseistä markkinointia varten mediayhtiölle oikeuden käyttää kuvia elinkeinonharjoittajan liikkeistä sekä sen myyntiin tarjoamista tuotteista.

77. Tässä tilanteessa voitaisiin vielä kattavuuden vuoksi pohtia kysymystä siitä, voiko tietty yhteys omaisuuserästä muodostuvan edun ja toimituksellisen sisällön tuotteen myynnin edistämiseen käyttämisen välillä olla myös epäsuora ja, jos voi, onko tällainen tietty epäsuora yhteys nyt käsiteltävässä asiassa olemassa yhteistyössä mediayhtiön kanssa järjestettyyn mainoskampanjaan liittyvien kustannusten ja työtaakan osittaisen kantamisen sekä riidanalaisen artikkelin julkaisemisen välillä. Erikseen tarkasteltuna tällaisen mainoskampanjan järjestämisellä yhteistyössä ei ole suoraa yhteyttä kyseiseen julkaisemiseen. Nimenomaan tällaisen suoran yhteyden puuttuminen vaikuttaa antaneen ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle aiheen ajatella, että mainoskampanja ja artikkeli muodostavat kokonaisuuden.[40]

78. En kiellä suoralta kädeltä sitä, etteikö mediayhtiölle annetun omaisuuserästä muodostuvan edun ja mediayhtiön toimituksellisen sisällön tuotteen myynnin edistämiseen käyttämisen välinen epäsuora yhteys voisi olla riittävä peruste päätellä, että kyseessä on direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitettu kaikissa olosuhteissa sopimaton kaupallinen menettely. Kyseisen säännöksen päinvastainen tulkinta aiheuttaisi vaaran siitä, että säännökseltä vietäisiin sen tehokas vaikutus, koska suoraa yhteyttä koskeva vaatimus mahdollistaisi helposti puffeja koskevan ehdottoman kiellon kiertämisen.[41]

79. Epäsuora yhteys yhteistyössä mediayhtiön kanssa järjestettyyn mainoskampanjaan liittyvien kustannusten ja työtaakan osittaisen kantamisen ja riidanalaisen artikkelin julkaisemisen välillä voidaan kuitenkin osoittaa ainoastaan epävarman presumtion perusteella eikä se siten olisi varma.

[39] Lisäksi kyseisen direktiivin johdanto-osan 17 perustelukappaleessa mainittua tavoitetta lisätä oikeusvarmuutta nimeämällä sopimattomat kaupalliset menettelyt ei saavuteta, jos jäsenvaltiot voisivat päättää, mitkä määrät voidaan katsoa direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitetuksi maksamiseksi. Ks. analogisesti tuomio 3.4.2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, 26 kohta).

[40] Ks. edellä 39 kohta.

[41] Ks. analogisesti tuomio 15.12.2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, 31 kohta). Kyseisessä tuomiossa unionin tuomioistuinta pyydettiin selventämään, onko direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 14 kohtaa tulkittava siten, että kyseisen säännöksen mukaan kaupallista menettelyä voidaan pitää ”pyramidimyyntijärjestelmänä” siinäkin tapauksessa, että tällaisen järjestelmän uusien jäsenten maksamien suoritusten ja järjestelmään jo liittyneiden jäsenten saamien korvausten välillä on olemassa ainoastaan epäsuora yhteys. Unionin tuomioistuin katsoi tältä osin, että jo liittyneen jäsenen mahdollisesti saaman korvauksen rahoitus voi riippua välillisesti järjestelmän uusien jäsenten maksamista suorituksista.

80. Jos nimittäin elinkeinonharjoittajan katsotaan ensinnäkin maksaneen toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen silloin, kun mediayhtiö ilmoittaa yhteistyössä elinkeinonharjoittajan kanssa järjestetystä mainoskampanjasta, myönnetään sen presumtion olemassaolo, että elinkeinonharjoittaja on liittoutunut mediayhtiön kanssa myynninedistämisen toteuttamiseksi. Jos tämän presumtion hyväksytään sitten olevan merkityksellinen direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 11 kohdan yhteydessä, voisi tästä presumtiosta tulla luonteeltaan kiistämätön, kun otetaan huomioon, että kyseessä olisi kaikissa olosuhteissa sopimattomana pidetty kaupallinen menettely. Kyseinen kaupallinen menettely katsottaisiin lopulta elinkeinonharjoittajan toteuttamaksi, vaikka elinkeinonharjoittajan osallistuminen toimituksellisen sisällön käyttämiseen myynninedistämistarkoituksessa perustuisi ainoastaan kyseiseen presumtioon.

81. Elinkeinovapauttaan käyttävä elinkeinonharjoittaja voi tehdä yhteistyötä monenlaista toimintaa harjoittavan mediayhtiön kanssa medianäkyvyyden varmistamisen sijasta kyseisen mediayhtiön tunnettuudesta, tietotaidosta, resursseista ja liiketoimintasuhteista hyötymiseksi.

82. Ilman direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitettua maksamista kaupallista menettelyä ei voida pitää kyseisen säännöksen nojalla kaikissa olosuhteissa sopimattomana. Tällainen kaupallinen menettely, joka ei sisälly kyseiseen liitteeseen, voidaan todeta lopulta sopimattomaksi sen jälkeen, kun sen ominaispiirteitä on tarkasteltu tapauskohtaisesti kyseisen direktiivin 5–9 artiklassa säädettyjen perusteiden osalta.

83. Edellä esittämistäni yhteistyössä mediayhtiön kanssa järjestettyyn mainoskampanjaan liittyvien kustannusten ja työtaakan osittaista kantamista koskevista huomautuksista huolimatta pitäydyn edellä 76 kohdassa esittämässäni päätelmässä.

84. Huomautan lisäksi, että direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 11 kohdassa tarkoitetun, kaikissa olosuhteissa sopimattomana pidettävän kaupallisen menettelyn olemassaolon osoittaminen edellyttää aina sen tarkistamista, täyttyvätkö myös muut kyseisessä säännöksessä luetellut edellytykset kuin tuotteen myynnin edistämisestä maksamista koskeva edellytys. Pääasian kaltaisessa tilanteessa on tarkistettava erityisesti, onko kyse kyseisessä säännöksessä tarkoitetusta ”toimituksellisesta sisällöstä”, jota unionin tuomioistuin ei ole tulkinnut käsitteenä oikeuskäytännössään, ja onko niin, ettei kyseisestä artikkelista ilmene selkeästi, että kyseessä on elinkeinonharjoittajan kanssa yhteisesti rahoitettu sisältö. Nämä muut edellytykset eivät ole kuitenkaan unionin tuomioistuimelle tässä esitetyn ennakkoratkaisupyynnön kohteena, joten niitä ei tarkastella tässä ratkaisuehdotuksessa.

VI Ratkaisuehdotus

85. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Bundesgerichtshofin esittämään ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

Sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja neuvoston direktiivin 84/450/ETY, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 97/7/EY, 98/27/EY ja 2002/65/EY sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta 11.5.2005 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/29/EY (”sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi”) liitteessä I olevaa 11 kohtaa on tulkittava siten, että kun toimituksellista sisältöä käytetään tuotteen myynnin

edistämiseen, elinkeinonharjoittaja on ”maksanut” tämän myös silloin, kun kyseinen elinkeinonharjoittaja on antanut mediayhtiölle edun, joka muodostuu tavaroista, palveluista tai muista omaisuuseristä.

Omaisuuserästä muodostuvan edun on oltava vastasuoritus toimituksellisen sisällön käyttämisestä tuotteen myynnin edistämiseen niin, että kyseisen edun ja kyseisen myynninedistämisen välillä on tietty yhteys.

Tällainen yhteys on olemassa erityisesti silloin, kun mediayhtiö uutisoi yhdessä elinkeinonharjoittajan kanssa järjestämästään mainoskampanjasta ja kun elinkeinonharjoittaja puolestaan antaa tällaista markkinointia varten mediayhtiölle oikeuden käyttää kuvia elinkeinonharjoittajan liikkeistä sekä sen myyntiin tarjoamista tuotteista.