MEDIAPRINT ZEITUNGS- UND ZEITSCHRIFTENVERLAG

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
VERICA TRSTENJAK
24 päivänä maaliskuuta 2010[1]

Sisällys

I Johdanto ..... I - 10913

II Asiaa koskeva lainsäädäntö ..... I - 10914

A Yhteisön oikeus ..... I - 10914

B Kansallinen lainsäädäntö ..... I - 10916

III Tosiseikat, pääasian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymys ..... I - 10917

IV Asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa ..... I - 10918

V Osapuolten olennaiset lausumat ..... I - 10919

A Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys ..... I - 10919

B Toinen ennakkoratkaisukysymys ..... I - 10921

VI Oikeudellinen arviointi ..... I - 10922

A Alustavia huomautuksia ..... I - 10922

B Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys ..... I - 10923

1. Direktiivin 2005/29 2 artiklan d kohdan käsite ”kaupalliset menettelyt” ..... I - 10924

2. Direktiivin 2005/29 henkilöllinen soveltamisala ..... I - 10924

a) Direktiivin 2005/29 kattama ala ..... I - 10925

1 – Alkuperäinen kieli: saksa.

b) UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan suojelutarkoitus ..... I - 10928

i) Yksittäisten suojattavien etujen erilainen painotus ..... I - 10928

ii) Sovellettavien kansallisten säännösten ja oikeuskäytännön tutkiminen ..... I - 10930

c) Päätelmä ..... I - 10932

3. Molempien säädösten rakenteen tutkiminen ..... I - 10932

a) Direktiivin 2005/29 säännökset ..... I - 10932

i) Täydellinen ja mahdollisimman pitkälle menevä kansallisten säännösten lähentäminen sääntelyn tavoitteena ..... I - 10933

ii) Direktiivin 2005/29 sääntelyn rakenne ..... I - 10934

b) UWG:n säännökset ..... I - 10935

i) UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan sääntelyn rakenteen esittäminen ..... I - 10936

4. Riidanalaisen säännöksen yhteensopivuus direktiivin 2005/29 kanssa ..... I - 10937

a) Edellä kuvattu kansallinen lainsäädäntö ..... I - 10937

i) Sääntelyn rakenteen kääntäminen ..... I - 10937

ii) UWG:n 9 a §:n 2 momentin poikkeussäännösten riittämättömyys .. I - 10938

iii) Välipäätelmä ..... I - 10939

b) Direktiivin mukaisen tulkinnan mahdollisuus ..... I - 10940

i) Tutkiminen direktiivin säännösten perusteella ..... I - 10941

– Direktiivin 2005/29 5 artiklan 4 ja 5 kohta ..... I - 10941

– Direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohta ..... I - 10943

c) Päätelmä ..... I - 10950

5. Loppupäätelmät ..... I - 10953

C Toinen ennakkoratkaisukysymys ..... I - 10954

VII Ratkaisuehdotus ..... I - 10956

I Johdanto

1. Itävallan Oberster Gerichtshof (jäljempänä kansallinen tuomioistuin) esittää tässä EY 234 artiklan [2] nojalla vireille pannussa ennakkoratkaisumenettelyssä unionin tuomioistuimelle kaksi ennakkoratkaisukysymystä sopimattomista kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla annetun direktiivin 2005/29/EY [3] (jäljempänä direktiivi 2005/29) tulkinnasta. Kyse on lähinnä sellaisen kansallisen oikeussäännön yhteensopivuudesta yhteisön oikeuden kanssa, jonka mukaan vastikkeettomista kylkiäisistä ilmoittaminen ja niiden tarjoaminen tai myöntäminen säännöllisesti ilmestyvien painotuotteiden yhteydessä sekä vastikkeettomista kylkiäisistä ilmoittaminen muiden tavaroiden tai palvelujen yhteydessä on kiellettyä, ilman että yksittäistapauksessa olisi arvioitava näiden kaupallisten menettelyjen harhaanjohtavuutta.

2 – Ennakkoratkaisumenettelyyn sovelletaan Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta 13.12.2007 tehdyn Lissabonin sopimuksen mukaisesti (EUVL C 306, s. 1) nykyään Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 267 artiklaa.

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

2. Ennakkoratkaisupyyntö perustuu Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG:n (jäljempänä pääasian valittaja) turvaamistoimihakemukseen, jolla tämä vaatii tuomioistuinta määräämään ”Österreich”-Zeitungsverlag GmbH:n (jäljempänä pääasian vastapuoli) lopettamaan menettelyn, jossa tämä käyttää kilpailunvastaisesti kansallisen lainsäädännön mukaan lähtökohtaisesti kiellettyä kylkiäistä, joka on mahdollisuus osallistua palkintokilpailuun.

3. Nyt käsiteltävä asia on yhdistettyjen asioiden C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) [4] sekä asian C-304/08 (Plus) [5] jälkeen jo kolmas ennakkoratkaisupyyntö, jolla kansalliset tuomioistuimet esittävät unionin tuomioistuimelle kysymyksen yhdistettyjä tarjouksia koskevien jäsenvaltioiden kieltojen yhteensopivuudesta direktiivin 2005/29 kanssa. Pääkysymyksistä yksi, jonka osalta käsiteltävä asia eroaa aikaisemmista ja jonka vuoksi se on tutkittava oikeudellisesti huolellisella tavalla, on se, onko tällainen yhteensopivuuden tutkiminen mahdollista myös silloin, kun asianomaisen kansallisen oikeussäännön oletettu sääntelytavoite on sekä lehdistön monipuolisuuden että myös kilpailijoiden suojeleminen.

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

5 – Asia C-304/08, Plus, tuomio 14.1.2010 (Kok., s. I-217).

II Asiaa koskeva lainsäädäntö

A *Yhteisön oikeus*

4. Direktiivin 2005/29 1 artiklan sanamuoto on seuraava:

”Tämän direktiivin tarkoituksena on tukea sisämarkkinoiden moitteetonta toimintaa ja saavuttaa korkeatasoinen kuluttajansuoja lähentämällä jäsenvaltioiden lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset, jotka koskevat kuluttajien taloudellisia etuja vahingoittavia sopimattomia kaupallisia menettelyjä.”

5. Direktiivin 2005/29 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Tässä direktiivissä tarkoitetaan:

– –

d) ’elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisillä kaupallisilla menettelyillä’ (jäljempänä myös ’kaupallisilla menettelyillä’) elinkeinonharjoittajan tointa,

mainitsematta jättämistä, käyttäytymistä tai edustamista, kaupallista viestintää, mukaan lukien mainontaa ja markkinointia, joka liittyy välittömästi tuotteen myynnin edistämiseen, myymiseen tai toimittamiseen kuluttajille;

– –

6. Direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

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

7. Direktiivin 4 artiklan sanamuoto on seuraava:

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

8. Direktiivin 5 artiklan otsikkona on ”Sopimattomien kaupallisten menettelyjen kieltäminen”, ja siinä säädetään seuraavaa:

”1. Sopimattomat kaupalliset menettelyt ovat kiellettyjä.

2. Kaupallinen menettely on sopimaton, mikäli:

a) se on huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen;

ja

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

3. Kaupallisia menettelyjä, jotka todennäköisesti vääristävät olennaisesti vain selkeästi tunnistettavissa olevan kuluttajaryhmän taloudellista käyttäytymistä, joka on erityisen altis käytännön tai sen perustana olevan

tuotteen suhteen henkisen tai fyysisen vajavaisuutensa, ikänsä tai herkkäuskoisuutensa vuoksi tavalla, jonka elinkeinonharjoittajan voidaan kohtuudella odottaa ennakoivan, arvioidaan kyseiseen ryhmään kuuluvan keskivertohenkilön näkökulmasta. Tällä ei rajoiteta yleisiä ja lainmukaisia mainontakäytäntöjä, joiden mukaisesti voidaan esittää liioittelevia väitteitä tai väitteitä, joita ei ole tarkoitus ymmärtää kirjaimellisesti.

4. Sopimattomia ovat erityisesti kaupalliset menettelyt, jotka ovat:

a) harhaanjohtavia 6 ja 7 artiklassa esitetyn mukaisesti;

tai

b) aggressiivisia 8 ja 9 artiklassa esitetyn mukaisesti.

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

9. Direktiivin liitteessä I ei mainita vastikkeettomista kylkiäisistä ilmoittamista ja niiden tarjoamista tai myöntämistä säännöllisesti ilmestyvien painotuotteiden yhteydessä kaupallisena menettelynä, joka olisi kaikissa olosuhteissa kiellettyä.

B *Kansallinen lainsäädäntö*

10. Sopimattoman kilpailun estämisestä annetun Itävallan lain (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, jäljempänä UWG) [6] 9 a §:n 1 momentin sanamuoto on seuraava:

”Se, joka liiketoiminnassaan kilpailutarkoituksin

1. ilmoittaa julkisissa tiedotteissa tai muissa suurelle henkilöjoukolle tarkoitetuissa ilmoituksissa, että hän myöntää kuluttajille tavaroiden tai palvelujen yhteydessä vastikkeettomia kylkiäisiä (lisäetuja), taikka ilmoittaa kuluttajille säännöllisesti ilmestyvien painotuotteiden yhteydessä vastikkeettomista kylkiäisistä (lisäeduista) tai tarjoaa tai myöntää tällaisia kylkiäisiä, taikka

6 – Sopimattoman kilpailun estämisestä vuonna 1984 annettu liittovaltion laki (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG; BGBl. nro 448), sellaisena kuin se on muutettuna 13.11.2007 annetulla lailla, BGBl. I, 79/2007.

2. ilmoittaa elinkeinonharjoittajille tavaroiden tai palvelujen yhteydessä vastikkeettomista kylkiäisistä (lisäeduista) tai tarjoaa tai myöntää tällaisia kylkiäisiä, voidaan määrätä lopettamaan toiminta ja maksamaan vahingonkorvausta. Näin on myös silloin, kun kylkiäisen vastikkeettomuutta peitellään tavaroiden tai palvelujen yhteishinnalla, kylkiäisen näennäisellä hinnalla tai muulla tavoin."

III Tosiseikat, pääasian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymys

11. Kansallisen tuomioistuimen antamien tietojen mukaan sen on annettava ratkaisu kahden Itävallan päivälehtien markkinoilla toimivan kilpailijan välisessä riidassa, joka johtuu siitä, että pääasian vastapuoli ilmoitti sanomalehdessään "Vuoden jalkapalloilijan" valinnasta. Artikkelin lihavalla painetussa ingressissä todettiin seuraavaa: "Osallistuminen kannattaa: Teillä on mahdollisuus voittaa illallinen suuren pelaajavalinnan voittajan kanssa." Artikkelin vasemmalla puolella oli "Valintakortti" maininnalla "Leikkaa ja lähetä". Oikealla puolella viitattiin mahdollisuuteen tehdä valinta internetissä. Samanlainen artikkeli ilmestyi lehdessä vielä yhdeksänä peräkkäisenä päivänä.

12. Asiaa ensimmäisenä oikeusasteena käsitellyt tuomioistuin totesi pääasian valittajan vaatimuksesta, että ilmoitus merkitsi UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettua kiellettyä kylkiäistä, ja hyväksyi vaatimuksen ilmoittelun lopettamisesta määräämällä turvaamistoimesta. Muutoksenhakutuomioistuin sitä vastoin katsoi, ettei ilmoituksella ole merkityksellisiä vaikutuksia markkinoilla, ja tästä ratkaisusta pääasian valittaja on tehnyt ennakkoratkaisupyynnön esittäneeseen tuomioistuimeen valituksen ja vaatinut asian ensimmäisenä oikeusasteena käsitelleen tuomioistuimen tekemän turvaamistoimipäätöksen vahvistamista. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen alustavan arvioinnin mukaan pääasian valittajan vaatimus olisi hyväksyttävä UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan perusteella. Tuomioistuin on kuitenkin epävarma siitä, onko direktiivi esteenä UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan soveltamiselle, mikä riippuu direktiivin sääntelyalan tulkinnasta.

13. Oberster Gerichtshof on tästä syystä lykännyt asian käsittelyä ja esittänyt unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko kansallinen säännös, jonka mukaan vastikkeettomista kylkiäisistä ilmoittaminen ja niiden tarjoaminen tai myöntäminen säännöllisesti ilmestyvien painotuotteiden yhteydessä sekä

vastikkeettomista kylkiäisistä ilmoittaminen muiden tavaroiden tai palvelujen yhteydessä on tyhjentävästi mainittuja poikkeuksia lukuun ottamatta kiellettyä ilman, että yksittäistapauksessa olisi arvioitava näiden kaupallisten menettelyjen harhaanjohtavuutta, aggressiivisuutta tai muuta sopimattomuutta, ristiriidassa direktiivin 2005/29/EY 3 artiklan 1 kohdan ja 5 artiklan 5 kohdan tai kyseisen direktiivin muiden säännösten kanssa myös silloin, kun kyseisellä säännöksellä ei pyritä pelkästään suojelemaan kuluttajaa vaan sillä on myös muita tavoitteita, jotka eivät kuulu kyseisen direktiivin asialliseen soveltamisalaan, kuten lehdistön monimuotoisuuden säilyttäminen tai heikompien kilpailijoiden suojeleminen?

2) Jos kysymykseen 1 vastataan myöntävästi:Onko sanomalehden hankkimiseen sidoksissa oleva mahdollisuus osallistua kilpailuun direktiivin 2005/29/EY 5 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu sopimaton kaupallinen menettely pelkästään sen vuoksi, että tämä osallistumismahdollisuus muodostaa ainakin osalle kohdeyleisöä ratkaisevan, vaikkakaan ei ainoan, perusteen sanomalehden hankkimiselle?”

IV Asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa

14. Ennakkoratkaisupyyntö on päivätty 18.11.2008, ja se saapui yhteisöjen tuomioistuimen kirjaamoon 4.12.2008.

15. Kirjallisia huomautuksiaan ovat esittäneet Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 23 artiklan mukaisessa määräajassa pääasian asianosaiset, Itävallan tasavallan ja Belgian kuningaskunnan hallitukset sekä Euroopan komissio.

16. Suullinen käsittely pidettiin 19.1.2010, ja siinä esittivät lausumiaan pääasian asianosaisten edustajat, Itävallan tasavallan ja Saksan liittotasavallan asiamiehet sekä komission asiamies.

V Osapuolten olennaiset lausumat

A *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

17. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä kysymyksellään lähinnä, kuuluuko jäsenvaltion säännös, jolla lähtökohtaisesti kielletään tavaroiden myyminen kylkiäisiä käyttämällä, direktiivin 2005/29 soveltamisalaan, vaikka kuluttajan suojeleminen ei ole tämän säännöksen ainoana tarkoituksena.

18. Pääasian valittaja sekä Itävallan ja Belgian hallitukset ehdottavat unionin tuomioistuimelle, että tähän kysymykseen vastattaisiin kieltävästi.

19. Ne viittaavat tässä yhteydessä ensinnäkin siihen, että myynninedistämisestä on annettu asetusehdotus, ja tässä ehdotuksessa erotettiin selvästi tällaisten myynninedistämistoimenpiteiden oikeudellinen käsittely sopimattomista kaupallisista menettelyistä, joista säädetään nykyään direktiivillä 2005/29. Komissio peruutti kuitenkin tämän ehdotuksen vuonna 2006 eli vuosi sen jälkeen, kun direktiivi oli annettu. Tämän perusteella ei voida sanoa, että myynninedistäminen kuuluisi implisiittisesti direktiivin soveltamisalaan. Direktiiviä ei voida soveltaa pääasian kohteena olevan kaltaisiin jäsenvaltion säännöksiin, joilla on ensisijaisesti muita tavoitteita, kuten kilpailijoiden suojeleminen ja lehdistön monimuotoisuuden säilyttäminen ja vain välillisesti kuluttajien suojeleminen, myöskään siksi, että sen tarkoituksena on sen johdanto-osan kuudennen perustelukappaleen mukaan kuluttajien taloudellisten etujen välitön suojeleminen.

20. Pääasian valittaja ja Itävallan hallitus selventävät, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdassa säädetty kylkiäisiä käyttämällä tapahtuvaa myyntiä koskeva kielto on joka tapauksessa direktiivin mukainen.

21. Direktiivissä 2005/29 sallitaan nimittäin se, että jäsenvaltiot luokittelevat sen 5 artiklan 2 kohdan mukaisesti tällaiset kaupalliset menettelyt sopimattomiksi ja vastaavasti kieltävät ne, jotka ovat huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastaisia ja omiaan vääristämään olennaisesti keskivertokuluttajan taloudellista käyttäytymistä. Riidanalaista jäsenvaltion kieltoa sovelletaan kuitenkin vain siinä tapauksessa, että kansallinen tuomioistuin toteaa, että kuluttaja on ostanut painotuotteen epäasiallisista syistä eli kylkiäisistä mahdollisesti saatavan hyödyn vuoksi, ja näin ollen tällaiset edut eivät kuulu UWG:n 9 a §:n 2 momentissa mainittujen poikkeusten

piiriin. Kansallisten tuomioistuinten on tehtävä lisäksi vastaava arviointi kussakin yksittäistapauksessa.

22. Pääasian valittajan mielestä Itävallan säännös poikkeaa olennaisesti säännöksistä, jotka olivat yhdistettyjen asioiden C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) sekä asian C-304/08 (Plus) kohteena, siltä osin kuin niihin sisältyi yleisiä kieltoja ja siten kunkin yksittäistapauksen erityisolosuhteita ei ollut otettu huomioon.

23. Pääasian vastapuoli sitä vastoin väittää, että johdanto-osan kuudennen perustelukappaleen mukaan direktiivin 2005/29 soveltamisalan ulkopuolelle jäävät ainoastaan ne kansalliset oikeussäännöt, jotka aiheuttavat haittaa ”vain” kilpailijoiden taloudellisille eduille tai liittyvät elinkeinonharjoittajien väliseen oikeustoimeen. Tilanne ei selvästi ole kuitenkaan tällainen riidanalaisen säännöksen osalta, koska UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan tavoitteena on ensisijaisesti ja välittömästi kuluttajien suojeleminen.

24. Pääasian vastapuoli katsoo myös, että tässä pykälässä säädetty kielto ei ole yhteensopiva direktiivin sääntelyn rakenteen kanssa, sillä vaikka myynninedistämistä kylkiäisten avulla ei ole mainittu direktiivin 2005/29 liitteessä olevassa niiden kaupallisten menettelyjen luettelossa, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina, siihen sovelletaan Itävallan oikeuden mukaan yleistä kieltoa, kuten Oberster Gerichtshof on todennut ennakkoratkaisupyynnössään.

25. Saksan hallitus viittasi suullisessa käsittelyssä asiaan C-304/08 (Plus) ja totesi, että direktiivillä 2005/29 tavoitellusta täydellisestä yhdenmukaistamisesta riippumatta jäsenvaltioiden täytäntöönpanoon liittyvä harkintavalta on entisellään. Tämä pätee erityisesti täsmennystä tarvitsevien käsitteiden täytäntöönpanoon kansallisessa oikeudessa, sellaisina kuin ne sisältyvät direktiivin 2005/29 legaalimääritelmiin. Lisäksi Saksan hallitus esitti näkemyksenään, että direktiivi 2005/29 ei ole kansallisen säännöksen esteenä silloin, kun viimeksi mainitulla on eri tarkoitus kuin direktiivillä.

26. Komissiolla on sen sijaan oma oikeudellinen näkemys, sillä se selittää ensinnäkin, että riidanalaiseen oikeussääntöön sisältyvän kaltainen yleinen ja abstrakti kielto on ristiriidassa direktiivin 2005/29 kanssa, mutta tekee toisaalta sen päätelmän, että tämä oikeussääntö ei kuulu direktiivin soveltamisalaan, koska sillä tavoitellaan ensisijaisesti muita päämääriä, kuten lehdistön monimuotoisuuden

säilyttämistä ja vain vähäisemmässä määrin kuluttajien suojelemista ja hyvän kauppatavan mukaisia menettelytapoja.

29. Pääasian valittaja toteaa ainoastaan, että pääasian vastapuolen riidanalainen menettely merkitsee sopimatonta kaupallista menettelyä, mutta ei mitenkään täsmennä tätä toteamustaan.

B *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

30. Komission näkemyksen mukaan se, että mahdollisuus osallistua kilpailuun muodostaa kuluttajalle ratkaisevan perusteen painotuotteen hankkimiselle, ei sellaisenaan ole syy päätellä, että kyseessä olisi direktiivissä 2005/29 tarkoitettu sopimaton kaupallinen menettely, vaan se on vain yksi osatekijä, jonka kansallinen tuomioistuin voi ottaa huomioon yksittäistapausta arvioidessaan.

27. Mikäli unionin tuomioistuin vastaa ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen myöntävästi, kansallinen tuomioistuin tiedustelee, onko myyntiä kylkiäisiä käyttämällä pidettävä direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna sopimattomana kaupallisena menettelynä pelkästään sen vuoksi, että tämä osallistumismahdollisuus muodostaa ainakin osalle kohdeyleisöä ratkaisevan, vaikkakaan ei ainoan, perusteen sanomalehden hankkimiselle.

31. Pääasian vastapuoli korostaa puolestaan, että kaupallisen menettelyn käsitteessä viitataan keskivertokuluttajaan, jota kuvataan oikeuskäytännössä ilmaisulla ”tavanomaisesti valistunut sekä kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen keskivertokuluttaja”. Näin kuvattu kuluttaja on tietoinen siitä, että mainonnalla ja myynninedistämisellä pyritään vapaassa markkinataloudessa saamaan asiakkaita paitsi tuotteen hinnan ja laadun avulla myös muita etuja tarjoamalla. Vastaavasti myynti kylkiäisiä käyttämällä voi merkitä sopimatonta kaupallista menettelyä vain poikkeuksellisesti eli silloin, kun tarjous on laadittu siten, että se on omiaan saamaan kuluttajan hankkimaan päätuotteen asiallisten perusteiden sijasta ainoastaan lisäedun saamiseksi.

28. Koska sekä Itävallan että Belgian hallitukset ovat vastanneet ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen kieltävästi, ne eivät ota kantaa toiseen ennakkoratkaisukysymykseen, kun puolestaan pääasian valittaja ja komissio esittävät tästä varmuuden vuoksi lausumansa.

VI Oikeudellinen arviointi

A *Alustavia huomautuksia*

32. Nyt käsiteltävä asia on jo kolmas niistä ennakkoratkaisupyynnöistä, joilla kansalliset tuomioistuimet ovat pyytäneet unionin tuomioistuimelta ratkaisua siihen, voidaanko yhdistettyjä tarjouksia koskevia jäsenvaltioiden kieltoja pitää edelleen yhteisön oikeuden mukaisina sen nykyisessä kehitysvaiheessa. Tämän kysymyksen merkitys ilmenee erityisesti siitä, että Euroopan parlamentin ja neuvoston 11.5.2005 antamalla direktiivillä 2005/29 pyritään luomaan yhdenmukainen oikeudellinen kehys, jotta voitaisiin säännellä kuluttajan kannalta sopimattomia kaupallisia menettelyjä.

33. Kun otetaan huomioon, että tällä direktiivillä pyritään yhdenmukaistamaan täydellisesti yhteisön tasolla sopimattomia elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisiä kaupallisia menettelyjä koskevat jäsenvaltioiden säännöt, [7] yhteisön oikeuden mukaisuus on arviointiperusteena paitsi niille uusille säännöksille, joita jäsenvaltiot ovat antaneet direktiivin täytäntöönpanoa varten, myös nimenomaan niille säännöksille, jotka – kuten riidanalainen UWG:n 9 a §:n 1 momentin säännös – olivat voimassa jo ennen direktiivin antamista mutta joille niin ikään kuuluu täytäntöönpanotehtävä asianomaisen jäsenvaltion kannalta.

34. Kun otetaan huomioon suppea harkintavalta, joka täydellisen yhdenmukaistamisen yhteydessä yleensä jätetään jäsenvaltioille direktiivin täytäntöönpanon yhteydessä, tällaisten vanhempien säännösten voimassa pitäminen ei ole oikeudellisesti aina ongelmatonta. Vaikka ne näet viime kädessä kuuluvat asianomaisen direktiivin soveltamisalaan, ne eivät useinkaan vastaa direktiivin säännöksiä. Kuten yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea sekä asia Plus ovat osoittaneet, tilanne oli tällainen, kun direktiiviä 2005/29 pantiin täytäntöön Belgiassa [8] ja Saksassa. [9]

7 – Ks. edellä alaviitteessä 4 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 52 kohta ja alaviitteessä 5 mainittu asia Plus, tuomion 41 kohta.
Jos hyvää kauppatapaa koskevaa lainsäädäntöä ja sopimusoikeutta mahdollisesti yhdenmukaistetaan Euroopan unionissa vielä lisää, pitäisi ottaa asianmukaisesti huomioon myös yhteisen viitekehysluonnoksen (Draft Common Frame of Reference, jäljempänä DCFR) määräykset, koska yksi sen painopisteistä on nimenomaan kuluttajansuoja, esimerkiksi siten, että elinkeinonharjoittajalle asetetaan erityisiä velvoitteita ilmoittaa kuluttajalle hänen hankkimiensa tavaroiden ja palvelujen tärkeimmistä ominaisuuksista (ks. esim. DCFR:n II.-3:102 artikla). Nämä ”hyvät kaupalliset menettelyt” ovat tietyllä tavoin vastakohtia direktiivin 2005/29 liitteessä I luetelluille ”kielletyille kaupallisille menettelyille”.

8 – Riidanalaisia säännöksiä olivat kaupallisista menettelyistä sekä kuluttajalle tiedottamisesta ja kuluttajansuojasta 14.7.1991 annetun Belgian lain 54 § ja sitä seuraavat pykälät.

9 – Kyseessä olivat sopimattoman kilpailun estämisestä annetun Saksan lain (BGBl. I, s. 1414) 3 § ja 4 §:n 6 momentti, sellaisina kuin ne ovat viimeksi muutettuina 22.12.2008 annetun ensimmäisen muutoslain 1 §:llä (BGBl. I, s. 2949).

35. Direktiivi 2005/29 tuli sen 20 artiklan mukaan voimaan jo sitä päivää seuraavana päivänä, jona se julkaistiin Euroopan unionin virallisessa lehdessä, eli 12.6.2005. Direktiivin 19 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltioiden oli annettava ja julkaistava tämän direktiivin noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset viimeistään 12.6.2007, kuitenkin siten, että tietyille ankarammille kansallisille säännöksille annettiin vielä kuuden vuoden siirtymäaika. Näitä oikeussääntöjä ja hallinnollisia määräyksiä piti kuitenkin alkaa soveltaa vasta viimeistään 12.12.2007.

36. Itävallan tasavalta noudatti tätä täytäntöönpanovelvoitetta virallisesti antamalla liittovaltion lain, jolla muutettiin sopimattoman kilpailun estämisestä vuonna 1984 annettua lakia (UWG) ja joka tuli voimaan 12.12.2007 (vuoden 2007 uusi UWG). [10] Kuten edellä todettiin, riidanalaista UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan säännöstä ei annettu direktiivin 2005/29 täytäntöönpanon yhteydessä, vaan se perustuu aikaisempaan kansalliseen lainsäädäntöön. [11] Kansallinen tuomioistuin on ennakkoratkaisupyynnössään epävarma tämän säännöksen yhteensopivuudesta yhteisön oikeuden kanssa. [12]

10 – BGBl. I, 79/2007.

11 – UWG:n 9 a §:n kylkiäisiä koskeva kielto, josta säädettiin alun perin 20.6.1929 annetussa lisäetuja koskevassa laissa (Prämiengesetz; BGBl. 227) ja myöhemmin vuoden 1934 kylkiäisiä koskevassa laissa (Zugabengesetz), otettiin UWG:hen vuoden 1992 kilpailua koskevan sääntelyn vähentämiseksi lailla (Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992; BGBl. 1992/147). Ks. tämän säännöksen syntyhistoriasta Duursma, D., *UWG – Kommentar* (toim. Gumpoldsberger, M. ja Baumann, P.), Wien, 2006, § 9a, 1 kohta, s. 276 ja Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2. painos, Wien, 2007, § 9a, s. 44.

12 – Ks. esim. ennakkoratkaisupyynnön s. 9 ja 10.

B *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys*

37. Aluksi on muistutettava siitä, että unionin tuomioistuimella ei ole EY 234 artiklaan perustuvassa ennakkoratkaisumenettelyssä toimivaltaa lausua kansallisen toimenpiteen yhteensopivuudesta yhteisön oikeuden kanssa. Se voi kuitenkin esittää kansalliselle tuomioistuimelle kaikki sellaiset yhteisön oikeuden tulkintaan liittyvät seikat, jotka saattavat auttaa kansallista tuomioistuinta sen arvioidessa tätä yhteensopivuutta sen käsiteltäväksi saatetussa asiassa. [13]

38. Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellä pyydetään ratkaisua siihen, onko UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan kaltainen kansallinen säännös ristiriidassa direktiivin 2005/29 kanssa. Tätä tarkoitusta varten on tutkittava, kuuluuko tämän säännöksen sääntelyn kohde direktiivin 2005/29 asialliseen ja henkilölliseen soveltamisalaan. Seuraavassa vaiheessa on tutkittava, onko direktiiviä 2005/29 tulkittava siten, että se kattaa myös oikeudelliset seuraukset, joista Itävallan oikeudessa säädetään tämän säännöksen rikkomisen varalta.

13 – Ks. esim. asia 6/64, Costa, tuomio 15.7.1964 (Kok., s. 1251, 1268, Kok. Ep. I, s. 211); asia C-17/00, De Coster, tuomio 29.11.2001 (Kok., s. I-9445, 23 kohta) ja asia C-265/01, Pansard ym., tuomio 16.1.2003 (Kok., s. I-683, 18 kohta).

1. Direktiivin 2005/29 2 artiklan d kohdan käsite ”kaupalliset menettelyt”

39. Kansallisen tuomioistuimen antamien tietojen mukaan UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdassa kielletään elinkeinonharjoittajia ilmoittamasta tavaroihin tai palveluihin liittyvistä vastikkeettomista kylkiäisistä kuluttajille. Sen mukaan lähtökohtana on pidettävä yhdistettyjä tarjouksia koskevan kiellon olemassaoloa.

40. Lisäksi tämän kiellon pitäisi kattaa direktiivin 2005/29 2 artiklan d kohdassa tarkoitetut kaupalliset menettelyt. Tässä säännöksessä määritellään kaupallisen menettelyn käsite erityisen laajasti, [14] koska sillä tarkoitetaan ”elinkeinonharjoittajan tointa, mainitsematta jättämistä, käyttäytymistä tai edustamista, kaupallista viestintää, mukaan lukien mainontaa ja markkinointia, joka liittyy välittömästi tuotteen myynnin edistämiseen, myymiseen tai toimittamiseen kuluttajille”.

41. Kuten esitin yksityiskohtaisesti yhdistetyissä asioissa C-261/07 (VTB-VAB) ja C-299/07 (Galatea) antamassani ratkaisuehdotuksessa [15] ja kuten yhteisöjen tuomioistuin vahvisti kyseisissä asioissa antamassaan tuomiossa, [16] yhdistetyt tarjoukset ovat kaupallisia menettelyjä, jotka kuuluvat selvästi joidenkin toimijoiden kaupalliseen strategiaan ja joilla pyritään välittömästi edistämään niiden myyntiä ja menekkiä. Ne ovat näin ollen direktiivin 2005/29 2 artiklan d kohdassa tarkoitettuja kaupallisia menettelyjä, joten UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan mukainen yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto kuuluu sen asialliseen soveltamisalaan. [17]

2. Direktiivin 2005/29 henkilöllinen soveltamisala

42. Se, kuuluuko riidanalainen UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohtaan sisältyvä kansallinen säännös direktiivin henkilölliseen soveltamisalaan, riippuu siitä, onko sen tarkoitus sama kun itse direktiivin eli kuluttajien suojeleminen.

14 – Ks. edellä alaviitteessä 4 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 49 kohta ja edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Plus, tuomion 36 ja 39 kohta. Ks. Keirsbilck, B., ”Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?”, *European business law review*, 4/2009, s. 505, jonka mukaan direktiivin 2005/29 soveltamisala on erittäin laaja.

15 – Ks. edellä alaviitteessä 4 mainituissa yhdistetyissä asioissa VTB-VAB ja Galatea 21.10.2008 antamani ratkaisuehdotus, 68–70 kohta.

16 – Edellä alaviitteessä 4 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 48 ja 50 kohta. Vrt. myynninedistämiskampanjoista, joissa kuluttajan osallistuminen maksutta arvontaan edellyttää tietyn tavara- tai palvelumäärän ostamista tai tilaamista, edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Plus, tuomion 37 kohta.

17 – Vastaavasti myös Heidinger, R., ”Zugabenverbot, quo vadis?”, *Medien und Recht*, 1/2009, s. 45, jonka mukaan direktiivin 2005/29 soveltamisala muuttuu, koska UWG:n 9 a §:ssä tarkoitettua kylkiäisiä koskevaa kieltoa on pidettävä kuluttajiin kohdistettua sopimatonta kaupallista menettelyä koskevana säännöksenä.

a) Direktiivin 2005/29 kattama ala

43. Direktiivissä säädetään lähtökohtaisesti vain B2C-alaa (business to consumer) eli elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välistä suhdetta. Tämä ilmenee ensinnäkin 3 artiklan 1 kohdasta, jonka mukaan direktiiviä sovelletaan *elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisiin* sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin ennen jotakin tuotetta koskevaa liiketointa ja sen jälkeen. Tätä yhteyttä korostetaan erityisesti johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa, jonka mukaan direktiivillä suojellaan *välittömästi vain kuluttajien taloudellisia etuja* elinkeinonharjoittajien sopimattomilta kaupallisilta menettelyiltä. [18]

44. Pidän kuitenkin virheellisenä sitä olettamaa, että direktiivissä pidettäisiin tästä syystä laillisesti toimivien kilpailijoiden taloudellisia etuja vähemmän suojelun arvoisina. [19] Olen viitannut tähän viimeksi asiassa C-304/08 (Plus) 3.9.2009 antamassani ratkaisuehdotuksessa, kun Itävallan hallitus esitti tätä koskevan väitteen. [20] Kuten johdanto-osan kahdeksannesta perustelukappaleesta on yksiselitteisesti pääteltävissä, direktiivillä suojellaan nimittäin *välillisesti myös laillisesti toimivia elinkeinonharjoittajia kilpailijoilta*, jotka eivät noudata tämän direktiivin säännöjä. Tämän normatiivisena ilmaisuna on direktiivin 11 artiklan 1 kohta, josta ilmenee jäsenvaltioiden velvoite antaa kantajan asiavaltuus myös kilpailijoille, kun kyseessä on direktiivin vastainen menettelytapa, jotta nämä voivat ryhtyä oikeudellisiin toimiin tällaisten sopimattomien kaupallisten menettelyjen suhteen.

45. Keskeinen merkitys on johdanto-osan kuudennella perustelukappaleella, jonka mukaan direktiivillä 2005/29 lähennetään

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

19 – Vastaavasti myös Koppensteiner, H.-G., "Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, nide 12, s. 558, jonka mukaan olisi virheellistä katsoa, että direktiivillä 2005/29 ei olisi mitään merkitystä yritysten välisessä suhteessa. Kirjoittaja perustelee näkemystään sekä direktiivin johdanto-osan kuudennella ja kahdeksannella perustelukappaleella, joista hänen mukaansa ilmenee, että välillisesti suojellaan myös laillisesti toimivien kilpailijoiden taloudellisia etuja, että direktiivin 11 artiklan 1 kohdalla, jonka mukaan jäsenvaltiot ovat velvollisia antamaan kantajan asiavaltuuden myös kilpailijoille, kun kyseessä on direktiivin vastainen menettelytapa. Ders., "Das UWG nach der Novelle 2007", *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen, 2009, s. 86, alaviite 8, esittää, että direktiivillä 2005/29 suojellaan välillisesti myös kilpailijoita.

20 – Ks. asiassa Plus 3.9.2009 antamani ratkaisuehdotus, 35 ja 64 kohta.

sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevat jäsenvaltioiden lait, jotka koskevat kuluttajien taloudellisia etuja *välittömästi* vahingoittavia ja siten laillisesti toimivien kilpailijoiden taloudellisia etuja *välillisesti* vahingoittavia sopimattomia kaupallisia menettelyjä. Direktiivissä otetaan siten huomioon, että kuluttajien ja kilpailijoiden edut eivät ole aina selvästi rajattavissa toisistaan, koska ne ovat varsin usein päällekkäisiä. [21] Monet kaupalliset menettelyt vaikuttavat sekä kuluttajien etuihin että kilpailijoiden etuihin. Tietoisena tästä tiiviistä yhteydestä yhteisön lainsäätäjä on päättänyt ottaa huomioon kuluttajansuojaa koskevat intressit oikeastaan kilpailupoliittisella sääntelyllä, jollainen sisältyy esimerkiksi direktiiviin 2005/29. [22] Direktiivin kilpailupoliittinen suuntaus, joka koskee sisämarkkinoiden toimintaedellytyksiä, ja normatiivinen suojelutarkoitus, joka koskee eurooppalaisten kuluttajien tyypillisiä valituksen aiheita, eivät ole keskenään menetelmällisessä ristiriidassa. [23]

21 – Marsland, V., "Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 194, esittää perustellusti, että direktiivissä 2005/29 tunnustetaan sen kuluttajansuojaa koskevasta tavoitteesta huolimatta se, että kuluttajien ja kilpailijoiden edut ovat samoja sopimattomien kaupallisten menettelyjen yhteydessä ja että on kuluttajien ja kilpailijoiden yhteisen edun mukaista, että kaikki elinkeinonharjoittajat noudattavat sääntöjä. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs 1 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München, 2008, s. 16, esittää, että monet yritysten kaupalliset menettelyt vaikuttavat sekä kuluttajien että kilpailijoiden etuihin. Jotta kaupallisen menettelyn sopivuuden arvioinnissa päädyttäisiin asianmukaisiin tuloksiin, edellytetään näin ollen moniulotteisempaa näkökulmaa, jossa otetaan huomioon yhdenmukaisesti kaikkien asianomaisten edut. Sen, että kilpailijoiden suojelu ja kuluttajansuoja ovat yleensä "saman kolikon kaksi puolta", osoittaa esimerkiksi harhaanjohtava mainonta, joka ei loukkaa ainoastaan kuluttajan taloudellisia etuja vaan myös kilpailijan taloudellisia etuja, jos tämän liiketoiminnan mahdollisuuksille aiheutuu haittaa. Sama pätee panetteluun, josta aiheutuu yhtäältä vahinkoa perusteettoman arvostelun kohteelle ja jolla toisaalta vääristetään virheellistä tietoa saaneen kuluttajan päätöksenteon perusteita. Bargelli, E., "L'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commercial", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, s. 80, viittaa vaikeuksiin kuluttajien ja kilpailijoiden etujen rajaamisessa. Schuhmacher, W., "The Unfair Commercial Practices Directive", *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (toim. Hilty, R. M. ja Henning-Bodewig, F.), Berliini/Heidelberg, 2007, s. 132, katsovat direktiivin 2005/29 osoittavan yksiselitteisesti, että kilpailuoikeudessa on tilanteita, joissa kilpailijoiden suojelua ja kuluttajansuojaa ei voida erottaa toisistaan.

22 – Gamerith, H., "Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG", *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, s. 157, esittää jopa, että direktiivin 2005/29 sääntelyn alalla ei todellisuudessa rajata toisistaan kuluttajien ja kilpailijoiden etuja, vaan se sisältää "epätäydellisen B2B + B2C-järjestelmän", mikä puoltaa direktiivin täytäntöönpanoa Itävallan UWG:ssä.

23 – Vastaavasti myös Kessler, J., "Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, nide 7, s. 716. Vrt. myös Falce, V. ja Ghidini, G., "The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection", *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law*, 2009, s. 374, jotka selventävät, että yhteisön lainsäätäjän lähtökohtana on direktiivissä 2005/29 se, että ainoastaan sisämarkkinoiden vapaa kilpailu voi taata kuluttajien valinnanvapauden.

Siten esimerkiksi direktiivin 11 artiklan 1 kohdassa säädetty kantajan asiavaltuuden myöntäminen siten, että asianomaiset kilpailijat saavat valtuuden esittää vaatimuksia menettelyn lopettamisesta sopimattomasti toimivia kilpailijoita vastaan, koituu täysin kuluttajansuojan hyväksi. [24]

46. Tästä huolimatta direktiivissä erotetaan soveltamisalan paremman rajaamisen nimissä selvästi toisistaan yhtäältä sellaiset kaupalliset menettelyt, jotka voivat aiheuttaa vahinkoa sekä kuluttajille että myös kilpailijoille, ja toisaalta sellaiset kaupalliset menettelyt, jotka voivat aiheuttaa vahinkoa vain jommallekummalle henkilöryhmälle. Esimerkiksi johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa todetaan, että on olemassa muita kaupallisia menettelyjä, jotka eivät aiheuta haittaa kuluttajille mutta voivat vahingoittaa kilpailijoita ja liikeasiakkaita.

47. Kuten unionin tuomioistuin totesi asiassa Plus 14.1.2010 antamassaan tuomiossa, tämä jälkimmäinen tapaus ei kuulu direktiivin soveltamisalaan, [25] sillä johdanto-osan kuudennen perustelukappaleen mukaan sen soveltamis- tai vaikutusalaan eivät kuulu sellaiset kansalliset lait, jotka koskevat sopimattomia kaupallisia menettelyjä, jotka vahingoittavat *ainoastaan* kilpailijoiden taloudellisia etuja tai jotka liittyvät elinkeinonharjoittajien välisiin liiketapahtumiin. Sanan ”ainoastaan” semanttiseen merkitykseen kuuluu, kuten myös direktiivin 2005/29 muutamien kieliversioiden vertailusta ilmenee, [26] tyypillisesti poissulkevuus. Vastaavasti

24 – Näin myös edellä alaviitteessä 22 mainittu Gamerith, H., s. 157, jonka mukaan asianomaisten kilpailijoiden esittämät menettelyn lopettamista koskevat vaatimukset, joita ne osoittavat sopimattomasti toimivia kilpailijoitaan vastaan, parantavat kuluttajansuojaa siltä osin kuin kyseessä ovat kiellot, joita kohdistetaan sopimattomaan vaikutukseen, joka petoksella, kiskomisella, houkuttelulla, painostuksella tms. on kuluttajan päätösvapaudelle.

25 – Ks. edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Plus, tuomion 39 kohta. Vrt. Micklitz, H.-W., ”Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, nide 4, s. 373, jonka mukaan direktiivi 2009/25 on sovellettavissa B2B-suhteisiin siltä osin kuin kaksi edellytystä täyttyy: riidanalainen kaupallinen menettely koskee välittömästi kuluttajan etuja ja välillisesti kilpailijan etuja. Kirjoittaja pelkää sitä, että tämä rajoitus direktiivin soveltamisalaan saattaisi avata uusia puolustautumisstrategioita. Yritykset voisivat esimerkiksi yrittää väittää, että niiden kaupalliset menettelyt koskevat ainoastaan B2B-suhteita.

26 – Saksaksi ”lediglich”, tanskaksi ”udelukkende”, englanniksi ”only”, ranskaksi ”uniquement”, italiaksi ”unicamente”, flaamiksi ”alleen”, portugaliksi ”apenas”, sloveeniksi ”samo” ja espanjaksi ”sólo”.

johdanto-osan kuudennessa perustelukappaleessa todetaan myös, että kun otetaan huomioon subsidiariteettiperiaate, jäsenvaltioilla on edelleen halutessaan mahdollisuus säännellä kyseisiä käytäntöjä yhteisön lainsäädäntöä noudattaen.

jolla mennään pidemmälle kuin direktiivissä tavoitellussa kuluttajansuojassa.

b) UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan suojelutarkoitus

49. Kiellolla pyritään nimittäin kuluttajansuojan lisäksi sekä säilyttämään toimiva kilpailu että suojelemaan lehdistön monimuotoisuutta. Kilpailijoiden vastavuoroinen uusien kylkiäisten kilpatarjonta estämällä pyritään ennen kaikkea suojelemaan sellaisia kilpailijoita, joilla ei vähäisempien taloudellisten varojensa vuoksi ole mahdollisuutta edistää tuotteidensa myyntiä vastikkeettomilla kylkiäisillä. Tämä suoja on perusteltavissa, kun otetaan huomioon lehdistön merkitys mielipiteenmuodostajana demokraattisessa yhteiskunnassa. Näin esitti Itävallan hallitus jo asiassa C-368/95, Familiapress,[29] jossa oli kyseessä tämän kiellon yhteensopivuus tavaroiden vapaan liikkuvuuden kanssa, eikä yhteisöjen tuomioistuinkaan kyseenalaistanut sitä hyväksyttävänä lainsäädännöllisenä tavoitteena, jolla pyritään lähtökohtaisesti perustelemaan tämän perusvapauden rajoitus.

i) Yksittäisten suojattavien etujen erilainen painotus

48. Näin ollen herää kysymys siitä, onko UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan mukainen yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto sellainen kansallinen oikeussääntö, jolla halutaan kieltää *ainoastaan* kilpailijoiden taloudellisia etuja vahingoittavat kaupalliset menettelyt. Kansallinen tuomioistuin[27] ja Itävallan hallitus[28] esittävät tältä osin, että riidanalaisella UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohtaan sisältyvällä yhdistettyjä tarjouksia koskevalla kiellolla on lisäksi lainsäädännöllinen tavoite,

50. On kuitenkin todettava, että UWG:n yksittäisten suojattavien etujen painotusta koskevat arvioinnit poikkeavat yksityiskohdiltaan toisistaan.

27 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön 10–12 kohta.

28 – Ks. Itävallan kirjelmän s. 4 ja 5.

29 – Asia C-368/95, Familiapress, tuomio 26.6.1997 (Kok., s. I-3689).

51. Kansallisen tuomioistuimen mielestä Itävallan lainsäätäjä ei oletettavasti pyri UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdalla ensisijaisesti kuluttajien suojelemiseen, vaan sen kohteena on ”vähintäänkin samalla tavalla” myös kilpailijoiden suojeleminen ja toimivien markkinaedellytysten säilyttäminen. [30] Itävallan hallitus puolestaan kiistää tämän nimenomaisesti ja väittää, että yhdistettyjä tarjouksia koskevalla kiellolla pyritään ”ensisijaisesti” suojelemaan toimivaa kilpailua lehdistöalalla, [31] mutta se ei kuitenkaan esitä vakuuttavia todisteita tälle oikeudelliselle näkemykselle, etenkään kun se varoittaa lausumissaan, jotka koskevat painotuotteen yhdistämistä palkintokilpailuun nyt käsiteltävässä asiassa, toistuvasti siitä vaarasta, että kuluttajaan vaikutetaan kielletyllä tavalla käyttämällä hänen pelihimoaan hyväksi. [32] Mielestäni ei voi olla epäilystäkään siitä, että Itävallan siinä ilmaisemalla pelolla on ensisijaisesti kuluttajansuojaoikeudellinen tausta.

52. Näistä toisistaan poikkeavista kansallisen lainsäädännön tulkintaa koskevista lausumista on todettava seuraavaa.

53. Ensinnäkin on muistutettava siitä, että EY 234 artiklan mukainen menettely perustuu unionin tuomioi stuimen ja kansallisten tuomioistuinten väliseen yhteistyöhön, jossa unionin tuomioistuimen asiana ei ole ottaa kantaa kansallisten säännösten tulkintaan ja ratkaista, onko kansallisen tuomioistuimen esittämä tulkinta oikea. [33] Unionin tuomioistuimen tehtävänä on unionin tuomioistuinten ja kansallisten tuomioistuinten välisen toimivallanjaon puitteissa ottaa huomioon ennakkoratkaisupyynnössä esitetyt, ennakkoratkaisukysymykseen liittyvät tosiasiat ja oikeudelliset seikat, sellaisina kuin kansallinen tuomioistuin on ne määritellyt. [34]

54. Toiseksi tämä erilainen aineellis-oikeudellinen arviointi on viime kädessä merkityksetöntä, koska on joka tapauksessa kiistatonta, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan säännöksellä ei pyritä kieltämään sopimattomia kaupallisia menettelyjä, jotka vahingoittavat *ainoastaan* kilpailijoiden taloudellisia etuja tai jotka liittyvät elinkeinonharjoittajien välisiin liiketapahtumiin direktiivin johdanto-osan kuudennessa perustelukappaleessa tarkoitetulla tavalla. Sitä vastoin vallitsee yksimielisyys siitä, että UWG:n 9 a §:n 1

30 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön s. 10–12.

31 – Ks. Itävallan hallituksen kirjelmän 11 kohta, s. 4.

32 – Perustelut ovat tältä osin samankaltaisia kuin Saksan hallituksen edellä alaviitteessä 5 mainitussa asiassa Plus esittämät perustelut. Kyseinen asia koski kansallisen säännöksen (Saksan UWG:n 4 § :n 6 momentti) yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa, kun siinä kiellettiin yhdistetyt tarjoukset palkintokilpailujen tai arvontapelien yhteydessä. Tämän kiellon taustalla olivat ensisijaisesti kuluttajansuojaoikeudelliset seikat. Vrt. Saksan hallituksen kyseisessä asiassa esittämien perustelujen osalta kyseisessä asiassa 3.9.2009 antamani ratkaisuehdotus, erityisesti 93 ja 107 kohta.

33 – Ks. vastaavasti asia C-58/98, Corsten, tuomio 3.10.2000 (Kok., s. I-7919, 24 kohta) ja yhdistetyt asiat C-482/01 ja C-493/01, Orfanopoulos ja Oliveri, tuomio 29.4.2004 (Kok., s. I-5257, 42 kohta).

34 – Ks. asia C-475/99, Ambulanz Glöckner, tuomio 25.10.2001 (Kok., s. I-8089, 10 kohta); asia C-153/02, Neri, tuomio 13.11.2003 (Kok., s. I-13555, 34 ja 35 kohta); edellä alaviitteessä 33 mainitut yhdistetyt asiat Orfanopoulos ja Oliveri, tuomion 42 kohta ja asia C-267/03, Lindberg, tuomio 21.4.2005 (Kok., s. I-3247, 41 ja 42 kohta).

momentin 1 kohdassa kielletään säntelyn tarkoituksen perusteella sopimattomat kaupalliset menettelyt, jotka vaikuttavat jatkuvasti B2C-alueella. UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan säännös kuuluu näin ollen joka tapauksessa vielä direktiivin 2005/29 säntelyn alaan, ilman että tämä riippuisi siitä, palveleeko tämä yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto ensisijaisesti yhden tietyn oikeushyvän suojelua eli kuluttajien, kilpailijoiden tai suuren yleisön etujen suojelua esimerkiksi siten, että säilytetään lehdistön monimuotoisuus. Tältä osin voidaan nyt käsiteltävän ennakkoratkaisumenettelyn kannalta jättää oikeudellisesti taka-alalle se, pyritäänkö riidanalaisessa kansallisessa säännöksessä sen lisäksi myös lehdistön monimuotoisuuden säilyttämiseen, kuten Itävallan hallitus on esittänyt.

ii) Sovellettavien kansallisten säännösten ja oikeuskäytännön tutkiminen

55. Kun otetaan huomioon, että on välttämätöntä antaa kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllinen vastaus sen esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin, [35] ja kun samalla noudatetaan julkisasiamiehillä EY 222 artiklan nojalla olevaa velvollisuutta täysin puolueettomina ja riippumattomina esittää perustellut ratkaisuehdotukset, [36] viittaan epäselvyyden välttämiseksi siihen, että tutkittaessa asianomaisia oikeussääntöjä, mukaan lukien UWG:hen liittyvä lakiaineisto, ilmenee selvästi, että kuluttajansuojan on täytynyt olla Itävallan lainsäätäjälle vähintään yhtä tärkeä asia kuin kilpailijoiden suojelun. Esimerkiksi vuoden 2007 uutta UWG:tä [37] koskeneen hallituksen esityksen perusteluista on päätteltävissä, että UWG:ssä ei säännellä B2B-alaa olennaisesti eri tavalla kuin B2C-alaa, koska

35 – Yhteisöjen tuomioistuin selvensi asiassa 244/78, Union Laitière Normande, 12.7.1979 antamassaan tuomiossa (Kok., s. 2663, 5 kohta), että vaikka EY 234 artiklassa ei sallita sitä, että se arvioi ennakkoratkaisupyynnön perusteita, saattaa olla tarkoituksenmukaisen yhteisön oikeuden tulkinnan antamiseksi välttämätöntä rajata se oikeudellinen kehys, johon pyydetty tulkinta kuuluu. Lenaerts, K., Arts, A. ja Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. painos, s. 188, 6-021 kohta, katsovat, että mikään ei estä unionin tuomioistuinta esittämästä käsitystään pääasian oikeudenkäyntiin liittyvistä tosiseikoista ja joistakin kansalliseen lainsäädäntöön liittyvistä seikoista lähtökohtana sovellettavien yhteisön oikeussääntöjen ja yhteisön oikeusperiaatteiden hyödyllistä tulkintaa varten.

36 – Julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomer, "La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Problèmes d'interprétation*, Bryssel, 2004, s. 334 ja sitä seuraavat sivut, katsoo, että ratkaisuehdotuksen pitäisi olla tuomareiden pohdinnan perustana. Ratkaisuehdotuksessa pitäisi yleensä antaa vastaus kaikkiin oikeuskysymyksiin, joita esitetään oikeudenkäynnin yhteydessä, ja tässä yhteydessä siihenastista vakiintunutta oikeuskäytäntöä pitää tutkia laajasti. Julkisasiamies korostaa myös oikeuskirjallisuuden kasvavaa merkitystä oikeuskysymysten tutkimisessa.

37 – Tästä todetaan artikkelissa "Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)", joka on julkaistu aikakauskirjassa *Recht und Wettbewerb*, 53. vuosikerta, nro 170, joulukuu 2007, s. 13, seuraavaa: "Ehdotuksessa ei säännellä, kuten jo voimassa olevassa UWG:ssäkään, B2B-alaa olennaisilta osin eri tavalla kuin B2C-alaa, koska kilpailijoiden suojelu ja kuluttajansuoja eivät ole erotettavissa toisistaan."

kilpailijoiden suojelu ja kuluttajansuoja eivät ole Itävallan lainsäätäjän mielestä ”erotettavissa toisistaan”.

56. Tämä vastaa oikeuskirjallisuudessa pääasiallisesti esitettyä näkemystä, jonka mukaan etenkin tästä syystä UWG:ssä suojellaan kilpailijoiden ja suuren yleisön etujen lisäksi samalla tavoin myös kuluttajien intressejä ja pidetään siten lähtökohtana ”suojelun tarkoituksen kolmiyhteyttä”.[38] Tämä pätee myös nyt käsiteltävän asian kohteena olevaan UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan säännökseen, jonka luonnetta kuluttajaa suojelevana säännöksenä ei ole kyseenalaistettu oikeuskirjallisuudessa.[39]

57. Tämän lisäksi on todettava, että myös Oberster Gerichtshofin oikeuskäytännön mukaan[40] – jossa viitataan osittain oikeuskirjallisuudessa esitettyihin näkemyksiin – UWG:n 9 a §:n 1 momentin kylkiäisiä koskevan kiellon

38 – Prunbauer, M., ”Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU”, *Recht und Wettbewerb*, 49. vuosikerta, nro 161, syyskuu 2003, s. 3, katsoo, että UWG ei lähtökohtaisesti koske yksinomaan kilpailutilanteessa käytävän kaupan kuluttajansuojaoikeudellisia näkökohtia vaan samalla myös kilpailijoihin ja suureen yleisöön liittyviä näkökohtia. Mainontatoimenpidettä ei voida pitää tai arvioida pelkästään yksipuolisesti kuluttajiin liittyvänä. Kilpailijoiden suojelu ja suuren yleisön intressi toimivaan kilpailuun suoritteilla palvelee ainakin välillisesti myös kuluttajansuojaa, koska sillä tavoin varmistetaan myös kuluttajan edun mukaisesti kilpailun toimivuus. Kirjoittaja katsoo, että on mahdotonta, että kilpailutoiminta olisi jaettavissa todellisessa talouselämässä tai dogmaattisestikaan järkevästi ”kuluttajaa koskevaan kilpailun osaan” ja ”yrityksiä koskevaan kilpailun osaan”. Von Wiebe, A., ”Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform”, *Juristische Blätter*, 129. vuosikerta, nide 2, helmikuu 2007, s. 71, toteaa, että Itävallan ja Saksan osalta on ollut jo pitkään kiistatonta, että UWG:ssä suojellaan kilpailijoiden, kuluttajien ja suuren yleisön intressejä, kuten Saksan uuden UWG:n 1 §:ssä nimenomaisesti vahvistetaan. Sille ominainen suojelun tarkoitusten päällekkäisyys tekee oikeastaan mahdottomaksi oikeussääntöjen erottelun B2B- ja B2C-liiketoimiin asian luonteen perusteella. Vastaavasti myös edellä alaviitteessä 21 mainittu Büllesbach, E., s. 15, viittaa suojelun tarkoituksen kolmiyhteyteen (kuluttajat, kilpailijat, suuri yleisö), joka on Saksan ja Itävallan sopimattomia menettelyjä koskevien säännösten taustalla. Lettner, H., ”Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland”, *European Law Reporter*, 2009, nro 9, s. 313, esittää myös, että Itävallan UWG:llä pyritään kaiken kaikkiaan suojelemaan yritysten, suuren yleisön ja kuluttajien etuja.

39 – Esimerkiksi edellä alaviitteessä 11 mainittu Duursma-Kepplinger, D. esittää, että UWG:n 9 a § palvelee myös kuluttajansuojaa (16 §, 24 kohta, s. 808). Laissa säädetyn kylkiäisiä koskevan rajoituksen tarkoituksena on mm. suojella ostajia epäasialliselta ja harhaanjohtavalta kylkiäisten mainonnalta ja estää kilpailijoiden vastavuoroinen (uusien) kylkiäisten kilpatarjonta (9 a §, 2 kohta, s. 276). Kirjoittaja katsoo, että UWG:n varsinaisena tavoitteena on tarjota kuluttajien yleisten etujen yleisestävää suojaa, jotta kilpailua ei käytettäisi turvautumalla sopimattomiin menettelyihin kilpailun säilyttämiseksi vapaana sopimattomilta menettelyiltä (16 §, 26 kohta, s. 810). Horak, M., ”Naht das Ende des Zugabenverbots?”, *Ecolex*, 2008, s. 1138, katsoo, että UWG:n 9 a §:n kylkiäisiä koskevan kiellon tarkoituksena on oletettavasti kuluttajansuoja. Kirjoittaja viittaa siinä yhteydessä tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 40 mainittuun Oberster Gerichtshofin tuomioon. Vrt. myös Kucsko, G., ”Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots”, *Ecolex*, 1992, s. 709, joka kuvaa kylkiäisiä koskevan kiellon syntyhistoriaa Itävallassa 1900-luvun alusta lähtien. Kirjoittaja esittää, että Itävallan ”kylkiäisiä koskevan kiellon” ensisijaisena tavoitteena on ollut sen käyttöönotosta alkaen estää se, että kuluttajien ostopäätöksiin vaikutetaan epäasiallisesti kylkiäisillä ja että päätavaran todellinen hinta pimitetään kylkiäisillä ja asiakasta johdetaan siten harhaan. Tämän lisäksi sillä pitäisi vastustaa kilpailevien yritysten keskinäistä kilpatarjontaa.

40 – Ks. Oberster Gerichtshofin asiassa Fini’s Feinstes 9.3.1999 antama tuomio (asia nro 4 Ob 28/99t). Siinä todetaan seuraavaa: ”Kylkiäisiä koskevan kiellon tarkoituksena on oletettavasti kuluttajansuoja: kuluttajan arviointikykyä ei saa hämärtää – esimerkiksi tarjoamalla mahdollisuus osallistua kilpailuun – pelihimoa ja voitonhalua hyödyntämällä. Ostopäätös on tehtävä tavaran ja sen hinta–laatu-suhteen sekä asiallisen tuotevertailun perusteella eikä enemmän tai vähemmän harkitsematta houkuttimeksi asetetun palkinnon voittamiseksi.”

tarkoituksen oletetaan olevan kuluttajansuoja. Sen mukaan kuluttajien arviointikykyä ei saa hämärtää – esimerkiksi tarjoamalla mahdollisuus osallistua kilpailuun – pelihimoa ja voitonhalua hyödyntämällä.

58. Siten on myös sovellettavien Itävallan oikeussääntöjen ja oikeuskäytännön tutkimisen perusteella katsottava, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan kylkiäisiä koskevalla kiellolla pyritään vähintään samalla tavalla suojelemaan kuluttajia.

c) Päätelmä

59. Edellä esitetyn perusteella katson, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohtaan sisältyvä kansallinen säännös kuuluu direktiivin 2005/29 soveltamisalaan. Sitä on näin ollen arvioitava direktiivin säännösten perusteella. [41]

3. Molempien säädösten rakenteen tutkiminen

a) Direktiivin 2005/29 säännökset

60. Jotta voitaisiin todeta, onko UWG:n 9 a §:n 1 momentin kaltainen kansallinen oikeussääntö ristiriidassa direktiivin 2005/29

41 – Ks. Horak, M., "Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?", *Ecolex*, 2009/123, s. 341, jonka mielestä ensimmäisellä ennakkoratkaisupyynnöllä pyritään selvittämään, onko yleinen kylkiäisiä koskeva kielto, jolla pyritään suojelemaan sekä kuluttajia että yrityksiä, yhteensopiva direktiivin 2005/29 kanssa. Kirjoittajan mielestä tällainen yleinen kielto on yhteisön oikeuden vastainen siltä osin kuin sen soveltamisalaa ei ole rajattu tiukasti eikä sitä voida rajoittaa koskemaan tarjouksia, jotka kohdistuvat yksinomaan yrityksiin eivätkä koske kuluttajien etuja. Nämä edellytykset eivät täyty UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan osalta. Edellä alaviitteessä 38 mainittu von Lettner, H., nro 9, s. 317, katsoo, että se, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdassa säädetyllä yhdistettyjä tarjouksia koskevalla kiellolla ei pyritä suojelemaan ainoastaan kuluttajia vaan sillä on muitakin tarkoituksia, jotka eivät kuulu direktiivin asialliseen soveltamisalaan, kuten lehdistön monimuotoisuuden säilyttäminen tai heikompien kilpailijoiden suojeleminen, on riittämätön perustelu yleisen kiellon säilyttämiseksi B2C-alueella mustien listojen rinnalla. Molemmat kirjoittajat olettavat siten, että riidanalainen kansallinen oikeussääntö kuuluu direktiivin 2005/29 soveltamisalaan.

kanssa, on välttämätöntä tutkia molemmat säädökset niiden normatiivisen tavoitteen ja sääntelyn rakenteen kannalta sekä verrata niitä toisiinsa siinä yhteydessä.

i) Täydellinen ja mahdollisimman pitkälle menevä kansallisten säännösten lähentäminen sääntelyn tavoitteena

61. Kuten edellä on todettu,[42] direktiivillä 2005/29 pyritään sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevien jäsenvaltioiden oikeussääntöjen täydelliseen yhdenmukaistamiseen. Toisin kuin kuluttajansuojalainsäädännön yhdenmukaistamista koskevien alakohtaisten säädösten osalta tähän mennessä, sillä ei pyritä ainoastaan vähimmäistason yhdenmukaistamiseen vaan kansallisten oikeussääntöjen mahdollisimman pitkälle menevään lähentämiseen, jolla evätään jäsenvaltioilta tiettyjä poikkeuksia lukuun ottamatta ankarampien säännösten voimassa pitäminen tai käyttöön ottaminen riippumatta siitä, pyritäänkö tällä korkeammantasoisen kuluttajansuojan saavuttamiseen.[43] Nämä molemmat seikat ilmenevät sekä tämän direktiivin johdanto-osasta että myös sen yleisistä säännöksistä.

62. Tämä johtuu ensinnäkin direktiivin johdanto-osan 11 perustelukappaleesta, jonka mukaan *lähentymisellä*, joka toteutetaan lähentämällä kansalliset säännökset tällä direktiivillä, päästään korkeatasoiseen yhteiseen kuluttajansuojaan. Toiseksi sen 12 perustelukappaleessa puhutaan siitä, että sekä kuluttajat että elinkeinonharjoittajat voivat luottaa *yhtenäisiin*, hyvin määriteltyihin oikeuskäsitteisiin perustuviin *sääntelypuitteisiin*, joilla säädellään sopimattomien kaupallisten menettelyjen kaikkia näkökohtia Euroopan unionissa. Direktiivin 1 artiklassa viitataan uudelleen *lainsäädännön lähentämiseen,* ja siitä ilmenee, että sen tarkoituksena on parantaa kuluttajansuojaa ja tukea sisämarkkinoiden moitteetonta toimintaa.

63. Kattavan ja mahdollisimman pitkälle yhteisön tasolla menevän sääntelyn tavoite direktiivin soveltamisalalla ilmenee uudelleen sen johdanto-osan 14 ja 15 perustelukappaleesta, joissa puhutaan nimenomaisesti *täydellisestä yhdenmukaistamisesta*. Sama näkyy myös direktiivin 4 artiklan sisämarkkinalausekkeessa, jonka mukaan jäsenvaltiot eivät saa rajoittaa palveluiden tarjonnan vapautta eivätkä tavaroiden vapaata liikkumista tämän direktiivin *yhdenmukaistamisen* alaan kuuluvista syistä.

42 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 33 kohta.

43 – Ks. edellä alaviitteessä 4 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 52 kohta.

64. Poikkeuksena tästä direktiivin 3 artiklan 5 kohdassa säädetään, että jäsenvaltiot voivat kuuden vuoden ajan ajankohdasta 12.6.2007 lähtien jatkaa tämän direktiivin mukaisen lähentämisen alalla tätä direktiiviä rajoittavampien tai ohjailevampien kansallisten säännösten soveltamista. Tämä poikkeus koskee kuitenkin ainoastaan kansallisia säännöksiä, joilla pannaan täytäntöön yhdenmukaistamisen vähimmäistasoa koskevia lausekkeita sisältäviä direktiivejä. [44] Toinen poikkeus täydellisestä yhdenmukaistamisesta koskee vielä 3 artiklan 9 kohdan mukaisesti direktiivissä 2002/65/EY määriteltyjä rahoituspalveluja ja kiinteää omaisuutta.

ii) Direktiivin 2005/29 sääntelyn rakenne

65. Direktiivin 2005/29 ytimenä on sen 5 artiklan 1 kohdan yleislauseke, jossa säädetään sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevasta kiellosta. Direktiivin 5 artiklan 2 kohdassa täsmennetään, mitä on ymmärrettävä tarkoitettavan ”sopimattomalla”. Sen mukaan kaupallinen menettely on sopimaton, jos se on ensinnäkin ”huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten” vastainen ja toiseksi omiaan ”vääristämään olennaisesti” kuluttajan taloudellista käyttäytymistä. Sopimattomia kaupallisia menettelyjä ovat 4 kohdan mukaan erityisesti sellaiset menettelyt, jotka ovat harhaanjohtavia (6 ja 7 artikla) tai aggressiivisia (8 ja 9 artikla). Saman artiklan 5 kohdassa viitataan liitteeseen I ja siinä mainittuihin kaupallisiin menettelyihin, joita ”pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina”. Tämä luettelo on yhtäläisesti voimassa kaikissa jäsenvaltioissa, ja sitä voidaan muuttaa vain direktiiviä muuttamalla.

66. Kansallisten tuomioistuinten ja hallintoviranomaisten tehtävänä olevan lainsäädännön soveltamisen kannalta tästä seuraa, että ensinnäkin on otettava perustaksi liitteeseen I sisältyvässä luettelossa mainitut 31 sopimattoman kaupallisen menettelyn tapausta. Jos kaupallinen menettely on luettavissa jonkin tapauksen piiriin, se on kiellettävä; lisätutkimus, esimerkiksi sen vaikutusten tutkiminen, ei tule kysymykseen. Mikäli konkreettinen tosiseikasto ei kuulu tämän kieltoluettelon piiriin, on tutkittava, onko kyseessä jompikumpi

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

yleislausekkeessa säännellyistä esimerkkitapauksista eli harhaanjohtava tai aggressiivinen kaupallinen menettely. Vain silloin, kun tilanne ei ole tällainen, voidaan soveltaa välittömästi direktiivin 5 artiklan 1 kohdan yleislauseketta. [45]

b) UWG:n säännökset

67. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan jokaisella jäsenvaltiolla, jolle direktiivi on osoitettu, on velvollisuus toteuttaa kansallisessa oikeusjärjestyksessään direktiivissä asetettujen tavoitteiden mukaisesti kaikki direktiivin täyden vaikutuksen varmistamiseksi tarvittavat toimenpiteet. [46] Siihen liittyy kansallisen lainsäätäjän velvollisuus panna kyseinen direktiivi sääntöjenmukaisesti täytäntöön kansallisessa oikeudessa. [47] EY 249 artiklan 3 kohdassa jätetään sen sanamuodon mukaan kuitenkin kansallisten viranomaisten valittavaksi muoto ja keinot. Tämä valinnanvapaus on erityisesti kansallisella lainsäätäjällä.

68. Tästä syystä oikeuskäytännössä on tunnustettu, että direktiivin sääntöjenmukainen saattaminen osaksi valtion sisäistä oikeutta ei vaadi välttämättä sen säännösten sanatarkkaa toistamista nimenomaisessa ja erityisessä lain säännöksessä. [48] Merkittävää on pikemminkin se, että kansallisessa lainsäädännössä, joka tulee voimaan direktiivin täytäntöön panemiseksi, täytetään oikeudellisen selkeyden ja oikeusvarmuuden vaatimukset sen varmistamiseksi, että direktiivin sisällön koko kirjo toteutetaan asianomaisen jäsenvaltion tuomioistuinten ja viranomaisten soveltaessa kansallista lainsäädäntöä. [49]

45 – Näin myös todistelua koskevassa mallissa, jonka on esittänyt De Cristofaro, G., "La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, s. 12 ja Henning-Bodewig, F., "Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, nide 8/9, s. 631.

46 – Ks. esim. asia 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, tuomio 1.2.1977 (Kok., s. 113, 22 kohta); asia 152/84, Marshall, tuomio 26.2.1986 (Kok., s. 723, Kok., Ep. VIII, s. 457, 48 kohta); asia C-72/95, Kraaijeveld ym., tuomio 24.10.1996 (Kok., s. I-5403, 55 kohta); asia C-336/97, komissio v. Italia, tuomio 17.6.1999 (Kok., s. I-3771, 19 kohta); asia C-97/00, komissio v. Ranska, tuomio 8.3.2001 (Kok., s. I-2053, 9 kohta); asia C-478/99, komissio v. Ruotsi, tuomio 7.5.2002 (Kok., s. I-4147, 15 kohta) ja asia C-233/00, komissio v. Ranska, tuomio 26.6.2003 (Kok., s. I-6625, 75 kohta).

47 – Direktiivin täytäntöönpano on osa kaksivaiheista lainsäädäntövaihetta, jonka toinen vaihe on toteutettava kansallisen lainsäädännön tasolla. Direktiivin säännökset konkretisoituvat kansallisen oikeuden tasolla toteutetulla aineellisella täytäntöönpanolla (vrt. tästä Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (toim. Mayer, H.), Wien, 2004, 249 §, 48 ja 50 kohta, s. 17 ja 18).

48 – Ks. asia C-131/88, komissio v. Saksa, tuomio 28.2.1991 (Kok., s. I-825, 6 kohta); asia C-96/95, komissio v. Saksa, tuomio 20.3.1997 (Kok., s. I-1653, 35 kohta); asia C-49/00, komissio v. Italia, tuomio 15.11.2001 (Kok., s. I-8575, 21 ja 22 kohta) ja asia C-410/03, komissio v. Italia, tuomio 28.4.2005 (Kok., s. I-3507, 60 kohta). Tähän viittaa osuvasti Seichter, D., "Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, s. 1088, kun kyseessä on vaatimus direktiivin 2005/29 täytäntöönpanosta Saksan oikeudessa.

49 – Vastaavasti Ruffert, M., teoksessa Calliess ja Ruffert (toim.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. painos, 2007, 249 §, 49 kohta, s. 2135. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan direktiivin täytäntöönpanon yhteydessä on tosiasiallisesti varmistettava sen täysimääräinen soveltaminen. Ks. esim. asia C-217/97, komissio v. Saksa, tuomio 9.9.1999 (Kok., s. I-5087, 31 kohta); asia C-214/98, komissio v. Kreikka, tuomio 16.11.2000 (Kok., s. I-9601, 49 kohta) ja asia C-62/00, Marks & Spencer, tuomio 11.7.2002 (Kok., s. I-6325, 26 kohta).

i) UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan säänte-lyn rakenteen esittäminen

69. Kansallisen tuomioistuimen antamien tietojen mukaan UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdassa kielletään yrityksiä ilmoittamasta kuluttajille vastikkeettomista kylkiäisistä tavaroiden tai palvelujen yhteydessä. Jos päätuote on säännöllisesti ilmestyvä painotuote (sanomalehti, aikakauslehti), kielto ulottuu myös kylkiäisten pelkkään tarjoamiseen ja myöntämiseen. Kylkiäinen on Oberster Gerichtshofin oikeuskäytännön [50] mukaan muun muassa päätuotteen hankintaan liittyvä mahdollisuus osallistua kilpailuun.

70. Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä [51] ilmenee, tätä säännöstä tulkitaan kuitenkin oikeuskäytännössä rajoittavasti, joten jokaista vastikkeetonta kylkiäistä ei pidetä kiellettynä. Oberster Gerichtshofin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan soveltaminen edellyttää, että kiistanalainen menettely on tietyssä yksittäistapauksessa a) objektiivisesti omiaan vääristämään kuluttajan päätöstä hankkia päätuote (pääsuoritus) [52] ja että tämä menettely siten b) voisi johtaa muuhun kuin vain merkityksettömään kysynnän siirtymiseen. [53] Tästä syystä tietyllä tavalla jo 1 momentin tunnusmerkistö jää täyttymättä, jos kyseessä ei ole tässä säännöksessä tarkoitettu kielletty ”kylkiäinen”, kun edellä mainitut oikeuskäytännössä kehitetyt edellytykset eivät täyty. [54]

71. Kun jätetään tämä Itävallan oikeuskäytännössä omaksuttu rajoittava tulkinta huomiotta, on todettava, että riidanalainen UWG:n 9 a §:n säännös perustuu sääntö-poikkeus-periaatteeseen siten, että kahden erityyppisen tavaran tai palvelun liittäminen yhteen myynninedistämistarkoituksessa on 1 momentin mukaan kiellettyä siltä osin kuin 2 momentissa mainittuja poikkeuksia ei voida soveltaa. Tässä säännöksessä kielletään toisin sanoen kahden erityyppisen tavaran tai palvelun liittäminen yhteen

50 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön s. 10.

51 – Kansallinen tuomioistuin mainitsee ennakkoratkaisupyynnössä, s. 8, Oberster Gerichtshofin asiassa Welt des Wohnens 20.10.1992 antaman tuomion (asia nro 4 Ob 87/92); asiassa ORF-Teletext 30.1.2008 antaman tuomion (asia nro 3 Ob 273/07d) ja 14.2.2008 antaman tuomion (asia nro 4 Ob 17/08s).

52 – Kansallinen tuomioistuin mainitsee ennakkoratkaisupyynnössä, s. 8, edellä alaviitteessä 48 mainitun asian Welt des Wohnens.

53 – Kansallinen tuomioistuin mainitsee ennakkoratkaisupyynnössä, s. 8, Oberster Gerichtshofin asiassa Tipp des Tages III, 14.12.1999 antaman tuomion (asia nro 4 Ob 290/99x).

54 – Ks. myös pääasian oikeudenkäynnin valittajan kirjelmän s. 4.

myynninedistämistarkoituksessa, joten sitä on pidettävä lähtökohtaisena yhdistettyjä tarjouksia koskevana kieltona, vaikka poikkeamat sallitaan tietyissä tapauksissa. [55]

a) Edellä kuvattu kansallinen lainsäädäntö

i) Sääntelyn rakenteen kääntäminen

4. Riidanalaisen säännöksen yhteensopivuus direktiivin 2005/29 kanssa

73. Riidanalaisen säännöksen yhteensopivuutta direktiivin 2005/29 kanssa koskevan kysymyksen osalta on todettava, että riidanalainen UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto on erityissäännös UWG:n sisällä eikä sillä ensinnäkään ole vastinetta direktiivissä 2005/29. UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdassa säädetään lähtökohtaisesta yhdistettyjä tarjouksia koskevasta kiellosta, josta ei säädetä itse direktiivissä.

72. On käsiteltävä vielä kysymystä, joka koskee riidanalaisen säännöksen yhteensopivuutta direktiivin 2005/29 kanssa, ja tällöin on tutkittava ensisijaisesti kansallisen säännöksen rakennetta. Mikäli todetaan, että kansallinen oikeus, sellaisena kuin se on lain sanamuodon perusteella, ei ole yhteisön oikeuden mukainen, on samassa yhteydessä tutkittava, voidaanko tätä säännöstä pitää direktiivin mukaisena, kun otetaan huomioon edellä mainittu Oberster Gerichtshofin rajoittava tulkinta.

74. Tällä kansallisella säännöksellä on myös sen taustalla olevan sääntö-poikkeus-periaatteen vuoksi toinen sääntelyn rakenne kuin direktiivillä 2005/29. Ensisijaisesti juuri tämä sääntelyn rakenteen kääntäminen herättää epäilyksiä yhteensopivuudesta direktiivin kanssa, ja tällöin kyse ei ole niinkään itse säännöksen muodollisesta rakenteesta – kansalliselle lainsäätäjälle myönnetään kuitenkin täytäntöönpanon yhteydessä tiettyä harkintavaltaa – vaan pikemminkin tämän kansallisen säännöksen normatiivisesta sisällöstä. Se ei vastaa sisällöltään direktiivin 2005/29 säännöksiä. Kuten olen näet jo esittänyt yhdistetyissä asioissa C-261/07 (VTB-VAB)

55 – Ks. edellä alaviitteessä 39 mainittu Horak, M., s. 1137, joka vertaa UWG:n 9 a §:n säännöstä ns. yleisiin kieltoihin. Yleisillä kielloilla kielletään lähtökohtaisesti tietyt abstraktisti kuvatut kaupalliset menettelyt, ilman että tuomioistuin voisi tutkia yksittäistapauksessa vaikutukset kuluttajiin tai kilpailijoihin. Jotta saataisiin aikaan käytännön huomioon ottava tasapainotilanne, tällaisiin kieltoihin liittyy useimmiten luettelo poikkeuksista. Kirjoittajan mukaan UWG:n 9 a §:ssä on lähtökohtainen kylkiäisiä koskeva kielto sen 1 momentissa ja tästä järjestelmästä tehtäviä poikkeuksia koskeva luettelo sen 2 momentissa. Edellä alaviitteessä 17 mainittu Heidinger, R., s. 45, esittää näkemyksenään, että UWG:n 9 a §:n säännöstä on pidettävä yleisenä kieltona, jolla kielletään tietyt kaupalliset menettelyt, ilman että yksittäistapauksessa tutkittaisiin vaikutukset kuluttajiin.

ja C-299/07 (Galatea) antamassani ratkaisuehdotuksessa, direktiivillä 2005/29 pyritään edistämään elinkeinonharjoittajan yritysvapautta, joka vastaa olennaisesti in dubio pro libertate -periaatteena tunnettua oikeudellista periaatetta. [56] Direktiivissä lähtökohtana on siten, toisin kuin UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdassa, kaupallisten menettelyjen sopivuus niin kauan kuin kiellolle asetetut tarkemmin kuvatut oikeudelliset edellytykset eivät täyty. [57]

75. Tällä liberaalilla näkemyksellä on konkreettinen sääntelypoliittinen tausta eli sen varmistaminen, että direktiivin johdantoosan neljännessä ja viidennessä perustelukappaleessa ja 1 artiklassa vahvistettu yhteisön lainsäätäjän tavoite toteutetaan yhtenäisillä yhteisön tason säännöillä, joilla poistetaan rajatylittävän palvelujen ja tavaroiden liikkuvuuden tai sijoittautumisvapauden esteet, joita aiheutuu sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevien kansallisten sääntöjen monilukuisuudesta, siinä määrin kuin on tarpeen sisämarkkinoiden sääntöjenmukaista toimintaa varten ja korkeatasoisen kuluttajansuojan varmistamiseksi. [58]

ii) UWG:n 9 a §:n 2 momentin poikkeussäännösten riittämättömyys

76. UWG:n 9 a §:n 2 momentin kaltaiset lähtökohtaisista kielloista tehtävät poikkeukset eivät ole myöskään omiaan kattamaan kaikkia tapauksia, joissa on direktiivin 2005/29 säännösten mukaan oletettava olevan kyseessä sallittu kaupallinen menettely, koska ne eivät mahdollista toimivaltaisten kansallisten

56 – Ks. edellä alaviitteessä 15 mainittu yhdistetyissä asioissa VTB-VAB ja Galatea antamani ratkaisuehdotus, 81 kohta. Vastaavasti edellä alaviitteessä 25 mainittu Micklitz, H.-W., s. 374.

57 – Abbamonte, G., "The unfair commercial practices Directive and its general prohibition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 15, kuvaa direktiivissä tavoiteltua lähestymistapaa tästä syystä liberaaliksi. Sen mukaan sallittua on kaikki, mitä ei ole nimenomaisesti kielletty. Edellä alaviitteessä 45 mainittu De Cristofaro, G., s. 11, huomauttaa osuvasti, että direktiivin lähestymistapa on kohdennettu, kun siinä vahvistetaan perusteet, joiden mukaan kaupallinen menettely arvioidaan sopimattomaksi, mutta toisaalta luovutaan kokonaan kuvaamasta sopivan kaupallisen menettelyn ominaisuuksia.

58 – Ks. Bakardjieva Engelbrekt, A., "An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 47 ja sitä seuraavat sivut, joissa korostetaan direktiivin 2005/29 yhdenmukaistavaa vaikutusta, kun direktiivin tavoitteena on poistaa sen voimaantuloon saakka voimassa olleet huomattavat erot sopimattomia menettelyjä koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön säännösten väliltä. Vastaavasti myös edellä alaviitteessä 21 mainittu Bargelli, E., s. 79. Weatherill, S., "Who is the 'Average Consumer'", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 137, kuvaa direktiivin 2005/29 lähtökohdaksi sääntelyn vähentämisen uudella sääntelyllä. Kansallisen lainsäädännön yhdenmukaistamisella poistetaan sääntely markkinoilta, kun sillä kumotaan jäsenvaltioiden monimuotoinen lainsäädäntö yhtenäisen sääntelyn hyväksi. Edellä alaviitteessä 23 mainittu Falce, V. ja Ghidini, G., s. 372, katsoo, että direktiivillä pyritään tuomaan yhtäältä kilpailu rajattomilla sisämarkkinoilla ja toisaalta kuluttajansuoja jälleen keskinäiseen tasapainoon.

tuomioistuinten ja viranomaisten yksittäistapauksessa tekemää arviointia. [59] Tämän yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut myös yhdistetyissä asioissa VTB-VAB ja Galatea antamassaan tuomiossa. [60]

77. Koska yhdistettyjä tarjouksia koskevia kieltoja ei lueta liitteessä I mainittuihin kaupallisiin menettelyihin, joita on pidettävä kaikissa olosuhteissa sopimattomina, ne voidaan lähtökohtaisesti kieltää vain, jos ne ovat sopimattomia kaupallisia menettelyjä esimerkiksi siksi, että ne ovat direktiivissä tarkoitetulla tavalla harhaanjohtavia tai aggressiivisia. Tästä huolimatta direktiivin 2005/29 mukainen kielto on mahdollinen vain silloin, kun kaupallista menettelyä on pidettävä sopimattomana sen vuoksi, että se on huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen tai että se vääristää olennaisesti tai on omiaan vääristämään olennaisesti keskivertokuluttajan taloudellista käyttäytymistä tuotteeseen nähden.

78. Sitä, onko tilanne tällainen yhdistettyjen tarjousten osalta, ei voida todeta yleisesti pätevällä tavalla, vaan tähän tarvitaan pikemminkin konkreettisen kaupallisen menettelyn arviointia yksittäistapauksessa. Tämä ilmenee yksiselitteisesti direktiivin johdanto-osan seitsemännestä perustelukappaleesta, jonka mukaan tätä direktiiviä ja erityisesti siihen sisältyviä yleislausekkeita sovellettaessa olisi kiinnitettävä erityistä huomiota yksittäisen tapauksen olosuhteisiin. Sana ”erityisesti” osoittaa myös, että kulloinenkin yksittäisen tapauksen arviointi ei rajoitu direktiivin 5 artiklan 1 kohdan yleislausekkeen soveltamiseen vaan ulottuu myös yleislauseketta konkretisoivien 5–9 artiklan säännösten soveltamiseen. Yksittäisen tapauksen arvioinnin välttämättömyyttä direktiivin 5–9 artiklan säännösten perusteella sen tapauksen varalta, että kaupallinen menettely ei kuulu liitteessä I mainittujen kaupallisten menettelyjen piiriin, pitää lähtökohtana myös yhteisön lainsäätäjä johdanto-osan 17 perustelukappaleen perusteella. Tämä seuraa vastakohtaispäätelmänä johdanto-osan 17 perustelukappaleen kolmannesta virkkeestä, jossa näet todetaan, että liitteessä I mainitut kaupalliset menettelyt ovat ainoat kaupalliset menettelyt, joita voidaan pitää sopimattomina ”ilman 5–9 artiklan säännöksiin perustuvaa tapauskohtaista arviointia”.

iii) Välipäätelmä

79. Riidanalainen säännös ei ole sanamuotonsa perusteella yhteensopiva direktiivin 2005/29 kanssa.

59 – Vastaavasti myös edellä alaviitteessä 17 mainittu Heidinger, R., s. 46.

60 – Edellä alaviitteessä 4 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 64 ja 65 kohta.

b) Direktiivin mukaisen tulkinnan mahdollisuus

80. Kuten olen esittänyt asiassa Plus antamassani ratkaisuehdotuksessa,[61] silloin kun tutkitaan sitä, onko jäsenvaltion lainsäädännön säännös ristiriidassa yhteisön oikeuden kanssa, ratkaisevaa ei ole ainoastaan säännöksen sanamuoto, vaan lisäksi on otettava huomioon tulkinta, jonka kansalliset tuomioistuimet tekevät säännöksestä.[62] Koska tämä on kaikkia oikeussubjekteja sitova lain tulkinta, jäsenvaltion oikeuskäytäntö on kansallisen lainsäädännön täytäntöönpanon ja tulkinnan yhteisön oikeuden mukaisuuden arvioinnin välttämätön mittapuu.[63]

81. Yhteensopivuutta direktiivin kanssa voisi siten puoltaa se, että Oberster Gerichtshof omaksuu yleensä rajoittavan tulkinnan yhdistettyjä tarjouksia koskevasta periaatteellisesta kiellosta. Ei ole mahdotonta, että tällaista kieltoa pehmennetään kansallisen tuomioistuimen rajoittavalla tulkinnalla siten, että siitä tehdään viime kädessä direktiivin kanssa yhteensopiva. Tästä riippumatta on muistutettava siitä, että jäsenvaltion tuomioistuin on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan velvollinen – riippumatta siitä, ovatko kyseessä ennen direktiivin antamista vai sen jälkeen annetut säännökset – tulkitsemaan kansallista lainsäädäntöä mahdollisimman pitkälle direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen mukaisesti,[64] jotta direktiivillä tavoiteltu tulos saavutetaan ja jotta se siten noudattaa EY 249 artiklan kolmatta kohtaa, ja tällöin kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on tulkita lakia yhteisön oikeuden vaatimusten mukaisesti siinä määrin kuin sillä on kansallisen lainsäädännön perusteella harkintavaltaa.[65] Tähän liittyy asianomaisen kansallisen oikeussäännön rajoittava tulkinta direktiivin mukaisesti tai jopa

61 – Mainittu edellä alaviitteessä 20, ratkaisuehdotuksen 82 kohta.

62 – Edellä alaviitteessä 35 mainitut Lenaerts, K., Arts, D. ja Maselis, I., 5-056 kohta, s. 162, esittävät, että kansallisten lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten ulottuvuutta on arvioitava kansallisten tuomioistuinten niille antaman tulkinnan valossa. Yhteisön oikeuden mukainen tulkinta kansallisesta oikeudesta oli Saksan Bundesgerichtshofin ennakkoratkaisupyynnön kohteena asiassa C-42/95, Siemens, tuomio 19.11.1996 (Kok., s. I-6017) sekä Belgian Hof van beroep te Gentin ennakkoratkaisun kohteena asiassa C-205/07, Gysbrechts, tuomio 16.12.2008 (ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

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

64 – Asia 14/83, von Colson ja Kamann, tuomio 10.3.1984 (Kok., s. 1891, Kok. Ep. VII, s. 557, 26 kohta); asia 79/83, Harz, tuomio 10.3.1984, (Kok., s. 1921, 26 kohta); asia 222/84, Johnston, tuomio 15.5.1986 (Kok., s. 1651, Kok. Ep. VIII, s. 621, 53 kohta); asia 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, tuomio 8.10.1987 (Kok., s. 3969, Kok. Ep. IX, s. 215, 12 kohta); asia 31/87, Beentjes, tuomio 20.9.1988 (Kok., s. 4635, 39 kohta); asia C-91/92, Faccini Dori, tuomio 14.7.1994 (Kok., s. I-3325, Kok. Ep. XVI, s. I-1, 24 kohta); asia C-131/97, Carbonari, tuomio 25.2.1999 (Kok., s. I-1103, 48 kohta); asia C-365/98, Brinkmann Tabakfabriken, tuomio 15.6.2000 (Kok., s. I-4619, 40 kohta); asia C-240/98, Océano Grupo ym., tuomio 27.6.2000 (Kok., s. I-4941, 30 kohta); asia C-456/98, Centrosteel, tuomio 13.7.2000 (Kok., s. I-6007, 16 kohta) ja asia C-371/97, Gozza, tuomio 3.10.2000 (Kok., s. I-7881, 37 kohta). Vastaavasti asia C-106/89, Marleasing, tuomio 13.11.1990 (Kok., s. I-4135, Kok. Ep. X, s. 599, 8 kohta); asia C-160/01, Mau, tuomio 15.5.2003 (Kok., s. I-4791, 36 kohta; asia C-462/99, Connect Austria, tuomio 22.5.2003 (Kok., s. I-5197, 38 kohta); asia C-408/01, Adidas-Salomon ja Adidas Benelux, tuomio 23.10.2003 (Kok., s. I-12537, 21 kohta) ja yhdistetyt asiat C-397/01–C-403/01, Pfeiffer, tuomio 9.3.2004 (Kok., s. I-8835, 113 kohta). Vrt. tästä Schweitzer, M., Hummer, W. ja Obwexer, W., *Europarecht*, Wien, 2007, s. 82 ja sitä seuraavat sivut.

65 – Edellä alaviitteessä 6 mainittu asia von Colson ja Kamann, tuomion 28 kohta ja asia Harz, tuomion 28 kohta.

oikeuden kehittämisen mahdollisuus, siltä osin kuin kansallisilla tuomioistuimilla on siihen toimivalta. [66]

– Direktiivin 2005/29 5 artiklan 4 ja 5 kohta

82. Oberster Gerichtshofin omaksuman rajoittavan tulkinnan pitäisi kuitenkin johtaa siihen, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan normatiivinen sisältö vastaa pitkälti direktiivin säännöksiä.

Sopimattomien kaupallisten menettelyjen luettelo direktiivin liitteessä I

i) Tutkiminen direktiivin säännösten perusteella

84. Aluksi on todettava, että UWG:n 9 a §:n 1 momentissa kielletty kaupallinen menettely ei vastaa mitään direktiivin liitteessä I mainittujen sopimattomien kaupallisten menettelyjen tapausta. Etenkään 16 kohdassa mainittua tapausta, jossa kyseessä on väite, että tuotteet voivat helpottaa rahapeleissä voittamista, ei voida soveltaa. Se koskee mainonnan yhtä erityistä muotoa [67] mutta ei yhdistettyjen tarjousten käyttämistä. [68] Tästä riippumatta pääasian oikeudenkäynnin vastapuoli ei mainosta esimerkiksi sitä, että jo pelkkä tavaran osto antaa mahdollisuuden voittoon. Tarjouksen kohteena on ainoastaan mahdollisuus

83. Seuraavassa on tutkittava, voidaanko riidanalaisen yhdistettyjä tarjouksia koskevan kiellon katsoa sopivan yhteen direktiivin kanssa, kun otetaan huomioon Itävallan oikeuskäytännössä omaksuttu rajoittava tulkinta. Tätä tarkoitusta varten on otettava perustaksi tämän ratkaisuehdotuksen 66 kohdassa kuvattu todistelun malli.

66 – Von Streinz, R., *Europarecht*, 8. painos, Heidelberg, 2008, s. 161, 456 kohta, katsoo, että direktiivin mukaista tulkintaa koskeva velvollisuus rajaa kansallisen oikeuden tulkinnan mahdollisuuksia. Siltä osin kuin kansallisilla tuomioistuimilla on toimivalta myös oikeuden kehittämiseen, niiden pitäisi tarvittaessa kehittää myös kansallista oikeutta direktiivin mukaisesti.

67 – Ks. tämän kiellon sääntelytarkoituksesta edellä alaviitteessä 21 mainittu Büllesbach, E., s. 114. Jos elinkeinonharjoittaja väittää, että tuote voi parantaa voiton mahdollisuuksia kilpailuissa, kuluttajalle vihjataan, että tuotteen hankinta edistää hänen mahdollisuuksiaan voittaa. Kilpailuille on kuitenkin ominaista, että sattuma vaikuttaa merkittävästi voiton mahdollisuuksiin. Tämän sattumanvaraisen tekijän vuoksi vaikuttaminen voiton mahdollisuuksiin on lähtökohtaisesti mahdotonta. Tuotteen tarkoituksenmukaisuudesta annettaisiin siis virheellistä tietoa. Koska väite liittyy välillisesti pelihimoon, kyseessä on kuluttajan kannalta erityisen vaarallinen tilanne, sillä päätöksen järkiperäisyyttä heikentää huomattavasti toive helpommasta voitosta.

68 – Vrt. edellä alaviitteessä 20 mainittu asiassa Plus antamani ratkaisuehdotus, 85 kohta.

osallistua kilpailuun, johon jokaisella on muutenkin mahdollisuus osallistua internetin välityksellä, eikä siinä yhteydessä luvata ostajalle parempia voiton mahdollisuuksia. Kuluttajan, joka haluaa osallistua ”Vuoden jalkapalloilijan” valintaan, ei siten tarvitse välttämättä ostaa kyseistä sanomalehteä, vaan hän voi valita eri osallistumisvaihtoehdoista. Nyt käsiteltävässä asiassa ei viitata siihen, että hänen voittomahdollisuutensa olisivat muiden osallistujien mahdollisuuksia heikompia esimerkiksi silloin, kun hän osallistuu jollain muulla tavalla kuin ostamalla kyseisen lehden, eikä tällaista ilmene objektiivisen arvion perusteella.

Direktiivin 5 artiklan 4 kohdassa tarkoitetut harhaanjohtavat ja aggressiiviset kaupalliset menettelyt

85. On pohdittava, voidaanko UWG:n 9 a §:n 1 momentissa kiellettyjä kaupallisia menettelyjä pitää direktiivin 5 artiklan 4 kohdassa tarkoitetulla tavalla harhaanjohtavina tai aggressiivisina. Itävallan hallitus, jonka mielestä riidanalaisella säännöksellä on pantu täytäntöön myös direktiivin 6 artiklan 1 kohdan d alakohta sekä 8 ja 9 artikla, väittää näin. [69]

Direktiivin 6 ja 7 artiklassa tarkoitetut harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt

86. Harhaanjohtaville kaupallisille menettelyille on ominaista, kuten direktiivin 6 ja 7 artiklan tulkinta osoittaa, ennen kaikkea se, että kuluttajaa harhautetaan tuotteen olennaisten ominaisuuksien osalta. Tuotteen olennaisiin ominaisuuksiin kuuluu direktiivin 6 artiklan 1 kohdan d alakohdan mukaan myös hinta.

87. Yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Oosthoek's Uitgeversmaatschappij antamassaan tuomiossa, [70] johon Itävallan hallitus viittaa lausumissaan, Alankomaiden kylkiäisiä koskevan kiellon yhteensopivuudesta tavaroiden vapaan liikkuvuuden kanssa, että ”kylkiäisten tarjoaminen myynninedistämiskeinona voi johtaa kuluttajia harhaan tuotteiden todellisten hintojen suhteen ja vääristää kilpailukykyyn perustuvan kilpailun edellytyksiä”. Yhteisöjen tuomioistuin päätteli tästä, että ”lainsäädäntö, jossa tämän perusteella rajoitetaan tällaisia kauppatapoja tai jopa kielletään ne, on siten omiaan edistämään kuluttajansuojaa ja hyvien kauppatapojen noudattamista”.

88. Nämä toteamukset, jotka esitettiin paljon ennen kuin direktiivi 2005/29 annettiin, eivät ole menettäneet ajankohtaisuuttaan, koska niissä, kun edellä siteerattua tuomion kohtaa tulkitaan oikein, viitataan oikeastaan

69 – Ks. Itävallan hallituksen kirjelmän 55 kohta, s. 21.

70 – Asia 286/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, tuomio 15.12.1982 (Kok., s. 4575, Kok. Ep. VI, s. 611, 18 kohta).

abstraktiin vaaraan, joka liittyy tarjousten yhdistämiseen, kun yksittäisten tuotteiden arvoa ei kyetä siinä tilanteessa riittävällä tavalla yksilöimään. Siihen viittaa verbin ”voida” käyttäminen ensimmäisessä virkkeessä. Tästä syystä yhteisöjen tuomioistuin on pitänyt lähtökohtana kunkin yksittäisen tapauksen olosuhteiden arvioinnin välttämättömyyttä, kuten yhteisön lainsäätäjäkin edellyttää direktiivissä 2005/29.

89. Tästä riippumatta edellä mainitusta tuomiosta ilmenee yksiselitteisesti, että yhteisöjen tuomioistuin otti kantaa yksinomaan kyseisen kylkiäisiä koskeneen Alankomaiden kiellon yhteensopivuuteen tavaroiden vapaan liikkuvuuden kanssa, sellaisena kuin tästä kiellosta oli säädetty laissa. Yhteisöjen tuomioistuimen päätelmien soveltaminen nyt käsiteltävään asiaan ei siten ole ilman muuta mahdollista. Tästä syystä väitteellä, jonka mukaan kylkiäisten käyttämiseen liittyisi aina harhaanjohtamisen mahdollisuus riippumatta sen muodosta, ei ole mitään perustaa.

90. Siten riidanalaista säännöstä, sellaisena kuin sitä on tulkittu rajoittavasti Itävallan oikeuskäytännössä, ei voida pitää direktiivin 6 artiklan 1 kohdan d alakohdan kanssa yhteensopivana.

Direktiivin 8 artiklassa tarkoitetut aggressiiviset kaupalliset menettelyt

91. Yhdistettyjen tarjousten yleinen luokitteleminen aggressiivisten kaupallisten menettelyjen ryhmään ei myöskään tule kysymykseen, koska se edellytäisi direktiivin 8 artiklan mukaan sitä, että heikennettäisiin keskivertokuluttajan valinnanvapautta tai käyttäytymistä suhteessa tuotteeseen esimerkiksi häirinnän, pakottamisen tai fyysisen voimankäytön vuoksi.

92. Tämä ominaispiirre ei kuitenkaan ole tyypillinen yhdistetyille tarjouksille eikä se ilmene myöskään pääasian kohteena olevassa tapauksessa. Siten riidanalainen säännös ei ole rajoittavasta tulkinnasta huolimatta yhteensopiva direktiivin 8 artiklan kanssa.

– Direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohta

93. Direktiivin mukaan kielto on mahdollinen vain, jos kaupallista menettelyä on pidettävä sopimattomana sen vuoksi, että se on huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen ja että se vääristää olennaisesti tai on omiaan vääristämään olennaisesti keskivertokuluttajan taloudellista käyttäytymistä. Tätä varten edellytetään 5 artiklan 2 kohdan

a ja b alakohdan edellytysten päällekkäistä täyttymistä. [71]

94. Tutkimus, joka koskee UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan yhteensopivuutta direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdan kanssa, on puolestaan kaksivaiheinen. Aluksi on tutkittava, asetetaanko UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan säännöksessä kiellolle samat oikeudelliset edellytykset kuin direktiivissä, kun otetaan huomioon edellä mainittu rajoittava tulkinta. Mikäli tähän vastataan myöntävästi, on tutkittava, käsittääkö tämä jäsenvaltion säännös yksinomaan tällaiset 5 artiklan 2 kohdan mukaan sopimattomiksi arvioitavat tapaukset.

Olla omiaan vääristämään olennaisesti keskivertokuluttajan taloudellista käyttäytymistä

Oikeudellisten edellytysten vastaavuus

95. Riidanalainen säännös vastaa joka tapauksessa sisällöltään pitkälti direktiivin 2005/29 säännöksiä, kun otetaan huomioon 5 artiklan 2 kohdan b alakohdan vaatimus, koska jotta kyseessä voitaisiin katsoa olevan UWG:n 9 a §:n 1 momentissa tarkoitettu kielletty kylkiäinen, myös Itävallan tuomioistuinten omaksuman rajoittavan tulkinnan mukaan edellytetään, että siitä ilmoittamisen ja sen tarjoamisen tai myöntämisen ”on oltava objektiivisesti arvioituna omiaan vaikuttamaan asianomaisten kuluttajien käyttäytymiseen”. Kansallinen tuomioistuin viittaa itsekin ennakkoratkaisupyynnössään mahdollisuuteen tulkita uudelleen Itävallan oikeuskäytännössä kehiteltyä vaatimusta 5 artiklan 2 kohdan b alakohdan mukaisesti. [72] Tämä ei herätä vastustusta siltä osin kuin tälle olennaisilta osiltaan sanamuodoltaan samalle kansallisessa oikeudessa asetetulle vaatimukselle annetaan sama merkitys kuin yhteisön oikeudessa.

Soveltamisalan vastaavuus

96. Direktiivin 2 artiklan e kohdan mukaisella ”kuluttajan taloudellisen käyttäytymisen olennaisella vääristämisellä” on näet siihen sisältyvän legaalimääritelmän mukaan ymmärrettävä tarkoitettavan ”kaupallisen menettelyn käyttämistä heikentämään tuntuvasti kuluttajan kykyä tehdä perusteltu päätös,

71 – Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 57 mainittu Abbamonte, G., s. 21; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, s. 58 ja Maione, N., ”Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE”, *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, s. 1068.

72 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön s. 10.

mikä saa kuluttajan tekemään sellaisen kaupallisen ratkaisun, johon hän ei muuten olisi päätynyt". Tämän säännöksen suojelun kohteena on kuluttajan valinnanvapaus. [73]

97. Vaikka kansallinen tuomioistuin tiedustelee ennakkoratkaisukysymyksessään yleisesti UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan yhteensopivuutta direktiivin kanssa, pääasian oikeudenkäynnissä ratkaisun kannalta merkityksellistä ei ole UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan yhteensopivuus kaikkien sen piiriin kuuluvien tapausten osalta (aikakauslehdet ja lisäedut) vaan ainoastaan aikakauslehtien ja palkintokilpailujen yhdistäminen. Myös oikeudenkäynnin osapuolet ottavat lausumissaan ensisijaisesti kantaa tähän hyvin erityiseen, kuluttajansuojan kannalta ongelmalliseen yhdistettyjen tarjousten muotoon. Tästä syystä seuraavassa on tarkasteltava lähemmin vain tämän konkreettisen kaupallisen menettelyn vaikutuksia kuluttajien käyttäytymiseen.

98. Itävallan hallitus katsoo, että edellä mainittu edellytys täyttyy tavaroiden ja palkintokilpailujen yhdistämisen osalta. [74] Se selittää, että nimenomaan silloin, kun kyseessä ovat säännöllisesti ilmestyvät painotuotteet, joiden yksikköhinta on verrattain alhainen, kuten nyt käsiteltävässä asiassa, kuluttaja päättää hankkia päätavaran voiton mahdollisuuden vuoksi asiattomista syistä. Juuri tässä tapauksessa mahdollisuus osallistua kustannuksitta kilpailuun, jossa voi voittaa suhteettoman suuren palkinnon, voi vääristää olennaisesti kuluttajan ostokäyttäytymistä lehtialalla.

99. Itävallan hallitukseen on yhdyttävä siltä osin, että kilpailujen käyttö mainosalalla on varmasti omiaan herättämään inhimillisen pelihimon. Kuten olen jo todennut asiassa Plus antamassani ratkaisuehdotuksessa, [75] tällaisilla kilpailuilla on ihmiseen tiettyä vetovoimaa erityisesti silloin, kun on mahdollista voittaa tilanteeseen nähden erityisen huomattavia palkintoja. Ne herättävät potentiaalisten asiakkaiden mielenkiinnon ja ohjaavat heitä valitun mainosstrategian mukaisesti tiettyihin tavoitteisiin. Esitettyä perustelua,

73 – Ei kuitenkaan kuluttajan taloudellinen etu. Edellä alaviitteessä 57 mainittu Abbamonte, G., s. 23, katsoo, että tähän säännökseen liittyy se perusoletus, että sopimattomilla kaupallisilla menettelyillä yleensä vääristetään kuluttajan mieltymyksiä heikentämällä tämän valinnanvapautta tai päätöksentekokykyä. Tästä syystä kuluttajat ostavat tavaroita, joita he eivät tarvitse, tai tavaroita, joita he olisivat muussa tapauksessa – ilman tätä heikennystä – pitäneet vähempiarvoisina. Direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdan b alakohdassa ei kuitenkaan edellytetä, että kuluttajalle pitäisi aiheutua taloudellista vahinkoa. Tällainen tosiseikkoja koskeva vaatimus olisi ollut kirjoittajan mielestä epäasianmukaista, koska sillä olisi alennettu olennaisesti kuluttajansuojan tasoa Euroopan unionissa.

74 – Ks. Itävallan hallituksen kirjelmän 51 kohta, s. 20.

75 – Mainittu edellä alaviitteessä 20, ratkaisuehdotuksen 93 kohta.

jonka mukaan tällainen kaupallinen menettely on omiaan vääristämään olennaisesti kuluttajan ostokäyttäytymistä lehtialalla, ei siten voida yleisesti arvioituna heti hylätä.

100. On kuitenkin epävarmaa, onko tällainen yleistävä näkemys ilman muuta yhteisön oikeussääntöjen kanssa yhteensopiva, kun ensinnäkin direktiivissä 2005/29 edellytetään, kuten edellä on jo todettu, sitä, että kansalliset tuomioistuimet ja viranomaiset arvioivat kattavasti yksittäistapauksen olosuhteita, jotta tietty kaupallinen menettely voitaisiin todeta sopimattomaksi,[76] ja toiseksi kulloisenkin mainontatoimenpiteen vaikutustavan tutkimista varten otetaan huomioon keskivertokuluttaja tai kuluttajaryhmään kuuluva keskivertohenkilö.

101. Kuten direktiivin 2005/29 johdantoosan 18 perustelukappaleesta ilmenee, vastaa direktiivissä 2005/29 käytetty keskivertokuluttajan käsite tarkasti yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä kehitettyä kuluttajan käsitettä,[77] joka on ”tavanomaisen valistunut sekä kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen” kuluttaja, siten että huomioon otetaan ”sosiaaliset, kulttuuriset ja kielelliset tekijät”. Johdanto-osan 18 perustelukappaleen toiseksi viimeisessä virkkeessä selitetään tarkemmin keskivertokuluttajan käsitettä, ja siinä korostetaan, että keskivertokuluttaja ”ei ole tilastollinen mittapuu”. Lisäksi edellytetään, että ”kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö huomioon ottaen käytettävä omaa harkintakykyään keskivertokuluttajan tyypillisen reaktion arvioimiseksi kussakin tapauksessa”.

102. Yhteisöjen tuomioistuimen kehittämä menetelmä, jolla tutkitaan mainostoimenpiteen vaikutuksia keskivertokuluttajaan, perustuu suhteellisuusperiaatteeseen. Sillä pyritään löytämään asianmukainen tasapaino yhtäältä kuluttajansuojan tavoitteen ja toiseksi sen tarpeen välille, jonka mukaan on välttämätöntä edistää tavaroiden liikkuvuutta sisämarkkinoilla, joille on tyypillistä vapaa kilpailu. Yhteisön lainsäätäjä kodifioi nyttemmin direktiivillä 2005/29 näitä menetelmiä ja antaa konkreettisen tutkimisen – yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön

76 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 76–78 kohta.

77 – Ks. kuluttajan mallista yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä asia C-373/90, X, tuomio 16.1.1992 (Kok., s. I-131, 15 ja 16 kohta); asia C-210/96, Gut Springenheide ja Tusky, tuomio 16.7.1998 (Kok., s. I-4657, 31 kohta); yhdistetyt asiat C-108/97 ja C-109/97, Windsurfing Chiemsee, tuomio 4.5.1999 (Kok., s. I-2779, 29 kohta); asia C-220/98, Estée Lauder, tuomio 13.1.2000 (Kok., s. I-117, 27 kohta); asia C-30/99, komissio v. Irlanti, tuomio 21.6.2001 (Kok., s. I-4619, 32 kohta); asia C-99/01, Linhart ja Biffl, tuomio 24.10.2002 (Kok., s. I-9375, 31 kohta); asia C-44/01, Pippig Augenoptik, tuomio 8.4.2003 (Kok., s. I-3095, 55 kohta); asia C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, tuomio 12.2.2004 (Kok., s. I-1619, 77 kohta); asia C-218/01, Henkel, tuomio 12.2.2004 (Kok., s. I-1725, 50 kohta); asia C-421/04, Matratzen Concord, tuomio 9.3.2006 (Kok., s. I-2303, 24 kohta) ja asia C-356/04, Lidl Belgium, tuomio 19.9.2006 (Kok., s. I-8501, 78 kohta).

mukaisesti – kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten tehtäväksi. Tällä on siten tarkoituksena estää se vaara, että samoista kaupallisista menettelyistä tehdään jäsenvaltiosta toiseen erilaisia arviointeja, jotta taattaisiin parempi oikeusvarmuus kuluttajille ja kilpailijoille. [78]

103. Sitä, että otetaan huomioon ”tavanomaisen valistunut sekä kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen keskivertokuluttaja”, on tulkittava oikeudellisesti siten, että jotta säilytettäisiin asianmukainen suhde molempien tavoitteiden välillä, on vastaavasti asetettava huomattavia vaatimuksia 5 artiklan 2 kohdan b alakohdan edellytysten täyttymiselle. Sen mukaan jokaisen kaupallisen menettelyn ei voida katsoa täyttävän edellytyksiä pelkästään sen vuoksi, että se on omiaan vaikuttamaan ostopäätökseen. Yhteisön oikeuden näkökulmasta on pikemminkin luotettava siihen, että kuluttaja kykenee tunnistamaan tiettyjen kaupallisten menettelyjen tarjoaman vaaran ja toimimaan sen vuoksi järkiperäisellä tavalla. [79] Tämä on myös sääntelypoliittisesti johdonmukaista, ellei haluta menetellä niin, että kaikkia olosuhteiden mukaan kyllä provokatiivisia mutta yleisesti arvioiden vaarattomina pidettäviä mainonnan muotojakin pidetään sopimattomina ja siten kiellettävinä. [80]

104. Kuten pääasian oikeudenkäynnin vastapuoli mielestäni aivan oikein selventää, [81] keskivertokuluttaja tietää nykyään yleensä, että mainonnalla ja myynninedistämisellä ei pyritä vapaassa markkinataloudessa voittamaan asiakkaita yksinomaan tavaran hinnalla ja laadulla vaan lupaamalla useita kylkiäisiä. Tällaiset kylkiäiset voivat olla emotionaalisia, kuten mainonnassa, johon liitetään vapauden ja riippumattomuuden tunne tai kuuluminen tiettyyn sosiaaliryhmään, tai ne voivat olla lisähyötyä, joka on täysin taloudellista, kuten kylkiäiset. On siis johdonmukaista, että tällaisen tavanomaisen valistuneen sekä

78 – Edellä alaviitteessä 57 mainittu Abbamonte, G., s. 25, esittää, että yhteisön lainsäätäjä on nyttemmin kodifioinut direktiivillä 2005/29 nämä menetelmät, joita joidenkin jäsenvaltioiden tuomioistuimet eivät ole käyttäneet. Kirjoittaja katsoo, että tällä tavoin on vähennetty sitä vaaraa, että samoista kaupallisista menettelyistä annetaan erilaisia arviointeja Euroopan unionin sisällä, ja parannettu oikeusvarmuutta. Samoin myös edellä alaviitteessä 38 mainittu Wiebe, A., s. 75, ja Micklitz, H. W., ”Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG”, *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel, 2006, s. 311. Edellä alaviitteessä 58 mainittu Weatherill, S., s. 135, selventää, että keskivertokuluttajan huomioon ottaminen saattaa näyttää keinotekoiselta, mutta se on toimivan, yhdenmukaistetun sääntelyjärjestelmän kannalta kuitenkin välttämätöntä.

79 – Lecheler, H., ”Verbraucherschutz”, teoksessa *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (toim. Dauses, M.), osa 2, München, 2004, H.V, 27 kohta, s. 11, tulkitsee yhteisöjen tuomioistuimen (tämän ratkaisuehdotuksen 77 kohdassa mainittua) oikeuskäytäntöä siten, että lähtökohtana on pääasiallisesti järkevästi ja huolellisesti käyttäytyvä kuluttaja, joka kykenee itseohjautuvuuteen ja päättämään omista asioistaan.

80 – Esim. edellä alaviitteessä 71 mainittu Maione, N., s. 1068, esittää, että yhteisön lainsäätäjän tahdon mukaan kaikkia kaupallisia menettelyjä, jotka vaikuttavat kuluttajan ostokäyttäytymiseen, ei pidä kieltää, vaan ainoastaan sellaiset menettelyt, jotka ovat ammatillisen huolellisuuden vastaisia, koska niillä heikennetään kuluttajan valinnanvapautta.

81 – Ks. pääasian oikeudenkäynnin vastapuolen kirjelmä, s. 10.

kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen keskivertokuluttajan tehtäväksi jätetään yhteisön oikeudessa vahvistetun sääntelykehyksen sisällä sen päätöksen tekeminen, hankkiiko hän tuotteen mainostettujen etujen tai tuotteen laadun tai sen alhaisen hinnan vuoksi. [82]

Lopputuloksena olisi se, että se väistämättä koettaisiin kuluttajan holhoamisena. [83] Samanaikaisesti sillä rajoitettaisiin suhteettomasti tavaroiden vapaata liikkuvuutta ja palvelujen tarjoamisen vapautta. Tällaisella kiellolla mentäisiin näet pidemmälle kuin on välttämätöntä sekä kuluttajien etujen että tavaroiden vapaan liikkuvuuden ja palvelujen tarjoamisen vapauden huomioon ottamiseksi.

Välipäätelmä

105. Olettamus, joka sisältyy jokaiseen lakiin perustuvaan lähtökohtaiseen kieltoon ja jonka mukaan tavaran ja kilpailujen yhdistäminen on aina sen todellisista vaarantamismahdollisuuksista ja asianomaisen kohderyhmän erityispiirteistä riippumatta vaarallista ja siksi kiellettävä, ei tekisi kuitenkaan oikeutta yhteisön oikeuden mukaiselle kuluttajamallille.

106. Yhteenvetona on todettava, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohtaan sisältyvä yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto, sellaisena kuin sitä on tulkittu rajoittavasti Itävallan oikeuskäytännössä, perustuu lainsäätäjän arviointiin, joka ei vastaa direktiivin 2005/29 säännöksiä.

107. Vaikka tämä päätelmä on sinänsä riittävä, jotta ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen voidaan vastata myöntävästi, tutkin seuraavassa toissijaisesti riidanalaisen säännöksen yhteensopivuuden direktiivin

82 – Vastaavasti myös edellä alaviitteessä 39 mainittu Kucsko, G., s. 709, joka epäilee sitä, että perustelut, jotka olivat vuonna 1929 annetun lisäetuja koskeneen lain (johon UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan kylkiäisiä koskeva kielto perustuu) taustalla, olisivat edelleenkin ratkaisevan tärkeitä. Kuluttaja on nykyään oleellisesti kriittisempi ja valistuneempi. Myös mainosmaailma on viime vuosikymmeninä muuttunut ratkaisevasti. Kuluttaja altistuu huomattavasti enemmän – ei aina täysin asialliselle – mainonnalle ja on tottunut siihen. Tiettyjen tavaramerkkien ”imagoon” liittyy mielleyhtymiä, joilla ei ole ollut enää pitkään aikaan mitään tekemistä todellisten tuoteominaisuuksien kanssa. Kun jatkuvasti julkaistaan puolueettomia vertailutestejä ja on olemassa laatumerkintöjä ja kriittisiä kuluttaja-aikakauslehtiä, kuluttajien kriittinen arviointikyky on toisaalta terävöitynyt paitsi testituotteiden osalta myös aivan yleisesti. Kuluttaja on siten nykyään pikemminkin siinä tilanteessa, että hän arvioi itse, haluaako tulla ”asiattomasti houkutelluksi” vai onko päätavaran hinta hänelle liian korkea. Kylkiäisen myötä hän saa yleensä enemmän kuin aineettoman ”imagon”, hän saa todellisen tavaran tai palvelun. Holhoava perustelu, jonka mukaan kuluttajaa pitäisi suojella, ei ole enää nykyään vakuuttava.

83 – Edellä alaviitteessä 17 mainittu Heidinger, R., s. 46 ja Wittmann, H., ”EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?”, *Medien und Recht*, 6/2008, s. 284, käsittelevät kansallisen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyynnössään ilmaisemia epäilyksiä. He esittävät, että direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdan taustalla oleva vastuullisen kuluttajan malli puhuu pääasian kohteena olevassa tapauksessa sopimattomuutta koskevaa olettamaa vastaan. Tällainen pitkälle menevä kuluttajansuoja on ristiriidassa vastuullisen kuluttajan mallin kanssa, koska kuluttajalla on oltava vapaus tehdä taloudellisia päätöksiä myös epäasiallisten seikkojen perusteella.

5 artiklan 2 kohdan muiden edellytysten kanssa vastatakseni kansallisen tuomioistuimen ja Itävallan hallituksen esittämiin lausumiin.

Huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastaisuus

Oikeudellisten edellytysten vastaavuus

108. Selvä ero direktiivin säännöksiin on havaittavissa siinä, että riidanalaisessa säännöksessä luovutaan kokonaan direktiivin 5 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisesta huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastaisuutta koskevasta edellytyksestä, vaikka sitä tulkittaisiin suppeasti.

109. Itävallan hallitus esittää tässä yhteydessä, että huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimus on oikeastaan riidanalaisen säännöksen erottamattomana perustana, koska kyseisellä säännöksellä pyritään suojelemaan kilpailua siltä vaaralta, että kuluttajien pelihimoa käytetään hyväksi. Tuomioistuimen on tutkittava huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksen noudattaminen kussakin yksittäistapauksessa ammatille tyypillisten vaatimusten mukaan.[84] Tämä väite on ymmärrettävä siten, että riidanalaisessa kansallisessa säännöksessä pannaan täytäntöön myös tämä vaatimus, edes toimivaltaisen tuomioistuimen korjaavalla tulkinnalla.

110. Nämä kansallista lainsäädäntöä koskevat lausumat eivät kuitenkaan vakuuta, sillä kansallinen tuomioistuin viittaa tältä osin nimenomaisesti siihen, että Itävallan tuomioistuimet eivät kykene tutkimaan, toisin kuin edellä mainitun kuluttajan käyttäytymisen olennaista vääristymistä koskevan vaatimuksen osalta,[85] onko kylkiäisestä ilmoittaminen taikka sen tarjoaminen tai myöntäminen perusteiltaan sopimatonta, koska se on huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastaista.[86] Tästä syystä kansallinen tuomioistuin epäilee, voiko yleinen kylkiäisiä koskeva kielto olla nykymuodossaan yhteensopiva direktiivin 2005/29 kanssa.

Välipäätelmä

111. Kansallisen tuomioistuimen lausumat vahvistavat siten käsitykseni siitä, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohtaan

84 – Ks. Itävallan hallituksen kirjelmän 47 kohta, s. 19.
85 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 95 kohta.
86 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön s. 10.

sisältyvä yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto ei ole direktiivin säännösten mukainen myöskään 5 artiklan 2 kohdan a alakohdassa asetetun vaatimuksen osalta. Näin ollen ei voida katsoa, että riidanalainen säännös olisi 5 artiklan 2 kohdan a alakohdassa säädettyjen oikeudellisten edellytysten mukainen. Ei ole myöskään osoitettu, että sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa Itävallan lainsäädännössä olisi jokin toinen vaatimus, joka suurin piirtein vastaisi 5 artiklan 2 kohdan a alakohdan oikeudellisia vaatimuksia.

112. Kun otetaan huomioon, että jo tämä riittää, jotta voidaan todeta riidanalaisen säännöksen olevan direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdan kanssa yhteensopimaton, en pidä välttämättömänä jatkaa tutkimusta tämän direktiivin säännöksen perusteella.

c) Päätelmä

113. UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan kaltainen kansallinen säännös, siten kuin sitä tulkitaan, jossa säädetään yhdistettyjä tarjouksia koskevasta lähtökohtaisesta kiellosta, ilman että säädettäisiin mahdollisuudesta ottaa riittävällä tavalla huomioon kuhunkin konkreettiseen yksittäistapaukseen liittyvät olosuhteet, on siten luonteeltaan rajoittavampi ja ankarampi kuin direktiivin 2005/29 säännökset.

114. Tässä yhteydessä on todettava, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdalla säännellään alaa, joka on yhdenmukaistettu täydellisesti ja jota eivät koske direktiivin 3 artiklan 5 kohdan siirtymäsäännökset. Yksikään oikeudenkäynnin osapuolista ei ole myöskään esittänyt, että riidanalainen kansallinen säännös olisi luokiteltava johonkin direktiivin johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa mainituista aloista.[87] Direktiivin 3 artiklan 9 kohdan poikkeussäännös ei ole myöskään sovellettavissa.

115. UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdassa säädetty yhdistettyjä tarjouksia koskeva lähtökohtainen kielto, sellaisena kuin sitä tulkitaan rajoittavasti edellä kuvatulla tavalla, merkitsee siten sitä, että laajennetaan direktiivin liitteeseen I sisältyvää kiellettyjen kaupallisten menettelyjen tyhjentävää luetteloa, mikä on nimenomaan kielletty jäsenvaltioilta, kun otetaan huomioon direktiivillä 2005/29 toteutettu täydellinen ja mahdollisimman

87 – Kuten edellä alaviitteessä 21 mainittu Schuhmacher, W., s. 131, perustellusti huomauttaa, direktiivin johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa luetellaan tiettyjä täydellisen yhdenmukaistamisen rajoituksia. Myöskään nyt käsiteltävässä ennakkoratkaisuasiassa yksikään osapuolista ei ole nimenomaisesti esittänyt, että nämä rajoitukset olisivat sovellettavissa pääasian tapaukseen. Näin ei näyttäisi olevan myöskään objektiivisen arvioinnin perusteella.

pitkälle viety yhdenmukaistaminen.[88] Se, että jäsenvaltiot laajentavat yksipuolisesti tätä luetteloa, on kiellettyä, kun otetaan huomioon, että sitä voidaan 5 artiklan 5 kohdan mukaan muuttaa vain muuttamalla itse direktiiviä eli EY 251 artiklan mukaisessa yhteispäätösmenettelyssä.

116. Edellä esitetyn perusteella teen sen päätelmän, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohtaan sisältyvän kaltainen kansallinen säännös ei vastaa direktiivin 2005/29 säännöksiä, vaikka sitä sovellettaisiin suppeasti.

Myynninedistämisestä sisämarkkinoilla annettavaa asetusta koskeneen komission ehdotuksen peruuttaminen

117. Itävallan hallitus nojautuu perusteluissaan osittain myynninedistämisestä sisämarkkinoilla annettavaa asetusta koskeneen, lopulta peruutetun komission ehdotuksen yksittäisiin säännöksiin.[89] Siihen sisältyi muun muassa säännöksiä, jotka koskivat ilmaislahjojen, kylkiäisten tai kilpailuihin ja peleihin osallistumista koskevan mahdollisuuden tarjoamista. Itävallan hallitus uskoo, että tämän ehdotuksen peruuttamisesta voidaan päätellä, että ala, jonka myynninedistämisestä annettavaa asetusta koskenut ehdotus olisi kattanut, on edelleen sääntelemätön eikä kuulu esimerkiksi direktiivin 2005/29 soveltamisalaan.

118. Olen jo ottanut perusteellisesti kantaa niihin seurauksiin, joita tämän komission ehdotuksen peruuttamisella on yhdistettyjä tarjouksia koskevan oikeudellisen käsittelyn kannalta, yhdistetyissä asioissa VTB-VAB ja Galatea[90] ja asiassa Plus[91] antamissani ratkaisuehdotuksissa. Syynä olivat Belgian ja Saksan hallitusten kyseisissä asioissa esittämät olennaisilta osin samansisältöiset perustelut. Selitin ratkaisuehdotuksissani, miksi mielestäni komission ehdotuksesta myynninedistämisestä sisämarkkinoilla annettavaksi asetukseksi tai lainsäädäntömenettelyn yhteydessä esitetyistä muutosehdotuksista ei voida tehdä päätelmiä direktiivin 2005/29 tulkintaa varten.

88 – Edellä alaviitteessä 57 mainittu Abbamonte, G., s. 21, esittää, että jäsenvaltiot eivät saisi itse laajentaa direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa kiellettyjen kaupallisten menettelyjen tyhjentävää luetteloa. Mikäli ne saisivat menetellä näin, tästä seuraisi direktiivin tarkoituksena olevan mahdollisimman pitkälle menevän yhdenmukaistamisen kiertäminen, millä vesitettäisiin oikeusvarmuuden tavoite. Edellä alaviitteessä 14 mainittu Keirsbilck, B., s. 522, kuvaa liitteessä I olevaa kiellettyjen kaupallisten menettelyjen luetteloa tyhjentäväksi.

89 – Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi myynninedistämisestä sisämarkkinoilla, 15.1.2002, KOM(2001) 546 lopullinen.

90 – Mainittu edellä alaviitteessä 12, ratkaisuehdotuksen 90–94 kohta.

91 – Mainittu edellä alaviitteessä 20, ratkaisuehdotuksen 106–111 kohta.

119. Edellä mainittu ehdotus koskee näet yhteisön oikeussääntöä, joka ei kuitenkaan ole lopulta koskaan tullut voimaan eikä siitä ole siten milloinkaan tullut yhteisön oikeusjärjestyksen osaa. Sitä ei siis voida ilman muuta ottaa tulkinnan lähteeksi. Tämä pätee erityisesti silloin, kun komissio vetää ehdotuksensa omasta aloitteestaan takaisin, kuten se teki edellä mainitun asetusehdotuksen kohdalla. On muistettava, että komissiolla on aloiteoikeus ja siten mahdollisuus vetää ehdotuksensa takaisin. Tästä huolimatta on otettava huomioon, että neuvosto ja parlamentti voivat tehdä näihin ehdotuksiin lainsäädäntömenettelyn yhteydessä lukuisia muutoksia, joten niihin voidaan vedota tulkinnan apuna vain rajallisesti. [92] Tällaisen asetuksen lopullista sanamuotoa voidaan siten ainoastaan arvailla. Tällainen ehdotus ei siten voi synnyttää perusteltua luottamusta.

120. Jäsenvaltio ei voi vedota menestyksellisesti perusteltuun luottamukseen varsinkaan silloin, kun se on ollut merkittävästi osallisena molemmissa lainsäädäntömenettelyissä. Asetukseen ja direktiiviin 2005/29 liittyneet lainsäädäntömenettelyt käytiin osittain samanaikaisesti. Yhden neuvostossa edustetun jäsenvaltion perustuslain mukaisena edustajana Itävallan hallitus osallistui merkittävällä tavalla molempiin lainsäädäntömenettelyihin, ja se sai siten aina tiedon niiden etenemisestä. Se ei siten voi vedota oikeudellisesti tehokkaalla tavalla siihen, että se on ollut tietämätön näiden kahden lainsäädäntömenettelyn vaiheista.

121. Yhteisöjen tuomioistuin on korostanut neuvostossa edustettuina olleiden jäsenvaltioiden hallitusten erityistä vastuuta direktiivien täytäntöönpanossa. Se on esimerkiksi päätellyt siitä, että nämä ovat osallistuneet direktiivien valmistelutyöhön, että niiden on kyettävä valmistelemaan tarvittavat säädökset direktiivien täytäntöönpanemiseksi määräajassa. [93]

122. Viimeistään siihen mennessä, kun komission ehdotus peruutettiin, [94] Itävallan hallituksen olisi pitänyt tarvittaessa tutkia, miltä

92 – Ks. vielä vireillä olevassa asiassa C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, 29.10.2009 antamani ratkaisuehdotus, 83 kohta. Vastaavasti Riesenhuber, K., "Die Auslegung", teoksessa *Europäische Methodenlehre*, Berliini, 2006, s. 257, 31 kohta. Kirjoittaja selventää, että historiallisella tulkinnalla, jossa on kyse taustatiedoista ja lainsäädännön esitöistä, on keskeinen merkitys eurooppalaisessa yksityisoikeudessa. Jos tulkinnassa noudatetaan tavoitetta, jonka mukaan lainsäätäjän tahto on selvitettävä, on aluksi määritettävä, kenen tahto on merkityksellinen. Demokraattisesti hyväksyttyjä lainsäätäjiä ovat vain lainsäädäntöelimet, jotka hyväksyvät konkreettisesti säädöksen. Eri elimiä on sen sijaan vain kuultava, ja myös komissiolla on vain aloiteoikeus ja mahdollisuus peruuttaa ehdotuksia; sen ehdotuksia voidaan muuttaa lainsäädäntömenettelyssä miten hyvänsä. Mikäli komission ehdotuksia tai toiveita ei oteta huomioon, niistä voitaisiin mahdollisesti (mutta ei välttämättä) johtaa vastakohtaispäätelmiä.

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

94 – Komission päätös peruuttaa asetusehdotuksensa julkaistiin EUVL:ssä 2006, C 64, s. 3. Komissio oli tosin ilmoittanut tästä päätöksestään jo tiedonannossaan "Vireillä olevien lakiehdotusten seulonnan tulokset", KOM(2005) 462 lopullinen, 27.9.2005, s. 10.

osin direktiivin 2005/29 asiallinen soveltamisala ulottuisi myös suunnitellun asetuksen siihen mennessä kattamille aloille. Tällaisen menettelyn välttämättömyys oli ilmeinen erityisesti sen vuoksi, että direktiivillä oli sen alkuperäisen rakenteen perusteella tarkoitus ottaa käyttöön ensinnäkin yleisluonteisia, toissijaisesti sovellettavia säännöksiä yhteisön kuluttajansuojalainsäädännön alalla ja toiseksi saavuttaa sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevien jäsenvaltion sääntöjen täydellinen yhdenmukaistaminen. [95] Sillä perusteella, että peruuttaminen tapahtui ajankohtana, jolloin määräaika direktiivin täytäntöönpanolle ei ollut vielä umpeutunut, oli Itävallan lainsäätäjän tehtävänä ottaa huomioon nämä tiedot kansallisen lainsäädännön mukauttamisen yhteydessä.

123. Lopuksi on huomautettava, että yhteisöjen tuomioistuin ei käsitellyt yhdistetyissä asioissa VTB-VAB ja Galatea antamassaan tuomiossa olennaisesti samanlaisia Belgian hallituksen perusteluja, millä se ilmaisi implisiittisesti, ettei se hyväksy tätä perustelujen linjaa. Tämä vahvistettiin lopulta asiassa Plus annetussa tuomiossa. [96]

124. Tämä väite on siten hylättävä.

5. Loppupäätelmät

125. Yhteenvetona on todettava, että sitä vastaan, että riidanalainen kansallinen säännös olisi yhteensopiva direktiivin 2005/29 säännösten kanssa, puhuu ensinnäkin se, että ensin mainittu, joka on lähtökohtainen kielto, on rakenteeltaan sellainen, että se ei mahdollista konkreettisen kaupallisen menettelyn sopivuuden arviointia yksittäistapauksessa samassa määrin kuin direktiivi. [97]

126. Lisäksi on todettava, että riidanalaista kansallista säännöstä – vaikka sitä tulkittaisiinkin rajoittavasti, kuten Itävallan oikeuskäytännössä menetellään – ei voida pitää direktiivin 5 artiklan 2, 4 ja 5 kohdan sääntöjenmukaisena täytäntöönpanona. Tämä johtuu siitä, että kansallisessa lainsäädännössä säädetyt edellytykset joko eivät vastaa edellytyksiä, jotka direktiivissä asetetaan kaupallisen menettelyn luokittelemiselle sopimattomaksi, tai niitä ei voida tulkita direktiivin mukaisesti.

95 – Näin myös edellä alaviitteessä 18 mainittu Stuyck, J., s. 161, joka olettaa, että joillekin jäsenvaltioille ei ollut ilmeisesti selvää, että peruutetun asetusehdotuksen säännökset, jotka koskivat elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välistä suhdetta, otettiin kuitenkin lopulta direktiiviin 2005/29 (kun otetaan huomioon sen täydellistä yhdenmukaistamista koskeva tavoite).

96 – Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Plus, tuomion 33 kohta.

97 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 76–79 kohta.

127. Koska UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan kaltainen yhdistettyjä tarjouksia koskeva kielto on ristiriidassa direktiivin 2005/29 kanssa, ei ole tarpeen käsitellä mahdollista perusvapauksien loukkaamista. [98]

128. Tällä perusteella ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava, että kansallinen säännös, jonka mukaan vastikkeettomista kylkiäisistä ilmoittaminen ja niiden tarjoaminen tai myöntäminen säännöllisesti ilmestyvien painotuotteiden yhteydessä sekä vastikkeettomista kylkiäisistä ilmoittaminen muiden tavaroiden tai palvelujen yhteydessä on tyhjentävästi mainittuja poikkeuksia lukuun ottamatta kiellettyä ilman, että yksittäistapauksessa olisi arvioitava näiden kaupallisten menettelyjen harhaanjohtavuutta, aggressiivisuutta tai muuta sopimattomuutta, on ristiriidassa direktiivin 2005/29 säännösten kanssa myös silloin, kun kyseisellä säännöksellä ei pyritä pelkästään suojelemaan kuluttajaa vaan sillä on myös muita tavoitteita, jotka eivät kuulu direktiivin asialliseen soveltamisalaan, kuten lehdistön monimuotoisuuden säilyttäminen tai heikompien kilpailijoiden suojeleminen.

129. Lopuksi on tässä yhteydessä muistutettava siitä, että – toisin kuin kansallinen tuomioistuin näyttää olettavan [99] – yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön [100] mukaan yhteisön oikeudessa ei edellytetä, että kansalliset tuomioistuimet jättävät yksityisten välisessä riita-asiassa soveltamatta sellaista kansallista lainsäädäntöä, joka ei ole direktiivin kanssa yhteensopiva.

C *Toinen ennakkoratkaisukysymys*

130. Toinen ennakkoratkaisukysymys kohdistuu järkevän tulkinnan mukaan lähinnä siihen, että unionin tuomioistuin toteaisi, voidaanko tiettyä kaupallista menettelyä pitää olosuhteissa, joita kansallinen tuomioistuin selvästi pitää annettuina, direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla ”sopimattomana”. Kansallinen tuomioistuin pitää lausumissaan konkreettisena lähtökohtana sitä, että ”sanomalehden hankkimiseen sidoksissa oleva mahdollisuus osallistua kilpailuun muodostaa ainakin osalle kohdeyleisöä ratkaisevan, vaikkakaan ei ainoan, perusteen sanomalehden hankkimiselle”. Tällä ominaisuudella on ensisijainen

98 – Ks. edellä alaviitteessä 4 mainitut yhdistetyt asiat VTB-VAB ja Galatea, tuomion 67 kohta.

99 – Ks. ennakkoratkaisupyynnön 2.2 kohta, s. 13. Siinä kansallinen tuomioistuin pitää antamiensa tietojen mukaan lähtökohtana sitä, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdalla ei ole kohdetta, jos unionin tuomioistuin vastaa ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen myöntävästi.

100 – Ks. direktiivien horisontaalisesta välittömästä vaikutuksesta edellä alaviitteessä 64 mainitut asiat Marleasing, tuomion 6 kohta ja asia Faccini Dori, tuomion 24 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja asia C-443/93, Unilever Italia, tuomio 26.9.2000 (Kok., s. I-7535, 50 kohta). Ks. yhteisön oikeuteen perustuvan valtion vastuun mahdollisuudesta, jos kansallisia säännöksiä ei voida tulkinta direktiivin kanssa yhdenmukaisella tavalla, yhdistetyt asiat C-178/94, C-179/94 ja C-188/94–C-190/94, Dillenkofer ym., tuomio 8.10.1996 (Kok., s. I-4845); asia C-111/97, EvoBus Austria, tuomio 24.9.1998 (Kok., s. I-5411, 27 ja 28 kohta) ja asia C-81/98, Alcatel Austria, tuomio 28.10.1999 (Kok., s. I-7671, 49 ja 50 kohta).

merkitys tutkittaessa sitä, vääristyykö keskivertokuluttajan taloudellinen käyttäytyminen olennaisesti direktiivin 5 artiklan 2 kohdan b alakohdassa tarkoitetulla tavalla tietyssä konkreettisessa tapauksessa.

131. Direktiivin 5 artiklan 2 kohdan b alakohdassa selvennetään, että merkityksellistä on ensisijaisesti se, että tietty kaupallinen menettely vääristää sellaisen keskivertokuluttajan käyttäytymistä, jonka se saavuttaa tai jolle se on kohdistettu. Tässä direktiivin säännöksessä ei kuitenkaan vain omaksuta yhteisöjen tuomioistuimen kehittämää tutkimusmenetelmää vaan kehitetään sitä mukauttamalla se tilanteisiin, joissa vaikutus kohdistuu tiettyjen ryhmien etuihin. [101] Siten siltä osin kuin tietty kaupallinen menettely kohdistuu tiettyyn kuluttajaryhmään on merkityksellistä, vääristääkö tämä kaupallinen menettely olennaisesti tähän ryhmään kuuluvan keskivertohenkilön taloudellista käyttäytymistä tai onko se omiaan vääristämään sitä olennaisesti. Tämän tutkimuksen yhteydessä on otettava huomioon tämän keskivertokuluttajan näkökulma, ja siinä yhteydessä on tarkasteltava muun muassa hänen odotuksiaan ja odotettavissa olevia reaktioitaan. [102]

132. Koska pääasian oikeudenkäynnin vastapuolen sanomalehdessään julkaisema kehotus osallistua kilpailuun on selvästi ilmestynyt yleisessä sanomalehdessä eikä esimerkiksi urheilulehdessä, kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on tutkia, miltä osin tämä tarjous kohdistuu mahdollisesti tiettyyn lukijaryhmään, ja siksi on sovellettava tätä jälkimmäistä arviointiperustetta.

133. Tästä riippumatta on muistutettava siitä, että jotta voitaisiin päätellä kaupallisen menettelyn olevan 5 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla sopimaton, sekä a että b alakohdassa tarkoitettujen edellytysten on täytyttävä. [103] Siten pääasian kohteena olevassa tapauksessa olisi todettava myös, että huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksia ei ole noudatettu. Käsite ”huolellinen ammatinharjoittaminen” on määritelty direktiivin 2 artiklan h kohdassa siten, että sillä tarkoitetaan ”sellaista erikoistaidon ja huolellisuuden tasoa, jota elinkeinonharjoittajan voidaan kohtuudella odottaa osoittavan kuluttajia kohtaan ja joka vastaa rehellistä markkinatapaa ja/tai vilpittömässä mielessä toimimisen yleistä periaatetta elinkeinonharjoittajan toimialalla”. Kansallisen tuomioistuimen on tutkittava erikseen, onko pääasian kohteena olevassa asiassa jätetty noudattamatta näitä vaatimuksia.

134. Näin ollen toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava, että sanomalehden hankkimiseen sidoksissa oleva mahdollisuus osallistua kilpailuun ei ole direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu sopimaton kaupallinen menettely pelkästään sen vuoksi, että tämä osallistumismahdollisuus muodostaa ainakin osalle kohdeyleisöä ratkaisevan, vaikkakaan ei ainoan, perusteen sanomalehden hankkimiselle.

101 – Vastaavasti myös edellä alaviitteessä 57 mainittu Abbamonte, G., s. 25, joka puhuu kehittämisestä tämän tutkimusmenetelmän mukauttamisen kautta, jos vaikutus kohdistuu tiettyjen erityisryhmien etuihin.

102 – Edellä alaviitteessä 57 mainittu Abbamonte, G., s. 25, antaa esimerkkejä tämän säännöksen soveltamisesta. Kun tiettyä kaupallista menettelyä sovelletaan tiettyyn kuluttajaryhmään, esimerkiksi lapsiin tai avaruusaluksia suunnitteleviin insinööreihin, on otettava huomioon tämän ryhmän keskimääräisen jäsenen näkökulma. Kun kyseessä on lelumainonta lapsille suunnatun lähetyksen yhteydessä, otetaan kirjoittajan mukaan huomioon kohderyhmän keskimääräisen lapsen odotukset ja odotettavissa olevat reaktiot ja jätetään huomiotta sellaiset odotukset ja reaktiot, jotka ovat ominaisia poikkeuksellisen kypsymättömälle lapselle.

103 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 93 kohta.

VII Ratkaisuehdotus

135. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Oberster Gerichtshofin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) 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) säännöksiä on tulkittava siten, että UWG:n 9 a §:n 1 momentin 1 kohdan kaltainen kansallinen säännös, jonka mukaan vastikkeettomista kylkiäisistä ilmoittaminen ja niiden tarjoaminen tai myöntäminen säännöllisesti ilmestyvien painotuotteiden yhteydessä sekä vastikkeettomista kylkiäisistä ilmoittaminen muiden tavaroiden tai palvelujen yhteydessä on tyhjentävästi mainittuja poikkeuksia lukuun ottamatta kiellettyä ilman, että yksittäistapauksessa olisi arvioitava näiden kaupallisten menettelyjen harhaanjohtavuutta, aggressiivisuutta tai muuta sopimattomuutta, on ristiriidassa direktiivin säännösten kanssa myös silloin, kun kyseisellä säännöksellä ei pyritä pelkästään suojelemaan kuluttajaa vaan sillä on myös muita tavoitteita, jotka eivät kuulu direktiivin asialliseen soveltamisalaan, kuten lehdistön monimuotoisuuden säilyttäminen tai heikompien kilpailijoiden suojeleminen.

2) Sanomalehden hankkimiseen sidoksissa oleva mahdollisuus osallistua kilpailuun ei ole direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu sopimaton kaupallinen menettely pelkästään sen vuoksi, että tämä osallistumismahdollisuus muodostaa ainakin osalle kohdeyleisöä ratkaisevan, vaikkakaan ei ainoan, perusteen sanomalehden hankkimiselle.