JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PHILIPPE LÉGER
28 päivänä maaliskuuta 1995 *

1. On tunnettua, että 24.11.1993 asiassa Keck ja Mithouard [1] annetun tuomion jälkeen kansallisia, erotuksetta sovellettavia säännöksiä, "... joilla rajoitetaan tiettyjä myyntijärjestelyjä tai kielletään tällaiset järjestelyt", ei pidetä asiassa Dassonville annettua tuomiota [2] koskevan oikeuskäytännön mukaisina määrällisiä rajoituksia vaikutuksiltaan vastaavina toimenpiteinä, "... jos niitä sovelletaan kaikkiin kansallisella alueella toimiviin säännösten vaikutuspiiriin kuuluviin taloudellisiin toimijoihin ja jos säännöksillä on oikeudellisesti ja tosiasiallisesti sama vaikutus sekä kotimaisten tuotteiden että toisista jäsenvaltioista peräisin olevien tuotteiden markkinointiin". [3] EY:n perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamisalaan kuuluvat sitä vastoin sellaiset säännökset, joissa asetetaan tuotteiden markkinoinnille tiettyjä ehtoja (jotka koskevat tuotteiden nimiä, muotoa, kokoa, painoa, koostumusta, esillepanoa, etiketöintiä tai pakkaamistapaa). [4]

2. Mitä tarkoitetaan käsitteellä "myyntijärjestelyt"?

3. Kuuluvatko käsitteen sisältöön mainontaa koskevat säännökset? Koskevatko säännökset, joissa säädellään markkinoitavan tuotteen pakkauksessa olevaa mainontaa, tuotteiden ominaispiirteitä edellä mainitussa asiassa Keck ja Mithouard annetun tuomion 15 kohdan mukaisesti vai myyntijärjestelyjä saman tuomion 16 kohdan mukaisesti?

4. Ratkaisuehdotuksessaan asiassa Hünermund ym., [5] jossa annettiin tuomio 15.12.1993, julkisasiamies Tesauro ennusti, että tämän erottelun soveltaminen mainontaan aiheuttaisi tulkintaongelmia, jotka voidaan ratkaista ainoastaan tapaus tapaukselta. [6]

5. Landgericht Kölnin esittämä ennakkoratkaisukysymys on tästä osoituksena.

6. Mars-yhtiö markkinoi Saksassa Ranskasta tuomiaan Mars-, Snickers-, Bounty- ja Milky Way -merkkisiä jäätelöpuikkoja, joita valmistetaan laillisesti Ranskassa ja pakataan siellä

* Alkuperäinen kieli: ranska.

1 — C-267/91 ja C-268/91, Kok. 1991, s. I-6097.

2 — Asia 8/74, tuomio 11.7.1974, Kok. 1974, s. 837.

3 — Ks. 16 kohta.

4 — Ks. 15 kohta.

5 — Asia C-292/92, Kok. 1993, s. I-6787.

6 — Ks. ratkaisuehdotuksen 22 ja 24 kohta. Ks. myös Stuyck, J.: note sous l'arrêt Keck et Mithouard, *Cahiers de droit européen*, 1994, nro 3—4, s. 431, 451.

yhdenmukaisiin pakkauksiin jaeltavaksi kaikkialle Eurooppaan.

7. Pakkauksessa on maininta "+ 10 %".

8. Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe — vilpillistä kilpailua vastaan toimiva yhdistys — on nostanut Mars-yhtiötä vastaan kieltokanteen, joka perustuu Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerbin (kansallinen vilpillistä kilpailua koskeva laki, jäljempänä UWG) 3 artiklaan, jossa säädetään seuraavaa:

"Sitä, joka antaa liiketoiminnassaan kilpailutarkoituksessa harhaanjohtavia tietoja kaupallisista seikoista, erityisesti tiettyjen tuotteiden ... tai koko tuotevalikoimansa laadusta, alkuperästä, valmistustavasta tai hinnanmuodostuksesta, hinnoittelusta, tiettyjen tuotteiden toimitustavasta tai toimituspaikasta ... kaupan syystä tai tarkoituksesta tai varastojen suuruudesta, voidaan kieltää antamasta tällaisia tietoja."

9. Yhdistys on perustellut kannettaan kahdella tavalla:

1) tällainen tuotteen pakkaus on harhaanjohtava, koska kuluttaja olettaa myytävän tuotteen hinnan pysyneen samana ja

2) maininta "+ 10 %" antaa sen vaikutelman, että tuotteen koko on kasvanut määrällä, joka vastaa uuden pakkauksen värjättyä osaa. Maininnan "+ 10 %" sisältävä värjätty ala on kuitenkin paljon suurempi kuin varsinaisen tuotteen koon kasvu.

10. Landgericht Köln on pyytänyt yhteisöjen tuomioistuimelta ratkaisua siitä ennakkoratkaisukysymyksestä, onko tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevien periaatteiden mukaista, että Ice Cream Snacks -tuotetta, joka on laillisesti valmistettu yhdessä jäsenvaltiossa ja joka on pakattu kansalliselle tuomioistuimelle jätetyssä kannekirjelmässä esitetyllä tavalla, ei saa markkinoida toisessa jäsenvaltiossa edellä mainitusta kahdesta kantajan esittämästä syystä.

11. Käsittelen jäljempänä kysymystä kahdessa osassa. Ensiksi tutkin kysymyksiä, onko jäsenvaltioiden välisen kaupan esteenä pidettävä sellaisten jäätelöpuikkojen markkinointikieltoa, joiden pakkauksessa on

mainostarkoituksessa painettu merkintä "+ 10 % jäätelöä", ja voidaanko tällaiseen kieltoon soveltaa perustamissopimuksen 30 artiklaa. Jos näihin kysymyksiin vastataan myönteisesti, käsittelen lisäksi kysymystä, onko kielto perusteltu niistä syistä, jotka pääasian kantaja on esittänyt.

15. Kun säännösten perusteella vaaditaan muuttamaan tuotteen pakkausta tai sen sisältöä, jotta tuotetta voitaisiin myydä siinä valtiossa, johon tuote on maahantuotu, säännökset estävät jäsenvaltioiden välistä kauppaa, koska säännösten vuoksi tuotteen maahantuonti on kalliimpaa tai vaikeutuu ja koska säännökset suosivat tämän valtion kansallisia tuottajia tai antavat niille kilpailuedun.

I — Perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamisalasta

12. UWG:n 3 artiklaa sovelletaan samalla tavalla sekä kansallisiin että maahantuotuihin tuotteisiin. Tämän artiklan perusteella voidaan Saksassa kieltää sellaisten jäätelöpuikkojen markkinointi, jotka sisältävät edellä kuvailemani mainostarkoituksessa tehdyt maininnat.

16. Toisen vaihtoehdon mukaan kansallisilla säännöksillä ei ole mitään yhteyttä maahantuontiin, vaan niillä säännellään yleisesti kaupallista toimintaa. Säännökset vaikuttavat maahantuontiin vain välillisesti, koska säännösten vuoksi tuotteiden myynti voi vähetä, mutta säännökset eivät vaikuta eri tavalla muista jäsenvaltioista tuotujen tuotteiden ja kansallisten tuotteiden markkinointiin. Säännökset eivät estä tuotteiden pääsyä markkinoille. Säännökset eivät vaikuta haitallisemmin maahantuotuihin tuotteisiin kuin kansallisiin tuotteisiin. Esimerkkinä tällaisista säännöksistä viittaan säännöksiin kauppojen sunnuntaiaukiolosta. [7]

13. Koskeeko tämä kielto edellä mainitun tuomion Keck ja Mithouard 15 kohdassa tarkoitettuja *tuotteiden ominaispiirteitä* vai saman tuomion 16 kohdassa tarkoitettuja *myyntijärjestelyjä*?

17. Mainontaa koskevat säännökset sijoittuvat näiden kahden vaihtoehdon välimaastoon. Kun tietyt säännökset liittyvät vain epäsuorasti vapaaseen liikkuvuuteen eikä niihin sovelleta perustamissopimuksen 30 artiklaa, toiset säännökset sitä vastoin koskevat välittömästi tuotteen pakkausta, ja niihin sovelletaan tätä artiklaa.

14. Ensimmäisellä vaihtoehdolla tarkoitetaan säännöksiä, joissa säädetään yhdenmukaistettujen säädösten puuttuessa tietystä tavasta asettaa esille tietty tuote tai tietyn tuotteen kokoonpanosta tai ominaisuuksista tavalla, joka poikkeaa sen jäsenvaltion säännöksistä, joka on tuotteen alkuperämaa.

7 — Ks. yhdistetyt asiat C-69/93 ja C-258/93, Punto Casa ja PPV, tuomio 2.6.1994, Kok. 1994, s. I-2355.

18. Itse asiassa:

19. Tietyissä säännöksissä säännellään yleisesti kaupallista toimintaa, eikä niillä ole yhteyttä tavaroiden maahantuontiin. *Niissä ei estetä tietyn tuotteen markkinointia kaikkialla yhteisön alueella — tavaran alkuperämaan lainsäädännön mukaisissa — yhdenmukaisissa pakkauksissa ja sisällöltään yhdenmukaisena.* Säännökset eivät vaikuta sisämarkkinoiden toimintaan. Ne ovat osoituksena tehtävästä poliittisesta ratkaisusta: miten mainontaa on rajoitettava?

20. Edellä mainitun tuomion Keck ja Mithouard jälkeen yhteisöjen tuomioistuin on todennut edellä mainitussa asiassa Hünermund ym. annetussa tuomiossa, että perustamissopimuksen 30 artikla ei sovellu eettisiin sääntöihin, jotka farmaseuttien ammattijärjestö oli antanut ja joissa kiellettiin mainostamasta lääketuotteita apteekin tilojen ulkopuolella. Tällaista säännöstä on pidettävä asiassa Keck ja Mithouard annetun tuomion 16 kohdassa tarkoitettuna myyntijärjestelynä, koska "... näiden säännösten soveltaminen sellaisten tuotteiden myyntiin, jotka on maahantuotu toisesta jäsenvaltiosta ja jotka ovat tämän toisen jäsenvaltion säännösten mukaisia, ei estä näiden tuotteiden markkinoille pääsyä tai haittaa markkinoille pääsyä enempää, kuin ne estävät tai haittaavat kansallisten tuotteiden markkinoille pääsyä". [8]

8 — Ks. 21 kohta.

21. Käyttäen samoja perusteluita [9] yhteisöjen tuomioistuin on katsonut 9.2.1995 antamassaan tuomiossaan asiassa Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec [10], että ranskalainen asetus, jossa kielletään jakelualan televisiomainonta, "... koskee myyntijärjestelyjä, koska siinä kielletään myynninedistämisen keino (televisiomainonta) tietyltä tuotteiden markkinointimenetelmältä (jakelu)". [11]

22. Toiset mainontaa koskevat säännökset vaikuttavat puolestaan enemmän maahantuotujen tuotteiden myyntiin kuin kansallisten tuotteiden myyntiin, ja ne estävät jäsenvaltioiden välistä kauppaa.

23. Tällaisia säännöksiä ovat ne säännökset, joilla kielletään tuotteen pakkaukseen sisältyvät mainokset. [12] Yhtäältä maahantuojan on muutettava tuotteen esillepano- ja pakkaamistapaa sekä tuotteeseen sisältyviä mainoksia, jotta tuote vastaisi sen jäsenvaltion lainsäädäntöä, johon tuote on maahantuotu, mistä aiheutuu maahantuojalle lisäkustannuksia, joita ei aiheudu vastaavasti tämän jäsenvaltion kansallisille valmistajille. Toisaalta maahantuojan on järjestettävä erillisiä jakelukanavia ja varmistettava, että kielletyn mainoksen sisältäviä tuotteita ei myydä sen jäsenvaltion alueella, jolla kieltoa sovelletaan. [13]

9 — Ks. 21 kohta.

10 — Asia C-412/93, Kok. 1995, s. I-179.

11 — Ks. tuomion 22 kohta.

12 — Ks. yhdistetyissä asioissa C-401/92 ja C-402/92, Tankstation 't Heukske ja Boermans, tuomio 2.6.1994, Kok. 1994, s. I-2199, annetun julkisasiamies Van Gervenin ratkaisuehdotuksen 20 kohta.

13 — Ks. vastaavasti asia C-238/89, Pall, tuomio 13.12.1990, Kok. 1990, s. I-4827, 13 kohta.

24. Jo edellä mainittua, asiassa Keck ja Mithouard annettua tuomiota edeltävässä oikeuskäytännössä oli muotoutunut periaate, jonka mukaan velvollisuus esittää tuotteessa tiettyjä tietoja on omiaan lisäämään tuotteen markkinoinnista tietyissä jäsenvaltioissa aiheutuvia kustannuksia, koska tämän velvollisuuden vuoksi valmistajan tai maahantuojan on mahdollisesti muutettava tuotteen myyntipakkausta, ja tällainen velvollisuus estää näin jäsenvaltioiden välistä kauppaa. [14]

25. Tuomiossa asiassa Pall [15] yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että jäsenvaltiossa sovellettava kielto käyttää R-merkkiä tuotteen nimen yhteydessä osoituksena rekisteröidystä tavaramerkistä on kaupan este, koska "tämän vuoksi yhdessä jäsenvaltiossa rekisteröidyn tavaramerkin haltijan on muutettava tuotteidensa myyntipakkausta kulloisenkin markkinointipaikan mukaisesti ja järjestettävä erillisiä jakelukanavia, jotta se voisi varmistaa, että R-merkin sisältäviä tuotteita ei myydä sen jäsenvaltion alueella, jolla kieltoa sovelletaan". [16]

26. Äskettäin, 2.2.1994 antamassaan tuomiossa asiassa Verband Sozialer Wettbewerb (ns. tuomio asiassa Clinique) [17] yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että tuotteen nimike on edellä mainitun, asiassa Keck ja Mithouard annetun tuomion 15 kohdassa tarkoitettu tuotteen ominaispiirre. Kielto käyttää sellaista nimikettä, joka on sallittu tuotteen alkuperävaltiossa, siinä jäsenvaltiossa, johon tuote on maahantuotu, on jäsenvaltioiden välisen kaupan este. Itse asiassa,

"koska tämän kiellon vuoksi kyseessä olevan yrityksen on käytettävä yhdessä ainoassa jäsenvaltiossa tuotteensa markkinoinnissa eri nimikettä kuin muissa jäsenvaltioissa ja maksettava tästä aiheutuvat ylimääräiset pakkaus- ja *mainoskustannukset*, tämä toimenpide estää vapaata liikkuvuutta". [18]

27. Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että EY:n perustamissopimuksen 30 ja 36 artiklan sekä 27.7.1976 annetun neuvoston direktiivin 76/768/ETY [19] 6 artiklan 2 kohdan mukaan sellaiset kansalliset toimenpiteet ovat kiellettyjä, joissa kielletään kosmeettiseksi valmisteeksi luokitellun ja tällaisena valmisteena myydyn tuotteen maahantuonti ja markkinointi sillä perusteella, että tuotteesta käytetään nimitystä "Clinique".

28. Edellä mainitut asiat Pall ja Clinique koskivat — käsiteltävänä olevan asian tavoin UWG: n säännöksiin perustuvia — tuotteiden myyntikieltoja, *jotka oli annettu tuotteiden myyntipakkauksen vuoksi.* [20] Näin on myös käsiteltävänä olevassa asiassa. Mainin ta "+ 10 % jäätelöä" on sekä informatiivinen että mainostarkoituksessa tehty. Mainin ta sisältyy itse tuotteen myyntipakkaukseen.

14 — Ks. asia 27/80, Fietje, tuomio 16.12.1980, Kok.1980, s. 3839, 10 kohta, ja asia 94/82, De Kikvorsch, tuomio 17.3.1983, Kok. 1983, s. 947, 10 kohta.

15 — Ks. edellä alaviite 13.

16 — Ks. 13 kohta.

17 — Asia C-315/92, Kok. 1994, s. I-317.

18 — Ks. saman tuomion 19 kohta; alleviivaus kirjoittajan.

19 — Kosmeettisia valmisteita koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä 27 päivänä heinäkuuta 1976 annettu direktiivi, EYVL L 262, s. 169.

20 — Ks. komission huomautukset, ranskalaisen käännöksen s. 7.

Tiettyjen pääasian käsittelyn kohteena olevien tuotteiden pakkausmerkinnät on tehty viidellä kielellä. Saksan markkinoita varten ei ole näin tehty erityistä pakkausta. Ainoastaan sen vuoksi, että maininta "+ 10 % jäätelöä" on kielletty saksalaisen säännöksen mukaisesti, tuote olisi pakattava erilaiseen pakkaukseen tämän jäsenvaltion markkinoita varten. [21] Tämän kiellon vuoksi tuote olisi pakattava uudestaan ja Saksan markkinoilla olisi käytettävä erityisiä pakkauksia ja mainoksia. Siten kyse on selvästi kaupan esteestä.

29. Kuten voi havaita, kaikki mainontaa koskevat säännökset eivät kuitenkaan säätele myyntijärjestelyjä. Siksi on ymmärrettävää, miksi edellä mainitussa tuomiossa asiassa Keck ja Mithouard on perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamisalasta suljettu pois ainoastaan *tietyt* myyntijärjestelyt.

30. Korostan, että tuomiossa asiassa Keck ja Mithouard tehty erottelu syrjäyttää lausuman, jota yhteisöjen tuomioistuin on käyttänyt käsiteltäessä useita kansallisia, mainontaa koskevia säännöksiä:

"Ei voida sulkea pois sitä mahdollisuutta, että jos taloudellisen toimijan on joko käytettävä yksittäisissä jäsenvaltiossa kulloinkin erilaisia mainonta- tai myynninedistämistapoja tai lopetettava erityisen tehokkaiksi osoittautuneiden keinojen käyttö, voidaan tätä pitää esteenä maahantuonnille, vaikka tällainen lainsäädäntö soveltuisi erotuksetta kansallisiin ja maahantuotuihin tuotteisiin". [22]

31. Tämän erittäin laajan lausuman perusteella perustamissopimuksen 30 artiklaa on voitu soveltaa sellaisia myyntijärjestelyjä koskeviin säännöksiin, joihin tätä artiklaa ei enää sovelleta asiassa Keck ja Mithouard annetun tuomion 16 kohdan mukaisesti.

II — Perustelut

32. Yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan

"... markkinointia koskevien yhteisten säännösten puuttuessa kansallisten säännösten

21 — Ks. tästä vastaajan huomautukset, I-1 kohta.

22 — Asia 286/81, Oosthoek, tuomio 15.12.1982, Kok. 1982, s. 4575, 15 kohta, myynninedistämistarkoituksessa annettuja lahjoja koskeva kielto. Ks. myös asia 382/87, Buet ja EBS, tuomio 16.5.1989, Kok. 1989, s. 1235, 7 kohta, oppimateriaalin kotimyyntiä koskevasta kiellosta; asia C-362/88, GB-INNO-BM, tuomio 7.3.1990, Kok. 1990, s. I-667, 7 kohta; yhdistetyt asiat C-1/90 ja C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivía, tuomio 25.7.1991, Kok. 1991, s. I-4151, 10 kohta, ja asia C-126/91, Yves Rocher, tuomio 18.5.1993, Kok. 1993, s. I-2361, 10 kohta.

eroavaisuuksista aiheutuvat esteet yhteisön sisäiselle vapaalle liikkuvuudelle on hyväksyttävä, jos kyseessä olevat säännökset soveltuvat erotuksetta kansallisiin tuotteisiin ja maahantuotuihin tuotteisiin ja jos säädökset ovat perusteltuja sen vuoksi, että ne ovat välttämättömiä sellaisten pakottavien vaatimusten kannalta, jotka koskevat muun muassa kuluttajansuojaa tai hyviä kauppatapoja". [23]

33. Nämä pakottavat vaatimukset ovat hyväksyttävissä ainoastaan silloin, kun kyseiset säännökset ovat asianmukaisessa suhteessa tavoiteltuun tavoitteeseen [24] ja jos näitä tavoitteita ei voida saavuttaa sellaisilla toimenpiteillä, jotka rajoittavat vähemmän yhteisön sisäistä kauppaa. [25]

34. Kyseessä oleva kielto voisi olla perusteltu kahdesta syystä.

35. Ensiksi, mainінta "+ 10 % jäätelöä" voisi olla kuluttajaa erehdyttävä, koska kuluttaja voisi oikeutetusti olettaa, että tuotteen hinta on pysynyt samana tuotteen määrän lisäännyttyä, eli kuluttaja voisi olettaa hyötyvänsä hinta/määrä-suhteen paranemisesta, mikä selittäisi Marsin myyninedistämiskeinon.

36. Toiseksi, kuluttajaa voisi johtaa harhaan maininnan "+ 10 % jäätelöä" sisältävän värjätyn alueen koko, jonka osuus pakkauksen koosta on suurempi kuin kymmenen prosenttia.

37. Tutkin näitä kahta perustelua seuraavassa vuorotellen.

— A —

38. Ensiksi, ennakkoratkaisukysymyksen tehnyt tuomioistuin katsoo, että tällaisella mainostarkoituksessa tehdyllä tarjouksella on merkitystä ainoastaan silloin, kun tuotteen hinta *ei ole* samalla noussut. Tällainen tarjous ei olisi kiinnostava, jos tuotteen koon kasvamisen ohella tuotteen hinta olisi vastaavasti noussut: "... die nur geringfügig geändert Rezeptur (ist) bei höherem Preis nichts besonderes...". [26] Tarjous on ymmärrettävä ainoastaan silloin, kun tuotteen koko on kasvanut hinnan pysyessä samana.

23 — Ks. edellisessä alaviitteessä mainitun, asiassa Yves Rocher annetun tuomion 12 kohta. Ks. myös asia 120/78, ns. "Cassis de Dijon", Rewe-Zentral, tuomio 20.2.1979, Kok. 1979, s. 649, 8 perustelukohta, ja edellisessä alaviitteessä mainitun, asiassa GB-INNO-BM annetun tuomion 10 kohta.

24 — Ks. edellä, alaviitteessä 22 mainittu, asiassa Buet ja EBS annetun tuomion 11 kohta.

25 — Ks. edellä, alaviitteessä 23 mainittu tuomio asiassa "Cassis de Dijon". Ks. myös edellä mainitun, asiassa Pall annetun tuomion 12 kohta.

26 — Pääasian tuomioistuimen päätös, s. 4.

39. Asiassa ei ole väitetty, että vastaajana oleva yritys olisi hyötynyt myynninedistämistoimistaan nostamalla tuotteen myyntihintaa. [27] Ei ole mahdollista tietää, miten vähittäiskauppiaat ovat toimineet tässä tapauksessa.

40. Siitä yhteydestä, jonka kuluttaja katsoo vallitsevan edellä mainitun maininnan — joka koskee ainoastaan tuotteen määrää — ja tuotteen hinnan välillä, pääasian tuomioistuin on todennut, että kuluttaja on odottanut tuotteen hinnan pysyvän samana. Tällä perusteella seuraavat vaihtoehdot ovat mahdollisia:

41. Jos myyjä nostaa tuotteen hintaa, kuluttajaa erehdytetään mahdollisesti pääasian tuomioistuimen mukaan UWG:n 3 artiklassa tarkoitetulla tavalla.

42. Jos myyjä ei nosta tuotteen hintaa, tarjous on kuluttajan odotusten mukainen, eikä kyseessä ole harhaanjohtava markkinointi. On kuitenkin mahdollista tutkia, soveltuuko asiassa Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungenin (kansallisen kilpailunrajoituslain, jäljempänä GWB) 15 artikla, jossa kielletään vähittäismyyntihintojen vahvistaminen vähittäismyyjiä sitovalla tavalla. Tällainen hintakilpailun puuttuminen olisi saksalaisen kilpailuoikeuden vastaista.

43. Käsittelen seuraavaksi näitä kahta vaihtoehtoa.

44. *a)* Jos joko valmistaja tai vähittäismyyjä nostaa tuotteen hintaa tuotteen koon kasvaessa, kuluttajaa harhaanjohdetaan tai vaarana on, että kuluttaja erehtyy, ainoastaan silloin, kun riidanalainen, mainostarkoituksessa tehty maininta erehdyttää kuluttajaa tai vaikuttaa kuluttajan käyttäytymiseen. *On todettava, että maininta "+ 10 % jäätelöä" osoittaa ainoastaan tuotteen koon kasvaneen, eikä se anna mitään tietoja tuotteen hinnasta: missään ei ole mainintaa "+ 10 % enemmän tuotetta entiseen hintaan". Ei ole epäilystäkään, etteikö mainostarkoituksessa tehty maininta olisi objektiivisesti paikkansapitävä.* Kyseessä ei ole siten mielestäni harhaanjohtaminen, eikä ole vaaraa, että kuluttaja erehtyisi. Pääasian tuomioistuin on kuitenkin katsonut toteennäytetyksi, että huomattava määrä kuluttajia, jotka ovat toimineet tarjouksen perusteella, on ostanut tuotteita ainostaan siksi, että kuluttajat ovat uskoneet saavansa kymmenen prosenttia enemmän tuotetta entisellä hinnalla. Tämän toteamuksen todenmukaisuuden tutkimiseksi olisi tutkittava kuluttajien käyttäytymistä, mikä kuuluu mielestäni kansallisen tuomioistuimen yksinomaiseen toimivaltaan. [28]

45. *b)* Niiden kysymysten tutkiminen, voidaanko GWB: n 15 artiklaa soveltaa asiassa ja

27 — Pääasian tuomioistuimen määräyksen ranskankielisen käännöksen s. 13.

28 — Ks. asian palauttamisesta kansallisille tuomioistuimille asia C-373/90, X, tuomio 16.1.1992, Kok.1992, s. I-131, 15 kohta.

voidaanko jäätelöpuikkojen myynnistä riidanalaisissa pakkauksissa päätellä, että vähittäiskauppiaan velvollisuutena — eikä pelkästään vähittäiskauppiaille suunnattuna kehotuksena — on ollut pitää tuotteiden hinnat samana, mitä olisi pidettävä *sopimuksena*, jolla rajoitetaan vähittäiskauppiaiden oikeutta vahvistaa tuotteiden hinnat, vaatii kansallisen oikeuden tulkintaa ja kuuluu siksi pääasian tuomioistuimen toimivaltaan.

46. Jos näiden säännösten soveltamisedellytykset täyttyisivät, olisi todettava, että jäätelöpuikkojen markkinoiminen riidanalaisessa pakkauksessa Saksan alueella loukkaisi Saksan oikeuden mukaista vähittäiskaupan vapauden periaatetta vähittäismyyntihintojen vahvistamisen vuoksi.

47. Onko tämän periaatteen — jonka tarkoituksena on erityisesti taata kuluttajille aito hintakilpailu — ja siten kuluttajansuojelua koskevien pakottavien vaatimusten perusteella mahdollista estää jäsenvaltioiden välistä kauppaa?

48. Minun on vaikea ymmärtää, miten tämän periaatteen avulla voitaisiin perustella tällainen kaupan este, koska vähittäiskauppiaalle asetettu velvollisuus olla muuttamatta hintoja estää hintojen nostamisen ja on näin *tässä tapauksessa* kuluttajaa *suosiva*.

— B —

49. Toiseksi on väitetty, että kielto on perusteltu sillä perusteella, että maininta "+ 10 % jäätelöä" — jonka suuruus on neljäsosa pakkauksesta — johtaa kuluttajaa harhaan, koska kuluttaja saa sen vaikutelman, että tuotteen koko on kasvanut todellista koon kasvua enemmän.

50. En ole vakuuttunut tästä väitteestä seuraavista syistä.

51. Ensiksikin, maininta "+ 10 % jäätelöä" pitää paikkansa. Yhteisöjen tuomioistuimen olisi siksi todettava, että kansalliset, harhaanjohtavaa mainontaa koskevat säännökset eivät ole yhteensopivia tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan periaatteen kanssa, koska säännöksiä sovelletaan paikkansapitäviin ja todellisuutta vastaaviin mainintoihin [29].

52. Toiseksi, pääasian kantajan päättely perustuu sille *olettamalle*, jonka mukaan kuluttajat arvioivat väärin tämän mainonnan perusteella tuotteen todellisen koon tai pai-

29 — Ks. edellisessä alaviitteessä mainittu tuomio asiassa X, 17 kohta, ja em. tuomio asiassa Yves Rocher, 17 kohta.

non kasvun. Pääasian tuomioistuimen mukaan "... huomattava määrä kuluttajia olettaa, että värillinen pinta, joka sisältää maininnan 'uusi', osoittaa tuotteen painon tai koon kasvun". [30]

53. Missään ei ole kuitenkaan osoitettu, että tavanomaisesti valistunut kuluttaja aina katsoisi mainostarkoituksessa tehtyjen, tarjotun tuotteen määrän kasvua koskevien mainintojen koon osoittavan tuotteen kasvun suuruuden. Tämän osalta olen samaa mieltä kuin komissio:

"... valistuneelle kuluttajalle tulisi olla selvää, että tuotteen markkinoinnin luonnollisena osana on tietynlainen liioittelu". [31]

54. Lisäksi, voidaanko kansallisessa säännöksessä vaatia, että maininnan koko olisi mitoitettava prosentuaalisesti täsmälleen tuotteen koon kasvun suuruiseksi? Onko alan, jossa ilmaistaan jäätelön määrän kasvaneen kymmenen prosenttia, oltava suuruudeltaan täsmälleen kymmenen prosenttia koko etiketin pituudesta? Tällainen kanta on mielestäni järjetön. Äärimmäisyyksiin vietynä se tarkoittaisi, että viiden prosentin kasvua koskevan maininnan olisi oltava ainoastaan viisi prosenttia etiketin pituudesta, minkä vuoksi mainintaa ei voisi lukea.

55. Tällaisen mainonnan täydellinen kielto on joka tapauksessa suhteeton, eikä kieltoa voida perustella kuluttajansuojaa koskevilla näkökohdilla.

56. Lopuksi, vaikka maininta "+ 10 % jäätelöä" on tehty mainostarkoituksessa, se antaa myös *tietoa* kuluttajalle. Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut edellä mainitussa, asiassa GB-INNO-BM annetussa tuomiossa, että "... yksi yhteisöoikeuden kuluttajansuojaa koskevien sääntöjen päävaatimuksista on kuluttajan valistaminen. Siksi perustamissopimuksen 30 artiklaa ei voida tulkita siten, että kansallinen lainsäädäntö, jossa estetään kuluttajan mahdollisuus saada tietynlaista tietoa, voisi olla perusteltu niiden pakottavien vaatimusten kannalta, jotka koskevat kuluttajansuojaa". [32]

57. Teen vielä lopuksi huomautuksen johdetun oikeuden soveltamisesta.

58. On katsottava, että jos kielto ei ole perusteltu kuluttajansuojaa tai hyviä kauppatapoja koskevien pakottavien vaatimusten kannalta, kielto ei voi olla myöskään perus-

30 — Pääasian tuomioistuimen päätös, ranskalaisen käännöksen s. 16.

31 — Komission huomautukset, ranskalaisen käännöksen s. 12.

32 — Ks. 18 kohta.

teltu harhaanjohtavaa mainontaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 10 päivänä syyskuuta 1984 annetun neuvoston asetuksen 84/450/ETY [33] perusteella. Itse asiassa, yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan

"tämän direktiivin tarkoituksena on yhdenmukaistaa osittain kansallista, harhaanjohtavaa mainontaa koskevaa lainsäädäntöä vahvistamalla yhtäältä objektiiviset vähimmäisvaatimukset, joiden perusteella on mahdollista määritellä, onko tietty mainontatapa harhaanjohtava, ja toisaalta vahvistamalla ne vähimmäisvaatimukset, jotka koskevat oikeusturvaa silloin, kun mainonta on harhaanjohtavaa". [34]

59. Sama koskee myös kuluttajalle myytäväksi tarkoitettujen elintarvikkeiden merkintöjä, esillepanoa ja mainontaa koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä 18 päivänä joulukuuta 1978 annettua direktiiviä 79/112/ETY, [35] jonka 2 artiklan 1 kohdassa säädetään yleisestä kiellosta johtaa kuluttajaa harhaan elintarvikkeen ominaispiirteiden tai erityisesti sen laadun suhteen.

60. Ehdotan edellä esitetyn perusteella, että yhteisöjen tuomioistuin antaisi seuraavan ratkaisun:

"EY:n perustamissopimuksen 30 ja 36 artiklaa on tulkittava siten, että kyseisen sopimuksen 30 ja 36 artiklaa rikkoo kansallinen 'Ice Cream Snack' -tuotteen maahantuonti- ja markkinointikielto, joka on annettu sen vuoksi, että tuotteen pakkauksessa on maininta '+ 10 % jäätelöä'; kielto voi kuitenkin olla perusteltu, jos kansallisessa tuomioistuimessa näytetään toteen, että tällainen tuotteen esillepanotapa johtaa kuluttajaa harhaan tuotteen hinnan noususta huolimatta, koska kuluttaja odottaa tuotteen myyntihinnan pysyneen samana kuin hinnan, jolla tuotetta myytiin entisessä pakkauksessa."

33 — EYVL L 250, s. 17.

34 — Ks. em. tuomiot asiassa Pall, 22 kohta, ja asiassa Clinique, 10 kohta.

35 — EYVL 1979 L 33, s. 1.