



VAASAN YLIOPISTO

HARRI LUHTASELA

Sopimattomat kaupalliset
menettelyt sähköisessä
kuluttajakaupassa

VAASAN YLIOPISTON JULKAISUJA

TUTKIMUKSIA 296
OIKEUSTIEDE 16
TALOUSOIKEUS

VAASA 2011

Julkaisija Vaasan yliopisto	Julkaisuajankohta Joulukuu 2011	
Tekijä(t) Harri Luhtasela	Julkaisun tyyppi Monografia	
	Julkaisusarjan nimi, osan numero Vaasan yliopiston julkaisuja. Tutkimuksia, 296	
Yhteystiedot Vaasan yliopisto Talousoikeuden yksikkö PL 700 65101 Vaasa	ISBN 978-952-476-378-3	
	ISSN 0788-6667, 0788-673X	
	Sivumäärä 289	Kieli suomi
Julkaisun nimike Sopimattomat kaupalliset menettelyt sähköisessä kuluttajakaupassa		
Tiivistelmä <p>Euroopan unionissa rajat ylittävän verkkokaupan sääntely-ympäristöä on pidetty vaikeasti ennakoitavana kaupankäynnin osapuolille keskenään poikkeavista kansallisista kuluttajalainsäädännöistä johtuen. Tähän liittyen sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevalla direktiivillä 2005/29/EY on pyritty poistamaan rajat ylittävän kaupankäynnin esteenä pidettyjä kansallisia eroja kuluttajakaupan sääntelyssä yhtenäistämällä kaupallisten menettelyjen sääntelyä yhteisön alueella.</p> <p>Tässä Suomen Akatemian rahoittamassa tutkimuksessa pyritään selvittämään, miten direktiivi 2005/29/EY vaikuttaa rajat ylittävän kuluttajaverkkokaupan sääntelyyn EU:ssa. Tutkimus toteutetaan tarkastelemalla direktiivin artiklojen 5-9 ja liitteen I säännöksiä rinnakkain pääosin aiemman yhteisön tason sähköistä kaupankäyntiä koskevan sääntelyn kanssa. Lisäksi huomiota kiinnitetään direktiivin kansalliseen toimeenpanoon jäsenvaltioista Suomessa, Saksassa ja Englannissa niiltä osin, kuin tarkasteltavat säännökset on toimeenpantu huomattavasti direktiivistä poiketen.</p> <p>Tutkimus osoittaa, että yhteisön tasolla direktiivi 2005/29/EY ei tuo yleisesti ottaen sisällöllisesti huomattavaa muutosta sähköisenkuluttaja kaupan sääntelyyn, sillä useita direktiivin sääntelemiä asioita on käsitelty jo direktiivin edeltäjänä pidettävissä olevassa direktiivissä 1984/450/ETY ja muissa aiemmissä direktiivien nähden etusijalla olevissa yhteisön säännöksissä. Puitedirektiivinä direktiivi 2005/29/EY kuitenkin täydentää jossain määrin aiempia säännöksiä. Tutkimuksen kohteena olevien jäsenvaltioiden tasolla direktiivin pyrkimys säännösten täys-harmonisointiin näkyy kuitenkin pyrkimyksenä yhdenmukaisempaan toimeenpanoon kuin direktiivin edeltäjänä pidettävissä olevan direktiivin 1984/450/ETY osalta. Direktiiviin pohjautuvassa sääntelyssä on kuitenkin Saksan ja Suomen osalta paikoin havaittavissa pieniä epäyhtenäisyyksiä direktiivin toimeenpanevien säännösten ja direktiivin tekstin välillä.</p>		
Asiasanat EU-oikeus, verkkokauppa, markkinointi, kuluttajansuoja		

Publisher Vaasan yliopisto	Date of publication December 2011	
Author(s) Harri Luhtasela	Type of publication Monograph	
	Name and number of series Proceedings of the University of Vaasa. Research Papers, 296	
Contact information University of Vaasa Faculty of Business Studies Business Law P.O. Box 700 FI-65101 Vaasa, Finland	ISBN 978-952-476-378-3	
	ISSN 0788-6667, 0788-673X	
	Number of pages 289	Language Finnish
Title of publication Unfair Commercial Practices in Electronic Commerce		
<p>Abstract</p> <p>The legislative environment for cross-border e-commerce in European Union has been considered to be difficult to predict for its participants because of diverging national legislation. The European Commission has aimed to abolish those perceived barriers by issuing the Unfair commercial practices directive which strives to harmonise the regulations of commercial practices in the European Union.</p> <p>The aim of this research, funded by the Academy of Finland, is to determine how the Unfair commercial practices directive affects to the regulations of business-to-consumer electronic commerce in the EU. The research has been carried out by comparing the articles 5-9 and regulations of annex I of directive 2005/29/EC in parallel with previous community level e-commerce legislation. Furthermore, attention is also paid to the national implementation of the directive 2005/29/EC in Finland, Germany and England in those cases where the provisions reviewed have been implemented significantly dissimilar way in above mentioned countries in comparison to the text of the directive.</p> <p>According to the research the directive 2005/29/EC does not bring in significant contentual change compared to the previous e-commerce regulations on the community level. This results from the fact that many of the topics regulated by the directive have already been regulated earlier by the directive 1984/450/EEC and by other existing sector-specific directives which take preference to the directive 2005/29/EC. However as a framework directive the directive 2005/29/EC will complement existing sector-specific provisions to some extent. In the target countries directive's purpose to maximum harmonisation manifests itself in a more uniform implementation of the directive on national level compared to the implementation of its predecessor, the directive 1984/450/EEC. In spite of that the implementation of the directive cannot be said to be fully consistent with the text of the directive 2005/29/EC in Germany and in Finland.</p>		
<p>Keywords</p> <p>EU-law, electronic commerce, marketing, consumer protection</p>		

ESIPUHE

Internetissä harjoitettava sähköinen kuluttajakauppa alkaa tulla jo aikuisikään. Sähköisen kaupankäynnin kehitys ja uusi sääntely nostavat edelleen pintaan uudenlaisia kysymyksiä. Tämä tutkimus pohjautuu osittain aiempaan sähköisen kaupankäynnin tutkimukseen, jota olen suorittanut Vaasan yliopiston taloustieteiden laitoksella vuodesta 2000 alkaen sähköistä kaupankäyntiä käsittelevissä pro gradu, liseniaatti- ja väitöskirjatutkimuksissa. Viimeksi mainitussa olen sivunnut myös tässä tutkimuksessa pääasiallisen huomion kohteena olevaa direktiiviä 2005/29/EY. Kaikkiaan tämän käsillä olevan tutkimuksen voi katsoa osittain syventävän em. aiempia tutkimuksia.

Haluan kiittää professori Asko Lehtosta hyödyllisistä tutkimukseen liittyvistä kommentteista. Kiitokset myös refereenä toimineelle professori Risto Nuolimalle. Lisäksi haluan kiittää kaikkia tutkimuksen valmistumiseen myötävaikuttaneita. Tutkimus on suoritettu Suomen akatemian rahoittaman aihetta käsittelevän tutkimusprojektini puitteissa. Haluan esittää kiitokset Suomen Akatemialle saamastani taloudellisesta tuesta.

Vaasassa 1.12.2011

Harri Luhtasela

Sisällys

ESIPUHE.....	7
1 JOHDANTO.....	1
1.1 Tutkimuksen lähtökohta	1
1.1.1 Kaupallinen informaatio verkkokaupassa	3
1.1.2 Kaupallisen informaation sääntely.....	6
1.1.3 Direktiivin 2005/29/EY taustaa ja tavoitteita	9
1.2 Tutkimuksen toteutus	11
1.2.1 Tutkimusongelma ja tutkimuksen rajaus.....	11
1.2.2 Tutkimusmetodi	16
1.3 Oikeuslähteet ja niiden käyttö.....	18
1.4 Tutkimuksen rakenne	20
2 DIREKTIIVIN SOVELTAMINEN JA RAKENNE	22
2.1 Harmonisointi	22
2.2 Suhde sisämarkkinaperiaatteeseen	24
2.3 Suhde muihin direktiiveihin.....	29
2.4 Direktiivin soveltamisalue	30
2.5 Kolmiosainen rakenne	33
2.5.1 Tulkintoja rakenteesta	35
2.5.2 Direktiivin soveltaminen	39
2.6 Direktiivin kansallinen toimeenpano.....	41
3 SOPIMATON KAUPALLINEN MENETTELY	43
3.1 Sopimaton kaupallinen menettely käsitteenä.....	44
3.2 Menettelyn sopimattomuuden yleiset edellytykset direktiivissä	47
3.3 Huolellinen ammatinharjoittaminen.....	48
3.3.1 Määritelmä.....	48
3.3.2 Toimialan yleiset periaatteet.....	53
3.4 Taloudellisen käyttäytymisen vääristäminen.....	54
3.4.1 Määritelmä.....	54
3.4.2 Suhde muuhun kaupalliseen vaikuttamiseen.....	58
3.5 Keskivertokuluttaja	60
3.5.1 Taustaa.....	60
3.5.2 Keskivertokuluttajan muodot	62
3.5.3 Menettelyn kohderyhmän määrittäminen verkko- kaupassa.....	62
3.5.4 Keskivertokuluttajan määrittäminen	64
3.6 Keskivertokuluttaja suojaa tarvitsevistä ryhmistä.....	69
3.6.1 Taustaa.....	69
3.6.2 Määritelmä.....	70
3.6.3 Kaupalliset menettelyt suojaa tarvitsevien ryhmien osalta	72
3.6.4 Soveltamisala	75
3.7 Yhteenvedo	76

4	HARHAANJOHTAVAT TOIMET.....	78
4.1	Harhaanjohtavat ominaisuudet.....	79
4.1.1	Totuuden vastaisuus.....	82
4.1.2	Harhauttavuus.....	84
4.1.3	Harhaanjohtava informaatio.....	86
4.1.3.1	Tuotteen olemassaoloa ja luonnetta koskevat tiedot.....	89
4.1.3.2	Tuotteen pääominaisuudet.....	91
4.1.3.2.1	Tuotekohtaiset ja tuotteen käyttöön liittyvät ominaisuudet.....	92
4.1.3.2.2	Myyntiprosessia ja asiakassuhdetta koskevat tiedot.....	94
4.1.3.2.3	Päällekkäisyyksiä direktiivin muiden säännösten kanssa.....	94
4.1.3.3	Myyntiprosessin luonteeseen ja sitoumuksiin liittyvät tiedot.....	96
4.1.3.4	Tuotteen hintaa koskevat tiedot.....	97
4.1.3.5	Tuotteen huoltoa koskevat tiedot.....	101
4.1.3.6	Elinkeinonharjoittajaa koskevat tiedot.....	102
4.1.3.7	Kuluttajan oikeuksia ja riskejä koskevat tiedot.....	104
4.2	Asiayhteydessä harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt.....	106
4.2.1	Sekaannusta kilpailijoiden tunnusten kanssa aiheuttava markkinointi.....	107
4.2.2	Käytännėsääntöihin sitoutuminen.....	108
4.3	Yhteenveto.....	111
5	HARHAANJOHTAVAT MAINITSEMATTA JÄTTÄMISET.....	115
5.1	Olennaiset tiedot yleisesti.....	117
5.1.1	Muihin säännöksiin pohjautuvat tiedot.....	120
5.1.2	Tiedon muoto ja ajankohta.....	122
5.1.3	Kaupallisen menettelyn luonnetta koskeva tieto.....	126
5.1.4	Viestintävälineen vaikutus tiedotusvelvollisuuteen.....	129
5.2	Olennaiset tiedot ostokehotuksen yhteydessä.....	131
5.2.1	Tuotteen pääominaisuudet.....	138
5.2.2	Elinkeinonharjoittajan yhteystiedot ja henkilöllisyys.....	139
5.2.3	Tuotteen hinta.....	141
5.2.4	Huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksista poikkeavat myynnin jälkeiset menettelyt.....	143
5.2.5	Irtisanomis- ja peruuttamisoikeutta koskeva tieto.....	145
5.3	Yhteenveto.....	147
6	AGGRESSIIVISET KAUPALLISET MENETTELYT.....	151
6.1	Aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodot.....	153
6.1.1	Häirintä.....	157

6.1.2	Sopimaton vaikuttaminen.....	161
6.1.2.1	Valta-asema.....	161
6.1.2.2	Valta-aseman käyttäminen.....	163
6.1.3	Pakottaminen	165
6.2	Arviointikriteerit	168
6.2.1	Menettelyn pääpiirteet sekä kesto ja paikka.....	170
6.2.2	Vastoinkäymisten hyödyntäminen.....	171
6.2.3	Oikeuksien käytön vaikeuttaminen.....	173
6.2.4	Uhkailu laittomilla toimilla	174
6.3	Yhteen veto.....	176
7	AINA SOPIMATTOMAT KAUPALLISET MENETTELYT.....	180
7.1	Harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt	185
7.1.1	Sopimattomat perättömät lausunnot.....	186
7.1.1.1	Käytännesäännöt ja hyväksyntä	186
7.1.1.2	Kuluttajan oikeusasemaa koskeva harhaanjohtaminen	190
7.1.1.3	Tuotteen laillista myyntiä koskeva harhaanjohtaminen	191
7.1.1.4	Markkinatilanne sekä toiminta markkinoilla	193
7.1.1.5	Eräät tuotteen yksittäiset ominaisuudet ja vaikutukset	197
7.1.1.6	Myynninjälkeisten palvelujen saatavuus ja kieli	201
7.1.2	Sopimattomat markkinointimenetelmät	205
7.1.2.1	Täkymainonta ja -myynti.....	205
7.1.2.2	Negatiivinen sopimussidonta	209
7.1.2.3	Pyramidijärjestelmät.....	213
7.1.2.4	Tuotteen alkuperää koskeva harhauttaminen	215
7.1.2.5	Piilomainonta	217
7.1.2.6	Markkinointiarpajaisjujaukset ja ilmainen-sanan käyttö markkinoinnissa	223
7.2	Aggressiiviset kaupalliset menettelyt.....	228
7.2.1	Ei-toivottu suoramainonta	230
7.2.2	Lapsille suunnatut suorat ostokehotukset.....	232
7.3	Yhteen veto.....	234
8	YHTEENVETO.....	239
8.1	Keskeisiä direktiivin piirteitä kuluttajaverkkokaupan sääntelyssä ...	240
8.2	Yleisesti direktiivin sääntelystä	246
	LÄHTEET	250
	OIKEUSTAPAUSLUETTELO.....	273

Lyhenteet

AGCM	Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato
ASA	Advertising Standards Authority
Asetus 601/2008	Valtioneuvoston asetus kuluttajien kannalta sopimattomasta menettelystä markkinoinnissa ja asiakassuh-teissa
BERR	Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BIS	Department for Business innovation & skills
DG SANCO	Komission terveystieteiden ja kuluttaja-asioiden pääosasto
Direktiivi sähköisestä kaupankäynnistä	Direktiivi 2000/31/EY tietoyhteiskunnan palveluja, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä, sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista
DTI	Department of Trade and Industry
EA	Enterprise Act 2002
Etämyyntidirektiivi	Direktiivi 1997/7/EY, kuluttajansuojasta etäostamis-sissa
FTC	Federal Trade Commission
Harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskeva direktiivi	Direktiivi 2006/114/EY harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta
Harhaanjohtavaa mainontaa koskeva direktiivi	Direktiivi 84/450/ETY harhaanjohtavaa mainontaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä
HE	Hallituksen esitys
Henkilötiedodirektiivi	Direktiivi 1995/46/EY yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta
Hintamerkintäasetus	Asetus kulutushyödykkeen hinnan ilmoittamisesta markkinoinnissa 30.12.1999/1359
HTL	Henkilötietolaki 22.4.1999/523
ICC	International Chamber of Commerce
JFT	Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland
KKO	Korkein oikeus
Kohtuuttomuusdirektiivi	Direktiivi 1993/13/ETY kuluttajasopimusten kohtuuttomista ehdoista
Kom	Euroopan yhteisöjen komissio
KSL	Kuluttajansuojalaki 20.1.1978/38
Kuluttajakauppadirektiivi	Direktiivi 1999/44/EY kulutustavaroiden kauppaa ja niihin liittyviä takuita koskevista tietyistä seikoista
MAO	Markkinaoikeus
MD	Marknadsdomstolen

XIV

MFL	Marknadsföringslag 2008:486
MT	Markkinatuomioistuim
OFT	Office of Fair Trading
Oikeustoimilaki	Laki varallisuusosoikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
PHA 1997	Protection from Harassment Act 1997
PL	Suomen perustuslaki 11.6.1999/731
Prop	Regeringens proposition
RahankeräysL	Rahankeräyslaki 31.3.2006/255
SI	Statutory Instrument
SI 2000 No. 2334	The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations
SI 2008 No. 1277	The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008.
Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi	Direktiivi 2005/29/EY 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.
Sopimus Euroopan unionin toiminnasta	Lissabonin sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta.
SopMenL	Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 22.12.1978/1061
SOU	Statens offentliga utredningar
Sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi	Direktiivi 2002/58/EY henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla
Televisio ilman rajoja direktiivi	Euroopan neuvoston (1989) direktiivi 89/552/ETY televisiotoimintaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta
USC	United States Code
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vertailevaa mainontaa koskeva direktiivi	Direktiivi 97/55/EY harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin 84/450/ETY muuttamisesta sisällyttämällä siihen vertaileva mainonta
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen lähtökohta

Kaikille avointa kaupankäyntiä on Internetissä harjoitettu jo yli 15 vuotta. Kaiken kaikkiaan esimerkiksi Tilastokeskuksen keväällä 2006 tekemän tutkimuksen mukaan tietoverkon kautta ostoksia oli jo tuolloin tehnyt lähes puolet suomalaisista¹. Vuonna 2010 suomalaiset ostivat tavaroita ja palveluita verkosta jo n. 9,4 miljardilla eurolla². Tietoverkossa tapahtuvan kaupankäynnin volyyymi ja arvo ovat maailmanlaajuisesti kasvaneet vuosi vuodelta³. Useiden arvioiden mukaan verkkokaupan kasvu tulee tulevaisuudessa edelleen jatkumaan. Esimerkiksi pankkiiri-liike J.P.Morganin mukaan Internetissä käytävän kuluttajaverkkokaupan arvo oli vuonna 2009 maailmanlaajuisesti 481,6 miljardia dollaria ja vuoteen 2013 mennessä sen ennustetaan kasvavan 963 miljardiin dollariin⁴.

Tietoverkon hyödyntämiseen kaupankäyntiin on olemassa useita erilaisia mahdollisia kannustimia kaupankäynnin näennäisen helppouden ja vaivattomuuden lisäksi. Yllykkeinä saattaa toimia esimerkiksi mahdollisuus alempiin hintoihin, joka aiheutuu mm. kauppiaiden vähentyneistä kuluista, mahdollisuudesta välttää paikallisia veroja ja pääsystä laajemmille sekä myös uudelleenlaisille markkinoille (kuten esim. lentolippujen kauppa Internetissä). Osaltaan tähän ja kaupankäynnin vaivattomuuteen vaikuttaa myös se, että tietoverkko on omiaan vähentämään tuotteiden etsintäkustannuksia ja helpottamaan tuotteiden vertailua. Internetin etuna kaupankäynnissä voi pitää myös sitä, että siellä pystytään toteuttamaan erikoistuneita markkinoita ja erilaisia markkinapaikkoja (kuten Ebay) sekä markkinoita, jotka soveltuvat erittäin pieniin ostoksiin⁵. Edelleen yhtenä yllykkeenä verkossa

¹ Sirkiä 2006:16–18.

² Luku perustuu TNS Gallupin yhteistyössä Asiakkuusmarkkinoitiliitto ASML:n ja Kaupan liiton kuluttajahaastatteluilla keräämään ja muista lähteistä varmentamaan Verkkokauppatilasto 2010:en.

³ Esimerkiksi Yhdysvalloissa vuoden 2011 toisella neljänneksellä kuluttajaverkkokauppa kasvoi Yhdysvaltojen kauppaministeriön alaisen tilastotoimiston julkaisemien virallisten lukujen mukaan arviolta 17,6 % ($\pm 2,5$ %) edellisen vuoden vastaavaan ajanjaksoon verrattuna ja oli vuodenaikaan mukautetulta arvoltaan 47,5 miljardia dollaria. Tavanomainen vähittäiskauppa kasvoi samana ajanjaksona 8,1 % ($\pm 0,2$ %) vastaavaan edellisen vuoden ajanjaksoon verrattuna. (U.S. Census Bureau 2011).

⁴ J.P. Morgan 2011:90.

⁵ Verkkokauppaa ei rajoita rajallinen hyllytila samassa mitassa kuin tavallista kaupankäyntiä. Täten myös pieniä kuluttajaryhmiä on mahdollista palvella taloudellisesti kannattavasti. Tähän liittyen huomiota on saanut Chris Andersonin alkujaan vuonna 2004 osoittama ”kysynnän pitkä häntä” (engl. long tail) -ilmiö, jonka mukaan tuotteiden suosiota suhteessa kysynnän määrään kuvaavan kysyntäkäyrän ”häntä” on kapea, mutta pitkä. Verkkokaupat pystyvät vir-

tapahtuvaan kaupankäyntiin voi pitää sitä, että tietoverkko saattaa mahdollistaa pääsyn tavaroihin tai palveluihin, jotka voivat olla omassa oikeusjärjestyksessä kiellettyjä, kuten esim. uhkapelaaminen. Kuluttajien ostohalukkuutta Internetissä saattaa lisätä lisäksi se, että he voivat eräissä suhteissa olettaa säilyttävänsä paremmin yksityisyyden tietoverkossa tapahtuvassa kaupankäynnissä kuin perinteisessä kaupankäyntimenetelmässä.⁶ Tietoverkon tuomia mahdollisuuksia kaupankäyntiin ei tule kuitenkaan liikaa korostaa, sillä sen tuomista eduista huolimatta sen hyödyntämiseen vaikuttavat myös erilaiset yksilökohtaiset ja yhteiskunnalliset seikat⁷.

Vaikka sähköinen kaupankäynti on vuosi vuodelta kasvanut, Euroopan unionin sisällä suuri osa kuluttajaverkkokaupasta koostuu vuonna 2011 julkaistun kyselytutkimukseen perustuvan Flash Eurobarometrin mukaan keskimääräisesti edelleen jäsenvaltioiden kansallisten rajojen sisällä käytävästä kuluttajaverkkokaupasta, vaikka Internet mahdollistaa ideaalisesti jäsenvaltioiden rajat ylittävän kaupankäynnin.⁸ Verkkokaupan ja Euroopan sisämarkkinoiden tarjoamat uudet mahdollisuudet parantaa hyvinvointia mm. laajemman valikoiman ja hintakilpailun muodossa ovat täten jääneet Euroopassa suurelta osin hyödyntämättä⁹. Suurimpana syynä em. Eurobarometritutkimuksen vastaajat pitivät käytännössä luottamuspu-
laa ulkomaisiin toimijoihin¹⁰. Aiemmin, kuten vuonna 2006 julkaistun Eurobarometritutkimuksen pohjalta, yhtenä syynä tähän luottamuspuolaan on pidetty vähimmäisdirektiivien mahdollistamaa jäsenvaltiosta toiseen vaihtelevaa kuluttajalainsäädäntöä¹¹. Lisäksi myös elinkeinonharjoittajat katsoivat jo vuonna 2002 julkaistun Eurobarometritutkimuksen mukaan jäsenvaltiosta toiseen vaihtelevan lainsäädännön muodostavan merkittävän esteen rajat ylittävän mainonnan ja

tuaalisen hyllytilan edullisuuden vuoksi saamaan huomattavan kassavirran myös tästä kivijalkakaupan kannalta kannattamattomiin marginaalisiin tuotteisiin kohdistuvasta kysynnästä. (Anderson 2008:15–26 ja ks. myös Salmenkivi & Nyman 2007:187–189).

⁶ Scott 2004:479.

⁷ Ks. myös Ruotsalainen 2011:23.

⁸ Euroopan yhteisöjen komissio 2011:5 ja 13–15. Vastaavasti vähittäiskauppaa harjoittaville yrityksille tehdyn kyselytutkimuksen mukaan keskimäärin 53 % jäsenvaltioissa haastatelluista vähittäiskaupoista myy tuotteita Internetissä ja ainoastaan 22 % harjoittaa rajat ylittävää kuluttajaverkkokauppaa (Euroopan yhteisöjen komissio 2011 b:5, 12 ja 19–20). Tosin vaihtelu eri jäsenvaltioiden välillä osallistumisessa rajat ylittävään kuluttajakauppaan on molempien edellä viitattujen tutkimuksien mukaan suurta.

⁹ Komissio katsoo ajoneuvojen rajat ylittävään kaupankäyntiin liittyviin kokemuksiin viitaten, että jo pelkästään se, että rajat ylittävästä kaupankäynnistä tulisi todellinen vaihtoehto, olisi omiaan piristämään myös kotimarkkinoiden kilpailua ilman, että kuluttajien enemmistö edes osallistuisi rajat ylittävään kaupankäyntiin. (Kom 2007/99:10).

¹⁰ Euroopan yhteisöjen komissio 2011:30.

¹¹ Kom 2006/744 lopullinen: 7. Kuluttajansuojan alalla vähimmäisdirektiivit asettavat kuluttajansuojan vähimmäistason, joka jäsenvaltioiden tulee saavuttaa mahdollistaen kuitenkin myös siitä pidemmälle menevän kuluttajansuojantason.

markkinoinnin harjoittamiselle¹². Tämän jäsenvaltiosta toiseen vaihdelleen lainsäädännön on komissiossa katsottu koituneen kuluttajien haitaksi mm. vähäisemmän tarjonnan sekä tehottomammasta kilpailusta ja suuruuden edun puuttumisesta aiheutuneiden korkeampien kansallisten hintojen muodossa¹³.

1.1.1 Kaupallinen informaatio verkkokaupassa

Informaation vaihdolla on merkittävä osa kaikessa kaupankäynnissä¹⁴. Sähköisessä kaupankäynnissä tuotteita myyvien yritysten tarjoaman informaation merkityksen voi kuitenkin katsoa olevan korostunut tavanomaiseen kaupankäyntiin verrattuna jopa siinä mitassa, että kauppiaan ja ostajan välistä informaation vaihtoa voidaan pitää markkinapaikan keskeisenä osana¹⁵. Informaation keskeinen merkitys sähköisessä kaupankäynnissä johtuu suurelta osin verkkokauppiaan, kuluttajan ja tuotteen ajallisesta ja tilallisesta etäisyydestä aiheutuvasta fyysisyyden puutteesta. Verkkokaupassa kuluttajat eivät pääsääntöisesti pysty muodostamaan käsitystä mainostettavasta tuotteesta fyysisesti havainnoimalla, vaan joutuvat muodostamaan sen saatavilla olevan informaation välityksellä. Lisäksi verkkokaupalle on luonteenomaista se, että voidakseen fyysisesti perehtyä tuotteeseen kuluttajat joutuvat usein ostamaan tuotteen¹⁶. Kuluttajakaupalle luonteenomaisen informaation epäsymmetrisyyden¹⁷ ongelman voikin katsoa kuluttajaverkkokaupassa olevan korostunut¹⁸. Tätä tosin on osin pyritty uudentlaisilla menetelmillä vähentämään¹⁹. Informaation epäsymmetrisyyden ongelma on joka tapauksessa omiaan aiheutta-

¹² Euroopan yhteisöjen komissio 2002:41–42.

¹³ Esim. Coleman 2001:4–5.

¹⁴ Radeideh 2005:190–191 ja ks. myös yleisesti Kaasalainen 2008:22–27.

¹⁵ Esim. Dickie 1999: 65. Myös tavanomaisessa kaupankäynnissä markkinoinnin ns. informatiivisen funktion merkitystä kaupankäyntitapahtumalle on pidetty merkittävänä jo pitkän aikaa (ks. esim. Tiili 1979:1–2).

¹⁶ Scott 2004:480 ja Coteanu 2005:23 ja 139–140.

¹⁷ Epäsymmetrisen informaation teorian kehittivät 1970-luvulla, sittemmin tästä teoriasta taloustieteen Nobelilla palkitut, tutkijat George Akerlof, Michael Spence ja Joseph Stiglitz. Nobel. (Ks. tarkemmin esim. Nobel-komitean Internet-sivuilta: <URL:http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2001/public.html>. Ks. myös yleisesti esim. Gomez 2004:200–207, Radeideh 2005:241–242 ja Twigg-Flesner & Schulze 2010:132–134.

¹⁸ Australian Competition & Consumer Commission 1997:7–8. Ks. myös Coteanu 2005:xi–xii, 127–128 sekä viitteet, 139 ja 150 sekä 207–208 ja Radeideh 2005:199–200 sekä yleisesti Scott 2004:479–480. Toisaalta on myös esitetty, että kauppiaan roolin muuttuessa lähinnä välittäjäksi kuluttajan ja valmistajan välille, informaation epäsymmetrisyyden ongelma olisi menettämässä merkitystään tällaisissa liikesuhteissa (Twigg-Flesner & Schulze 2010:133).

¹⁹ Epäsymmetrisen informaation vähentämiseksi (sekä verkossa että perinteisimmillä ostopaikoilla) on kehitetty Internetissä erilaisia ratkaisuja, kuten erilliset informaation tarjontaan erikoistuneet sivustot sekä toisten kuluttajien tarjoama informaatio (Quirk & Rotchild 2010:335–336).

maan epäluottamusta tätä kaupankäyntimenetelmää kohtaan sekä toisaalta myös vähentämään rationaalista ostokäyttäytymistä²⁰. Epäluottamusta on edelleen omiaan lisäämään myös muut verkkokaupalle ominaiset seikat, kuten yrittäjyyden demokratisoituminen Internetissä. Tämä aiheutuu siitä, että Internet vähentää markkinoille tulon esteitä verrattuna verkon ulkopuoliseen kaupankäyntiin, mikä on omiaan lisäämään verkossa myös sellaisten kauppiaiden määrää, joille rehellinen liiketoiminta ei ole ensisijainen tavoite. Tätä vaikutusta edelleen tehostaa josain määrin se, että useimmista verkkokommunikaatiomenetelmistä puuttuu välittäjätaho, joka suorittaisi kaupallisen sisällön toimituksellista kontrollointia.²¹

Myös elinkeinonharjoittajille tietoverkko on haasteellinen media. Internet-tietoverkon voi katsoa olevan yhdistelmä erilaisista perinteisen median muodoista, mutta lisäksi sen voi katsoa sisältävän täysin uusia ominaisuuksia²². Tämä mahdollistaa elinkeinonharjoittajalle monenlaisia erilaisia toimintatapoja ja menetelmiä²³. Myös markkinointi-informaatiota tuotteistaan elinkeinonharjoittaja pystyy antamaan esim. verkkosivuilla monella eri tavoin. Tällaista tietoa on mahdollista tarjota esimerkiksi perinteisiä mediamainonnan muotoja muistuttaen suoraan verkkosivustoilla ja mahdollisesti myös esim. hyperlinkkien avulla järjesteltynä.²⁴ Kaupallista informaatiota voidaan tarjota verkkosivuilla muodossa, joka saattaa tehdä sivustot raskaammiksi ja siten vähentää sivustojen käyttömukavuutta. Tällaista voi olla informaation tarjoaminen esim. erilaisten hyppyikkunoiden tai mainoslinkkien eli bannereiden muodossa. Lisäksi Internetiä voi pitää vuorovaikutteisempänä kuin muita medioita: markkinoinnissa on mahdollista hyödyntää erilaisia Internetin keskusteluryhmiä (engl. message board) ja reaaliaikaisia keskustelusivustoja (engl. chat rooms).²⁵ Voi katsoa, että Internet on vastuussa suurim-

²⁰ Ks. myös Coteanu 2005:24 ja 127. Yleensäkin tavaroita ja palveluita koskevan väärän tai epätäydellisen informaation syöttäminen markkinoille vaikuttaa kielteisesti markkinoiden suorituskykyyn haitaten sekä kuluttajia että rehellisiä kauppiaita (Larabie-LeSieur 1996 ja ks. myös Coteanu 2005:138).

²¹ Quirk & Rotchild 2010:333–334. Toisaalta erikokoisten verkkokauppojen markkinaosuuksiin viitaten on esitetty lähinnä Yhdysvaltoja koskien, että markkinoille tulon esteet ovat kasvamassa verkkokaupassa, sillä uusilta pieniltä verkkokauppailta puuttuvat suuruuden edut ovat omiaan vaikeuttamaan heidän mahdollisuuttaan pärjätä hintakilpailussa tässä yhä kilpaillussa ympäristössä (J.P. Morgan 2011:81).

²² Bradley 2004:380–381.

²³ Esim. Kiviniemi 2009:87.

²⁴ Streng 2009:217–218. Kyseinen www-sivuilla kaupallisessa tarkoituksessa annettu informaatio saattaa olla usein kuluttajan itse tavoittelemaa tietoa. Tähän liittyen puhutaankin niin sanotusta veto-markkinoinnista (engl. Pull-marketing) erotukseksi elinkeinonharjoittajan itse aktiivisesti kuluttajalle tarjoamasta tiedosta, jollaisesta markkinoinnista käytetään myös nimitystä työntö-markkinointi (engl. Push-marketing) (Vanrysdam 2010:47-52 ja ks. myös Streng 2009:217).

²⁵ Bradley 2004:381 sekä 386–389 ja esim. Harker 2008:299 sekä ks. myös Streng 2009:217.

masta osasta viimeaikojen uusista markkinointimenetelmistä²⁶. Yritykset pystyvät halutessaan tarjoamaan tietoverkossa runsaasti informaatiota, koska Internetissä tarjottu informaatio maksaa vain murto-osan siitä, mitä se maksaa painetussa mediassa tai muissa joukkoviestimissä. Lisäksi yksikkökustannuksia alentavat edellisiin verrattuna huomattavasti suurempi mainonnan potentiaalinen vastaanottajamäärä²⁷. Internetin ansiosta myös pienet yritykset pystyvät halvalla toteuttamaan maailmanlaajuisia markkinointikampanjoita ja toisaalta myös kohdistettuja kampanjoita²⁸. Informaation suuresta tarjonnasta johtuen ongelmaksi saattaa muodostua informaation laadukkuus. Tietoverkossa ongelmia voi aiheuttaa esimerkiksi yrityksen kotisivulla ja sen ulkopuolella sijaitsevien mainoksien ja mainoslinkkien ajan tasalla pitäminen. Vanhentuneen markkinointi-informaation jakaminen verkkosivuilla voi harhauttaa kuluttajaa, mistä vastuu voi aiheutua elinkeinonharjoittajalle²⁹. Elinkeinoharjoittajan saattaa tosin olla mahdoton valvoa omia vanhentuneita graafisia mainoslinkkejään verkossa, sillä vanhentunut mainos saattaa näkyä verkossa myös elinkeinonharjoittajasta riippumattomista syistä. Poistettu mainos on saattanut jäädä tallelle esimerkiksi välimuistia ylläpitävän operaattorin tiedostoihin ja tiedonsiirron tehostamiseksi alkuperäistä sivua ei käydä tarkistamassa, vaan mainos siirretään suoraan välimuistiin tallentaneelta palvelimelta käyttäjän koneelle. Internet-palvelun tarjoajat käyttävät välimuistiin tallentamista tiedonsiirron tehostamiseksi ympäri maailmaa. Toisaalta voi kuitenkin olla mahdotonta selvittää, onko mainoslinkki ollut koskaan paikkansa pitäväkään.

Kuluttajien tiedonhankintaa elinkeinonharjoittajan verkkosivuilta voi vaikeuttaa markkinoinnin informatiivisten tavoitteiden lähtökohtainen yksipuolisuus eli se, että markkinoinnissa informaation antoon yleensäkin yhdistyy pyrkimys luoda positiivinen mielikuva markkinoinnin kohteesta ja siten myös jossain määrin vaikuttaa kuluttajien käyttäytymiseen tuotetta kohtaan. Käytännössä tietoverkon voi-kin katsoa muodostavan kuluttajille tiedonlähteen ja verkkokauppaa käyville elinkeinonharjoittajille tulonlähteen. Näistä erilaisista markkinointi-informaation käyttötarkoituksista voi aiheutua ristiriitoja³⁰.

²⁶ Enkvist 2009:114.

²⁷ Pink 2001:449.

²⁸ Enkvist 2009:114–115.

²⁹ Coteanu 2005:23.

³⁰ Ks. myös tavanomaista kaupankäyntiä koskien esim. Tiili 1979:2–3.

1.1.2 *Kaupallisen informaation sääntely*

Markkinoiden tarjoaman informaation paikkansa pitävyyttä koskeva sääntely on alkanut kehittyä useissa valtioissa teollistumisen aiheuttamien paineiden myötä 1900-luvun alkupuolelta lähtien. Alkujaan sääntelyn lähtökohdaksi olivat yritysten välisen kilpailun vääristymisen estämiseen liittyneet näkökohdat.³¹ Euroopan yhteisön tasolla markkinainformaatiota koskevan sääntelyn yhtenäistäminen nähtiin tarpeelliseksi 1960-luvulta lähtien. Kehitykseen vaikutti se, että jäsenvaltioiden poikkeavat säännökset katsottiin suurelta osin vain sisämarkkinakaupan esteeksi. Varsinaiseen kuluttajansuojaan liittyvät tavoitteet tulivat mukaan pääosin 1970-luvulta lähtien.³² Kansallisella tasolla hajanaisella kuluttajia suojaavalla sääntelyllä on yleensä laajasti ymmärrettynä huomattavasti pidempi tausta takanaan³³. Nykyään sääntelyn tarpeen pääasiallisena motivoijana ei ole enää lähes marginaaliseksi kutistunut kuluttajia tarkoituksellisesti huijaamaan pyrkivien elinkeinonharjoittajien joukko, vaan sääntelyllä pyritään vähentämään informaation epäsymmetrisyyttä kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien välillä, jotta kuluttajat pystyisivät tekemään perusteltuja ratkaisuja.³⁴ Tässä taustalla on uusklassiseen taloustieteen nojaava käsitys, jonka mukaan perustellut ratkaisut johtavat tehokkaihin valintoihin ja siten kuluttajien hyödyn maksimoitumiseen³⁵.

Markkinainformaatioon liittyvää sääntelyä on pyritty yhtenäistämään Euroopassa vuonna 1984 annetulla yleisluontoisella harhaanjohtavaa mainontaa koskevalla vähimmäisdirektiivillä 1984/450/ETY (ja siihen jälkeenpäin tehdyin muutoksin), joka kuluttajansuojaa enemmän kehittämään tähänneiden pyrkimyksien kariututtua muodosti lähinnä kaikille jäsenvaltioille kelvanneen kompromissin. Esi-

³¹ Esim. Micklitz ym. 2000:57, Henning-Bodewig 2006:17–19 ja Stuyck 2007:166–168. Yleisesti mainonnan sääntelyn tarpeen on katsottu kasvavan samassa tahdissa mainontaan käytetyn rahan määrän kasvun kanssa (ks. Harker 2008:302–303).

³² Ks. Bakardjieva Engelbrekt 2007:51–54 ja ks. myös esim. Micklitz 2004:44 sekä van Dam & Budaite 2007:131. Esimerkiksi Euroopan yhteisöjen komissio oli vuoteen 1976 mennessä hyväksynyt ensimmäisen kuluttajapoliittinen ohjelman (Micklitz 2009:420 ja ks. myös Rissanen 2006:87). Toisaalta esimerkiksi Hans-Wolfgang Micklitz (2009:421) on katsonut, että EU:lle koko kuluttajaoikeudella on vain välineellinen merkitys integraation syventämiseksi.

³³ Wilhelmsson 2006 c:911–913.

³⁴ Ks. esim. Ramsay 1984, Howells 2005:351–352 ja Micklitz 2007 b: 59.

³⁵ Stuyck ym. 2006:108 ja 122. Tällaista Euroopan yhteisöjen suosimaa markkinaneutraalina pidettävää sääntelyä on pidetty markkinoiden kannalta suotavana, koska siinä ei yrityksille sinänsä ole asetettu erityisiä noudatettavia vaatimuksia, mutta samalla on jossain määrin vastattu kuluttajansuojan tarpeisiin (Howells & Twigg-Flesner 2005:170 ja ks. myös Stuyck ym. 2006:108 sekä Donnelly & White 2007:282–282). Tosin sitä, miten paljon kuluttajat pystyvät hyötymään tästä lisääntyvästä informaatiosta perusteltujen ratkaisujen tekemisessä, voi pitää kyseenalaisena (esim. Howells 2005:349, van Dam & Budaite 2007:137 ja Donnelly & White 2007:283–284).

merkiksi sopimattoman mainonnan kieltämisestä ei päästy yksimielisyyteen.³⁶ Kyseisellä direktiivillä pyrittiin estämään harhaanjohtavana pidettävissä oleva mainonta, joskin jäsenvaltioille jätettiin melko vapaat kädet tämän harhaanjohtavuuden määrittelymiseksi. Tämä on osaltaan mahdollistanut sen, että eri jäsenvaltioissa erilaisista lähtökohdista ja historiallisesta kehityksestä johtuen on harhaanjohtavan mainonnan piirteiden määrittelytavoissa ollut huomattavia eroavuuksia.³⁷ Osittain direktiivin 1984/450/ETY em. puiteluonteesta johtuen yhteisön tasolla on myöhemmin annettu myös eräitä tuote- ja sektorikohtaisia markkinointi-informaatioon liittyviä direktiivejä³⁸. Esimerkiksi verkkokauppaa koskeva sääntely on, pyrkiessään ottamaan huomioon verkkokaupan erityispiirteet, ollut useaan, osittain päällekkäiseen, direktiiviin pohjautuvaa ja laajempaa kuin fyysisessä maailmassa tapahtuvaa liiketoimintaa koskeva sääntely³⁹. Vähäinen markkinointi-informaatiota koskevan sääntelyn harmonisointi on johtanut lisäksi lukuisaan määrään siihen liittyvää Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, joka on pohjautunut pääosin yhteisön vapaata liikkuvuutta koskeviin säännöksiin⁴⁰. Direktiivin 1984/450/ETY voi täten osaltaan katsoa aiheuttaneen sen, että rajat ylittävän kaupankäynnin sääntely-ympäristö on ollut vaikeasti ennakoitavissa sähköisen kaupankäynnin osapuolille. Myös Euroopan yhteisöjen komissio on tulevaisuuden kuluttajapolitiikkaa käsittelevässä konsultaatioprosessissa katsonut mainontaa ja markkinoiden antamaa informaatiota koskevassa sääntelyssä olevan huomattavia eroja jäsenvaltioiden välillä. Komissio on esittänyt, että nämä jäsenvaltioiden väliset eroavuudet lisäävät epävarmuutta ja vähentävät eurooppalaisten kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien halukkuutta osallistua jäsenvaltioiden rajat

³⁶ Micklitz 2004:45 ja Bakardjieva Engelbrekt 2007:54 sekä ks. myös Stuyck ym. 2006:110 sekä Wrona 2007:143. Direktiivin johdannossa tosin esitetään, että harhaanjohtavaa mainontaa koskevien säännösten tultua yhtenäistetyksi seuraavassa vaiheessa tulisi yhtenäistää myös sopimattomaa mainontaa koskeva sääntely (ks. 1984/450/ETY:johdanto).

³⁷ Direktiivin 1984/450/ETY pohjalta esimerkiksi kiellettyjä markkinointimenetelmiä lueteltiin eräissä jäsenvaltioissa suoraan lainsäädännössä, toisissa suosittiin yleisiä kieltoja joiden tulkinta ja määrittely jätettiin täysin tuomioistuimien oikeuskäytännön varaan ja eräissä jäsenvaltioissa itsesääntelyyn pohjautuvilla säännöstöillä oli suuri merkitys (Howells ym. 2006:3–5 ja 255, sekä Luhtasela 2007:73 alaviite 298. Ks. myös yleisesti eroista Schulze & Schulte-Nölke 2003 ja Abbamonte 2007:12–13). Toisaalta Reiner Schulze ja Hans Schulte-Nölke (2003:103) esittävät tutkimuksensa yhteenvedossa, että sääntelyn lopputuloksessa erot ovat pienet jäsenvaltioiden välillä.

³⁸ Ks. Micklitz 2004:46–47 ja Bakardjieva Engelbrekt 2007:54–55. Tällaisia ovat esim. ”Televiisio ilman rajoja” -direktiivi 89/552/EY, Etämyyntidirektiivi 1997/7/EY, tupakkatuotteiden valmistamista, esittämistä ja myyntiä koskeva direktiivi 2001/37/EY ja tupakkatuotteiden mainontaa ja sponsorointia koskeva direktiivi 2003/33/EY. Yleensäkin tällaisia tuote- ja sektorikohtaisia direktiivejä on kritisoitu mm. siitä, että ne pirstovat markkinoita (ks. Abbamonte 2007:14).

³⁹ Esim. Kiviniemi 2009:77 sekä Reich 2009:9–10.

⁴⁰ Bakardjieva Engelbrekt 2007:55.

ylittävään sähköiseen kaupankäyntiin⁴¹. Tähän liittyen kuuden vuoden valmistelu-
jen jälkeen näitä luottamuspulaa aiheuttavaksi epäiltyjä eroavuuksia on pyritty
vähentämään laaja-alaista yhdistettyä näkökulmaa ja uudenlaista eurooppalaista
kuluttajaoikeutta edustavalla sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevalla
maksimiharmonisointidirektiivillä 2005/29/EY⁴². Edellä mainittua perustelua sa-
notun direktiivin säätämisen tarpeelle ei voi kuitenkaan pitää pelkästään puheena
olevaa direktiiviä koskevana eikä ylipäänsä uutena⁴³. Joka tapauksessa tämän

⁴¹ Kom 2001/531 lopullinen: 5–10 sekä Kom 2003/356 lopullinen: 19, Euroopan yhteisöjen komissio Press Release IP/03/857 ja edelleen myös 2005/29/EY: johdanto 4–5. Jäsenvaltioista toiseen poikkeavien säännösten katsotaan yleensä muodostavan esteen erityisesti yritysten näkökulmasta rajat ylittävälle kaupankäynnille ja markkinointikampanjoille (ks. esim. Schulze & Schulte-Nölke 2003:94–100, Collins 2004:796, Wilhelmsson 2004:333 ja Howells ym. 2006:12). Kuluttajien näkökulmasta tässä viitataan jäsenvaltioista toiseen vaihteleviin kuluttajansuojan alaan liittyviin markkinointia koskeviin säännöksiin, jotka vähentävät kuluttajan luottamusta siihen, että ulkomaiset kauppiat toimivat tuttujen sääntöjen mukaisesti (ks. esim. Collins 2004:796).

⁴² Ks. myös esim. Collins 2004:787–788 sekä Micklitz 2009 b:230. Toisaalta sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin puuttumista pelkästään yhteisön tasoisella direktiivillä on kritisoitu siitä näkökulmasta, että sopimattomat kaupalliset menettelyt eivät ole ainoastaan eurooppalainen vaan pikemminkin yleismaailmallinen ongelma (Micklitz 2007:253 ja ks. myös Coteanu 2005:208).

⁴³ Kuluttajien luottamuksen puutteesta aiheutuvaa haluttomuutta osallistua rajat ylittävään kaupankäyntiin komissio on käyttänyt usean direktiivin säätämistarpeen perusteluna (ks. Wilhelmsson 2004:320–324). Voidaan katsoa, että komissio on hyödyntänyt myös elinkeinonharjoittajien samaa haluttomuutta rajat ylittävään kaupankäyntiin perusteluna direktiivissä noudatettaville maksimiharmonisointipyrkimyksille (Howells 2007:108). Samaa perustelua on hyödynnetty myös direktiivin 2005/29/EY jälkeenkin, esim. kuluttajan oikeuksia koskevan direktiivin säätämistarpeelle (ks. Kom 2008/614 lopullinen:12) ja Euroopan kuluttajapoliittisen strategian 2007–2013 tarpeellisuuden perusteluna (Kom 2007/99:4–5). Esimerkiksi Hans-Wolfgang Micklitz (2009:421) onkin katsonut, että EU:lle koko kuluttajaoikeudella on vain välineellinen merkitys integraation syventämiseksi. Näkemystä, jonka mukaan yhtenäisellä yhteisön tason sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevalla sääntelyllä olisi mahdollista vaikuttaa kuluttajien luottamukseen rajat ylittävään kaupankäyntiin on kirjallisuudessa kannatettu (esim. Radeideh 2005:286) ja myös kritisoitu. Kritisoijat ovat kiinnittäneet huomiota mm. kuluttajien vähäiseen tietämykseen jo pelkästään kotimaisesta lainsäädännöstä sekä jäsenvaltioiden erilaisten oikeusjärjestelmien hitaaseen tosiasialliseen yhdentymiseen (esim. Wilhelmsson 2004:325–328 ja Howells ym. 2006:35–36 sekä 244–245). On esitetty, että käyttäjiä karkottaa kansalliset rajat ylittävästä kaupankäynnistä lainsäädäntötietämyksen sijaan muut syyt, kuten kieleen, kulttuuriin, välimatkoihin ja teknisiin säännöksiin liittyvät perusteet (Smits 2009:575–576). Kuluttajaoikeuden mahdollisuuksiin liittyen esimerkiksi Howells ym. (2006:245) uskovat, että luottamuksen tiellä ovat pikemminkin oikeuden saatavuutta (engl. access to justice) ja vastapuolen saavutettavuutta koskevat ongelmat. On esitetty, että puheena olevan direktiivin lisäksi luottamuksen lisäämiseksi tulisi lisätä myös mm. riidanratkaisujärjestelmiä koskevaa sääntelyä (Stuyck ym. 2006:115 ja katso myös yleisesti Viitanen 2004:438–439). Toisaalta kirjallisuudessa ei ole myöskään täysin tyrmätty direktiivin luottamusta lisäävää vaikutusta. On mainittu, että mediahuomio ja tiedottaminen direktiivistä (2005/29/EY) saattavat johtaa tietoisuuden kasvuun EU-tasoisien sopimattomia kaupallisia menettelyjä sääntelevän lainsäädännön olemassaolosta. Tämän puolestaan on katsottu, sääntelyn yksityiskohtien tietämisen sijaan, voivan johtaa myös luottamuksen kasvuun yhtenäisiä sisämarkkinoita kohtaan (Howells ym. 2006:246–247 ja ks. myös informaation merkityksestä

direktiivin voi katsoa käytännössä jatkavan direktiivistä 1984/450/ETY vuonna 1984 alkanutta ”hyvän kauppatavan” (engl. fair trading) -periaatteen yhtenäistämistä ja sisällyttämistä jäsenvaltioiden lainsäädäntöihin⁴⁴.

1.1.3 *Direktiivin 2005/29/EY taustaa ja tavoitteita*

Tutkimuksen kohteena olevan direktiivin kehittäminen lähti liikkeelle komission kuluttajapolitiikan toimintasuunnitelmasta vuosille 1999–2001, jossa komissio ilmoitti tarkastelevansa mm.: ”onko mahdollista luoda hyvän kauppatavan mukaista kaupankäyntiä koskevat yleiset lainsäädäntöpuitteet”⁴⁵. Ensimmäinen ehdotus direktiiviksi valmistui kesäkuussa 2003, jota voidaan pitää direktiivin valmisteluasiakirjana⁴⁶. Yhteisymmärrykseen direktiivin sisällöstä päästiin tämän jälkeen vajaassa kahdessa vuodessa ja puheena oleva maksimiharmonisointiin pyrkivä direktiivi annettiin toukokuussa 2005.

Kuluttajansuojaan liittyviä direktiivejä on ollut mahdollista antaa pääosin sisämarkkinoiden kehittämiseen tähtäävien Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen artiklojen pohjalta, sillä direktiivejä on käytetty erityisesti sisämarkkinoita koskevien säännösten luomiseen⁴⁷. Myös tämä direktiivi (2005/29/EY) on annettu sisämarkkinoiden kehittämiseen ja toimivuuden parantamiseen pyrkivän Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen Nizzan sopimuksen mukaisen artiklan 95 (nykyisen Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 114 artiklan) pohjalta⁴⁸. Täten voisi katsoa, että direktiivin tavoitteena ei ole ensisijaisesti kuluttajansuojan kehittäminen, vaan sisämarkkinakaupan esteiden poistaminen, joiden tosin katsotaan haittaavan myös kuluttajia esim. korkeampien hintojen muodossa⁴⁹. Lisäksi direktiivi pohjautuu kuitenkin myös Amsterdamin sopimuksen myötä Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen muutettuun artiklaan 153 (nykyisen Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen artiklaan 169), jossa yhteisön tavoitteeksi asetetaan korkean kuluttajansuojan tason saavuttaminen. Pelkästään

yleisesti Radeideh 2005:183–220 ja Kaasalainen 2008:22–27). Joka tapauksessa direktiivin mukanaan tuoma yksityiskohtaisempi kansallinen sääntely lienee, kuten Suomessa lainsäätäjä on todennut, omiaan lisäämään ainakin kansallisella tasolla markkinatoimijoiden kesken ennakoitavuutta ja siten myös oikeusvarmuutta (ks. HE 32/2008:16).

⁴⁴ Coteanu 2005:174.

⁴⁵ Kom 1998/696 lopullinen: 19

⁴⁶ Ks. Kom. 2003/356 lopullinen.

⁴⁷ Saarinen 1998:526, Joutsamo ym. 2000:69, Otken Erikson & Öberg 2007:94, Tala 2005:67, Raitio 2006:17.

⁴⁸ Euroopan yhteisöjen perustamissopimus: 95 Art. (nykyään Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen artikla 114).

⁴⁹ Ks. 2005/29/EY:johdanto 4–5 ja Collins 2004 b:23–24.

em. artiklan 153 (nyk. 169 artiklan) varaan täysharmonisointiin pyrkivää direktiiviä ei olisi voinut luodakaan, koska sen kohta 5 (nyk. kohta 4) rajaa kuluttajansuojasäännökset vähimmäissäännöksiksi.⁵⁰

Direktiivin keskeinen tavoite on poistaa sisämarkkinoiden toiminnan esteitä, jollaisten katsotaan aiheutuvan mm. keskenään poikkeavista kansallisista kuluttajalainsäädännöistä. Samanaikaisesti pyrkimyksenä on myös kieltää sopimattomat kuluttajien taloudellisia etuja välittömästi vahingoittamaan pyrkivät kaupalliset menettelyt, joka on yksi direktiivin sisältämistä monista uusista käsitteistä⁵¹, sekä suojata kuluttajia näiden menettelyiden olennaisilta seurauksilta.⁵² Toisin sanoen direktiivi pyrkii tasapainottelemaan sekä markkinoiden etujen ja kuluttajien lainsäädännöllisen suojan kehittämisen välillä⁵³. Tähän liittyen on esitetty myös näkökulma direktiiviin yksipuolisemmista tavoitteista. Kyseisen näkökulman mukaan direktiivin tavoitteet liittyvät pääasiallisesti vain yhteisien sisämarkkinoiden kehittämiseen kuluttajansuojan toimiessa kullissina näille tavoitteille⁵⁴. Joka tapauksessa tavoitteeseen direktiivissä 2005/29/EY pyritään keskitetysti uudelleen järjestämällä ja yhtenäistämällä keskeinen osa markkinointisäännöksistä Euroopan unionin jäsenvaltioissa. Tätä tavoitetta vaikeuttaa se, että alaa leimaavat paikoin pitkät perinteet ja huomattavat eroavuudet jäsenvaltioiden välillä⁵⁵.

⁵⁰ Euroopan yhteisöjen perustamissopimus: 153 (nyk. 169) Art. sekä ks. myös esim. Stuyck ym. 2006:113 ja alaviite 32. Kuluttajadirektiivien säätämistä näihin artikloihin vedoten on pidetty kyseenalaisena menettelynä kirjallisuudessa (ks. esim. Weatherill 2007:117–120 ja ks. myös Howells & Twigg-Flesner 2005:171).

⁵¹ Direktiivissä käytettyjen uusien käsitteiden tavoitteena voi katsoa olevan pyrkimys luoda perinteisiin oikeuskäsitteisiin liittyvistä kansallisista tulkinnoista vapaat neutraalit eurooppalaiset käsitteet (Collins 2010:92). Kyseenalaista kuitenkin on, pystyvätkö tuomioistuimet tulkitsemaan näitä käsitteitä irrallaan kansallisista tulkintataustoista (van Dam & Budaite 2007:137).

⁵² 2005/29/EY: johdanto 3–6. Tätä rajausta pelkästään kuluttajan taloudellisia etuja välittömästi rajoittaviin menettelyihin on kritisoitu kirjallisuudessa yhtenä direktiivin puutteena, joka rajaa useita välittömästi taloudellisiin seikkoihin vaikuttamattomia asioita direktiivin ulkopuolelle (ks. esim. Twigg-Flesner ym. 2005:13 ja Keirsbilck 2009:558 ja rajauksesta Griffiths 2007:197). Kirjallisuudessa on edelleen katsottu tähän rajaukseen liittyen, että menettelyn olakseen direktiivin merkityksessä kuluttajien taloudellisia etuja välittömästi vahingoittava, tulee olla omiaan kohdistumaan useaan kuluttajaan ja lisäksi vaikutuksen tulee kohdistua suoraan kuluttajiin eikä esimerkiksi epäsuorasti toisen yrityksen toiminnan kautta (ks. Howells ym. 2006:69–70 ja ks. myös 2005/29/EY: johdanto 6).

⁵³ Ks. myös Weatherill & Bernitz 2007:8. Toisaalta direktiivin voi katsoa tasapainoilevan myös elinkeinonharjoittajien sananvapauden ja kuluttajien etujen välillä (ks. yleisesti mainonnan sananvapaussuojasta yhteisön oikeudessa Hoikka 2006).

⁵⁴ Howells & Twigg-Flesner 2005:171 ja 173 sekä Bernitz 2007:37 ja ks. myös Radeideh 2005:255 sekä Micklitz 2009:422. Ulf Bernitz (2007:37 ja 40–41). katsoo direktiivin olevan suunnattu erityisesti tiukkana pidettyä Saksan sopimattoman kilpailun vastaista lakia (UWG) ja eräiden jäsenvaltioiden korkeaa kuluttajansuojaa tarjoavia säännöksiä vastaan

⁵⁵ 2005/29/EY:johdanto 3 ja 6. Ks. myös Euroopan yhteisöjen komissio Press Release IP/03/857, Bakardjieva Engelbrekt 2007:47, Bernitz 2007:45–46, Howells 2007:103 ja Otken

Direktiiviä 2005/29/EY voidaan pitää yhtenä tähänastisen Eurooppa-oikeuden ja kuluttajaoikeuden keskeisenä direktiivinä mm. siksi, että se kattaa lähes kaikki kaupalliset menettelyt kuluttajakaupassa^{56, 57}. Vaikka direktiivi koskee kaikkia kuluttajakaupan muotoja direktiivillä lienee, kuten kirjallisuudessa on esitetty, todellinen mahdollisuus vaikuttaa yhtenäistävasti eurooppalaisen kaupankäynnin kulttuuriin ja tapoihin pääosin vain juuri verkkokaupassa, jossa käytännöt ja menettelytavat etsivät vielä osittain muotojaan ja jossa myös uuden tekniikan mahdollistamat sopimattomat menettelytavat ovat helposti toteutettavissa⁵⁸. Rajat ylittävän verkkokaupan ja sisämarkkinoiden kuluttajille ja verkkokauppiaille tarjoamien suurten mahdollisuuksien vuoksi olisi hyödyllistä tutkia ja edistää tietämystä direktiivin 2005/29/EY vaikutuksista sähköisen kaupankäynnin sääntelyyn ja sääntelyn yhtenäistymiseen Euroopan unionissa sekä selvittää myös direktiivin mahdollisesti aiheuttamia ongelmia kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien väliseen verkkokauppaan liittyvien ristiriitojen ennakoimiseksi ja ehkäisemiseksi.

1.2 Tutkimuksen toteutus

1.2.1 Tutkimusongelma ja tutkimuksen rajaus

Tutkimuksessa selvitetään direktiivin 2005/29/EY vaikutusta lähinnä rajat ylittävän kuluttajaverkkokaupan (engl. business to consumer) sääntelyyn Euroopan unionissa. Kattavan kuvan saamiseksi näiltä osin huomiota kiinnitetään erityisesti direktiivin keskeisiin artikloihin 5–9⁵⁹ sekä edellä mainittuja artikloja osin konkreettiseen direktiivin liitteeseen I pohjautuvaan sääntelyyn. Edellä esitetty tutkimuskysymys jakaantuu edelleen kysymykseen direktiivin em. säännösten sijoit-

Erikson & Öberg 2007:101. Ks. myös yleisesti Collins 2010:90. Direktiivin johdannossa (kohta 13) todetaankin olevan tarpeen: ”korvata jäsenvaltioiden erilaiset voimassa olevat yleislausekkeet ja oikeusperiaatteet.” Osaltaan direktiivin tavoitteen merkittävyyttä kuvaakin se, että yksistään jo kansallisella tasolla direktiivin alaan liittyvien kysymysten sääntelyä on pidetty vaikeana (Howells 2007:103).

⁵⁶ Esimerkiksi Euroopan parlamentti (2009:2 ja 11) on korostanut direktiivin merkitystä EU:n kuluttajalainsäädännön alalla ja myös sähköisen kaupankäynnin kehittämiseksi. Direktiivin merkitystä on korostettu myös kirjallisuudessa (Esim. Howells ym. 2006:xiii, Wilhelmsson 2006 b:219 ja 227, Bernitz 2007:33, Griffiths 2007:196, Weatherill & Bernitz 2007:5 ja Collins 2010:89 ja 91).

⁵⁷ Seuraavana merkitykseltään yhtä laaja-alaisena voisi pitää ehdotettua direktiiviä kuluttajan oikeuksista (Kom 2008/614 lopullinen).

⁵⁸ Ks. Coteanu 2005:175 ja Howells ym. 2006:258.

⁵⁹ Ks. esim. Howells 2007:105.

tumisesta suhteessa aiempaan verkkokauppaa koskevaan yhteisön tason sääntelyyn sekä kysymykseen direktiivin toimeenpanosta kansallisella tasolla.

Sähköinen kaupankäynti on mahdollista määritellä ja jaotella usealla tavalla⁶⁰. Direktiivin vaikutus juuri epäsuoraan kuluttajaverkkokauppaan on valittu tutkimuskohteeksi lähinnä siksi, että epäsuora kuluttajaverkkokauppa on ollut yleisin kuluttajaverkkokaupan muoto kattaen esimerkiksi lähes 2/3 kuluttajien käymästä verkkokaupasta vuonna 2004⁶¹. Nykyään tutkimuksen kohteena olevassa rajat ylittävässä kuluttajakaupassa ulkomaisen verkkokaupan osuus on Suomessa suurin juuri sellaisissa tuoteryhmissä, jotka liittyvät pääosin epäsuoraan kuluttajaverkkokauppaan⁶². Tutkimuksen kohteena olevalle epäsuoralle verkkokaupalle (engl. indirect electronic commerce) on luonteenomaista, että liiketoimen osista markkinointi, sopimuksen tekeminen ja maksaminen suoritetaan tietoverkon välityksellä. Sen sijaan ostetun fyysisen tavaran toimitus ostajalle suoritetaan epäsuorassa verkkokaupassa tietoverkon ulkopuolella käyttäen perinteisiä menetelmiä, kuten postia tai muuta kuljetuspalvelua.⁶³ Täten huomion kohteena on kaupankäynti, jossa yritykset myyvät fyysisiä tuotteita kuluttajille⁶⁴. Käytännössä tutkimuksessa keskitytään siis sellaisen verkkokaupan sääntelyyn, jonka kohteena ovat irtaimet fyysiset esineet. Tutkimus rajautuu tämän lisäksi avoimen Internet tietoverkon kautta käytävään yleiseen kaupankäyntiin, joten ei-avoimissa tietoverkoissa harjoitettava kaupankäynti samoin kuin myös yksittäisille vastaanottajaryhmille suunnatun kaupankäynnin ja yksittäisten tuoteryhmien sekä yksittäisillä verkkosivustoilla tapahtuvaa kaupankäyntiä koskevat säännökset ja käytännöt jäävät pääosin tutkimuksen ulkopuolelle⁶⁵.

⁶⁰ Ks. esim. Østergaard 2003:18–20 ja Schaub 2004:4–6 sekä 9–11.

⁶¹ Tilastokeskus 2004: 16–18. Tosin nykyään erilaisten palveluiden ja sisältöjen verkkokaupan yleistyttyä suora verkkokauppa on Suomessa kotimaisessa kaupankäynnissä taloudelliselta arvoltaan ohittanut epäsuoran verkkokaupan (TNS Gallup ym. 2011).

⁶² Tällaisia tuoteryhmiä ovat mm. urheiluvälineet, erikoisharrastuksiin liittyvät tuotteet ja lemmikkieläintarvikkeet (ks. TNS Gallup ym. 2011).

⁶³ Verkkokaupan jaottelu suoraan ja epäsuoraan otettiin käyttöön Euroopan yhteisöjen komission tiedonannossa 1997/157. Näistä epäsuoran verkkokaupan voi katsoa olevan toteutustavaltaan eräänlainen välimuoto perinteisen postimyynnin ja suoran verkkokaupan välillä (ks. myös Kärkkäinen 2005:21).

⁶⁴ Yksilöllä voi olla useita rooleja yhteiskunnassa. Tässä tutkimuksessa yksilöitä käsitellään pääosin liittyen sellaiseen kuluttajarooliin, jonka keskeisenä piirteenä pidetään yleensä rahan käyttämistä muussa kuin elinkeinon tai ammatinharjoittamisen yhteydessä. (Ks. Bärlund 2002:24–42 ja Ämmälä 2006:14–15. Ks. myös direktiivin määritelmä 2005/29/EY: 2 (a) Art.). Toisaalta direktiivi 2005/29/EY koskee vain pääosin kuluttajankauppaa, joten samalla akselilla muunlaiset rajaukset eivät olisi käytännöllisiä.

⁶⁵ Tutkimuksessa perehdytään verkkokauppaan, jota kuluttajien oletetaan käyvän nimenomaan kiinteässä paikassa sijaitsevaa verkkoyhteyttä hyödyntävän tietokoneen välityksellä. Täten tutkimuksen ulkopuolelle jää mobiiliviestimien, kuten mm. älypuhelimien välityksellä käytävä verkkokauppa, siltä osin kuin se eroaa tietokoneella käytävästä kaupankäynnistä. Yleensä

Direktiivi 2005/29/EY, kuten muutkin Euroopan yhteisöjen direktiivit, velvoittaa Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 288. artiklan (aiemman Nizzan sopimuksen mukaisen Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen 249. artiklan) mukaan jäsenvaltioita vain sisältämiensä lainsäädäntötavoitteiden osalta jättäen täytäntöönpanon muodot ja keinot jäsenvaltioiden päätettäväksi⁶⁶. Tästä syystä direktiivin vaikutuksien tutkimiseksi on direktiivin ohella hyödyllistä perehtyä siihen, miten direktiivi on saatettu voimaan ja mahdollisesti miten direktiiviin pohjautuvia säännöksiä sovelletaan kansallisella tasolla⁶⁷. Puheena olevan direktiivin osalta jäsenvaltioiden liikkumavapautta näiltä osin rajoittaa kuitenkin se, että direktiivi pyrkii keskeisten säännösten osalta täysharmonisointiin toisin kuin useimmat aiemmat kuluttajansuojadirektiivit⁶⁸. Joka tapauksessa direktiivin kansalliset täytäntöönpanotavat, jotka juontavat erilaisista kansallisista oikeuskulttuureista sekä erilaiset kansalliset oikeusperiaatteet vaikuttanevat silti osaltaan siihen, miten direktiiviä sovelletaan kansallisella tasolla⁶⁹. Myös oikeusseuraamukset säännösten rikkomisesta ja keinot niihin vetoamiseksi ovat perinteisesti vaihdelleet markkinaoikeuden alaa koskien melko huomattavastikin eri jäsenvaltioissa kunkin oikeusjärjestyksen oikeusperinteiden mukaisesti⁷⁰. Vaikkakin käytettävissä olevilla oikeussuojakeinoilla on luonnollisesti merkitystä säännösten soveltamisen tehokkuuteen, tässä tutkimuksessa ne sekä säännösten rikkomuksista säädetty kansalliset seuraamussäännökset rajautuvat suurelta osin tutkimuksen ulkopuolelle tutkimuksen rajautuessa lähinnä direktiivin keskeisiin kaupallisia menettelyjä koskeviin säännöksiin⁷¹.

ottaen tällaisen mobiiliviestinnän keskeisten erojen kiinteästä paikasta tapahtuvaan viestintään nähden katsotaan juontuvan sen riippumattomuudesta ajasta ja maantieteellisestä sijainnista (ks. Kopomaa 2000:43–52 ja 118–122).

⁶⁶ Sopimus Euroopan unionin toiminnasta: 288 Art. Kuluttajansuojan alalla täytäntöönpanon muotoa koskevat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen mukaan tiukemmat vaatimukset. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on katsonut kuluttajasopimusten kohtuuttomia ehtoja koskevan direktiivin 1993/13/ETY täytäntöönpanoa Alankomaissa koskien, että kansallinen vakiintunut oikeuskäytäntö, jolla tulkitaan kansallisen oikeuden säännöksiä yhdenmukaisesti direktiivissä säädettyjen edellytysten kanssa: "[...] ei voi olla riittävän selvää ja täsmällistä, jotta sillä täytettäisiin oikeusvarmuuden vaatimukset. Lisäksi on todettava, että tämä pätee erityisesti kuluttajien suojan alalla (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 144/1999:21)".

⁶⁷ Ks. myös Twigg-Flesner & Parry 2007:215 ja 231.

⁶⁸ Ks. tarkemmin tämän tutkimuksen luvusta 2.

⁶⁹ Esim. Bernitz 2007:46 ja Willett 2010:250.

⁷⁰ Ks. tarkemmin Schulze & Schulte-Nölke 2003:82–90 sekä 103.

⁷¹ Direktiivissä jäsenvaltiot veloitetaan kuluttajadirektiiveille tyypillisesti huolehtimaan, että tarjolla on "riittävät ja tehokkaat keinot" direktiivin noudattamisen varmistamiseksi. (2005/29/EY:11 Art.). Tällä tarkoitetaan, kuten useassa muussakin kuluttajansuojadirektiivissä, että asianosaisille tulee tarjota mahdollisuus ryhtyä oikeustoimiin tai tehdä valitus asianomaiselle viranomaiselle direktiivin alaan kuuluvista menettelyistä (2005/29/EY:11 Art. ja ks. myös Twigg-Flesner ym. 2005:48). Myös seuraamusten osalta direktiivissä todetaan kulut-

EU:n jäsenvaltioiden huomattavan lukumäärän vuoksi tässä tutkimuksessa ei ole mahdollista perehtyä direktiivin vaikutuksiin verkkokaupan sääntelyyn kaikissa jäsenvaltioissa. Tästä syystä tutkimus on myös näiltä osin maantieteellisesti rajattu. Täten tutkimuksessa keskitytään direktiivin vaikutuksiin vain pääosin tietyissä jäsenvaltioissa. Tällaisiksi keskeisiksi tutkimuksen kohdealueiksi jäsenvaltioista on valittu kansallista näkökulmaa tuovan Suomen ohella Saksa ja Englanti. Kyseisten jäsenvaltioiden valintaa puoltaa mm. se, että näissä kolmessa jäsenvaltiossa etämyynti on kaikki kanavat mukaan lukien Ruotsin jälkeen suhteellisesti yleisintä Euroopan unionissa⁷². Sen lisäksi, että Saksalla ja Englannilla on myös suuri taloudellinen ja poliittinen merkitys Euroopassa, niiden toteuttaman direktiivin alaa koskevan sääntelyn valitseminen tutkimuskohteeksi on hyödyllistä myös siksi, että kyseisten jäsenvaltioiden voi katsoa edustavan yleisesti käytössä olevan oikeusperheluokittelun mukaan länsimaisen oikeuskulttuurin kahta eri oikeusperhettä. Tämä on yleensä omiaan johtamaan erilaisiin sääntelyratkaisuihin ja täten myös omiaan antamaan laajemman kuvan direktiivin erilaisista mahdollisista toimeenpanotavoista välillisesti myös muissakin jäsenvaltioissa^{73, 74}. Näissä

tajadirektiiveille tyypillisesti, että niiden on oltava ”tehokkaita, oikeasuhteisia ja varoittavia” (2005/29/EY:13 Art.).

⁷² Euroopan yhteisöjen komissio 2011:19. Lisäksi eräissä kysymyksissä tutkimuksissa perehdytään myös Ruotsissa toteutettuihin sääntelyratkaisuihin.

⁷³ Ks. eri oikeusperheistä esim. David 1982:22–27 ja katso myös Mattila 2002:168. Oikeusperheiden käsite juontuu jo Montesquieun kirjoituksista 1700-luvulta. Oikeusjärjestyksien luokittelu oikeusperheisiin niiden historiallisten ominaispiirteiden pohjalta on ollut keskeinen piirre oikeusvertailevissa tutkimuksissa. Tosin oikeusperheisiin tapahtuvan luokittelun käytännöllisyydestä on viime aikoina virinnyt myös keskustelua, koska luokittelua on pidetty liian staattisena aikana, jolloin kansallisvaltioiden luonne on muuttumassa. (Ks. de Cruz 1995:26 ja Husa 2001:81. Ks. myös Hahto 2001:1305–1306).

⁷⁴ Tutkimuksen kohteena olevista jäsenvaltioista Suomessa ja erityisesti Saksassa sääntely on perinteisesti ollut systemaattista ja yleisluontoista, joskin Saksassa painopiste on pitkään ollut yritysten välisessä kaupankäynnissä. Saksassa sopimattomien kaupallisten menettelyjen sääntely ei ole aiemmin eriytnyt erikseen osapuolten mukaan (kuten ei monessa muussakaan valtiossa), vaan niitä on säännelty suurelta osin sopimattoman kilpailun vastaisella lailla (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ”UWG”), joka alkujaan annettiin vuonna 1896. Kyseisellä lailla on pyritty sääntelemään kilpailua kokonaisuudessaan ja kattamaan sekä yritysten väliset menettelyt että yritysten kuluttajille suuntaamat menettelyt (Schulze & Schulte-Nölke 2003:11 ja 13 sekä ks. myös Tiili 1979:14–20, Bernitz 2007:34, Luhtasela 2007:73 alaviite 298 ja Micklitz 2007 b:53–54). Suomessa puolestaan sopimattomia kaupallisia menettelyjä on säännelty erikseen kuluttajakauppaa koskien vuodesta 1978 lähtien kuluttajansuojalalla ja yritysten välistä kaupankäyntiä koskien vuodesta 1930 lähtien lailla vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi ja vuodesta 1979 sen korvanneella lailla sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa. Edellisen lain esikuvana oli edellä mainittu Saksan sopimattoman kilpailun vastainen UWG-laki. Suomessa ja Saksassa sääntely on pohjautunut sopimattomat menettelyt kieltävään yleislausekkeeseen, Suomessa erikseen kuluttajakauppaa ja yritysten välistä kaupankäyntiä koskien. Lisäksi molemmissa valtioissa sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevaa sääntelyä on aiemmin täydennetty myös sektorikohtaisella lainsäädännöllä. (Schulze & Schulte-Nölke 2003:11, 13 ja 18–19 sekä Tiili 1979: 4, 8–9 ja 67–70 ja 96–101, Rissanen 2006:84–85

em. jäsenvaltioissa direktiivin pohjalta tehtyjen sääntelyratkaisujen lisäksi tutkimuksessa sivutaan tietyin osin myös muissa jäsenvaltioissa direktiivin 2005/29/EY pohjalta tehtyjä ratkaisuja ja syntyneitä oikeuskäytäntöä. Tavoitteena on tällä tavoin saada laajempi kuva direktiivin vaikutuksista rajat ylittävän kuluttajaverkkokaupan sääntelyyn.

Direktiiviä voi pitää laaja-alaisena, sillä se kattaa eräin poikkeuksin lähes kaikki kaupalliset menettelyt kuluttajakaupassa. Direktiivin laaja-alaisuudesta johtuen myös tutkimuksen rajausta direktiivin keskeisiin säännöksiin kuluttajaverkkokauppaan liittyen voi pitää melko väljänä⁷⁵. Laajasta rajauksesta on osittain seurauksena se, että tutkimuksessa ei ole mahdollista perehtyä yhtä seikkaperäisesti laaja-alaisen direktiivin erilaisiin näkökohtiin kuin pienempiin osa-alueisiin perehtyvissä tutkimuksissa⁷⁶.

Komissio on katsonut jäsenvaltiosta toiseen vaihtelevan kuluttajalainsäädännön, esimerkiksi teettämänsä Flash Eurobarometri kyselytutkimukseen (n. 186) pohjautuen, haittaavan rajat ylittävän kaupankäynnin, verkkokauppa mukaan lukien, kehitystä⁷⁷. Komission mukaan yhtenäisten säännösten puute saa kuluttajat epä-

ja Luhtasela 2007:73 alaviite 298). Laajojen abstraktien ja yleisluontoisten yleislausekkeiden käyttö on kuitenkin luonut romaanis-germaanisissa oikeusjärjestyksissä, kuten Saksassa ja Suomessa, oikeudellisen tulkinnan tarvetta, mikä on johtanut siihen, että em. kysymysten sääntely on pohjautunut suurelta osin yleislausekkeitä tulkitsevaan laajaan oikeuskäytäntöön. Merkittävällä sijalla Suomessa ovat lisäksi olleet myös kuluttajaviranomaisten ja eritoten kuluttaja-asiamiehen tulkinnat. (Ks. Schulze & Schulte-Nölke 2003:102 ja myös Majuri 2003:3 sekä Wilhelmsson 2006 c:918).

Tutkimuksen kohteena olevista jäsenvaltioista Englannin voi katsoa edustavan common law -oikeusperhettä muuten suurelta osin romaanis-germaanisessa EU:ssa. Hieman yleistäen Englannissa sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva sääntely on ennen direktiivin tuomia muutoksia ollut hajanaista ja epäsystemaattista. Sääntelyssä on pyritty common law -perinteen mukaisesti ratkaisemaan yksittäisiä ongelmia sitä mukaa kuin niitä on esiintynyt ja tästä seurauksena näiltä osin sääntely on ollut yksityiskohtaista. Suoranaista yleistä sopimattomat kaupalliset menettelyt kieltävää säännöstä ei Englannissa ole ennen direktiivin toimeenpanoa ollut. (Schulze & Schulte-Nölke 2003:12 ja 16, Weatherill 2003:1–5 ja 14–17, van Dam & Budaite 2007:123–124 sekä Keirsbilck 2009:511. Ks. myös Tiili 1979:20–24, Mattila 2002:431–433, Howells 2007:109 ja esitetyt lähteet sekä ks. myös sekä Luhtasela 2007:73 alaviite 298 ja Twigg-Flesner & Parry 2007:233). Kaikkiaan sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva sääntely on myös Englannissa pohjautunut huomattavassa määrin oikeuskäytäntöön (Schulze & Schulte-Nölke 2003:102).

⁷⁵ Tosin myös muita puheena olevaa direktiiviä tai sen toimeenpanoa kokonaisuutena käsitteleviä laaja-alaisia tutkimuksia on ilmestynyt direktiivin julkaisemisen jälkeen (ks. esim. Howells ym. (2006), jotka käsittelevät direktiiviä 2005/29/EY kokonaisuutena ja Verkade (2009), joka käsittelee direktiivin vaikutusta Hollannin lainsäädäntöön).

⁷⁶ Ks. tällaisista esimerkkinä Büllersbach (2008), joka käsittelee tutkimuksessaan direktiivin 2005/29/EY liitteen I kohtia 1–23 ja Caruso (2009), joka käsittelee tutkimuksessaan direktiivin artiklojen 8 ja 9 toimeenpanoa Italiassa.

⁷⁷ Kom 2006/744 lopullinen: 7.

varmoiksi oikeuksistaan ja heikentää heidän luottamustaan sisämarkkinoihin⁷⁸. Tähän liittyen direktiivillä 2005/29/EY on pyritty poistamaan näitä eroja yhtenäistämällä kaupallisten menettelyjen sääntelyä yhteisön alueella. Yhtenäisten säännösten lisäksi markkinoiden tehokas toiminta edellyttää, että markkinoilla toimivat osapuolet ovat myös tietoisia noudatettavista säännöistä. Tässä tutkimuksessa tavoitteena on edistää tätä tietoisuutta pyrkimällä selvittämään, millainen vaikutus direktiivillä 2005/29/EY on rajat ylittävän kuluttajaverkkokaupan sääntelyyn EU:ssa.

Tutkimuksen lähtökohtaoletuksena on, että direktiivin (2005/29/EY) mahdollinen yhtenäistävä vaikutus kuluttajaverkkokaupan toimintaympäristöön riippuu monesta seikasta. Tällaisia ovat erityisesti yhteisön tasolla varsinaiset alakohtaiset sähköiseen kaupankäyntiin liittyvät vähimmäisdirektiivit ja kansallisella tasolla direktiivin toimeenpanon toteutustapa ja erilaiset kansalliset oikeuskulttuurit.

1.2.2 Tutkimusmetodi

Kuluttajaverkkokauppaan liittyviin kaupallisiin menettelyihin ja niiden sääntelyyn sisältyy monenlaisia huomioonotettavia näkökohtia. Tähän vaikuttaa mm. se, että tietoverkko kaupankäyntivälineenä tuo tietotekniset ratkaisut keskeiseksi osaksi kaupankäyntiä ja se, että kauppapaikan siirtyminen biteiksi tietoverkkoon mahdollistaa elinkeinonharjoittajalle uudenlaisia tapoja toimia kuluttajakaupassa. Tutkimuksessa otetaan huomioon näitä erilaisia näkökohtia, jotka sivuavat oikeustieteen lisäksi taloustiedettä ja tietojenkäsittelytiedettä.

Metodologisesta näkökulmasta tutkimus on oikeustieteellinen ja toteutetaan lainopillista menetelmää käyttäen. Menetelmää hyödynnetään tutkittaessa sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin 2005/29/EY ja sen toimeenpanevien oikeussääntöjen sisältöä. Tutkimustehtävä pyritään toteuttamaan tutkimuskohteen systematisoinnin ja tulkinnan avulla, joita pidetään lainopillisen menetelmän perustehtävinä⁷⁹. Systematisoinnin tavoitteet ja merkitys voivat vaihdella huomattavasti eri tutkimuksissa⁸⁰. Tässä tutkimuksessa systematisointi liittyy sopimattomien kaupallisten menettelyjen sääntelyn rakenteen määrittämiseen puheena olevan direktiivin pohjalta ja toisaalta myös sopimattomien kaupallisten menettelyjen sääntelyn asemoimiseen osaksi muuta markkinaoikeudellista ja kuluttajansuojaan liittyvää verkkokaupaa koskevaa sääntelyä. Systematisointi on

⁷⁸ Myös esim. 2005/29/EY: johdanto 4.

⁷⁹ Ks. lainopillisesta menetelmästä Aarnio 1989:48, 288 ja 304 ja Peczenik 1995 b:260 ja 312.

⁸⁰ Annola 2005:35.

yleensä vuorovaikutuksessa tulkinnan kanssa⁸¹. Myös tulkintaa voidaan suorittaa useasta lähtökohdasta käsin⁸². Tässä tutkimuksessa tulkinnalla pyritään selvittämään tutkimuksen kohteena olevien säännöksiin sisältöä ja tarjota tulkintavaihtoehtoja niiden soveltamisesta kuluttajaverkkokaupassa. Tavoitteena on täten tulkita sitä, miten säännökset vaikuttavat kuluttajaverkkokaupan sääntelyyn.⁸³

Tutkimus kohdistuu ensisijaisesti sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevaan direktiiviin ja sen keskeisiin säännöksiin. Erityisesti pyritään tutkimuskysymykseen liittyen huomiota kiinnittämään niihin säännöksiin, jotka tuovat tosiasiallisesti uutta verkkokaupan sääntelyyn, sillä sääntely ei lähde liikkeelle tyhjiöstä. Tähän liittyen tutkimuskysymyksen mukaisesti direktiiviä tarkastellaan rinnan pääosin aiempien yhteisön tason verkkokauppaa koskevien keskeisten säännösten kanssa. Tällaisia ovat lähinnä harhaanjohtavaa mainontaa koskeva direktiivi, etämyyntidirektiivi ja sähköisen kaupankäynnin direktiivi. Tutkimuksen toisella tasolla edellä mainittua tarkastelua hyödyntäen kiinnitetään huomiota direktiivin toimeenpaneviin kansallisiin säännöksiin, jotka jäsennetään sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin kansallisiksi sovelluksiksi. Huomiota kiinnitetään näiden säännösten suhteeseen direktiiviin niiltä osin kuin ne on toimeenpantu huomattavasti direktiivistä poiketen⁸⁴.

Direktiiviä ja sen vaikutusta kuluttajaverkkokaupan sääntelyyn analysoidaan perehtymällä sen keskeisinä pidettäviin⁸⁵ artikloihin 5–9 pohjautuvaan kolmeen eri osa-alueeseen ja niiden sääntelyyn edellä mainituin painotuksin. Ensimmäisenä näistä tutkimuksessa kiinnitetään huomioita direktiivin viidennessä artiklassa kauppiaille asetettuun yleiseen sopimattomien kaupallisten menettelyjen kieltoon. Toisena osa-alueena tutkimuksessa perehdytään direktiivissä sopimattomiksi määriteltyihin harhaanjohtaviin kaupallisiin menettelyihin, eli harhaanjohtaviin toimiin ja mainitsematta jättämissiin. Kolmantena osa-alueena tutkimuksessa keskitytään sopimattomiksi määriteltyihin aggressiivisiin kaupallisiin menettelyihin. Lisäksi perehdytään edellä mainittuja osa-alueita konkretisoivaan liitteeseen I pohjautuvaan sääntelyyn.

⁸¹ Aarnio 1989:301.

⁸² Peczenik 1997:413.

⁸³ Ks. yleisesti tulkinnasta esim. Aarnio 1989:48 ja 160–174 ja Aarnio 2006:246–248, Peczenik 1990:58–61 sekä Laakso 1990: 142–144.

⁸⁴ Tavanomaisiin vähimmäisdirektiivein nähden direktiivin maksimiharmonisointiluonne tosin rajoittaa toimeenpanossa mahdollisuutta kansallisiin poikkeamiin.

⁸⁵ Ks. esim. Howells 2007:105.

1.3 Oikeuslähteet ja niiden käyttö

Lainopillinen tutkimus pohjautuu oikeuslähteisiin⁸⁶. Tämä tutkimus suoritetaan perehtymällä Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden (erityisesti Suomen, Saksan ja Englannin) oikeuslähteisiin. Lainopillisen tutkimusmenetelmän mukaisesti keskeisen lähtökohdan lähteiden arvottamisessa muodostaa tutkimuksessa oikeuslähdeoppi. Tässä tutkimuksessa hyödynnetään mm. Aarnion ja Peczenikin esittämää ja esim. Suomessa edelleen pääosin vallitsevana pidettävissä olevaa oikeuslähdeoppia tulkittaessa yhteisön ja eri jäsenvaltioiden oikeuslähteitä. Yllä mainittu oikeuslähdeoppi pohjautuu oikeuslähteiden velvoittavuuden erotteluun tuomioistuimen ratkaisutoiminnassa. Sen mukaisesti lähteet jaetaan vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin lähteisiin⁸⁷. Tässä tutkimuksessa perehdytään näistä aihealueen puitteissa erityisesti vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin. Tällaisia ovat esim. Raimo Siltalan ja Aulis Aarnion mukaan Euroopan unionin jäsenvaltioissa mm. eurooppaoikeudellinen lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö ja näiden jälkeen jäsenvaltioiden kansalliset oikeuslähteet, kuten kansallisen normihierarkian mukaiset oikeussäännökset⁸⁸. Tutkimuksessa hyödynnetään josain määrin myös em. oikeuslähdeopin mukaisia heikosti velvoittavia oikeuslähteitä, joihin kuuluvat kansallisella tasolla esim. Suomessa mm. lain esityöt ja ylimpien tuomioistuinten ennakkopäätökset⁸⁹. Kaikkien em. velvoittavien oikeuslähteiden voi yleisesti katsoa muodostavan keskeiset auktoriteetti- eli virallislähteet⁹⁰.

Tutkimuksen kohteena olevan direktiivin sääntelemät sopimattomat kaupalliset menettelyt on määritelty laajasti sisältäen monenlaisia näkökohtia. Niitä koskevat säännökset sivuavat esim. Suomessa yleisesti käytössä olevan perinteisen oikeudenalaluokittelun mukaan yleisen yksityisoikeuden sekä erityisen yksityisoikeu-

⁸⁶ Esimerkiksi Annola 2005:39.

⁸⁷ Ks. tarkemmin Aarnio 1989:220–221 ja Aarnio 2006:287–306 sekä Peczenik 1990:144–149. Ylikansallisen EU-oikeuden vaikutuksen kasvu asettaa omat haasteensa perinteiselle oikeuslähdeopille. EU-oikeuden voidaan katsoa sijoittuvan em. oikeuslähdeopin rakennelmaan oikeuslähteiden etusijajärjestyksessä ensimmäiseksi, vahvasti velvoittavaksi oikeuslähteeksi (ks. myös Siltala 2001:98–102).

⁸⁸ Siltala 2001:91–92, ja 98–102 ja laajemmin Siltala 2004:416–417 sekä Aarnio 2006:292–296. Erot kansallisten oikeuslähteiden arvottamistavassa ovat korostuneet perinteisesti Englannin common law -oikeusjärjestyksen ja romaanis-germaanisten oikeusjärjestyksien välillä (Esimerkiksi MacCormick & Summers (toim.) 1991, Zweigert & Kötz 1994 ja de Cruz 1995). EU-lainsäädännön vaikutuksesta ero on kuitenkin pienentymässä (De Cruz 1995:36 ja Husa 1998:159).

⁸⁹ Ks. Aarnio 2006:299–300, Peczenik 1990:144–149 ja Siltala 2001:101–102.

⁹⁰ Laakso 1990:63–67 ja 74 sekä Nuotio 2004:1272.

den alaa⁹¹. Tutkimuksessa perehdytään säännöksiin, jotka kuuluvat erityisen yksityisoikeuden alalta kauppaoikeuden ja siinä eritoten markkina- ja kuluttajaoikeuden aloille. Yleisen yksityisoikeuden alalta osa tässä tutkimuksessa tutkittavista normeista voidaan katsoa jossain määrin sivuavan lisäksi velvoiteoikeuden ja siinä erityisesti sopimusoikeuden alaa. Rikosoikeuteen ja myös prosessioikeuteen liittyvät kysymykset jäävät tutkimuksen ulkopuolelle.

Tutkimuksen kohteena oleva sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi sille asetetun maksimiharmonisointitavoitteen vuoksi ei kuitenkaan jätä runsaasti liikkumavaraa kansallisille lainsäätäjille direktiivin toimeenpanemisessa⁹². Tämä vaikuttaa osaltaan siihen, että direktiivi ja siihen liittyvä muu eurooppaoikeudellinen aineisto ovat tutkimuksessa oikeuslähteinä keskeisessä asemassa⁹³. Jäsenvaltioiden kansallisten oikeuslähteiden merkitys tulee tutkimuksessa esiin lähinnä niiden ja yhteisön tason säännöksiin välisissä sisällöllisissä poikkeamatilanteissa.

Velvoittavien oikeuslähteiden lisäksi pääosin toissijaisina lähteinä tutkimuksessa käytetään mm. Aarnion ja Peczenikin esittämän oikeuslähteopin mukaisia sallittuja oikeuslähteitä. Em. oikeuslähteopin mukaisesti näiden oikeuslähteiden merkitys liittyy lähinnä perusteluiden vahvistamiseen.⁹⁴ Yleensä ottaen näiden lähteiden merkitys korostuu erityisesti silloin, kun vahvasti velvoittavat lähteet ovat tulkinnanvaraisia ja muita velvoittavia lähteitä on niukasti saatavilla tai myös ne ovat tulkinnanvaraisia⁹⁵. Tällaisina sallittuina oikeuslähteinä tutkimuksessa hyödynnetään kansainvälisten järjestöjen tuottamia sähköiseen kaupankäyntiin liitty-

⁹¹ Ks. myös yleisesti sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevien säännösten sijoittumisesta eri oikeudenaloille Schulze & Schulte-Nölke 2003:91–93.

⁹² Kuluttajaverkkokaupan sääntelyn osalta kansallista liikkumavaraa ylläpitää kuitenkin esimerkiksi direktiivin luonne yleisdirektiivinä, jolloin erityisdirektiiveihin pohjautuvat säännökset jossain määrin syrjäyttävät puheena olevan direktiivin säännökset (ks. 2005/29/EY:3 (4) Art. ja johdanto 10 sekä myös liite II).

⁹³ Tutkimuksessa lähteenä käytettävä yhteisöntason oikeus koostuu tutkimuksen luonteesta johdun ensisijaisesti yhteisön sitovaan sekundäärioikeuteen kuuluvista Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen nojalla annetuista direktiiveistä (ks. myös sopimus Euroopan unionin toiminnasta: 288 Art.). Lisäksi keskeisellä sijalla direktiivin 2005/29/EY sisällön tulkittamisessa hyödynnetään yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. Vaikka tuomioistuimen antama ratkaisu sitoo nimellisesti vain sitä pyytänyttä tuomioistuinta, niin käytännössä tuomioistuimen ennakkoratkaisun sisältämä tulkintakannanotto, *ratio decidendi*, voidaan katsoa sitovaksi oikeusohjeksi myös kaikkien muiden EU-lainsäädäntöä soveltavien viranomaisten ja tuomioistuimien toiminnassa (Raitio 2010:204). Lisäksi tutkimuksessa hyödynnetään yhteisöntason oikeuslähteistä direktiivin tulkittamisessa myös mm. komission julkaisemia säännösehdotuksia, jotka ovat jäsenvaltioita sitomattomia, mutta kuvastavat yhteisön lainsäätäjän tavoitteita sääntelyn suhteen.

⁹⁴ Ks. Aarnio 2006:300–303 ja Peczenik 1990:146–147.

⁹⁵ Laakso 1990:68.

viä aineistoja ja aihealuetta käsitteleviä tutkimuksia ja kirjallisuutta. Uusi kirjallisuus muodostaakin tärkeän lähdemateriaalin tässä tutkimuksessa. Sen lisäksi, että kirjallisuutta hyödynnetään tutkimuksessa siksi, että se muodostaa oikeuslähteen eräissä oikeusjärjestyksissä, sitä seurataan myös uusien mahdollisten tulkintojen selvittämistarkoituksessa. Kirjallisuutta hyödynnetään tutkimuksessa lisäksi myös sähköisen kaupankäynnin ja markkinoinnin uusien suuntauksien ja kehityksen seuraamisessa sekä yleisesti myös yhteyksien ylläpitämisessä mahdollisiin muihin asiaa koskeviin tutkimuksiin. Tutkimuksen laajuuden vuoksi on kuitenkin selvää, että kaikkia mahdollisia sallittuja oikeuslähteitä ei ole mahdollista ottaa huomioon vaan pikemminkin tutkimuksessa on mahdollista hyödyntää vain pientä osaa kaikista julkaistuista lähteistä. Tutkimuksessa on lisäksi jollain tavoin rajattava se, mihin asti lähteitä seurataan, sillä muussa tapauksessa tutkimuksen loppuun saattaminen olisi vaikeaa. Tästä syystä tässä tutkimuksessa ei pääosin hyödynnetä tuomioistuinta heikosti velvoittavia ja sallittuja oikeuslähteitä, jotka on julkaistu vuoden 2010 jälkeen.

1.4 Tutkimuksen rakenne

Tutkimus jakaantuu johdantoluvun jälkeen seitsemään lukuun. Tutkimuksen johdantoa seuraavassa luvussa perehdytään johdannonomaisesti direktiivin soveltamiseen ja rakenteeseen liittyviin yleisiin seikkoihin. Tällaisia ovat noudatettava harmonisointimenetelmä, direktiivin suhde sisämarkkinaperiaatteeseen ja muihin direktiiveihin, soveltamisalue ja lopulta direktiivin rakenne. Lisäksi luvussa tarkastellaan lyhyesti tapoja, joilla direktiivi on toimeenpantu tutkimuksen kohteena olevissa jäsenvaltioissa.

Tutkimuksen kolmannesta luvusta alkaen perehdytään kuluttajaverkkokauppaan liittyviin osin direktiivin 2005/29/EY artikloihin 5–9 ja liitteeseen I pohjautuvaan sopimattomien kaupallisten menettelyjen sääntelyyn tutkimustehtävän mukaisesti. Tutkimus etenee kolmannesta luvusta alkaen pääpiirteittäin direktiivin mukaisessa järjestyksessä. Täten ensimmäisenä kolmannessa luvussa keskitytään sopimattomat kaupalliset menettelyt kieltävään yleislausekkeeseen ja sen monipolviseen rakenteeseen. Tämän lisäksi perehdytään sopimattomuuden käsitettä rajaaviin keskivertokuluttajan käsitteisiin.

Tutkimuksen neljännessä ja viidennessä luvussa tutkitaan harhaanjohtavia kaupallisia menettelyjä. Näistä neljännessä luvussa keskitytään direktiivin kuudennessa artiklassa määriteltyihin harhaanjohtaviin toimiin. Näiltä osin tarkastelu jakaantuu pääpiirteittäin direktiivin rakennetta seuraten harhaanjohtaviin ominaisuuksiin pohjautuvaan harhaanjohtavuuteen sekä asiayhteyteen liittyvään harhaanjohta-

vuuteen. Harhaanjohtavien ominaisuuksien osalta perehdytään myös laajahkoon tietoluokkien luetteloon, johon artiklan määritelmä liittyy.

Sopimattomiksi kaupallisiksi menettelyiksi direktiivissä määriteltyjä harhaanjohtavia mainitsematta jättämissä käydään läpi tutkimuksen viidennessä luvussa. Tässä luvussa keskeisen sijan saa kaupallisen ratkaisun kannalta olennaisena pidettävissä oleva tiedon, jonka mainitsematta jättämistä pidetään sopimattomana kaupallisena menettelynä, määrittelemisen. Ensimmäiseksi luvussa arvioidaan direktiivin pohjalta olennaisen tiedon edellytyksiä yleisesti kaupallisissa menettelyissä. Tämän jälkeen perehdytään ostokehotuksen yhteydessä artiklassa olennaisiksi määriteltyihin tietoluokkiin.

Tutkimuksen kuudennessa luvussa keskitytään direktiivin kahdeksannessa ja yhdeksänsässä artiklassa aggressiivisiksi määriteltyihin kaupallisiin menettelyihin. Aluksi tutkimuksessa perehdytään direktiivin kahdeksannessa artiklassa melko ylimalkaisesti nimettyihin aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muotoihin eli häirintään, sopimattomaan vaikuttamiseen ja pakottamiseen. Tämän jälkeen luvussa käydään pääpiirteittäin läpi direktiivin yhdeksänteen artiklaan sisältyviä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmän sisältöä hieman täsmäntäviä, luettelomaisesti listattuja aggressiivisten kaupallisten menettelyjen arviointikriteerejä ja ominaisuuksia.

Direktiivin liitteessä I listattuihin 31 kaikissa tilanteissa sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin perehdytään tutkimuksen seitsemänsässä luvussa. Luvussa tarkastelu jakautuu direktiivin mukaisesti harhaanjohtaviin ja aggressiivisiin aina sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin, joskaan direktiivin mukaista luokittelua ei seurata täsmällisesti. Liitteen I mukaisten harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen osalta luvussa perehdytään ensin menettelyihin, jotka liittyvät hieman yleistäen elinkeinonharjoittajan perättömiin lausuntoihin ja tämän jälkeen sopimattomiksi markkinointimenetelmiksi luokiteltavissa oleviin kaupallisiin menettelyihin. Aggressiivisten kaupallisten menettelyjen osalta tutkimuksessa keskitytään ei-toivottuun suoramainontaan ja lapsille suunnattuun mainontaan.

Kahdeksas luku on tutkimuksen yhteenvetoluku. Luvussa arvioidaan yhteenvedonomaisesti ja yleisluontoisesti tutkimuksen pohjalta direktiiviin perustuvaa sääntelyä. Aluksi luvussa käsitellään tiivistetysti muutamia tutkimuksessa esiin tulleita näkökohtia sääntelyn vaikutuksesta kuluttajaverkkokaupan sääntelyyn. Tämän jälkeen osittain tältä pohjalta arvioidaan yleisluontoisemmin sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin edellytyksiä vaikuttaa verkkokaupaan liittyvien kysymysten sääntelyn yhtenäistymiseen jäsenvaltioissa.

2 DIREKTIIVIN SOVELTAMINEN JA RAKENNE

2.1 Harmonisointi

Direktiivin 2005/29/EY voi katsoa osoittavan suunnanmuutosta EU:n kuluttajapolitiikassa, sillä se on ensimmäinen todella huomattava kuluttajakaupan alaan liittyvä maksimiharmonisointidirektiivi⁹⁶. Direktiivin voi katsoa täten heijastavan komission kuluttajapoliittista strategiaa vuosille 2002–2006, jossa tavoitteeksi asetettiin kuluttajadirektiivien täysimääräinen harmonisointiaste⁹⁷. Samalla sen voi katsoa olevan myös esimerkki uudeltaisesta lainsäädäntövallan siirtymisestä jäsenvaltioilta Euroopan yhteisölle⁹⁸. Direktiivin maksimiharmonisointiluonteen vuoksi jäsenvaltiot eivät saa toimeenpanna direktiivin säännöksiä vähemmän velvoittavia eivätkä vähimmäisdirektiiveistä poiketen myöskään tiukempia säännöksiä esimerkiksi korkeamman kuluttajansuojan tavoittelemiseksi tai ylläpitämiseksi, mikä sinänsä on huomattava ero direktiiviä edeltäneeseen harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan (vähimmäis-) direktiiviin 1984/450/ETY verrattuna⁹⁹. Direktiivissä noudatettavan maksimiharmonisointiperiaatteen ulkopuolelle on kuluttajakaupan osalta suoraan rajattu vain rahoituspalvelut ja kiinteä omaisuus, joiden osalta jäsenvaltiot voivat asettaa direktiiviä tiukempia säännöksiä¹⁰⁰. Käytännössä maksimiharmonisointiperiaatteen avulla pyritään harmonisoidulla alalla luomaan

⁹⁶ Euroopan parlamentti 2009:B. Maksimiharmonisointiperiaate käy direktiivin johdannon (esim. kohtien 14–15) lisäksi ilmi myös mm. säännöksien puuttumisesta, jotka mahdollistaisivat jäsenvaltioiden tiukemmat alaa koskevat säännökset sekä myös siirtymäaikasäännöksistä (3 (5) Art.), joissa ilmaistun määräajan aikana jäsenvaltioilla on mahdollisuus ylläpitää direktiiviä ohjailevampia säännöksiä. Lisäksi direktiivissä (3 (9) Art.) erikseen määritellään poikkeuksena alat, joita koskien on mahdollista säätää direktiiviä ohjailevampia säännöksiä. Myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin (esim. yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007:51–52) on vahvistanut direktiivin maksimiharmonisointiluonteen. (Stuyck 2010:62).

⁹⁷ Ks. Kom. 2002/208 lopullinen:13. Sama pyrkimys esitettiin todennäköisenä vaihtoehtona myös uusille sääntelyhankkeille komission kuluttajapoliittisessa strategiassa vuosille 2007–2013 (ks. Kom. 2007/99:8). Tähän suuntaan kehitys kulkeneekin, erityisesti mikäli komission ehdottama direktiivi kuluttajien oikeuksista (Kom 2008/614 lopullinen) hyväksytään (ks. Micklitz 2009:424). Aiemmin huomattavin kuluttajakauppaa sivuava täysimääräiseen harmonisointiin pyrkivä direktiivi lienee ollut tuotevastuuta koskeva direktiivi 1985/374/ETY, jonka maksimiharmonisointiluonteen yhteisöjen tuomioistuin on joutunut vahvistamaan (ks. yhteisöjen tuomioistuin 52/2000: kohdat 15 ja 24 sekä ks. myös Reich 2009:41–42 ja Collins 2010:91).

⁹⁸ Weatherill & Bernitz 2007:8.

⁹⁹ Ks. myös esim. Whittaker 2007:140 ja Collins 2010:91. Tosin jäsenvaltio voi lähtökohtaisesti poiketa myös maksimiharmonisointidirektiivin säännöksistä Euroopan yhteisöjen perustamis-sopimuksen Nizza sopimuksen mukaisen 95 (nyk. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 114 (4) ja (5)) artiklan mahdollistamien poikkeussäännöksiä nojalla, mutta näiden säännösten soveltamisala on rajallinen (ks. myös Stuyck ym. 2006:115 ja alaviite 45).

¹⁰⁰ 2005/29/EY: 3 (9) Art. Toisin sanoen näitä aloja koskien direktiivi on vähimmäisdirektiivi.

yhtenäiset säännökset kaikkiin jäsenvaltioihin. Täten tarkoituksena on, että elinkeinonharjoittaja pystyy varautumaan siihen, että hänen menettelyjään ei arvioida direktiiviä tiukempien säännösten valossa¹⁰¹.

Maksimiharmonisointiperiaatteen soveltaminen kuluttajansuojadirektiivissä on aiheuttanut kritiikkiä. Se on mm. arvioitu huonosti soveltuvaksi yhteisöön, jossa eri jäsenvaltioissa on erilaiset odotukset kuluttajansuojaa koskien¹⁰². Toisaalta komissiolle tekemässään tutkimuksessa Reiner Schulze ja Hans Schulte-Nölke ovat perustelleet maksimiharmonisoinnin tarvetta tuolloin vielä valmisteilla olleelle direktiiville juuri kuluttajien oikeusvarmuuden lisäämisellä¹⁰³. Maksimiharmonisointi vähentää jäsenvaltioiden mahdollisuuksia lainsäädännöllisiin kokeiluihin ja lainsäädännön uudistamiseen¹⁰⁴. Tämä voi aiheuttaa kankeutta lainsäädäntöön ja jäykkyyttä uusiin tilanteisiin sopeutumiseen¹⁰⁵. Toisaalta tämä voi täten lisätä juuri lainkäytön ennakoitavuutta ja täten kuluttajien oikeusvarmuutta. Elinkeinoelämän kannalta yksi yhtenäinen säännöstö, jonka noudattaminen on edellytyksenä pääsyle kaikkien yhteisön 27 jäsenvaltion markkinoille, olisi joka tapauksessa mieluinen ratkaisu, sillä olisihan se omiaan mm. vähentämään liiketoimikustannuksia¹⁰⁶. Maksimiharmonisointi asettaa direktiiville myös korkeampia laatuvaatimuksia kuin tavanomainen vähimmäisharmonisointi, koska jäsenvaltioiden lainsäätäjillä on tällöin vähemmän liikkumavaraa direktiivin puutteiden oikaisemisessa¹⁰⁷. Maksimiharmonisointidirektiivien toimeenpanon osalta keskeisenä voi pitää direktiivin soveltamisalueen rajojen selvittämistä¹⁰⁸. Toimeenpannessaan direktiiviä jäsenvaltiot joutuvat ottamaan huomioon myös muut oikeusjärjestyksiinsä kuuluvat kansalliset säännökset. Maksimiharmonisointidirektiivin toimeenpano onkin vaativampaa kansallisille lainsäätäjille myös edellä mainitusta

¹⁰¹ Ks. myös Twigg-Flesner ym. 2005:76.

¹⁰² Howells ym. 2006:257–258. Maksimiharmonisointiperiaatteen soveltamisen puheena olevassa direktiivissä on kirjallisuudessa kritisoitu mm. palvelevan enemmän poliittisia kuin käytännön tarpeita (esim. Howells 2007:113).

¹⁰³ Schulze & Schulte-Nölke 2003:103.

¹⁰⁴ Stuyck ym. 2006:117 ja Reich 2009:40–41. Tämä voi aiheuttaa ristiriidan Euroopan unionin toiminnasta tehdyssä sopimuksessa (5 (3) Art.) ilmaistun toissijaisuusperiaatteen kanssa (Reich 2009:41).

¹⁰⁵ Ks. myös Collins 2010:95.

¹⁰⁶ Howells & Twigg-Flesner 2005:170 ja Stuyck ym. 2006:114.

¹⁰⁷ Howells ym. 2006:244, Weatherill & Bernitz 2007:8 sekä van Dam & Budaite 2007:138–139. Esimerkiksi Jyrki Tala (2005:71) katsoo maksimiharmonisointidirektiivin keskeiseksi piirteeksi sen, että se ei jätä kansalliselle lainsäätäjälle liikkumavaraa mihinkään suuntaan. Maksimiharmonisointisuuntauksen yleistymiseen liittyen Geraint Howells ja Christian Twigg-Flesner (2005:170–171 ja 173) pitävät komissiota kuitenkin liian itsevarmana omista lainsäädännöllisistä kyvyistään. He katsovat, että maksimiharmonisointisuuntauksen myötä on olemassa riski, että kansallisen tason kuluttajansuojan rooli supistuu vain harmonisoitujen käsitteiden soveltamiseen ja tulkitsemiseen.

¹⁰⁸ Ks. Micklitz 2007 b: 51.

syystä, että direktiiviä tiukemmat kansalliset säännökset tulee samassa yhteydessä ottaa tarkasteluun¹⁰⁹. Kyseessä olevan direktiivin osalta tämä tarve on korostunut direktiivin laajan soveltamisalan vuoksi¹¹⁰. Direktiivissä noudatettua maksimiharmonisointia onkin kritisoitu siitä, että direktiivin säätäessä kuluttajansuojan tason, on mahdollista myös kuluttajansuojan tosiasiallisen tason laskeminen. Maksimiharmonisointiin yleisesti liittyen on esitettävissä kyseenalaistava näkemys siitä, että tuleeko yhtenäisiin säännöksiin sisämarkkinoilla pyrkiä kansallisten kuluttajansuojasäännösten kustannuksella.¹¹¹

2.2 Suhde sisämarkkinaperiaatteeseen

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin neljäs artikla käsittelee otsikkonsa mukaan sisämarkkinoita eli direktiivin suhdetta sisämarkkinoihin. Artiklan mukaan: ”Jäsenvaltiot eivät saa rajoittaa palveluiden tarjonnan vapautta eivätkä tavaroiden vapaata liikkumista tämän direktiivin yhdenmukaistamisen alaan kuuluvista syistä.”¹¹² Toteamus on hieman epämääräinen. Siitä ei käy suoraan ilmi tarkoitetaanko kyseisessä artiklassa, että direktiivin yhtenäistämällä alalla sovelletaan täysimääräisesti sisämarkkinaperiaatetta. Toisin sanoen säännöksestä ei käy ilmi, onko sen tarkoituksena, että direktiivin sääntelemissä kysymyksissä painotettaisiin rajat ylittävässä toiminnassa elinkeinonharjoittajan sijoittautumisvaltion lainsäädäntöä tavanomaisten lainvalintasäännöksiin mukaisesti valikoituvan lainsäädännön, kuten mahdollisesti menettelyn kohdevaltion lainsäädännön sijaan. Tosin täysimääräinen sisämarkkinaperiaatteen soveltaminenkaan ei yleensä täysin rajaa menettelyä kohdevaltion säännöksiin ulkopuolelle¹¹³.

¹⁰⁹ Weatherill & Bernitz 2007:7 ja myös Howells & Twigg-Flesner 2005:171 sekä Twigg-Flesner & Parry 2007:233.

¹¹⁰ Twigg-Flesner & Parry 2007:220 ja 233.

¹¹¹ Ks. esim. Micallef 2009:144. Ks. myös Howells ym. 2006:249–250 ja 258–259 ja Howells 2007:109, Bernitz 2007:41, Micallef 2007:255–256 ja Collins 2004 b:19 sekä 2010:95. Ruotsi ja Tanska vastustivat tällä perusteella direktiiviehdotusta direktiivin valmisteluvaiheessa (Euroopan unionin neuvosto 9667/04: Liite 2 kohta 4). Tosin komissio kuluttajapolitiisessa strategiassaan vuosille 2007–2013 toteaa täysin yhdenmukaistettua kuluttajansuojaa koskien ikään kuin yleisenä toimintaperiaatteena, että komissio: ”ei halua käynnistää suojan tason heikentämistä, vaan pyrkii aina korkeatasoiseen suojaan” (Kom 2007/99:16).

¹¹² 2005/29/EY: 4 Art. ja Kom. 2003/356 lopullinen: 4 Art.

¹¹³ Esim. S:t Clair Renard 2009:119. Yleensä poikkeuksia on vahvistettu jo asianomaisen periaatteen sisältävissä direktiiveissä, kuten esim. sähköisen kaupankäynnin direktiivissä sekä ”televisio ilman rajoja” direktiivissä (2000/31/EY:3 (4) Art. ja liite ja 1989/552/ETY:2 (2) Art. sekä ks. myös Reich 2009:45–47). Lisäksi kuluttajakaupan osalta poikkeuksen muodostavat yleensä jossain määrin lainvalintasäännöksiin pohjalta noudatettavat jäsenvaltioiden kansallisesti pakottavat säännökset (ks. näistä esim. Luhtasela 2007:272–279).

Sisämarkkinaperiaatteeseen liittyy yleensä lähdevaltion valvontaperiaate, jonka mukaisesti lähdevaltio vastaa koti- ja ulkomaille suuntautuvan menettelyn valvonnasta¹¹⁴. Varsinaista sisämarkkinaperiaatetta onkin aiemmissa yhteyksissä puollettu mm. toiminnan lähteellä tapahtuvan valvonnan tehokkuudella¹¹⁵. Yleisesti ottaen lähdevaltioperiaatteen noudattaminen olisi elinkeinonharjoittajien etujen mukaista, sillä he voisivat tällöin käydä kauppaa samoilla sijoittautumisvaltionsa säännöillä kaikissa jäsenvaltioissa¹¹⁶. Kohdevaltion lainsäädännön soveltaminen on sen sijaan yleensä omiaan aiheuttamaan elinkeinonharjoittajalle ylimääräisiä kustannuksia esim. tilanteessa, jossa mainonnan näkyvyyden rajaaminen on työlästä, kuten esim. Internetissä¹¹⁷. Toisaalta sisämarkkinaperiaatteen soveltamisen on epäilty olevan omiaan myös lisäämään jäsenvaltioiden kilpailua yrityksistä niille suotuisan lainsäädännön avulla¹¹⁸. Vieraan valtion lainsäädännön soveltaminen saattaisi aiheuttaa myös riskin, että ulkomaiset elinkeinonharjoittajat saisivat vapaasti suunnata sellaisia omassa sijaintivaltiossaan sallittuja menettelyitä kuluttajan asuinvaltioon, jotka on siellä jo kertaalleen kielletty sopimattomina¹¹⁹. Kuluttajien kannalta sisämarkkinaperiaatteen soveltaminen verkkokauppaan liittyviin säännöksiin saattaisikin käytännössä vähentää halukkuutta rajat ylittävään kaupankäyntiin osallistumiseen, koska tuolloin myös mahdolliset riidat voitaisiin joutua ratkaisemaan kuluttajalle vieraan valtion lainsäädännön mukaan¹²⁰.

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin valmisteluvaiheessa komissio pyrki sisällyttämään sisämarkkinaperiaatteen myös sanottuun direktiiviin. Direktiiviä valmisteltaessa neljännen artiklan viimeisestä versiosta kuitenkin

¹¹⁴ Esim. S:t Clair Renard 2009:119.

¹¹⁵ Ks. tästä näkemyksestä esim. 2000/31/EY:johdanto 22. Vrt. Collins 2003:x.

¹¹⁶ Kaikissa tilanteissa sisämarkkinaperiaatteen soveltaminen ei kuitenkaan hyödytä elinkeinonharjoittajia. Kyse on lähinnä tilanteista, joissa elinkeinonharjoittaja on sijoittautunut jäsenvaltioon, jossa sääntely on kohdevaltioita kattavampaa ja/tai sääntelyssä on painotettu kohdevaltiota korkeampaa kuluttajansuojaa. (Coteanu 2005:177).

¹¹⁷ Micklitz 2004:54.

¹¹⁸ Micklitz 2004:54. Tästä yrityksille suotuisimman sääntely-ympäristön tarjoamiseen tähtäävästä kilpailusta käytetään myös englanninkielistä termiä ”race to bottom”, jonka voi katsoa kuvaavan tätä kilpailua kuluttajansuojan näkökulmasta (Micklitz 2004:54 ja Reich 2009:44–45 ja 47).

¹¹⁹ Collins 2004:797

¹²⁰ Ks. Radeideh 2005:258. Esimerkiksi sähköisen kaupankäynnin direktiivissä, jossa sisämarkkinaperiaatteen soveltaminen on selkeämmin ilmaistu, kuluttajasopimuksiin liittyvät veloitteet on suoraan rajattu sisämarkkinaperiaatteen ulkopuolelle ja lisäksi myös muut kuluttajansuojaan liittyvät kysymykset mahdollistavat poikkeamisen sisämarkkinaperiaatteen noudattamisesta (Ks. 2000/31/EY:3 (4) Art. ja liite). Sähköisen kaupankäynnin direktiivin osalta sisämarkkinaperiaatteen tulkinnanvaraisuus on kuitenkin johtanut jäsenvaltioissa keskenään erilaisiin täytäntöönpanoratkaisuihin. Eräissä jäsenvaltiossa se on tulkittu lainvalintasäännökseksi. (Liukkonen 2006:357).

poistettiin useimpien jäsenvaltioiden vastustuksen vuoksi edellisen versioehdotuksen artiklan ensimmäiseksi tarkoitettu kohta, joka sisälsi suoran viittauksen sisämarkkinaperiaatteen eli lähdevaltioperiaatteen soveltamiseen.¹²¹ Vastaavalla tavalla sisämarkkinaperiaate on poistettu myös muistakin uusista maksimiharmonisointiin tähtäävistä komission direktiiviehdotuksista¹²². Nykyinen direktiiviin jäljelle jäänyt sanamuoto oli direktiiviluonnoksessa tarkoitettu artiklan toiseksi kohdaksi. Nimenomaisen viittauksen poistamisen edellytyksenä komissiolla oli, että direktiivissä säädettäisiin täydellisestä yhdenmukaistamisesta direktiivin soveltamisalalla, mikä vähentäisi sisämarkkinaperiaatteen tarvetta.¹²³ Direktiivin lopulliseen versioon jäi täten yllämainittu hieman epäselvästi muotoiltu viittaus sisämarkkinoihin ja jo aiemmissa direktiivin versioissa esiintunut pyrkimys täys-harmonisointiin.

Nimenomaisen sisämarkkinaperiaatteeseen kohdistuvan viittauksen poistamisesta huolimatta komissio on Howells'in ym. mukaan tosin esittänyt yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön pohjautuen, että direktiivissä implisiittisesti viitattaisiin täysimääräisen sisämarkkinaperiaatteen soveltamiseen¹²⁴. Tällainen tulkinta olisi kuitenkin omiaan aiheuttamaan epätietoisuutta vastaanottavan valtion toimintamahdollisuuksista toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen elinkeinonharjoittajan sopimattoman kaupallisen menettelyn suhteen¹²⁵. Varsinaisen sisämarkkinaperiaatteen ja maksimiharmonisoinnin yhteensovittamismahdollisuuksista sekä

¹²¹ 2005/29/EY: 4 Art. ja Kom. 2003/356 lopullinen: 4 Art. ja Howells ym. 2006:27 sekä Howells 2007:110 ja Micklitz 2008:81. Tätä poistamista vastustivat liike-elämää edustavat tahot, kuten mm. Kansainvälinen kauppakamari ICC, koska he katsoivat periaatteen poistamisen vähentävän oikeusvarmuutta erityisesti pienten yritysten osalta, jotka joutuvat ilman sisämarkkinaperiaatteen soveltamista varautumaan rajat ylittävissä kaupankäynnissä noudattamaan usean eri jäsenvaltion lainsäädäntöä (ks. ICC 2005).

¹²² Reich 2009:50.

¹²³ Ks. Euroopan unionin neuvosto 9667/04: Liite 2 kohta 1 ja Howells ym. 2006:27–28. Yhdistynyt kuningaskunta, Alankomaat, Luxemburg ja Viro pitivät direktiivin valmisteluvaiheessa valitettavana sisämarkkinaperiaatteeseen liittyvän viittauksen poistamista. Samassa yhteydessä he esittivät kuitenkin hieman optimistisesti, että maksimiharmonisointiperiaatteen tuoman pitkälle menevän säännösten yhdenmukaistamisen vuoksi ei ole vaaraa, että yhden jäsenvaltion lakien mukaan toimiva kauppias toimisi vastoin toisen jäsenvaltion säännöksiä (Euroopan unionin neuvosto 9667/04: Liite 2 kohta 2).

¹²⁴ Ks. Howells ym. 2006:27–28. Myös Stuyck ym. (2006:118–120 sekä 150–151) katsovat, tosin elinkeinonharjoittajien oikeusturvan näkökulmasta, että direktiivin neljättä artiklaa olisi suotavaa tulkita laajentavasti. Tähän liittyen he esittävät, että täten jäsenvaltioiden tulisi lähtökohteisesti hyväksyä muissa jäsenvaltioissa hyväksytyt kaupalliset menettelyt, ellei olisi olemassa erityisiä pakottavia syitä päätyä muunlaiseen ratkaisuun. Tätä puoltaisi heidän esittämänsä näkemyksen mukaan myös Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksessa (4 (3) Art.) ilmaistu vilpittömän yhteistyön periaate.

¹²⁵ Howells 2007:110 ja ks. myös Micklitz 2008:81.

sen hyödyllisyydestä onkin kirjallisuudessa esitetty ristiriitaisia näkemyksiä¹²⁶. Direktiivin maksimiharmonisointiperiaatteen pohjalta voi kylläkin pitää kyseenalaisena sitä, että voiko samanlainen menettely saada eri jäsenvaltioissa samaan maksimiharmonisointidirektiiviin pohjautuvan säännöksen pohjalta täysin erilaisen kohtelun. Näin on erityisesti, mikäli kyse ei ole menettelystä, joka sijoittuu edempänä käsiteltävien direktiivin mahdollistamien kansallista toimeenpanoa koskevien poikkeuksien alueelle, kuten maku- ja säädyllisyyskysymyksen tai kulttuuristen syiden pohjalta annettuihin poikkeaviin säännöksiin¹²⁷. Kysymys yhtenäisestä tulkinnasta sisämarkkinaperiaatteen vallitessa olisi kuitenkin monimutkainen. Sisämarkkinaperiaatteen ja maksimiharmonisoinnin yhteissoveltaminen olisi omiaan yhtenäistämään direktiivin tulkintoja kaikissa 27 jäsenvaltiossa. Tällöin yhdessä jäsenvaltiossa annettu tuomio vaikuttaisi muiden jäsenvaltioiden tuomioistuimien toimintamahdollisuuksiin; mikäli vastaavanlainen kaupallinen menettely tulisi arvioitavaksi toisessa jäsenvaltiossa, aiemmassa jäsenvaltiossa annettu ratkaisu rajoittaisi toisen jäsenvaltion tuomioistuimella olevia menettelyn arviointimahdollisuuksia. Ainoastaan Euroopan yhteisöjen tuomioistuimella olisi tällöin kansallisen tuomioistuimen pyynnöstä mahdollisuus ottaa kaupallinen menettely uudelleen arvioitavaksi siltä pohjalta, onko yhteisöjen oikeutta tulkittu oikein.¹²⁸

Kuluttajansuojan kannalta ei voida pitää suotavana, että direktiivin tulkinnat suoraan yhtenäistettäisiin jäsenvaltioissa siten, että tulkintojen lähtökohdaksi otettaisiin

¹²⁶ Esimerkiksi Reiner Schulze ja Hans Schulte-Nölke (2003:104) komissiolle tekemässään tutkimuksessa esittävät lähes ohimennen näkemyksen, jossa pitävät tarpeellisena sekä sisämarkkinaperiaatteen ja maksimiharmonisoinnin soveltamista direktiivissä. Vastaavasti myös esimerkiksi komission terveys- ja kuluttaja-asioiden pääosaston (DG SANCO:n) johdossa toiminut Giuseppe B. Abbamonte (2007:18–19) katsoo sisämarkkinaperiaatteen soveltuvan maksimiharmonisointidirektiiviin, koska sovellettavan lain merkitys vähenee täysharmonisoidulla alalla silloin, kun säännökset ovat pääpiirteittäin yhtenäistetyt eri jäsenvaltioissa. Toisaalta kirjallisuudessa on katsottu mm. aiempien sisämarkkinaperiaatetta soveltavien direktiivien nojalla, että sisämarkkinaperiaate soveltuu ainoastaan maksimiharmonisointimattomalle alalle (esim. Micklitz 2004:54–55 ja Howells ym. 2006:45–47). Vastaavasti myös esimerkiksi Ulf Öberg katsoo raportissaan Pohjoismaiden neuvostolle sisämarkkinaperiaatteen olevan pikemminkin vaihtoehtoinen sääntelymenetelmä maksimiharmonisoinnille (ks. yleisesti Öberg 2003 ja vertaa kuitenkin erilaiseen näkemykseen Radeideh 2005:107). Toisaalta verkkokauppaa koskien on myös esitetty näkökulma, jonka mukaan luonteeltaan kansainvälisessä verkkokaupassa olisi keskenään erilaisten paikallisten oikeusperinteiden ja lakien vuoksi hyödyllistä, että sovellettavaa lakia ei lainkaan ankkuroitaisi suoraan tiettyihin valtioihin, vaan rajat ylittävien kysymysten ratkaisemisessa pyrittäisiin yhtenäisempiin eurooppalaisiin tulkintoihin (ks. Coteanu 2005:196–197).

¹²⁷ Poikkeuksista ks. 2005/29/EY:johdanto 7 ja myös 3. Art. ja Stuyck ym. 2006:118–120 sekä 150–151.

¹²⁸ Micklitz 2008:80–81. Toisaalta kansallisten tuomioiden tunnettavuus muiden jäsenvaltioiden tuomioistuimissa on yleensä huono ja niiden ennakkoratkaisuarvo on ainakin toistaiseksi ollut vähäinen (Collins 2010:111).

siin sen jäsenvaltion lainsäädäntö, jossa ensin ehditään vahvistamaan kyseisen lainsäädännön mukainen tulkinta. Tällöin tulkintojen lähtökohdaksi voisi vakiintua sellaisen jäsenvaltion lainsäädäntö, jossa kuluttajansuoja on heikoin.¹²⁹ Tämä olisi omiaan johtamaan ns. ”kilpajuoksu oikeuteen” (engl. race to court) -tilanteeseen, jossa jäsenvaltioiden kuluttajaviranomaiset tai muut tahot pyrkivät ensimmäiseksi vahvistamaan tuomioistuimessa omat kansalliset tulkintansa direktiivistä ja siten rajoittamaan muita poikkeavia tulkintamahdollisuuksia¹³⁰.

Todennäköistä on, että sisämarkkinoihin kohdistuvan viittauksen poistamisella ei ole yleisellä tasolla huomattavaa vaikutusta sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin yhtenäiseen soveltamiseen ottaen huomioon direktiivin maksimiharmonisointiluonteen ja sen, että Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä tullaan viime kädessä osoittamaan direktiivin soveltamisen suuntaviivat¹³¹. Mutta mitä säännöksellä sitten tarkoitetaan, kun kyse ei ole sisämarkkinaperiaatteesta? Kirjallisuudessa on esitetty, että nykymuotoisena puheena olevan sisämarkkinoita koskevan säännöksen voinee käytännössä katsoa lähinnä vain mukailevan Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen määräyksiä tavaroiden ja palveluiden vapaasta liikkuvuudesta ja niihin pohjautuvaa EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöä¹³². Ehkä osittain kyse on tästäkin, mutta käytännössä säännöksellä kielletään, kuten Hugh Collins toteaa, kansallisia lainsäätäjiä säätämästä vastoin direktiivissä esitettyjä periaatteita, erityisesti kuluttajansuojan osalta¹³³. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut tämän näkemyksen toteamalla, että säännöksellä tarkoitetaan ilmausta direktiivissä noudatettavasta maksimiharmonisointiperiaatteesta¹³⁴. Direktiiviä sovellettaessa noudatetaan täten siis tavantomaisia lainvalintaperiaatteita.

¹²⁹ Ks. tämän kaltaisesta riskistä myös Howells ym. 2006:27–28, 31 ja 42–44.

¹³⁰ Otken Erikson & Öberg 2007:101

¹³¹ Esimerkkeinä tästä suuntauksesta voi pitää ensimmäisiä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen direktiivin tulkintaa koskevia ennakkoratkaisuja (kuten yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007 sekä 304/2008). Vrt. pessimistisempään näkemykseen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön vaikutuksesta lähinnä vähimmäisdirektiivien osalta Collins 2004 b:19 sekä yleislausekkeiden osalta Stuyck 2009:115.

¹³² Radeideh 2005:258 ja ks. myös Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:16.

¹³³ Collins 2005:430.

¹³⁴ Ks. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin Yhdistetyt asiat C-261/07 ja C-299/07:52 sekä 304/2008:41.

2.3 Suhde muihin direktiiveihin

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi on yleisdirektiivi suhteessa muihin direktiivin alaan liittyviin kaupallisia menettelyjä koskeviin yhteisön säännöksiin nähden. Toisin sanoen sen syrjäyttävät yksityiskohtaisemmat direktiivin alaa koskevat yksittäiset yhteisön säännökset.¹³⁵ Tätä monimutkaistaa kuitenkin se, että direktiivi on esitöidensä mukaan luonteeltaan puitedirektiivi¹³⁶. Puitedirektiivinä direktiivin yleislausekkeiden kiellot käytännössä täydentävät muita direktiivejä esimerkiksi sähköisen kaupankäynnin alalla. Puitedirektiiviluonteella direktiivissä pyritään välttämään konfliktit nykyisten ja tulevien direktiivien kanssa, mutta tästä puiteluonteesta seuraa se, että yksityiskohtaisempien alakohtaisten direktiivien säännösten syrjäytyminen ei ole välttämättä täydellistä.¹³⁷

Direktiivissä määritellään myös erikseen, että muussa yhteisön lainsäädännössä vahvistettuja kaupallista viestintää koskevia tiedonantovaatimuksia pidetään direktiivin seitsemännen artiklan merkityksessä oleellisina ja niitä veloitetaan käytännössä sellaisenaan noudattamaan¹³⁸. Näiden tunnistamista helpottaa se, että niitä määrittäviä säännöksiä on, tosin ei-tyhjentävästi, lueteltu artiklan 7 (5) mukaisesti direktiivin liitteessä II¹³⁹. Sähköisen kaupankäynnin alueelta tällaisia alakohtaisia säännöksiä löytyy mm. kahdesta etämyyntidirektiivin (1997/7/EY) ja sähköisen kaupankäynnin direktiivin (2000/31/EY) artiklasta.

¹³⁵ Ks. 2005/29/EY:3 (4) Art. ja johdanto 10 sekä myös liite II. Ks. myös esim. Anagnostaras 2010:153.

¹³⁶ Ks. yleisesti 2003/356 lopullinen. Tosin voi pitää kyseenalaisena, että onko direktiiviä perusteltua kutsua täysin puitedirektiiviksi ottaen huomioon sen melko yksityiskohtaiset säännökset esim. direktiivin liitteessä I (ks. Kom 2003/356 lopullinen ja Anagnostaras 2010:152).

¹³⁷ Collins 2003:viii-ix. Direktiivin puitedirektiiviluonteen vuoksi sen syrjäyttävien säännösten tulee yksityiskohtaisesti säännellä kaupallisia menettelyjä koskevia tiedonantovaatimuksia. Syrjäytyminen ei ole tuolloinkaan välttämättä täydellistä, sillä direktiivi voi tällöinkin puitedirektiivinä täydentää alakohtaisten direktiivien yleisiä säännöksiä. (Kom 2003/356 lopullinen: kohdat 44–45 ja 2005/29/EY: 3 (4) Art. Ks. myös esim. Anagnostaras 2010:153). Puitedirektiiviluonteesta juontuu myös se, että direktiivin perusteella menettely voidaan tulkita harhaanjohtavaksi, mikäli esim. alakohtaisten direktiivien elinkeinonharjoittajalle asettamat veloitteet on täytetty harhaanjohtavalla tavalla. Direktiivi 2005/29/EY on täten mahdollista nähdä myös eräänlaisena aukkojen täydentäjänä. (Abbamonte 2007:17–18). Tätä direktiivin luonnetta aukkojen täydentäjänä on mahdollista kritisoida siitä, että se on myös omiaan hajanaistamaan ja siten monimutkaistamaan kaupallisten menettelyjen sääntelykenttää (ks. vastaavasti myös Radeideh 2005:257 ja 286–287).

¹³⁸ 2005/29/EY: 7 (5) Art. Näitä säännöksiä koskeva poikkeus koskee kuitenkin ainoastaan vähimmäisdirektiivien mukaan toimeenpantua kansallista lainsäädäntöä (ks. 2005/29/EY: johdanto 15).

¹³⁹ Ks. 2005/29/EY: 7 (5) Art. liite II.

2.4 Direktiivin soveltamisalue

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi koskee lähinnä aineellista oikeutta. Seuraamuksista ja toimeenpanosta jäsenvaltiot voivat kuluttajadirektiiveille tyypillisesti pääosin itse päättää¹⁴⁰.

Puheena oleva direktiivi on soveltamisalaltaan laaja; se kattaa soveltamisalansa puitteissa käytännössä lähes kaikki kaupalliset menettelyt. Tämä johtuu osittain siitä, että kaupalliset menettelyt on direktiivissä melko väljästi määritelty. Direktiivin sanamuodon mukaan kaupallisilla menettelyillä tarkoitetaan ”elinkeinonharjoittajan tointa, mainitsematta jättämistä, käyttäytymistä tai edustamista, kaupallista viestintää, mukaan lukien mainontaa ja markkinointia, joka liittyy välittömästi tuotteen myyninedistämiseen, myymiseen tai toimittamiseen kuluttajille”.¹⁴¹ Laajalta kuulostavaan soveltamisalaan liittyy luonnollisesti kuitenkin useita rajoituksia. Poikkeuksien tarpeeseen vaikuttaa myös direktiivissä omaksuttu pyrkimys soveltamisalansa säännöksiin täydelliseen yhdenmukaistamiseen.¹⁴²

Kaupallisista menettelyistä direktiivin ulkopuolelle on rajattu menettelyt, jotka ilmenevät muussa kuin elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisessä kaupankäynnissä eli kuluttajakaupassa (englanniksi tästä kaupankäynnistä käytetään usein pelkistettyä termiä b2c, business-to-consumer). Täten elinkeinonharjoittajien keskinäinen ja kuluttajien keskinäinen kaupankäynti jäävät siten direktiivin ulkopuolelle. Sen sijaan kaupankäynnin, jossa kuluttaja myy tuotteita elinkeinonharjoittajalle, sijoittuminen direktiivin kenttään on moniselitteisempää. Vaikka kaupallinen menettely on selvästi määritelty direktiivissä koskemaan kuluttajakauppaa, direktiivissä käytetty kaupallinen ratkaisu -termi sisältää myös tuotteesta luopumista koskevan ratkaisun. Tämän voisi tulkita viittaavan myös kuluttajan toimimiseen kaupankäynnissä myyvänä osapuolena. Komissio on kuitenkin tähdentänyt direktiivin tulkintaa koskevassa ohjeistuksessaan kaupankäynnin, jossa kuluttaja myy tuotteita elinkeinonharjoittajalle jäävän direktiivin ulkopuolelle, ellei kyse ole kaksisuuntaisesta liiketoimesta, jossa kuluttaja toimii samassa liike-

¹⁴⁰ 2005/29/EY: 11–13 Art. Tämä johtanee luonnollisesti erilaisiin kansallisiin ratkaisuihin. Nämä voivat olla haitallisia direktiivin harmonisointitavoitteille.

¹⁴¹ Ks. 2005/29/EY: 2 (d) Art. ja johdanto 13 sekä esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 304/2008:36 ja 39.

¹⁴² Direktiivien harmonisointiasteen kasvaessa yleensä myös poikkeuksien lukumäärän lisääntyminen (Radeideh 2005:100–101). Tässä direktiivissä soveltamisalan rajoituksia sijaitsee sekä direktiivin kolmannessa artiklassa että johdannossa. Direktiivin soveltamisen kannalta ongelmallista kuitenkin on, että joitakin rajoituksia on esitetty ainoastaan direktiivin johdannossa. (ks. 2005/29/EY: 3 Art. sekä 2005/29/EY: johdanto 9. Ks. myös Howells ym. 2006:70–71).

toimessa sekä ostajana että myyjänä. Näin on esim. autokaupassa, jossa käytetty auto annetaan vaihdossa pois.¹⁴³

Direktiivi koskee pääosin kaupallisia menettelyjä, jotka ovat omiaan huomattavasti vääristämään keskivertokuluttajien taloudellisia ratkaisuja. Direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jää täten suurimmaksi osaksi muihin kuin taloudellisiin tarkoituksiin pohjautuva sääntely. Tällaisia ovat esimerkiksi kysymykset, jotka liittyvät tuotteiden terveys- ja turvallisuusnäkökohtiin ja direktiivin mukauttamiseen paikallisiin olosuhteisiin¹⁴⁴. Vastaavankaltaisen poikkeuksen muodostavat

¹⁴³ 2005/29/EY:2 (d) ja (k) Art. sekä SEC (2009) 1666:9. Elinkeinonharjoittajien välisessä kaupankäynnissä mm. harhaanjohtavaa mainontaa säännellään yhteisön tasolla harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevalla direktiivillä 2006/114/EY, johon on ilman uusia olennaisia muutoksia yhdistetty yhdeksi säännöstöksi harhaanjohtavaa mainontaa koskeva direktiivi 1984/450/ETY ja kaikki sen muutokset. Kyse on kuitenkin minimidirektiivistä, joten sen alalta jäsenvaltiot voivat säätää tiukempia säännöksiä, jotka voivat pohjautua esim. direktiiviin 2005/29/EY (2005/29/EY: johdanto 6). Englannissa direktiivi 2005/29/EY on toimeenpantu kuluttajansuojan tason heikentymisen estämiseksi siinä suhteessa laajemmin, että siellä suojataan kuluttajia samoilla säännöksillä myös kaupankäynnissä, jossa kuluttajat myyvät tuotteita elinkeinonharjoittajille muulloinkin kuin kaksisuuntaisissa liiketoimissa (SI 2008 No. 1277: Regulation 2 (1), OFT 2008:15 ja BERR 2008: sivut 20–21). Myös Saksassa direktiivin toimeenpanon myötä UWG-lakiin kirjattu kaupallisten menettelyjen määritelmä on direktiiviä laajempi. Siellä kaupallisten menettelyjen määritelmä on laajennettu direktiivissä sovelletun määritelmän ulkopuolelle mm. osittain elinkeinonharjoittajien väliseen kaupankäyntiin liittyviin seikkoihin. Saksa ja Itävalta olisivatkin halunneet jo direktiivin valmisteluvaiheessa ulottaa direktiivin myös yritysten väliseen kaupankäyntiin lainsäädäntöperinteensä mukaisesti, jossa osapuolten luonteeseen pohjautuva jaottelu vastaavien kysymysten sääntelyssä on vieras. (Ks. § 2 (1)(1) UWG, Gesetzentwurf 16/10145:20–21, Euroopan unionin neuvosto 9667/04: Liite 2 kohta 3, Keirsbilck 2009:517 ja Collins 2010:94). Elinkeinonharjoittajien välisen kaupankäynnin kysymyksiä rajaamista sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin ulkopuolelle on kritisoitu kirjallisuudessa (ks. esim. Stuyck 2007:174 ja Büllesbach 2008:15–17). Myös Euroopan parlamentti (2009:4 ja 7) on kehottanut komissiota tarkastelemaan, voisiko pieniä ja keskisuuria yrityksiä suojata direktiivissä säännellyiltä aggressiivisilta kaupallisilta menettelyiltä sekä ehdottanut jopa koko direktiivin ulottamista koskemaan myös elinkeinonharjoittajien välisiä sopimattomia kaupallisia menettelyjä. Toki direktiivin on mahdollista nähdä nykyiselläänkin palvelevan rajat ylittävää kaupankäyntiä harjoittavien elinkeinonharjoittajien etuja luomansa yhtenäisemmän säännöstön muodossa (ks. esim. Howells ym. 2006:256). Toisin sanoen, kuten myös direktiivin johdannossa todetaan, direktiivin on mahdollista nähdä nykyisissä puitteissakin epäsuorasti suojaavan elinkeinonharjoittajia (2005/29/EY: johdanto 6 ja 8 sekä ks. myös esim. Abbamonte 2006:700 ja Abbamonte 2007:16–17, Bernitz 2007:41, Griffiths 2007:197 ja Collins 2010:94 sekä yleisesti tällaisesta näkökulmasta Olsen 2009:10 ja myös Rissanen 2006:84–85). Direktiivin tavoite tarjota suojaa näin myös elinkeinonharjoittajille heijastuu myös artikkelissa 11, jossa yhteisöt ja kilpailijat listataan yhtenä asianomaisena tahona, joille tulee antaa oikeus ryhtyä toimenpiteisiin sopimattomien kaupallisten menettelyiden torjumiseksi (ks. 2005/29/EY:11 Art.). Tällainen näkökulma, jossa yritysten etujen ajamiseen pyritään epäsuorasti kuluttajia suojaavan lainsäädännön kautta, on yhteinen pohjoismaissa harjoitetun sääntelyn kanssa. Sen sijaan sen on katsottu olevan vieras saksalaiselle oikeusperinteelle. (Bernitz 2007:41).

¹⁴⁴ 2005/29/EY:3 (3) Art. ja johdanto 7. Tämä on ristiriidassa sen kanssa, että on katsottavissa, että myös turvallisuutta ja terveysvaikutuksia koskevalla väittämällä, vaikkakin ajavat usein eri tarkoituksiperiä, voi olla vaikutusta kuluttajien kaupallisiin ratkaisuihin (Tews & Bokel

myös jäsenvaltioista toiseen vaihtelevat yleensäkin subjektiiviset makuasiat ja säädyllisyyskysymyksiin liittyvät seikat sekä direktiivissä ohimennen mainitut kulttuuriset syyt¹⁴⁵. Viimeksi mainitut rajaukset ovat kuitenkin ongelmallisia siinä mielessä, että kuluttajien taloudellisia etuja vahingoittavien sopimattomien kaupallisten menettelyjen ja makuasioiden sekä säädyllisyyskysymyksien erottaminen toisistaan voi olla vaikeaa¹⁴⁶. Edellä mainitun lisäksi vielä myös mm. sopimusoikeuteen liittyvät säännöt on rajattu direktiivin ulkopuolelle. Tämä rajoitus on direktiivin laajaan soveltamisalaan nähden tosin pidettävissä epämääräisenä ja ehkä enemmänkin poliittisena kannanottona, sillä kansallisiin sopimusoikeudellisiin säännöksiin puuttuminen voi olla usein arkaluontoinen aihe.¹⁴⁷ Lisäksi pysyvästi direktiivin ulkopuolelle on rajattu myös mm. eräitä säänneltyjä ammatteja ja niihin liittyviä erityissääntöjä, kuten hyvää ammattitapaa koskevat säännökset¹⁴⁸.

2009:27). Tätä ristiriitaa korostaa se, että toisaalta myös direktiivin liitteessä I kuitenkin kielletään eräitä perättömiä tuotteiden turvallisuus- ja terveysvaikutuksia koskevia väittämiä (2005/29/EY:liite I kohdat 12 ja 17). Lisäksi voidaan katsoa kuten Lähteenmäki-Uutela (2009:176) esittää, että myös markkinoinnin informaatiovaatimuksia koskevat säädökset liittyvät turvallisuuskäsitteisiin: kuluttajan taloudellista turvallisuutta koskeviin näkökohtiin.

¹⁴⁵ 2005/29/EY: johdanto 7.

¹⁴⁶ Ks. esim. Howells ym. 2006:61, 87–88 ja 93–97, Bakardjieva Engelbrekt 2007:84, Weatherill & Bernitz 2007:9, Micklitz 2007 b:51 ja Keirsbilck 2009:558 ja ks. myös esimerkkitapauksia Howells ym. 2006:91–92). Tätä poikkeusta lienee mahdollista venyttää melko laajallekin, sillä direktiivin johdannossa viitataan tässä yhteydessä myös eräisiin selväpiirteisiin kaupallisiin menettelyihin, kuten katukaupusteluun (2005/29/EY: johdanto 7 ja Wilhelmsson 2006 b:223 sekä Howells 2007:112). Esimerkiksi Suomessa tätä poikkeusta on hyödynnetty määrittelemällä lainsäädännössä pääpiirteittäin millainen markkinointi on hyvän tavan vastaista. Sellaiseen liittyvät lain mukaan mm. eräät alaikäisille suunnatun markkinoinnin haitalliset piirteet (ks. KSL 2:2 §). Tämän poikkeuksen hyödyntämisestä eräät lainvalmistelutyöryhmän jäsenet antoivat Suomessa kylläkin eriyvän mielipiteen. Poikkeuksen hyödyntäminen kirjoitti valmisteluvaiheessa Suomessa kritiikkiä myös useilta elinkeinonharjoittajilta, jotka katsoivat ehdotetun sääntelyn asettavan elinkeinonharjoittajat epäasialliseen asemaan ulkomaisiin elinkeinonharjoittajiin verrattuna. (Ks. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11 ja Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2008:1). Direktiivissä esitetyn poikkeuksen rajojen suhteen esim. Howells ym. (2006:61 ja 88) pitävät ongelmallisena sitä, että alaikäisille suunnatun markkinoinnin sääntely on käytännössä mahdollista sijoittaa osin em. poikkeuksen alaan, sillä toisaalta eräiden lapsiin kohdistuvan markkinoinnin erityiskysymysten voi direktiivin johdannon (kohta 18) sekä liitteen I (kohta 28) pohjalta joka tapauksessa osittain katsoa kuuluvan direktiivin soveltamisalueelle. Toisaalta he katsovat, että myös terveys- ja turvallisuuskäsitteisiin liittyvät rajoitukset direktiivin artiklassa 3 (3) liittyvät juuri lapsille suunnattuun markkinointiin. Tässä tutkimuksessa joka tapauksessa suurelta osin sivuutetaan yksittäisille ryhmille, kuten lapsille, suunnattuun markkinointiin liittyvät erityiskysymykset.

¹⁴⁷ 2005/29/EY: 3 (2) Art. ja johdanto 9 sekä Collins 2003:xii, Howells ym. 2006:58, 71–73 ja 127, Stuyck ym. 2006:142, van Dam & Budaite 2007:108 ja Micklitz 2009 b:232 sekä ks. myös Whittaker 2007:143–158 ja Willett 2010:253. Toisaalta kuitenkin esimerkiksi Suomessa asiakassuhteessa tapahtuneisiin sopimattomiin menettelyihin kuluttaja-asiamies on aiemmin puuttunut kohtuuttomia sopimusehtoja koskevan sääntelyn nojalla. Direktiivin vaikutuksesta Suomessa kuluttajansuojalain toisen luvun yleislausekkeen soveltamisalaa laajennettiin koskemaan myös menettelyjä asiakassuhteessa (HE 32/2008:9 ja 13–14 sekä KSL 2:1 §).

¹⁴⁸ Ks. 2005/29/EY: 3 (8) Art.

2.5 Kolmiosainen rakenne

Direktiivin laajoista sääntelytavoitteista lähes luonnollisena seurauksena voidaan katsoa juontuvan tarve pitäytyä laajoihin ja abstrakteihin, lain soveltajille runsaasti harkintavaltaa jättäviin yleislausekkeisiin ja niihin pohjautuviin kieltoihin¹⁴⁹. Tällaisen yleislausekkeisiin pohjautuvan rakenteen tarpeesta ei tosin päästy direktiiviä valmisteltaessa yksimielisyyteen. Enemmistö silloisista jäsenvaltioista (12) kuitenkin kannatti kaupallisten menettelyjen sääntelemistä yleislausekkeeseen pohjautuvalla puitedirektiivillä¹⁵⁰.

Jäsenvaltioiden enemmistön tahdon mukaisesti direktiivin sääntely pohjautuu yleislausekkeisiin. Yleislausekkeiden etuna voi pitää mm. niiden joustavuutta. Toisaalta joustavuudesta aiheutuvana riskinä voi pitää jo kansallisella ja erityisesti jäsenvaltioiden tasolla vaaraa epä johdonmukaisesta tulkinnasta. Markkina-toimijoiden edun mukaista olisikin, jos säännökset olisivat riittävän konkreettisia, jotta he pystyisivät arvioimaan kaupallisia menettelyjä niiden pohjalta ja toisaalta sovittamaan kaupalliset menettelynsä suoraan säännöksen mukaisiksi.¹⁵¹ Direktiivissä yleisluonteista sääntelyä täydennetään sääntelymenetelmällä, jossa laajaa yleislauseketta yksityiskohtaistetaan kolmella, ensimmäistä yleislauseketta hie-man yksityiskohtaisemmalla, yleislausekkeella ja erikseen vielä yksittäisillä, melko yksityiskohtaisilla sopimattomien kaupallisten menettelyjen kielloilla. Tästä aiheutuu direktiivissä sovellettavan sääntelyn rakenteen keskeiseksi piirteeksi kolmiosaisuus. Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti tätä kolmiosaista rakennetta.

Ensimmäisellä tasolla direktiivin viidennessä artiklassa kielletään näennäisen pelkistetysti laaja-alaisella yleislausekkeella kuluttajakaupassa sopimattomat kaupalliset menettelyt¹⁵². Tällainen lain paikallisille soveltajille harkintavaltaa jättävä yleislausekkeisiin pohjautuva kieltomenettely on entuudestaan yleinen useissa Manner-Euroopan valtioissa ja myös Yhdysvalloissa¹⁵³. Sen sijaan Englannissa

¹⁴⁹ Ks. esim. Collins 2004 b:26 ja Griffiths 2007:197. Aaltosen (1985:29) mukaan yleislausekkeitä voidaan pitää eräänlaisina arvostusmittoina; lain soveltajalle annetaan yleinen ohje, jonka mukaan menettelyä tulee arvioida. Säännöksessä viitataan esimerkiksi sopimattomuuteen. Niiden sisältö riippuu yleensä yhteiskunnassa tapahtuvasta kehityksestä.

¹⁵⁰ KOM 2002/289 Lopullinen: kohta 10.

¹⁵¹ Nehf 2010:108.

¹⁵² 2005/29/EY: 5 (1) Art.

¹⁵³ Howells ym. 2006:85 ja ks. myös Williams & Hare 2010:381. Esimerkiksi Suomessa direktiivin alaan liittyvässä markkinoinnin sääntelyssä yleislausekkeisiin pohjautuva sääntely on kuluttajansuojalain 2 luvussa ollut ennen direktiivin toimeenpanoa kaksitasoinen; kieltö on koostunut sekä yleisestä sopimattomien menettelyjen kiellosta että toisella tasolla totuuden vastaisen ja harhaanjohtavan markkinoinnin kiellosta (ks. esim. Majuri 2003:2). Myös Saksassa

yleislausekkeitä on vierastettu kaupankäyntimenetelmien sääntelyssä niiden monitulkintaisuutensa vuoksi. Sopimattomat kaupalliset menettelyt kieltävä yleislauseke ei muodostanut tästä poikkeusta¹⁵⁴. Täten direktiivin myötä Englantiin on tullut uudenlainen sääntelymenetelmä sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskien¹⁵⁵.

Toisella tasolla direktiivissä määritellään yksityiskohtaisemmin suppeammilla yleislausekkeilla sopimattomia kaupallisia menettelyjä. Tällaisia ovat harhaanjohtavat toimet ja harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset (artiklat 6–7) sekä aggressiiviset kaupalliset menettelyt sisältäen häirinnän, pakottamisen ja sopimattoman vaikuttamisen (artiklat 8–9). Nämä suppeissa yleislausekkeissa hieman yksityiskohtaisemmin määritellyt kaupalliset menettelyt ovat nimenomaisina sopimattoman menettelyn muotoina useiden jäsenvaltioiden lainsäädännöissä enemmän tai vähemmän uusia, erityisestikin harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset ja aggressiiviset menettelyt¹⁵⁶.

Kolmannella tasolla direktiivin liitteessä I määritellään 31 suppeiden yleislausekkeiden eli artiklojen 6–9 alaan kuuluvaa kaupallista menettelyä, jotka ovat aina sopimattomia. Näiden kiellettyjen kaupallisten menettelyjen kokonaisuutta kutsutaan myös ns. ”mustaksi listaksi”¹⁵⁷. Ainoastaan edellä mainittujen liitteessä I lueteltujen kaupallisten menettelyiden sopimattomuus ei tarvitse erillistä direktiivin artikloihin pohjautuvaa arviointia. Täten voisi todeta, että muut kuin liitteessä I listatut kaupalliset menettelyt ovat sallittuja, ellei toisin osoiteta. Muiden kuin liitteessä I lueteltujen kaupallisten menettelyiden suora kieltäminen ilman muuhun EU-lainsäädäntöön tai direktiivin artikloihin pohjautuvaa arviointia ei ole direktiivin maksimiharmonisointiluonteen vuoksi sallittua.¹⁵⁸ Tällaisen yksityiskohtaisen kiellettyjen menettelyjen luetteloinnin etuna voi pitää sitä, että se on omiaan lisäämään oikeusvarmuutta ja sääntelyn yhtenäisyyttä Euroopan unionin

markkinoinnin sääntelyssä yleislausekkeisiin pohjautuva kieltomenettely on UWG -laissa ollut samankaltaisesti kaksitasoinen (ks. Schulte-Nölke ym. 2003:1 ja 4–5).

¹⁵⁴ Ks. myös Howells ym. 2006:212, Twigg-Flesner & Parry 2007:215 ja 221 sekä Collins 2010:93–94 ja myös Weatherill 2003:19.

¹⁵⁵ Ks. tästä toteutuksesta SI 2008 No.1277: Regulation 3. Ks. myös Howells ym. 2006:248 sekä Williams & Hare 2010:378 ja 380.

¹⁵⁶ Howells ym. 2006:85.

¹⁵⁷ Kom 2003/356 lopullinen: kohta 30.

¹⁵⁸ 2005/29/EY:Liite I ja johdanto 17 ja ks. myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 304/2008. Tähän liittyen ja ottaen huomioon esitöiden aseman Suomessa oikeuslähteenä voi pitää kyseenalaisena sitä, että Suomessa direktiivin toimeenpanevan lain esitöissä luetellaan (ilman konditionaaleja) esimerkkejä sopimattomista menettelyistä, joita ei ole direktiivin liitteessä I lueteltu (ks. HE 32/2008:22 ja ks. lain esitöiden asemasta oikeuslähteenä Suomessa esim. Aarnio 1989:225–230 ja Aarnio 2006:299 sekä Laakso 1990:67).

alueella¹⁵⁹. Toisaalta voi varauksellisemmin todeta, että tällainen sääntelymenetelmä on myös omiaan tarjoamaan elinkeinonharjoittajille mahdollisuuden sijoittaa sopimattomia piirteitä omaavan kaupallisen menettelynsä näiltä osin direktiivin määritelmien ulkopuolelle¹⁶⁰.

Liitteen I kaltaisen kiellettyjen menettelyjen luetteloinnin säännöksessä voi katsoa pohjautuvan Sveitsissä, Espanjassa ja Saksassa sovellettuun lainsäädäntötekniikkaan¹⁶¹. Yhteisön tasolla vastaavankaltainen yksityiskohtainen kieltojen luetteloiminen on käytössä myös kuluttajasopimusten kohtuuttomia ehtoja koskevassa direktiivissä¹⁶². Sen sijaan tällainen yksityiskohtainen sääntelymenetelmä on uutta kaupallisten menettelyjen osalta monessa jäsenvaltiossa, kuten mm. Suomessa, jossa kyseisten kysymysten sääntely on entuudestaan perustunut suurelta osin markkinaoikeuden suorittamaan kuluttajansuojalain yleislausekkeiden tulkintaan¹⁶³.

2.5.1 Tulkintoja rakenteesta

Direktiivissä käyttöön otettu kolmitasoinen sääntelymenetelmä on uusi kaupallisten menettelyjen sääntelyssä useimmissa jäsenvaltioissa¹⁶⁴. Se, miten tätä kolmiosaista rakennetta on tarkoitettu sovellettavaksi sopimattomien kaupallisten menettelyjen arviointiin, on jäänyt direktiivissä ja sen esitöissä suoraan määrittelemättä. Direktiivistä on saatavissa tukea keskenään erilaisille ristiriitaisille näkökulmille ja tulkinnoille sen mukaan, mitä seikkoja haluaa direktiivistä painottaa. Epävarmuutta on tässä suhteessa aiheuttanut eritoten se, millainen painoarvo sopimattomia kaupallisia menettelyjä arvioitaessa tulisi antaa laajalle yleislausekkeelle (artikla 5) suhteessa suppeisiin yleislausekkeisiin (artiklat 6–9) ja liitteen I kieltoihin. Hieman kärjistetyksi arvioiden näkökulmat eroavat siinä, kummasta päästä tätä kolmiosaista säännösrakennetta kaupallisia menettelyjä tulisi lähteä arvioimaan¹⁶⁵. Tähän liittyen on esitetty erilaisia tulkintoja, joita seuraavassa käydään lyhyesti läpi.

¹⁵⁹ Ks. yleisesti sääntelyn oikeusvarmuutta edistävästä piirteistä Nuotio 1999:937.

¹⁶⁰ Collins 2004 b:40 ja Micklitz 2008:89.

¹⁶¹ Collins 2010:96.

¹⁶² 1993/13/ETY:Liite.

¹⁶³ Ks. esim. Majuri 2003:16.

¹⁶⁴ Ks. Howells ym. 2006:85–86.

¹⁶⁵ Howells ym. 2006:86 ja ks. myös esim. Bakardjieva Engelbrekt 2007:84.

Laajan yleislausekkeen (artikla 5) ja suppeampien yleislausekkeiden (artiklojen 6–9) suhde on hieman epämääräinen, kuten myös kirjallisuudessa on todettu¹⁶⁶. Yleislausekkeiden erilaiseen luonteeseen pohjautuen on esitetty lausekkeiden päällekkyyttä jossain määrin karsiva näkökulma, jonka mukaan lausekkeiden soveltamisalueet sijoittuisivat ajallisesti eri vaiheeseen liiketoimea. Näkökulman mukaan laaja yleislauseke kattaisi osittain liiketoimea edeltävän vaiheen kun taas suppeiden yleislausekkeiden soveltamisalue sijoittuisi pääosin sopimuksen teon ja sen jälkeisten vaiheiden ajalle.¹⁶⁷ Näkemystä perustellaan mm. laajan yleislausekkeen laajemmin muotoillulla sopimattomien kaupallisten menettelyjen lähtökoh-taedellytyksellä. Näkökulmassa huomio kiinnitetään laajassa yleislausekkeessa lähtökohtana olevaan kuluttajan perustellun päätöksentekokyvyn tuntuvaan heikentämiseen, josta direktiivissä esitetyn määritelmän mukaisesti aiheutuu kulutta-jan kaupallisen ratkaisun vääristyminen. Tätä päätöksentekokyvyn tuntuvaa heikentämistä esitetystä näkökulmassa käsitellään kuitenkin jostain syystä irrallaan sen direktiivissä ilmaistusta kytköksestä kaupallisen ratkaisun vääristymiseen. Tästä lähtökohdasta yleislausekkeen mukaisen sopimattomuuden katsotaan voi-van, kun kytköstä kaupalliseen ratkaisuun ei huomioida, olla laajempi kuin artik-lojen 6-7 mukaisten suppeiden yleislausekkeiden, joissa sopimattomuuden määri-telmä liittyy suoraan em. kaupallisen ratkaisun vääristymiseen.¹⁶⁸ Edellä mainitun näkökulman lähtökohtia tarkemmin arvioimatta voi joka tapauksessa todeta, että direktiivin johdannossa todetaan yleiskieltoa koskien, että sitä sovelletaan kaupalliisiin menettelyihin ennen ja jälkeen liiketoimea. Vastaavasti myöskään harhaan-johtavat ja aggressiiviset kaupalliset menettelyt eivät direktiivissä rajaudu pelkäs-tään sopimuksen syntymisen jälkeiseen vaiheeseen, kuten myös esim. liitteessä I luetelluista harhaanjohtaviksi määritellyistä menettelyistä käy ilmi.¹⁶⁹

Toinen näkökulma laajan ja suppeiden yleislausekkeiden sekä liitteen I keskinäisistä painoarvoista lähtee siitä näkemyksestä, että direktiivin 5 (4) artiklaa on mahdollista lukea siten, että suppeissa yleislausekkeissa (artikloissa 6–9) esitetyt sopimattomat kaupalliset menettelyt ovat ilmentymiä laajassa yleislausekkeessa (artikla 5) ilmaistuista yleisesti sopimattomista kaupallisista menettelyistä. Tämän tulkinnan kanssa samansuuntaisesti direktiivin johdannossa todetaan, että suppeat

¹⁶⁶ Ks. esim. Howells ym. 2006:124 ja Bernitz 2007:36. Saman epämääräisyyden on katsottu jatkuvan myös esim. Englannissa direktiivin toimeenpanevassa asetuksessa (ks. Keirsbilck 2009:alaviite 35).

¹⁶⁷ Ks. Willett 2010:266.

¹⁶⁸ Willet 2010:266 ja myös 2005/29/EY:2 (e), 5 (2b), 6 (1) ja 7 (1) Art.

¹⁶⁹ Ks. 2005/29/EY: johdanto 13 ja ks. myös 2005/29/EY:3 (1) Art. sekä myös esim. liite I: kohta 8.

yleislausekkeet täydentävät laajaa yleislauseketta.¹⁷⁰ Tältä pohjalta olisi mahdollista päätyä laajan yleislausekkeen keskeistä merkitystä puoltavaan käsitykseen. Täten olisi tulkittavissa, että direktiivin viidettä artiklaa tulisi soveltaa päällekkäin artiklojen 6–9 kanssa, jolloin laaja yleislauseke itsenäisesti täydentäisi artiklojen 6–9 sisältöä. Lisäksi laaja yleislauseke toimisi myös selkeästi turvaverkkona varmistuen, että kaikki mahdolliset sopimattomat kaupalliset menettelyt, joita ei direktiiviä luonnosteltaessa nimenomaisesti määritelty tai osattu ottaa huomioon, kuuluisivat direktiivin piiriin.¹⁷¹

Kolmas näkökulma laajan (artikla 5) ja suppeiden (artiklat 6–9) yleislausekkeiden sekä liitteen I keskinäisistä suhteista painottaa puolestaan edelliseen näkökulmaan nähden päinvastaisesti liitteen I kieltojen ja suppeiden yleislausekkeiden etusijaa sopimattomien kaupallisten menettelyjen arvioinnissa. Lähtökohtaisesti erityissäännöksen etusijaa yleissäännökseen nähden korostava vakiintunut *lex specialis derogate legi generali* tulkintaperiaate puoltaa kyllä kyseistä näkemystä, sillä sen mukaisesti on mahdollista katsoa, että yksityiskohtaisimpina säännöksinä liitteen I kielloilla ja suppeilla yleislausekkeilla tulee olla etusija yleisluontoisempaan yleislausekkeeseen nähden¹⁷². Direktiivin valmisteluasiakirjan pohjalta puheena olevaa näkemystä puoltaa se, että siinä todetaan, että suppeat yleislausekkeet toimivat laajasta yleislausekkeesta riippumattomasti. Samassa dokumentissa todetaan myös, että laajaan yleiskieltoon tarvinnee turvautua harvoin, koska suppeat yleislausekkeet kattavat suurimman osan sopimattomista kaupallisista menettelyistä.¹⁷³ Tätä liitteen I ja suppeiden yleislausekkeiden etusijaa kannattavaa tulkintaa voi katsoa direktiivin pohjalta puoltavan se, että suppeista yleislausekkeista aggressiiviset menettelyt sijoittuvat määritelmältään osin laajan yleislausekkeen ulkopuolelle, koska niiden määritelmä sisältää valinnanvapauden rajoittamista koskevan ehdon, jota ei laajassa yleislausekkeessa ole. Vastaavasti myöskään kaikkien liitteen I menettelyjen ei voi katsoa täyttävän laajan yleislausekkeen sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmän ehtoja, kuten liittymistä suoraanaisesti kuluttajan taloudellisen käyttäytymisen vääristymiseen. Toisaalta sitä ei niiltä odotetakaan, koska kyseiset menettelyt on määritelty kaikissa tilanteissa sopimattomiksi, siitä riippumatta täyttävätkö ne artiklan 5 määritelmät.¹⁷⁴

¹⁷⁰ 2005/29/EY 5 (4) Art. ja johdanto 13.

¹⁷¹ Abbamonte 2007:20–21 ja ks. myös Howells ym. 2006:124, Stuyck ym. 2006:132, Bernitz 2007:36–37 sekä Coteanu 2005:185 ja Keirsbilck 2009:559 ja alaviite 429.

¹⁷² Ks. yleisesti tästä periaatteesta esim. Aarnio 1989:254, Laakso 1990:134–139, Peczenik 1990:176–180 ja ks. myös esim. Tolonen 2003:107–109 sekä puheena olevan direktiivin osalta van Dam & Budaite 2007:130.

¹⁷³ Kom 2003/356 lopullinen: kohdat 30 ja 52. Ks. myös Howells ym. 2006:124.

¹⁷⁴ Ks. 2005/29/EY: 5 ja 8 Art. sekä johdanto 16–17 ja ks. myös Stuyck ym. 2006:132–133.

Suppeiden yleislausekkeiden ja liitteen I merkitystä korostavan tulkinnan pohjalta olisi katsottavissa, kuten jo em. direktiivin esitöissä todetaan, että useimmat sopimattomat kaupalliset menettelyt kuuluvat liitteen I ja suppeiden yleislausekkeiden (artiklojen 6–9) soveltamisalueelle. Tältä pohjalta on esitetty, että viidennen artiklan laajalla yleislausekkeella olisi rajallinen merkitys sopimattomien kaupallisten menettelyjen arvioinnissa.¹⁷⁵ Kaikkiaan puheena olevan tulkinnan pohjalta olisi katsottavissa, että direktiivin vastaisena voisi pitää laajan yleislausekkeen käyttöä 6-9 artiklojen soveltamisalueen ulkopuolella tai myöskään kyseisten artiklojen aukkojen täydentäjänä muuten kuin poikkeustapauksissa¹⁷⁶. Laajan yleislausekkeen käytön osalta kyseeseen voisivat direktiivin valmisteluasiakirjan pohjalta tulla jäsenvaltioissa aiemmin kansallisesti sopimattomina pidettyjen menettelyjen, eritoten sellaisten, joissa ei välttämättä esiinny varsinaisesti harhaanjohtavia tai aggressiivisia piirteitä, lisäksi myös uudenlaiset kaupalliset menettelyt, joita ei direktiivin luonnosteluvaiheessa osattu ennakoida¹⁷⁷.

Edellä esitetyistä näkökulmista laajan yleislausekkeen merkitystä suppeiden yleislausekkeiden aukkojen täydentäjänä korostava tulkinta mahdollistaa jäsenvaltioiden suuremman liikkumavaran direktiivin soveltamisessa. Päinvastaiseen tulokseen johtaa näkemys, joka painottaa liitteen I kieltojen ja suppeiden yleislausekkeiden (artiklat 6–9) suurempaa painoarvoa suhteessa laajaan yleislausekkeeseen (artikla 5).¹⁷⁸ Laajan yleislausekkeen vähäiseen painoarvoon liittyvä näkökulma onkin saanut kirjallisuudessa osakseen kritiikkiä sillä perusteella, että näkökulma johtaa siihen, että suppeat yleislausekkeet käytännössä vesittävät laajan yleislausekkeen¹⁷⁹. Tämä näkökulma, jossa viidennen artiklan yleislausekkeella on katsottu olevan vähäinen painoarvo suppeiden yleislausekkeiden (artiklojen 6–9) ja liitteen I alueelle sijoittuvien menettelyjen arvioinnissa, on saanut kritiikkiä osakseen myös jäsenvaltioissa, joissa on perinteisesti käytetty laajoja yleislausekkeitä sopimattomien markkinointimenettelyjen sääntelyssä. Huomiota on tällöin kiinnitetty siihen, että em. tulkinta olisi omiaan vähentämään sopimattomien kaupallisten menettelyiden arvioinnissa tapauskohtaisten yksityiskohtien huomioonottamista. Howells'in ym. mukaan kirjallisuudessa on myös kritisoitu direktiivin lainsäädäntötekniikkaa liitteen I osalta siitä, että liitteen I menettelyt jo sellaisenaan

¹⁷⁵ Kom 2003/356 lopullinen: kohta 52, Howells ym. 2006:119, Incardona & Poncibo 2007:27, Keirsbilck 2009:559 ja alaviite 429 ja Collins 2010:97.

¹⁷⁶ Howells ym. 2006:119–120 ja Micklitz 2008:89.

¹⁷⁷ Kom 2003/50:johdanto 50 ja ks. myös Howells ym. 2006:121, Stuyck ym. 2006:134, Anagnostaras 2010:152 ja Rott & Willett 2010:323. Täten yleislausekkeen merkitys olisi lähinnä pidentää direktiivin käyttöikä (ks. Collins 2010:97).

¹⁷⁸ Howells ym. 2006:86.

¹⁷⁹ Esim. Collins 2004 b:9 ja 27.

kuuluisivat artiklojen 6–9 toimialueelle, mutta liitteeseen sijoitettuna ne vähentävät menettelyjen tapauskohtaisia arviointimahdollisuuksia.¹⁸⁰ Tämä on tosin hieinan ristiriitainen käsitys, sillä liitteessä I kielletyt menettelyt eivät välttämättä ole aina omiaan vaikuttamaan kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun, joka on keskeinen edellytys menettelyn sopimattomuudelle artikloissa 5–9¹⁸¹. Toisaalta liite I on tarkoitettu direktiivin johdannon mukaan koskemaan ainoastaan niitä tapauksia, jotka eivät tarvitse tapauskohtaista arviointia, koska ne ovat kaikissa tapauksissa yleisesti pidettävissä sopimattomina.¹⁸²

2.5.2 Direktiivin soveltaminen

Liitteen I ja suppeiden yleislausekkeiden etusijaa laajaan yleislausekkeeseen nähden korostavaa näkökulmaa puoltavat käytännön syyt. On esitetty, että direktiiviä soveltavat tullevat lähtemään liikkeelle tämän näkökulman mukaisesti direktiivin ”mustasta listasta”, sillä mikäli tietty kaupallinen menettely vastaa liitteessä I lueteltua menettelyä, kyseistä menettelyä pidetään suoraan sopimattomana ilman, että sitä tarvitsisi erikseen arvioida yleislausekkeiden pohjalta¹⁸³. Liitteen I ja suppeiden yleislausekkeiden etusijaa laajaan yleislausekkeeseen nähden korostavaa näkökulmaa tukee myös mm. se, että Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen julkisasiamies Verica Trstenjak on päätenyt ensimmäisen direktiivin pohjalta käsiteltäväksi tulleen tapauksen ratkaisuehdotuksessa esittämään Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle kyseisen näkökulman mukaista tulkintaa direktiivin soveltamisesta¹⁸⁴. Tosin valitettavasti Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen kannanotto direktiivin soveltamisjärjestyksestä jäi näiltä osin vielä vajaaksi; ratkaisun perusteluista käy ilmi, että kaupallista menettelyä tulee lähteä arvioimaan liitteestä I käsin, mutta tuomioistuin ei ottanut ratkaisussaan kantaa yleislausekkeiden keskinäiseen etusijajärjestykseen¹⁸⁵. Sen sijaan komissio on direktiiviä koskevassa ohjeistuksessa esittänyt direktiivin soveltamiskaavion. Kaavion mukaan menettelyn arviointi tulee aloittaa liitteen I mukaisesta mustasta listasta ja päätyä suppeiden yleislausekkeiden kautta laajaan yleislausekkeeseen. Toisin sanoen komissio ohjeistaa arvioimaan kaupallisia menettelyjä liitteen I ja suppeiden yleislausekkei-

¹⁸⁰ Ks. Howells ym. 2006:118.

¹⁸¹ Ks. esim. Stuyck ym. 2006:132–133.

¹⁸² 2005/29/EY:johdanto 17 ja Howells ym. 2006:118 ja 159 sekä ks. myös Abbamonte 2007:21 ja Stuyck 2007:170.

¹⁸³ Stuyck ym. 2006:133.

¹⁸⁴ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007, julkisasiamies Verica Trstenjakin ratkaisuehdotus 21.10.2008:kohta 79. Samanlaisesti myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 304/2008, julkisasiamies Verica Trstenjakin ratkaisuehdotus 3.9.2009:kohta 74.

¹⁸⁵ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007.

den etusijaa puoltavan näkemyksen mukaisesti.¹⁸⁶ Vastaavasti myös tutkimuksen kohteena olevista jäsenvaltioista Suomessa, Saksassa ja Englannissa on kaikissa katsottavissa lainsäätäjän tai lain toimeenpanosta vastaavan tahon käytännössä puoltavan liitteen I ja suppeiden yleislausekkeiden etusijaa painottavaa marssijärjestystä direktiivin soveltamisesta¹⁸⁷.

Kaikkiaan puheena olevan näkökulman mukaisesti kaupallisia menettelyjä arvioitaessa direktiivi on käytännössä käännettävä ikään kuin ylösalaisin; näkökulman mukaan sopimattomien kaupallisten menettelyjen arvioinnissa tulee ensin lähteä liikkeelle liitteen I mukaisesta ”mustasta listasta” ja tämän jälkeen edetä suppeisiin yleislausekkeisiin (artiklat 6–9). Mikäli kyseiset säännökset eivät koske puheena olevaa menettelyä, tulee menettelyä arvioida laajan yleislausekkeen (artikla 5) valossa.¹⁸⁸

¹⁸⁶ SEC (2009) 1666:53 ja Annex I.

¹⁸⁷ Esimerkiksi Saksan osalta tätä näkemystä lainsäätäjän linjasta on perusteltu lähinnä tavalla, jolla direktiivin 5. artiklan laaja yleislauseke on toimeenpantu (Keirsbilck 2009:519 ja 559 alaviite 429). Tähän voi katsoa viittaavan mm. yleislausekkeen sanamuodon lisäksi se, että Saksassa ei katsottu tarpeelliseksi erikseen toimeenpanna direktiivin artiklan 5 kohtaa 4, jossa nimenomaisesti määritellään sopimattomien kaupallisten menettelyjen lajeiksi harhaanjohtavat ja aggressiiviset menettelyt (2005/29/EY:5 (4) Art. ja Gesetzentwurf 16/10145:15–16). Suomen osalta puheena oleva näkemys on johdettavissa direktiivin toimeenpanevan lain valmisteluasiakirjasta, jossa käytännössä todetaan, että toimeenpantavat suppeiden yleislausekkeiden sääntelemät asiat eivät tarvitse erillistä laajan yleislausekkeen pohjalta tehtävää arviointia (HE 32/2008:22). Myös Englannissa direktiivin toimeenpanosta vastaava OFT on todennut direktiivin toimeenpanoa koskevassa ohjeessa esittämässään kaaviossa, että sopimattomien kaupallisten menettelyjen arvioimisessa tulee lähteä liikkeelle ensin liitteen I ”mustasta listasta” ja siitä edetä suppeiden yleislausekkeiden kautta edelleen laajaan yleislausekkeeseen. Menettelyä tulee esitetyn kaavion mukaan arvioida laajaan yleislausekkeeseen liittyvien määrittelien kautta vasta, mikäli menettely ei täytä ”mustan listan” tai suppeiden yleislausekkeiden määritelmiä (OFT 2008:12). Myös kirjallisuudessa on esitetty vastaava käsitys tavasta, jolla direktiivin toimeenpanevaa säännöstä tulisi Englannissa tulkita (Collins 2010:97 ja Burnley & Williams 2010:20. Vrt. kuitenkin Keirsbilck 2009: 511 ja 559 alaviite 429). Toisaalta soveltamistavat hakevat soveltamistasolla vielä muotojaan ja osin päällekkäiset yleislausekkeet mahdollistavat erilaisia käsittelytapoja. Esimerkiksi Ruotsissa Markkinatuomioistuimella on mm. tapauksessa MD 2010:31 arvioinut harhaanjohtavana pitämäänsä markkinointia pääosin direktiivin laajan yleislausekkeen pohjalta. (ks. MD 2010:31:10).

¹⁸⁸ Esim. Twigg-Flesner ym. 2005:39 ja van Dam & Budaite 2007:130 sekä ks. myös Schumacher 2007:130 ja Nehf 2010:112–113. Toisaalta direktiiviä sovellettaessa rajat eri tasojen välillä eivät liene ehdottomia. Esim. Paula Paloranta (2008:26) katsoo vedoten aiempaan markkinaoikeuden oikeuskäytäntöön, että laajaa yleislauseketta on mahdollista soveltaa yhtäaikaisesti myös suppeiden yleislausekkeiden rinnalla.

2.6 Direktiivin kansallinen toimeenpano

Direktiiveissä pääsääntöisesti asetetaan määräaika, jonka kuluessa direktiivi tulee toimeenpanna. Määräaika vaihtelee yleensä aiheen monimutkaisuuden ja lainsäädännön kiireellisyyden mukaan.¹⁸⁹ Tutkimuksen kohteena olevan direktiivin osalta jäsenvaltioiden oli määrä julkaista direktiiviin pohjautuvat kansalliset säännökset viimeistään 12.6.2007 ja aloittaa kyseisten säännösten soveltaminen viimeistään 12.12.2007¹⁹⁰. Edellä mainittujen määräaikojen ohella jäsenvaltioille annettiin hieman vaikeaselkoisesti mahdollisuus pitää voimassa direktiivin alalta tiukempia minimidirektiiveihin pohjautuvia säännöksiä, mikäli ne takaavat riittävän suojan sopimattomia kaupallisia menettelyjä vastaan ja ovat oikeasuhteisia, ainakin 12.6.2013 asti¹⁹¹. Tämän säännöksen on mahdollista katsoa koskevan myös näiden säännösten soveltamiseen liittyviä tuomioistuinratkaisuja¹⁹². Lisäksi direktiivissä on annettu hieman epämääräisenä pidettävissä oleva mahdollisuus tämän poikkeuksen jatkamiseksi vielä em. määräajan jälkeenkin¹⁹³.

Ainoastaan neljätoista jäsenvaltiota toimeenpani direktiivin määräajassa¹⁹⁴. Osa jäsenvaltioista on toimeenpannut direktiivin vasta melko hiljattain, joista viimeimpänä Belgia 6.4.2010. Tutkimuksen kohteena olevista jäsenvaltioista Suomessa direktiivi toimeenpantiin alkujaan 1.10.2008 voimaan tulleella lailla kuluttajansuojalain 2 luvun muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (29.8.2008/561) muutoksina kuluttajansuojalain toiseen lukuun ja valtioneuvoston asetuksel-

¹⁸⁹ Hanlon 2003:105 ja ks. myös Raitio 2006:17. Ellei direktiivissä ole asetettu voimaantuloa koskevaa määräaikaa, se astuu voimaan 20 päivää julkaisemisensa jälkeen (Sopimus Euroopan unionin toiminnasta: 297 Art.).

¹⁹⁰ 2005/29/EY: 19 Art.

¹⁹¹ 2005/29/EY: 3 (5) Art. Esimerkiksi Suomessa pidettiin perusteltuna hyödyntää tätä siirtymäaikaa, jotta kuluttajansuojan taso ei heikentyisi (HE 32/2008:14 ja Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:16). Saksassa sen sijaan katsottiin, että olemassa olleet säännökset eivät aiheuttaneet tarvetta tämän poikkeuksen hyödyntämiselle (Gesetzentwurf 16/10145:14–15). Myös Englannissa katsottiin direktiiviä toimeenpantaessa parhaaksi olla hyödyntämättä tätä poikkeusta (Ks. DTI 2007:12–13). Yleisesti ottaen tämä direktiivissä säädetty poikkeus jättää käytännössä komissiolle mahdollisuuden kyseenalaistaa voimaan jätettyjen säännösten oikeasuhtaisuus, sillä tällaisten säännösten tulee direktiivin sanamuodon mukaan olla ”olennaisia riittävän kuluttajansuojan varmistamiseksi” ja niiden on oltava ”oikeassa suhteessa tämän tavoitteen saavuttamiseksi” (ks. 2005/29/EY:3 (5) Art. ja myös Collins 2010:95). Täten direktiivillä voi käytännössä katsoa takaoven kautta pyrittävän muuntamaan muitakin direktiivejä maksimiharmonisointisäännöksiksi. Säännöksessä ilmaistu poikkeushan koskee hieman vaikeaselkoisesti minimidirektiiveihin pohjautuvia säännöksiä, jotka on toimeenpantu minimidirektiivissä asetettua vähimmäistasoa ohjailevammin (2005/29/EY: 3 (4 ja 5) Art. ja ks. myös Howells ym. 2006:37 ja 77).

¹⁹² Howells ym. 2006:38.

¹⁹³ 2005/29/EY: 3 (5) Art. ja johdanto 24 sekä ks. Bernitz 2007:44.

¹⁹⁴ Euroopan yhteisöjen komissio 2007, IP/07/1915:1.

la 601/2008. Kyseisillä säännöksillä uudistettiin suuri osa kuluttajansuojalain toisen luvun markkinointia koskevista säännöksistä¹⁹⁵. Englannissa säännökset astuivat voimaan 26.5.2008 ”The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008” -asetuksella (SI 2008 No. 1277) lähes sellaisenaan, mutta kielellisesti selkeytettyinä. Direktiiviä toimeenpantaessa Englannissa kumottiin sen kanssa päällekkäiset säännökset 22 säädöksestä tarkoituksena samalla myös huomattavasti yksinkertaistaa ja nykyaikaistaa kuluttajansuojalainsäädäntöä¹⁹⁶. Saksassa direktiivi puolestaan toimeenpantiin ”Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb” -lailla muutoksina vuonna 2004 uudistettuun sopimattoman kilpailun vastaiseen (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) UWG-lakiin 22.12.2008¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Lainsäätäjä on kuitenkin pitänyt kuluttajaviraston kannan mukaisesti direktiivin tuomien muutosten merkitystä vähäisenä toteamalla, että direktiivillä muutetuksi tarkoitetut säännökset vastaavat asiallisesti aiemmin voimassa olleita säännöksiä (HE 32/2008:32 ja ks. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2008:1:3 sekä Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:14).

¹⁹⁶ Ks. DTI 2007:12–13. Kumottujen säännösten pohjalta käsiteltiin 95 % kaikista alaa koskevista oikeustapauksista vuosina 2000–2005 (DTI 2006:3). Kumottujen säännöksien soveltamiseen oli vuosien varrella ehtinytkin kertyä huomattava määrä oikeuskäytäntöä (Williams & Hare 2010:380). Vastaavasti jo ensimmäisenä voimassaolovuotenaan direktiiviin pohjautuvien säännöksen nojalla OFT ja paikalliset Trading Standard Service -viranomaiset käsitelivät koko Yhdistyneessä kuningaskunnassa 171 tapausta (OFT 2009).

¹⁹⁷ Saksassa direktiivin säännökset on ulotettu samalla lailla osin myös yritysten väliseen kaupankäyntiin harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevan vähimmäisdirektiivin 2006/114/EY mahdollistamissa puitteissa, kuten Saksa ja Itävalta halusivat oikeusperinteidensä mukaisesti direktiivin 2005/29/EY osalta jo sen valmisteluvaiheessa (ks. Euroopan unionin neuvosto 9667/04: liite 2 kohta 3).

3 SOPIMATON KAUPALLINEN MENETTELY

Direktiivin 2005/29/EY keskeisenä osana voidaan pitää viidennen artiklan ensimmäisessä kohdassa pelkistetyllä ns. laajalla yleislausekkeella ”Sopimattomat kaupalliset menettelyt ovat kiellettyjä” toteutettua sopimattomien kaupallisten menettelyjen kieltoa kuluttajakaupassa. Tätä kieltoa sovelletaan sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin, jotka ilmenevät ennen ja jälkeen liiketointa sekä sen aikana, eli käytännössä missä vaiheessa tahansa.¹⁹⁸ Direktiivillä on täten melko laaja ajallinen soveltamisalue¹⁹⁹. Direktiivin voi katsoa koskevan sopimattomia kaupallisia menettelyjä sekä sopimussuhteessa että sen ulkopuolella²⁰⁰. Tosin kuitenkin edellä on todettu, sopimusoikeuteen liittyvät säännöt sinänsä on rajattu puheena olevan direktiivin ulkopuolelle. Erityisesti direktiivin soveltamisalan yltäminen sopimuksen teon jälkeiseen aikaan on selvä muutos verrattuna harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin 1984/450/EY ja sen pohjalta annettuihin säännöksiin²⁰¹. Suuntaus ei sinänsä kuitenkaan ole aivan uusi. Etämyyntidirektiivistä (1997/7/EY) on katsottu alkaneen tällaisten direktiivien jatkumon, joiden säännökset koskevat vaihetta ennen ja jälkeen sopimuksen syntymistä²⁰².

Direktiivin laajasta ulottuvuudesta johtuen yleislausekkeen kielto on määritelmällisesti väljä²⁰³. Tarkkareunaisen rajauksen sijaan abstrakti määritelmä kattaa useanlaisia sopimattomia kaupallisia menettelyjä. Määritelmän etuna voi pitää sen laaja-alaisuutta ja mukautumiskykyä²⁰⁴. Nämä piirteet yhdistettynä kaupallisen menettelyn laaja-alaiseen määritelmään ovat omiaan vaikuttamaan siihen, että

¹⁹⁸ Ks. 2005/29/EY: 3 (1) Art. ja johdanto 13 sekä ks. myös Radeideh 2005:257. Direktiivin suomennoksesta on jäänyt pois vaihe liiketoimen yhteydessä, mikä esiintyy useassa muussa kieliversiossa. Ehkä sen on katsottu sisältyvän jo valittuun sanamuotoon, mutta selkeyden vuoksi olisi kuitenkin ollut suotavaa sisällyttää se myös suomenkieliseen versioon.

¹⁹⁹ Sopimattomien kaupallisten menettelyjen kiellon piiriin kuuluvat mm. menettelyt mainonnasta ja neuvotteluista tuotteen myymiseen ja toimittamiseen kuluttajille, asiakaspalvelu, menettelyt asiakassuhteessa, sekä kaupan jälkeiset palvelut ja tuotteen jälkimarkkinointi (2005/29/EY: 2 (d) Art. ja ks. myös esim. Willett 2010:249).

²⁰⁰ Ks. 2005/29/EY: johdanto 13. Käytännössä tätä voi katsoa ilmentävän myös se, että sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmään sisältyvä kaupallisen ratkaisun käsite on määriteltä direktiivissä alkaen tuotteen ostopäätöksestä päätökseen joko pitää tuote tai luopua tuotteesta (2005/29/EY: 2 (k) Art.).

²⁰¹ Ks. esim. Saksan osalta Tews & Bokel 2009:27 ja Wieczorek-Schwarz 2010:92.

²⁰² Micklitz 2009 b:233

²⁰³ Tätä laajaa ulottuvuutta korostaa se, että Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut, että direktiivillä täysin yhdenmukaistetaan kaikki direktiivin alaan liittyvät kaupallisia menettelyjä koskevat säännöt yhteisön tasolla (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007:52).

²⁰⁴ Esimerkiksi Collins 2004 b:25–26 ja van Dam & Budaite 2007:130. Määritelmän laaja-alaiseen sanamuotoon on myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin (yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007:49 sekä 304/2008:36 ja 39) kiinnittänyt huomiota.

elinkeinonharjoittajien on vaikea muodostaa kyseenalaisia kaupallisia toimenpiteitä siten, että onnistuisivat välttämään niiden asettumisen yleislausekkeen soveltamisalueelle²⁰⁵. Sopimattomien kaupallisten menettelyjen määritelmän laaja-alaisuuteen liittyy toisaalta myös vaara liiallisesta monitulkinnallisuudesta²⁰⁶. Tämä voi aiheuttaa epätietoisuutta direktiivin soveltamisalueesta ja sisällöstä²⁰⁷. Määritelmä vaatikin täsmennystä²⁰⁸. Ennen tarkempaa perehtymistä direktiivissä asetettuihin sopimattoman menettelyn edellytyksiin, käydään seuraavaksi lyhyesti läpi sopimattoman kaupallisen menettelyn käsitettä direktiivissä.

3.1 Sopimaton kaupallinen menettely käsitteenä

Direktiivissä keskeinen kaupallisen menettelyn käsite on sisällöltään laaja. Se on laajempi kuin esimerkiksi perinteinen mainonta tai sitä laajempi markkinoinnin käsite²⁰⁹. Direktiivin merkityksessä kaupallisen menettelyn voi katsoa liittyvän lähes kaikkeen elinkeinonharjoittajan kuluttajiin kohdistamiin toimintoihin ja tuotetta koskevaan kaupalliseen viestintään, sillä määritelmällä tarkoitetaan direktiivin mukaan: ”[...] elinkeinonharjoittajan tointa, mainitsematta jättämistä, käytäytymistä tai edustamista, kaupallista viestintää, mukaan lukien mainontaa ja markkinointia, joka liittyy välittömästi tuotteen myynninedistämiseen, myymi-

²⁰⁵ Willett 2010:249.

²⁰⁶ Esim. Twigg-Flesner ym. 2005:38. Esimerkiksi Malek Radeideh (2005:256 ja 287) katsoo, että määritelmän yksittäiset termit jo sinänsä vaatisivat tarkemman määrittelyn. Hän katsoo, viitaten sähköisen kaupankäynnin direktiivin käsitteisiin, että pelkästään termi ”kaupallinen viestintä” olisi ollut selkeämpi ja valmiimpi määritelmä. Nimenomaisesti kaupallisen viestinnän keskeisyys määritelmässä todetaan myöskin direktiivin valmisteluasiakirjoissa. (ks. esim. Kom. 2003/356 lopullinen: kohta 36). Tosin direktiivissä määritelmää ei ole haluttu rajata kuitenkaan pelkästään kaupalliseen viestintään, vaan kaupallinen viestintä muodostaa yhden kaupallisen menettelyn osa-alueen. Yhtenä kaupallisen menettelyn osa-alueena kaupallisen viestinnän käsite on direktiivissä tarkoitettu laajasti tulkittavaksi. Direktiivissä kaupallinen viestintä kattaa myös välillisesti tuotteen myynninedistämiseen pyrkivän viestinnän, kuten artikkelimuotoisen mainonnan (ks. 2005/29/EY:Liite I (11)) sekä todennäköisesti useimmiten myös esim. yrityskuvaviestinnän (ks. yleisesti Köhler & Lettl 2003:1035 ja erityisesti Saksaa koskien Gesetzentwurf 16/10145:21).

²⁰⁷ Tähän liittyen on esitetty, että yleislausekkeeseen pohjautuvaa kieltoa voi pitää liian epämääräisenä, jotta siitä olisi ohjaamaan elinkeinonharjoittajien menettelyjä (Collins 2003:xi).

²⁰⁸ van Dam & Budaite 2007:130.

²⁰⁹ Ks. esim. Bakardjewa Engelbrekt 2007:84. Sääntelyn yhtenäisyyden kannalta kyseenalaisena voidaan pitää sitä, että Suomessa direktiiviä toimeenpantaessa katsottiin markkinointi - käsitteen Suomessa olevan niin laaja, että sillä katsottiin voitavan korvata kaupallisen menettelyn käsite direktiivin toimeenpanevassa säännöksessä (ks. HE 32/2008:19). Tästä syystä Suomessa käytetään direktiivin toimeenpanevassa säännöksessä ”kaupallinen menettely” -termin sijaan vaihtelevasti termejä ”markkinoinnissa tai asiakassuhteessa” sekä ”menettely” (ks. KSL: 2 §).

seen tai toimittamiseen kuluttajille”²¹⁰. Toisin sanoen määritelmän voisi yksinkertaistaen kiteyttää siten, että kolme ehtoa tulee täytyä, jotta kyse olisi direktiivin merkityksessä kaupallisesta menettelystä: 1) elinkeinonharjoittajan 2) on tullut tehdä tai jättää tekemättä jotain 3) myynninedistämiseksi²¹¹.

Edellä mainittu kaupallisen menettelyn käsite tulee ongelmallisemmaksi, kun siihen lisätään etuliite ”sopimaton”, sillä sopimattomuuden voi katsoa arvosidonnaiseksi käsitteeksi²¹². Direktiivin merkityksessä sopimattomia kaupallisia menettelyjä ja niihin liittyviä aihealueita on säännelty samankaltaisissa yhteyksissä aiemmin useissa yhteisön säännöksissä. Tällöin on käytetty hieman eri muodoissa olevia termejä. Yleisestikin sopimatonta menettelyä vastaavat termit ovat useissa yhteyksissä kuitenkin jääneet sisällöltään vähäiselle tai epämääräiselle määrittelylle.²¹³ Myös direktiivissä käytetyllä termillä voi katsoa olevan juurensa keskenään samankaltaisissa, mutta erilaisten kansallisten oikeusperinteiden ja asiayhteyksien yms. syiden vuoksi erilaisia tulkintoja saaneissa kansallisissa käsitteissä²¹⁴. Myös käsitteen muotoilussa suhteessa muuhun termistöön on kielellisten seikkojen lisäksi myös kansallisista perinteistä juontuvia eroja jäsenvaltioissa. Tämä

²¹⁰ Ks. 2005/29/EY:2 (d) Art. sekä ks. myös Coteanu 2005:175–176, Howells ym. 2006:241 ja Bernitz 2007:35.

²¹¹ Twigg-Flesner ym. 2005:38.

²¹² Vastaavankaltaisesti esim. Virtanen 2010:131.

²¹³ Howells ym. 2006:83–84 ja ks. myös esim. 2000/31/EY sekä Kom 2003/356 lopullinen. Howells ym. (2006:84) ovat laskeneet näitä termejä käytetyn myös lukuisissa julkisiasiamiesten ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuuissa.

²¹⁴ Ks. myös Coteanu 2005:173. Esimerkiksi Suomessa on aiemmin kuluttajansuojalaissa (2:1 §) yleislausekkeella kielletty hieman vastaavankaltaisesti ”hyvän tavan vastaiset tai muuten kuluttajan kannalta sopimattomat menettelyt”. 1970-luvulla kuluttajansuojalakia valmisteltaessa yleislausekkeeseen menettelyn kiellettävyyden kriteeriksi pelkästään ehdotettua sopimaton -termiä pidettiin liian väljänä ja epämääräisenä. Elinkeinonharjoittajat puolestaan on Suomessa velvoitettu noudattamaan SopMenL:n mukaan ”hyvän liiketavan” mukaisia menettelyitä elinkeinotoiminnassa (ks. 1061/1978: 1 § ja ks. myös HE 32/2008:15 sekä Tiili 1979:171). Samankaltaisesti ”hyvän tavan vastaiset” (saks. guten Sitten) menettelyt ovat olleet myös Saksassa kiellettyjä UWG -lain ensimmäisen pykälän yleislausekkeella vuonna 2004 tapahtuneeseen uudistukseen saakka, jonka jälkeen (ennen direktiivin voimaansaapoa) mukautettuna saman lain kolmannen pykälän nojalla, jolloin tilalle tuli ”sopimaton kilpailu” (saks. Unlautere Wettbewerbshandlungen) (Schulte-Nölke ym. 2003:2. ja Finger & Schmieder 2005:205–206). Lisäksi Saksassa on liikesuhteiden osapuolet yleisesti velvoitettu noudattamaan ”Treu und Glauben” (suom. kunnian ja arvon) mukaista menettelyä (ks. § 242 BGB sekä myös Coteanu 2005:146). Tällainen yleislausekkeisiin pohjautuva sääntelymenetelmä on sen sijaan vieras Englannissa juuri monitulkintaisuutensa vuoksi (Howells ym. 2006:212 ja 248 ja ks. myös Howells 2007:105 sekä Twigg-Flesner & Parry 2007:215 ja 221). Täten sopimattomien kaupallisten menettelyjen kiellolle ei löydy suoraa vastinetta aiemmasta Englannin lainsäädännöstä (van Dam & Budaite 2007:123–124). Englannissa on Common Law -oikeuteen kuitenkin vakiintunut samankaltainen rehellisyyttä liikesuhteissa ilmentävä ”good faith” -käsite (Coteanu 2005:146). Näiden käsitteiden merkityseroihin ei tässä tarkemmin perehdytä (ks. yleisesti näistä käsitteistä esim. Whittaker & Zimmermann 2000:12–62 ja ks. myös Schulte-Nölke 2003:102

näky myös puheena olevassa direktiivissä. Esimerkiksi englanninkielellä on käytetty sopimattoman kaupallisen menettelyn engl. ”unfair commercial practice” vastakohtana usein ”fair trading” -termiä ja direktiivissä mutkattomasti myös ”fair commercial practices” -termiä. Myös saksan kielellä direktiivissä nämä vastakohtia ilmaisevat termit ovat vastaavalla tavalla helposti johdettavissa unlautere -sanasta. Suomessa samoissa yhteyksissä on käytetty sopimattomalle kaupalliselle menettelylle hieman kauempaa haettuja vastakohtaa tarkoittavia termejä kuten liiketoimien rehellisyys tai hyvä kauppatapa, joista viimeksi mainittu puheena olevassa direktiivissä.²¹⁵

Direktiivin toimeenpanon myötä sopimaton -termin sisältö saattaa myös tarkoittaa eri asiaa eri oikeusjärjestyksissä tai eri asiayhteyksissä²¹⁶. Tähän vaikuttavat myös uudenlaiset kaupalliset menettelyt. Tällaisia on ilmestynyt mm. Internetin erilaisen uusien tekniikoiden ja ilmiöiden myötä, kuten esim. erilaisten sponsorointi-mainonnan muotojen ja hakukonemarkkinoinnin myötä, jotka saattavat aiheuttaa eroja siihen, millaisena sopimaton kaupallinen menettely nähdään eri jäsenvaltioissa²¹⁷. Sopimaton kaupallinen menettely saattaaakin usein merkitä eri asioita myös esimerkiksi eri ryhmille, kuten kauppiaille ja kuluttajille²¹⁸. Termiä itsessään voikin, kuten on jo aiemmin todettu, pitää rajoiltaan melko avoimena²¹⁹. Yhtenäisen sisällön löytäminen sopimattomalle kaupalliselle menettelylle eri jäsenvaltioissa voikin olla ongelmallista, sillä siihen vaikuttavat, kuten edellä on osittain todettukin jo, erilaiset kansalliset oikeusperinteet ja näkemykset, sillä sopimattomuutta voi lähtökohtaisesti pitää subjektiivisena käsitteenä²²⁰. Juuri rajat ylittävässä kaupankäynnissä käsitteen subjektiivisuudesta aiheutuvat ongelmat saattavat kärjistyä. Termin epämääräisyyden vuoksi suuri osa direktiivistä keskitettykin sopimattoman kaupallisen menettelyn edellytyksien tarkentamiseen²²¹.

²¹⁵ Ks. yleisesti ”sopimaton kaupallinen menettely” ja hyvä kauppatapa -termien käännoksistä eri kielillä esim. Howells ym. 2006:90.

²¹⁶ Coteanu 2005:156 ja ks. myös Schulte-Nölke 2003:102.

²¹⁷ Ks. myös Coteanu 2005:156.

²¹⁸ Esimerkiksi kauppiaiden osalta termi liittyy usein vilpilliseen kilpailuun (Coteanu 2005:iv ja 159).

²¹⁹ ks. myös Coteanu 2005:157.

²²⁰ Weatherill & Bernitz 2007:5–6, Howells ym. 2009:69 ja Collins 2010:97 sekä ks. myös Har-ker 2008:303. Yleisestikin myös esim. juridisten ja moraalisten velvoitteiden välinen raja on riippuvainen siitä, minkä maan perspektiivistä asioita tarkastellaan (Tolonen 2007:415).

²²¹ Radeideh 2005:260.

3.2 Menettelyn sopimattomuuden yleiset edellytykset direktiivissä

Hyvään kauppatapaan tähtäävien menettelyjen yhtenäistämisen sijaan direktiivissä pyritään nimenomaan sopimattomien kaupallisten menettelyjen kiellon yhtenäistämiseen²²². Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin viidennen artiklan toisessa kohdassa täsmennetään direktiivin sopimattomien kaupallisten menettelyiden määritelmää. Kyseisen kohdan mukaan 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.”²²³

Kuten ja-konjunktion käytöstä käy ilmi, molempien siteerattujen ehtojen on täyttyvä, jotta menettely täyttäisi direktiivin mukaisen sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmän. Toisin sanoen kirjaimellisesti luettuna, mikäli ei ole vaaraa, että kaupallinen menettely vaikuttaisi vääristävästi kuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen tuotteeseen nähden, menettely ei ole sopimaton, vaikka se ei olisi huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten mukainen²²⁴. Tosin näiltä osin taloudellisen käyttäytymisen vaikutuskynnys ei liene kovin korkea.

Kirjallisuudessa on esitetty näkemys, että kuluttajan taloudellisen käyttäytymisen vääristymistä koskeva edellytys olisi yleismääritelmä ja ensin mainittu, eli huolellisen ammatinharjoittamisen vastaisuus, lähinnä tätä yleismääritelmää rajoittava ehto²²⁵. Toisaalta näiden ehtojen suhteen voisi nähdä niinkin, että huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimus olisi yleismääritelmä ja taloudellisen käyttäytymisen vääristämistä koskevalla ehdolla vaadittaisiin syy-yhteyttä huolellisen ammatinharjoittamisen vastaisen menettelyn ja käyttäytymisen vääristymisen välillä.

Edelleen direktiivin viidennessä artiklassa todetaan, että sopimattomia ovat myös artikloissa 6–7 määritellyt harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt sekä artikloissa 8–9 määritellyt aggressiiviset kaupalliset menettelyt ja liitteessä I luetellut kaupalliset

²²² Esim. Radeideh 2005:254 ja 259 ja Collins 2010:96. Kyse tosin lienee samasta asiasta, mutta vain eri tavoin ilmaistuna.

²²³ Katso. 2005/29/EY:5 Art. ja johdanto 18.

²²⁴ ks. myös Virtanen 2010:132 sekä samankaltaisesti Melin 2009:63.

²²⁵ Radeideh 2005:260, 262 ja 268.

liset menettelyt²²⁶. Sopimattoman kaupallisen menettelyn edellytyksenä taloudellisen käyttäytymisen vääristämistä koskevan ehdon keskeisyys käy ilmi direktiivissä myös edellä mainittujen artiklojen ja liitteessä I ilmaistujen menettelyjen kautta. Niissä määriteltyjä kaupallisia menettelyjä voi katsoa pidettävän automaattisesti huolellisen ammatinharjoittamisen vastaisena käytäntönä, sillä näissä säännöksissä ei viitata kyseiseen kriteeriin lainkaan.²²⁷ Kuluttajan taloudellisen käyttäytymisen vääristymisen määritelmään sisältyvän menettelyn seurauksena tehtävä kaupallinen ratkaisu sen sijaan on nimenomaisesti kirjattu myös puheena oleviin artikloihin kyseisten artiklojen määritelmän mukaisen sopimattomuuden edellytykseksi, minkä voi katsoa korostavan kyseisen edellytyksen merkitystä²²⁸. Myös liitteessä I luetteloitujen kieltojen takaa on havaittavissa edellä mainituista edellytyksistä erityisesti taloudellisen käyttäytymisen vääristämiseen liittyvä periaate, sillä kyseiset menettelyt ovat usein, joskaan eivät aina, omiaan vääristämään kuluttajan taloudellista käyttäytymistä tuotteisiin nähden²²⁹. Seuraavaksi perehdytään hieman tarkemmin sopimattoman menettelyn määritelmään direktiivissä esitetyn määritelmän alakohtien mukaisessa järjestyksessä.

3.3 Huolellinen ammatinharjoittaminen

3.3.1 Määritelmä

Sopimattoman kaupallisen menettelyn ensimmäiseksi edellytykseksi direktiivissä määritellään, että se on huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen²³⁰. Direktiivin toisessa artiklassa huolellinen ammatinharjoittaminen määritellään:

”erikoistaidon ja huolellisuuden tasoksi, jota elinkeinonharjoittajan voidaan kohtuudella odottaa osoittavan kuluttajia kohtaan ja joka vastaa rehellistä

²²⁶ 2005/9/EY:5 (4–5) Art.

²²⁷ Ks. 2005/29/EY: 5 (4–5) Art. ja Kom 2003/356 lopullinen: 57 sekä Howells ym. 2006:117 ja Abbamonte 2007:28 sekä ks. myös Twigg-Flesner ym. 2005:13 ja 40.

²²⁸ Ks. 2005/29/EY:6–8 Art. On katsottu, että direktiivin esitöissä esitetty näkemys, että viidennessä artiklassa taloudellisen käyttäytymisen vääristämistä koskevaan määritelmään sisältyvä tuntuva päätöksentekokyvyn heikentäminen sisältyy jo lähtökohtaisesti artiklojen 6–8 mukaisiin menettelyihin, pätee myös direktiivin virallisen version osalta (Kom 2003/356 lopullinen:kohta 57 ja esim. Abbamonte 2007:28). Täten on katsottavissa, että taloudellisen käyttäytymisen vääristämistä koskeva edellytys on kevyempi kyseisten artiklojen osalta.

²²⁹ Radeideh 2005:268–269.

²³⁰ 2005/29/EY:5 (2) Art.

markkinatapaa ja/tai vilpittömässä mielessä toimimisen yleistä periaatetta elinkeinonharjoittajan toimialalla”²³¹.

Säännöksessä kaupallisissa menettelyissä noudatettavaksi edellytetyn huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksen voi katsoa melko laajaksi vaatimukseksi koskien kaikkia liiketoimen osa-alueita. Huolellinen ammatinharjoittaminen, kuten monet muutkin direktiivin käsitteet, on direktiivin osoittamalla tavalla lainsäädäntöön kirjattuna käsitteenä uusi monessa jäsenvaltiossa, vaikkakaan periaatteellisella tasolla kyse ei usein ole suuresta muutoksesta²³².

Säännöksen lähtökohtana on, että elinkeinonharjoittajalta tulee voida odottaa suurempaa huolellisuuden tasoa, kuin maallikolta ja yleensäkin ei-ammattilaiselta. Huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmä edellyttää sanamuotonsa mukaan ensinnäkin elinkeinonharjoittajalta kohtuudella vaadittavaa tiettyä huolellisuutta ja erikoistaidon tasoa kuluttajia kohtaan²³³. Täten kaupallinen menettely voi nyt entistä selvemmin olla sopimaton myös, mikäli myyjä toimii rehellisesti, mutta ei hallitse alansa²³⁴. Kohtuudella odotettavissa olevan erikoistaidon ja huolellisuuden tasoa kuluttajia kohtaan voi pitää periaatteellisena toimintalinjavaatimuksena, jonka tulisi näkyä kaikessa elinkeinonharjoittajan toiminnassa hänen asioidessaan kuluttajan kanssa. Määritelmää tulkittaessa tulee siis direktiivin sanamuodon mukaan ottaa huomioon myös kuluttajan kohtuulliset odotukset²³⁵. Määritelmässä kohtuullisuus -ehto toimii toisaalta myös rajoitteena, jonka mukaisesti ihan millaista tahansa erikoistaidon ja huolellisuuden tasoa ei tule elinkeinonharjoittajalta voida odottaa²³⁶. Täten määritelmän sisältöä tulee arvioida lähinnä tapauskohtaisesti. Yleisellä tasolla määritelmän voi kuitenkin käytännössä katsoa edellyttävän elinkeinonharjoittajalta ainakin alaa koskevien säännösten ja erilaisten viranomaisohjeiden noudattamista. Lisäksi huolellinen ammatinharjoittaminen käsitteenä voi direktiivin sanamuodonkin perusteella katsoa menevän sen yli, mitä säädännäisessä oikeudessa edellytetään, sillä säännöksessä viitataan yleisiin periaattei-

²³¹ 2005/29/EY:2 (h) Art.

²³² Ks. esim. Saksan ja Suomen osalta Micklitz 2005:176 ja Wilhelmsson 2005:192. Säännöksen on katsottu sanamuodoltaan pohjautuvan lähinnä Italian lainsäädäntöön (esim. Micklitz 2008:85). Sanamuodolla on kuitenkin yhtymäkohtia useiden valtioiden lainsäädäntöön. Esimerkiksi osapuolten vilpittömä mieltä koskevan vaatimuksen sisältyminen lainsäädäntöön ei mm. Saksassa sinänsä ole uutta sääntelyssä. Siellä osapuolet on jo aiemmin nimenomaisesti velvoitettu toimimaan vilpittömässä mielessä liikesuhteessa (§ 242 BGB ja ks. myös Ekey 2009:54).

²³³ 2005/29/EY:2 (h) Art.

²³⁴ Ks. Abbamonte 2006:705 ja ks. myös Coteanu 2005:181.

²³⁵ Englannin osalta OFT 2008:47. Ks. myös Willett 2007:102–103.

²³⁶ Ks. vastaavasti Saksassa toimeenpannun säännöksen osalta Ekey 2009:34.

siin elinkeinonharjoittajan toimialalla²³⁷. Täten käsitteen voi nähdä yleisesti sääntelyn täydentäjänä. Huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksen perusteella voisi siten edellyttää esimerkiksi sitä, että elinkeinonharjoittaja täyttää velvoitteensa kuluttajaa kohtaan sovitulla tavalla ja kohtuullisessa ajassa. Yksityiskohteisemmin verkkokaupan osalta tämän vaadittavan erikoistaidon ja huolellisuuden tason voinee kohtuudella katsoa edellyttävän sen lisäksi, että elinkeinonharjoittaja pystyy luomaan kauppapaikkansa verkkokauppaa koskevien säännösten mukaisesti, esimerkiksi sen, ettei kuluttajan turvallisuus missään vaiheessa vaarannu kauppapaikalla asioitaessa (esim. kaikkien henkilötietojen, kuluttajan tietokoneen toiminnan ja maksuliikenteeseen liittyvien tietojen osalta).

Huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmän toisen edellytyksen mukaan kaupallisen menettelyn tulee vastata ”rehellistä markkinatapaa ja/tai vilpittömässä mielessä toimimisen yleistä periaatetta elinkeinonharjoittajan toimialalla”²³⁸. Tässä määritelmästä ilmeisesti jätetään jäsenvaltioille mahdollisuus valita kansallisten perinteidensä mukaisesti joko markkina- tai arvoperusteinen tai niistä molemmista koostuva huolellisen ammatinharjoittamisen määrittämistapa²³⁹. Esimerkiksi Suomessa edellä mainituista on painotettu markkinaperusteista määrittämistapaa ”elinkeinotoiminnassa yleisesti hyväksyttävän asianmukaisen menettelytavan” muodossa, kun taas Saksassa ja Englannissa direktiivin toimeenpanemisessa säännöksissä on huomioitu molemmat määrittelytavat.²⁴⁰ Näistä erityisesti vilpittömän mielen -periaatteen on katsottavissa sisältävän objektiivisen arviointistandardin aiemmissa direktiivin versioehdotuksissa yksipuolisemmin painotettujen toimialan käytäntöjen sijaan. Tätä vilpittömän mielen periaatetta voi pitää kuluttajansuojan kannalta hyödyllisenä, sillä rehellinen markkinatapa sellaisenaan on suurelta osin liiketoimintaan pohjautuva käsite, jonka muotoutumiseen kuluttajilla lienee enintään vähäiset vaikutusmahdollisuudet.²⁴¹ Tämän määritelmän toisen edellytyksen pohjalta sopimattomuuden arvioinnin lähtökohtana merkityksel-

²³⁷ Ks. 2005/29/EY:2 (h) Art.

²³⁸ 2005/29/EY: 2 (h) Art.

²³⁹ Micklitz & Howells 2010:106.

²⁴⁰ Suomen osalta KSL 2:3 (1) §, Saksan osalta § 2 (7) UWG ja Englannin osalta SI 2008 No. 1277: Regulation 2 (1).

²⁴¹ Howells ym. 2006:98–99. Toisin sanoen elinkeinonharjoittajan toimia tulee arvioida objektiivisten, elinkeinonharjoittajan tarkoitusperistä riippumattomien kriteerien pohjalta. Myös direktiivin artiklasta 11 saa laajemmaltikin direktiiviä koskien käsityksen, että direktiivissä on tarkoitettu asettaa ns. ankaran vastuun kaltainen systeemi, jossa menettely tulee voida määrätä lopetettavaksi: ”[...] vaikka tosiasiallisen vahingon syntymistä taikka elinkeinonharjoittajan tahallisuutta tai huolimattomuutta ei olisi näytetty”. Toisaalta eräät kaupalliset menettelyt (liite I) ovat jo itsessään määritelty sopimattomaksi eivätkä tarvitse erikseen arviointia (esim. Twigg-Flesner ym. 2005:9 ja Howells ym. 2006:105–106 sekä ks. menettelyn objektiivisesta arvioinnista myös esim. Suomessa toimeenpantua säännöstä koskien HE 32/2008:22).

lisenä voi täten katsoa olevan myös kuluttajien edut ja toisaalta myös se, millaisella alalla kyseistä kaupallista menettelyä on harjoitettu²⁴².

Huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmässä viitataan vilpittömän mielen ja rehellisen markkinatavan yhteydessä ”elinkeinonharjoittajan toimialan yleisiin periaatteisiin” huolellisen ammatinharjoittamisen määrittäjänä²⁴³. Verkkokaupan alalle ei ole vielä juurikaan muodostunut yleisiä toimintaperiaatteita, joita voisi käyttää tällaisina mittatikuina²⁴⁴. Yleisesti näiden määrittelemisessä suuntaa voisivat säännösten ja oikeuskäytännön lisäksi antaa esim. erilaiset viranomaisten antamat ohjeet ja liiketoiminnassa mahdollisesti laajasti hyväksytyt käytännesäännöt, mikäli tällaisia on olemassa²⁴⁵. Esimerkiksi Ruotsissa markkinatuomioistuimien, marknadsdomstolen, on hyödyntänyt Ruotsin kuluttajaviraston yleisiä ohjeita rehellistä markkinatapaa vastaavan käsitteen selvittämisessä²⁴⁶. Lisäksi yhtenä tällaisena ”toimialan yleisenä periaatteena” voi pitää Suomen lainsäätäjän mukaan Suomessa esimerkiksi Kansainvälisen kauppakamarin, ICC:n, lähinnä vapaaehtoisiksi itsesääntelynormistoiksi tarkoitettuja mainonnan kansainvälisiä perussääntöjä²⁴⁷.

²⁴² Esim. Kom. 2003/356 lopullinen: kohta 53 ja sivu 24 sekä Wieczorek-Schwarz 2010:81, Howells ym. 2006:97–98 ja ks. myös Twigg-Flesner ym. 2005:8.

²⁴³ 2005/29/EY: 2(h) Art. Elinkeinonharjoittajan toimialan periaatteisiin viittaamisen voi katsoa merkitsevän pyrkimystä yhteissääntelyn (engl. co-regulation) hyödyntämiseen sopimattoman menettelyn määrittelemisessä (Verbruggen 2009:427).

²⁴⁴ Ks. myös Coteanu 2005:180.

²⁴⁵ Ks. Coteanu 2005:180 ja ks. myös Weatherill 2003:2, Svensson ym. 2010:416 sekä 2005/29/EY: johdanto 20 ja HE 32/2008:21. Tällöin merkitystä on sillä, mitä laajempi hyväksyntä käytännesäännöillä on ja sillä, millaisia tahoja on ollut sääntöjä luomassa. Kaikkia käytännesääntöjään ei ole laadittu yleistä etua silmällä pitäen, vaan ehkä pikemminkin vain yksittäisen alan etujen suojaamiseksi. Säännösten merkittävyttä on omiaan lisäämään, mikäli niitä on ollut valmistelemaan julkinen taho, kuten pohjoismaissa kuluttaja-asiamiehiä, Englannissa OFT tai yleensäkin laaja kansainvälinen organisaatio kuten Kansainvälinen kauppakamari. Yksittäisiä käytännesääntöjä ei kuitenkaan voi suoraan rinnastaa ”elinkeinonharjoittajan toimialan yleisiin periaatteisiin, jotka vastaavat rehellistä markkinatapaa”, koska sen voisi katsoa ikään kuin virallistavan käytännesäännöt. Lisäksi se olisi omiaan vähentämään elinkeinonharjoittajan toimintamahdollisuuksia ja toisaalta myös asettaisi ylärajan elinkeinonharjoittajien käyttäytymistä koskeville odotuksille. Sen sijaan yleisten käytännesääntöjen tasoa vastaavien periaatteiden noudattamatta jättämisellä voi katsoa olevan suuremman todistusarvon rehellistä markkinatapaa vastaavien yleisten periaatteiden noudattamisen arvioinnissa, kuin sillä että noudattaa vastaavia käytännesääntöjä. (Twigg-Flesner ym. 2005:7–8 ja 11 sekä ks. myös Howells ym. 2006:213–215, Stuyck ym. 2006:137–138 ja 2005/29/EY: 2 (h) Art. Vastaavankaltaisella tavalla suuntaa-antavaksi suomalainen lainsäätäjät on pyrkinyt rinnastamaan hyvän liiketavan käsitteen, jota elinkeinonharjoittajat velvoitetaan Suomessa esim. SopMenL:n 1 § perusteella noudattamaan. (HE 32/2008:21–22. Ks. vastaavanalainen näkemys koskien hyvän liiketavan käsitettä Wilhelmsson 2005:192 sekä yleisesti käsitteestä esim. Paloranta 2008:138–142, Koivumäki & Häkkänen 2010:83–87 ja Virtanen 2010:186–187).

²⁴⁶ MD 2010:30:9.

²⁴⁷ HE 32/2008:21 ja ks. myös yleisesti esim. Tiili 1979:120–121, Aaltonen 1985:13–15, Micklitz 2008:85 ja Svensson ym. 2010:416. Täten Suomessa Markkinaoikeus onkin hyödyntänyt

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen aiemman oikeuskäytännön nojalla yhteisön oikeuden käsitteiden tulisi olla yhtenäisesti sovellettuja ja itsenäisiä aiemmista kansallisista määritelmistä²⁴⁸. Tähän liittyen huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmä olisi sinänsä ollut käsitteenä selkeämpi, mikäli olisi olemassa huolellisesti laaditut Euroopan laajuiset yhtenäiset käytännesäännöt eri aloja koskien, joihin kyseinen määritelmä olisi ollut liitettävissä²⁴⁹. Artiklassa käytetyn määritelmän onkin katsottu aiheuttavan mahdollisesti ongelmia direktiivin yhtenäisen soveltamisen kannalta, koska yleiset periaatteet voivat, kuten myös direktiivin sanamuodossa toimialaan viittaamisella on mahdollisesti vihjattu, vaihdella toimialojen ja jäsenvaltioiden välillä, sillä jäsenvaltioiden yhteiskunnat ja markkinat ovat keskenään erilaiset²⁵⁰. Säännöksen soveltajan tulisi kuitenkin ottaa tällaiset erityispiirteet huomioon²⁵¹. Määritelmän tulkinnanvaraisuutta on omiaan edelleen lisäämään se, että käsitteen sisältö muuttuu ajan kuluessa²⁵². Erilaisten kansallisten ja alakohtaisten käytäntöjen vuoksi yhtenäisten alakohtaisten käytäntöjen esiintyminen ei liene todennäköistä lähitulevaisuudessa. Tämä tekee määritelmästä melko tehottoman.²⁵³

Kaikkiaan huolellisen ammatinharjoittamisen käsitettä ei voi direktiivin sanamuodon pohjalta pitää selvärajaisena, vaan pikemminkin tulkinnanvaraisena ja moniselitteisenä käsitteenä, joka vaatii tapauskohtaista määrittelyä²⁵⁴. Yhtenäisen tulkinnan kannalta voisi olla hyödyllistä, mikäli Euroopan yhteisöjen tuomioistuin selvittäisi oikeuskäytännössään käsitteen sisältöä²⁵⁵. Määritelmän tulkinnanvaraisuuden onkin katsottu olevan omiaan aiheuttamaan epävarmuutta sopimattomien kaupallisten menettelyiden sääntelykenttään²⁵⁶. Tämän moniselitteisyyden vuoksi kirjallisuudessa on, kuten edellä on osittain todettu, jopa esitetty näkemys sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmän nojaamisesta pääosin direktii-

kyseistä säännöstöä selvittäessään direktiivin mukaista asianmukaista menettelytapaa (ks. esim. MAO 2011/41).

²⁴⁸ Ks. esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 327/1982.

²⁴⁹ Micklitz 2008:85.

²⁵⁰ Radeideh 2005:266 ja ks. myös de Schutter 2008:235. Esimerkkinä tällaisista eroista voisi mainita jäsenvaltioiden erilaisen suhtautumisen verkostomarkkinointiin (Radeideh 2005:266 alaviite 56 ja ks. myös Schulze & Schulte-Nölke 2003:50–51).

²⁵¹ Esim. Koivumäki & Häkkänen 2010:32.

²⁵² Ks. Melin 2009:56 ja Svensson ym. 2010:416.

²⁵³ Radeideh 2005:267.

²⁵⁴ Ks. Abbamonte 2007:22 ja esimerkiksi Büllsbach 2008:24. Esimerkiksi Suomessa direktiiviä toimeenpantaessa huolellisen ammatinharjoittamisen käsite korvattiin termillä asianmukainen menettely (KSL 2:3 (2) § ja HE 32/2008:21).

²⁵⁵ Büllsbach 2008:24.

²⁵⁶ Wiczorek-Schwarz 2010:81.

vin viidennen artiklan 2b kohdan mukaiseen keskivertokuluttajan taloudellisen käyttäytymisen vääristämistä koskevaan kriteeriin²⁵⁷.

3.3.2 Toimialan yleiset periaatteet

Huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksen vastaisuutta sopimattoman kaupallisen menettelyn yhtenä määrittäjänä on kritisoitu kirjallisuudessa. Sen on katsottu olevan pikemminkin omiaan heikentämään sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmää asettamalla pakollisen lisäehdon sopimattoman kaupallisen menettelyn toisen edellytyksen, kuluttajan taloudellisen käyttäytymisen vääristymisen, rinnalle. Tällöin on viitattu erityisesti huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmässä esitettyyn viittaukseen toimialan käytäntöjen ottamisesta menettelyn huolellisuuden yhdeksi määrittäjäksi, sillä kyseiset käytännöt on katsottu yleensä tarjoajalähtöisiksi. Tähän liittyen on esitetty olevan mahdollista tulkita, että kaupallinen menettely ei ole direktiivin merkityksessä sopimaton, vaikka se olisi omiaan estämään kuluttajaa tekemästä perusteltu kaupallinen ratkaisu, jos se vain on elinkeinonharjoittajan toimialalla hyväksytty.²⁵⁸ Tällaisen tilanteen mahdollisuutta ei voida pitää todennäköisenä, mutta sinänsä esimerkki tuo esille direktiivin määritelmän epäselvyyden. Tässä suhteessa Suomessa kyseinen säännös toimeenpantiin direktiiviä selkeämmin lisäämällä edellytykseksi myös menettelyn asianmukaisuus²⁵⁹. Joka tapauksessa myös direktiivin pohjalta tässä yhteydessä tulee ottaa huomioon se, että määritelmässä edellytetään, että menettelyn tulee vastata nimenomaan *rehellistä* markkinatapaa elinkeinonharjoittajan toimialalla. Lisäksi vilpittömässä mielessä toimimisen periaatteen sisällyttäminen määritelmään on omiaan edellyttämään, että menettelyä arvioidaan lähtökohtaisesti objektiivisesti, eli siten, miten alalla tulisi menetellä. Toisin sanoen on katsottavissa, että määritelmässä ei suoraan oleteta, että kunkin elinkeinonharjoittajan toimialan

²⁵⁷ Howells ym. 2006:102 sekä Radeideh 2005:268 ja hieman samankaltaisesti Willett 2007:103. Ks. myös 2005/29/EY:5 (2 b) Art.

²⁵⁸ Radeideh 2005:267–268, 276 ja 284, Willett 2007:102 ja Willett 2010:268.

²⁵⁹ Täten Suomessa menettelyä pidetään säännöksen pohjalta sopimattomana, jos se on ”elinkeinoiminnassa yleisesti hyväksyttävän *asianmukaisen* menettelytavan vastainen” (KSL 2:3 (1) §). Oikeusministeriön mietinnössä (työryhmämietintö 2007:11:23) nimenomaisesti todetaan, että jollakin toimialalla vallitseva käytäntö ei välttämättä täytä yleisesti hyväksyttävän asianmukaisen menettelytavan vaatimuksia. Direktiivin toimeenpanosta Englannissa vastaava OFT on esittänyt vastaavanlaisen näkemyksen Englannissa toimeenpantua säännöstä koskien. OFT:n mukaan heikkotasoinen yleinen toimintaperiaate elinkeinonharjoittajan toimialalla ei täytä direktiivin mukaista huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusta. OFT on perustellut tätä sillä, että sellainen toimintaperiaate ei vastaa keskivertokuluttajien odotuksia. (OFT 2008:47 ja ks. myös yleisesti Englannissa toimeenpantua säännöstä koskien Dobson & Stokes 2008:252).

kaupalliset menettelyt ovat automaattisesti huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten mukaisia.

Huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmään kuuluu direktiivissä, kuten edellä on todettu, vielä edellisten lisäksi myös toimialan yleisistä toimintaperiaatteista riippumaton vaatimus huolellisuudesta ja erikoistaidon tasosta, jota elinkeinonharjoittajalta voidaan kohtuudella odottaa. Täten pelkästään elinkeinonharjoittajan toimialaan liittyvän viittauksen korostaminen ei tavoita määritelmän sisältöä, mikäli elinkeinonharjoittajalta voidaan kohtuudella odottaa enemmän. Onkin katsottavissa, että elinkeinonharjoittajalta voidaan kohtuudella odottaa, että hän ei noudata toimintaperiaatetta, joka on omiaan heikentämään kuluttajan kykyä tehdä perusteltu päätös.²⁶⁰ Pikemminkin voidaan olettaa ”erikoistaitoon” liittyvän viittauksen pohjalta, että elinkeinonharjoittajan tulee noudattaa sellaisia periaatteita, jotka vastaavat vähintään hyvää markkinatapaa²⁶¹.

Kuten todettua, pelkkä huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksen vastaisuus yksistään ei tee menettelystä direktiivin pohjalta sopimatonta. Huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksen vastaisuuden lisäksi menettelyn tulee olla omiaan olennaisesti vääristämään keskivertokuluttajan taloudellista käyttäytymistä, jotta menettely katsottaisiin direktiivin viidennen artiklan pohjalta sopimattomaksi²⁶².

3.4 Taloudellisen käyttäytymisen vääristäminen

3.4.1 Määritelmä

Direktiivin viidennessä artiklassa esitetyn sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmän toisen kohdan mukaan kaupallinen menettely on sopimaton, mikäli:

”se vääristää olennaisesti tai on omiaan vääristämään olennaisesti menettelyn saavutettavissa tai kohteena olevan keskivertokuluttajan tai, kun kaupallinen menettely on suunnattu tietyille kuluttajaryhmälle, ryhmään kuuluvan keskivertohenkilön taloudellista käyttäytymistä tuotteeseen nähden.”²⁶³

²⁶⁰ Ks. myös esim. Twigg-Flesner ym. 2005:5–7 ja 9–11, Griffiths 2007:199, Keirsbilck 2009:550 (alaviite 363) ja 558 (alaviite 425) sekä Willett 2010:268. Esimerkiksi Suomessa markkinatuomioistuimien (esim. 1981:13) on toisinaan kieltänyt menettelyitä, jotka ovat olleet elinkeinonharjoittajan toimialalla yleisesti käytettyjä (ks. myös Wilhelmsson 2005:192).

²⁶¹ Willett 2007:102.

²⁶² 2005/29/EY:5 (2b) ja 2 (e) Art.

²⁶³ 2005/29/EY:5 (2b) Art.

Lähtökohtaisesti voidaan todeta, että määritelmä rajaa sopimattoman kaupallisen menettelyn ulkopuolelle muut kuin kuluttajien taloudellisiin etuihin liittyvät menettelyt. Täten direktiivin kohteena eivät ole sopimattomat kaupalliset menettelyt itsessään, vaan sellaiset kaupalliset menettelyt, joilla on vaikutusta taloudelliseen käyttäytymiseen. Tämä rajaus ei kuitenkaan merkitse uudenlaista suhtautumistapaa yhteisön tasolla, sillä vastaavanlaisesti myös harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä menettelyn harhaanjohtavuuden toisena edellytyksenä oli menettelyn todennäköinen vaikutus kuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen.²⁶⁴ Tätä sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin rajausta on kuitenkin kritisoitu kirjallisuudessa mm. juuri muunlaisten sopimattomien kaupallisten menettelyjen ja eettisten näkökohtien huomioimatta jättämisestä^{265, 266}. On myös katsottu, että useissa jäsenvaltioissa markkinoinnissa annettujen tietojen riittävyyden arvioiminen tällaisista ehdoista käsin on uutta. Yleensä jäsenvaltioissa markkinointia on voitu pitää sopimattomana ilman suoranaista menettelyn aiheuttamaa liittymää kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun²⁶⁷. Toisaalta voidaan kuitenkin katsoa, että useissa jäsenvaltioissa sama ehto on sisällytetty menettelyn arvioinnissa hieman eri muodossa ilmaistuun syy-yhteyden vaatimiseen menettelyn ja vahingon välillä²⁶⁸.

²⁶⁴ Ks. myös 1984/450/EY:2 (2) Art. ja edelleen kodifioituna 2006/114/EY:2 (b) Art.

²⁶⁵ Ks. Howells & Twigg-Flesner 2005:172 sekä Twigg-Flesner ym. 2005:13. Toisaalta on katsottu, että kaikki sopimattomana pidettävissä olevat kaupalliset menettelytkään eivät vaikuta suoraan keskivertokuluttajien taloudelliseen käyttäytymiseen (ks. myös Dobson & Stokes 2008:254). Tällaisia voivat olla esimerkiksi menettelyt, joita kuluttaja ei huomioi tai jotka tapahtuvat taloudellisen käyttäytymisen tapahduttua (ks. Coteanu 2005:187, Twigg-Flesner ym. 2005:14 ja Howells 2007:106 ja 109). Toisaalta määritelmään liittyvä kaupallisen ratkaisun käsite on laaja, kuten jäljempänä esitetään, ja direktiivi koskee myös kaupallisia menettelyjä, jotka tapahtuvat liiketoimen jälkeen. Säännös koskee lisäksi myös todennäköistä vaikutusta säännöksessä käytetyn omiaan vääristämään -termin myötä. Täten säännöksen voi katsoa koskevan kaupallisia menettelyitä, jotka olisivat vaikuttaneet kuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen, mikäli hän olisi tiennyt niistä etukäteen (2005/29/EY: 2 (k), 3 (1) ja 5 (2 b) Art. ja Twigg-Flesner ym. 2005:14 ja 38). Voi olla lisäksi, kuten kirjallisuudessa on epäilty, että edellä mainitun kaltaiset menettelyt, joita kuluttaja ei huomioi tai jotka tapahtuvat liiketoimen jälkeen, eivät liene kovin merkityksellisiä kuluttajien kannalta (ks. Howells 2007:106 ja 109).

²⁶⁶ Jäsenvaltioilla on joka tapauksessa mahdollisuus kansallisesti kieltää kaupallisia menettelyitä, joilla ei pyritä vaikuttamaan kuluttajan kaupallisiin ratkaisuihin esim. direktiivin maku- ja säädyllisyyskysymyksiin liittyvän poikkeuksen nojalla (2005/29/EY:johdanto 7).

²⁶⁷ Twigg-Flesner ym. 2005:14 ja ks. esim. HE 32/2008:25 ja Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:10 sekä ks. myös Englannin osalta esim. Dobson & Stokes 2008:254. Esimerkiksi Suomessa kuluttajansuojalaissa on perinteisesti kielletty myös yleisesti hyvän tavan vastaiset menettelyt, vaikka ne eivät suoranaisesti olisi vaikuttaneet vääristävästi kuluttajien taloudelliseen käyttäytymiseen (HE 32/2008:9). Samaa linjaa Suomessa on tosin jatkettu myös direktiivin toimeenpanemisen jälkeenkin direktiivin maku- ja säädyllisyyskysymyksiin liittyvän poikkeuksen nojalla (ks. HE 32/2008:13 ja 15 sekä KSL 2:2 §).

²⁶⁸ van Dam & Budaite 2007:137. Säännöksissä on voitu esimerkiksi edellyttää menettelystä aiheutuvan huomattavaa haittaa osapuolille.

Edellä käsitteitä purkamatta mainittua sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmän rakennetta voi pitää monimutkaisena, sillä se sisältää polveutuvasti erikseen määriteltäviä termejä. Näistä sopimattoman kaupallisen menettelyn toiseen edellytykseen sisältyvää taloudellisen käyttäytymisen vääristäminen -termiä ja siihen puolestaan sisältyvää kaupallinen ratkaisu -termiä tai pikemminkin sen vääristämistä, voidaan pitää yksinä direktiivin merkittävimmistä termeistä, sillä ne asettavat keskeiset reunaehdot sopimattomalle kaupalliselle menettelylle osittain koko direktiivissä.²⁶⁹ Sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmään sisältyvä kuluttajan taloudellisen käyttäytymisen olennainen vääristäminen -termi määritellään direktiivin 2 (e) artiklassa. Sillä tarkoitetaan:

”kaupallisen menettelyn käyttämistä heikentämään tuntuvasti kuluttajan kykyä tehdä perusteltu päätös, mikä saa kuluttajan tekemään sellaisen kaupallisen ratkaisun, johon hän ei muuten olisi päätenyt;”²⁷⁰

Käytännössä taloudellisen käyttäytymisen olennaisen vääristämisen määritelmässä huomio kohdistuu kuluttajan kykyyn tehdä perusteltu päätös eikä niinkään kuluttajan varsinaiseen ratkaisuun²⁷¹. Täten määritelmän ulkopuolelle jäävät menettelyt, jotka vaikuttavat kuluttajan päätöksentekoon rationaalissa puitteissa²⁷². Toisin sanoen säännöksessä ikään kuin oletetaan, että kuluttajilla on normaalisti kyky toimia taloudellisessa mielessä rationaalisesti, mutta sopimattomat menettelyt tulevat väliin ja estävät tätä kykyä rationaaliseen käyttäytymiseen²⁷³. Säännöksen voi katsoa osoittavan direktiivin pyrkimystä kuluttajan itsemääräämisoikeuden suojelemiseen kaupallisessa toiminnassa²⁷⁴.

Olennainen kuluttajan taloudellista vääristämistä koskeva termi sisältää, kuten todettua, määritelmän soveltamisalaa edelleen määrittävän kaupallinen ratkaisu -termin. Direktiivin 2 (k) artiklan mukaan kyseisellä termillä tarkoitetaan

”ratkaisua, jonka kuluttaja tekee siitä, aikooko hän ostaa sekä miten ja millä ehdoilla hän ostaa, maksaa kokonaisuudessaan tai osittain, pitää tuotteen tai

²⁶⁹ Twigg-Flesner ym. 2005:68.

²⁷⁰ 2005/29/EY:2 (e) Art. Kirjallisuudessa on esitetty, että selvyuden vuoksi sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmään liittyvä taloudellisen käyttäytymisen olennaista vääristymistä koskeva määritelmä olisi tullut kokonaisuudessaan sijoittaa direktiivin viidenteen artiklaan sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmän yhteyteen sen sijaan, että se on määritelty jo ennen kyseistä artiklaa (ks. Radeideh 2005:261).

²⁷¹ Stuyck ym. 2006:125 ja Wiczorek-Schwarz 2010:87.

²⁷² Caruso 2010:43.

²⁷³ Twigg-Flesner ym. 2005:11.

²⁷⁴ Coteanu 2005:183 ja Howells ym. 2006:102.

luopua siitä tai käyttää sopimuksesta johtuvaa tuotteeseen kohdistuvaa oikeutta, tai siitä, päättääkö kuluttaja toimia tai pidättäytyä toimimasta”²⁷⁵.

Kyseinen termi sisältää käytännössä edellä esitetyn määritelmän mukaisesti useita erilaisia vaihtoehtoisia toimenpiteitä, joista kaikki jollain tavoin liittyvät kuluttajan suhtautumiseen liiketoimeen²⁷⁶. Vastaavasti myös kaupallisen menettelyn sopimattomuusarviointi voi kohdistua pelkästään yhteen tai useampaan osaan kaupallisesta menettelystä²⁷⁷. On huomioitava, että tämä kaupallisen ratkaisun vaikutus voi kohdistua myös muualle kuin menettelyn suorittaneeseen elinkeinonharjoittajaan, kuten esim. liiketoimeen, joka liittyy muiden elinkeinonharjoittajien tuotteisiin²⁷⁸. Artiklassa käsitelty kaupallinen ratkaisu voi olla esimerkiksi päätös ostaa tuote Internetistä tai myös pidättäytyä toimimisesta²⁷⁹. Tämä on omiaan laajentamaan kaupallisen ratkaisun ja siten myös direktiivin soveltamisalaa tavanomaisesti mielletystä kaupallisesta ratkaisusta eteenpäin. Kaupallisen ratkaisun käsitteeseen sisältyviin toimintoihin, kuten em. toimimisesta pidättäytymiseen, kuluttaja voi päätyä myös ilman perustellun päätöksentekokyvyn tuntuvaa heikentämistä. Ratkaisevaa on yleensäkin missä määrin kaupallinen ratkaisu johdetaan juuri tästä ”perustellun päätöksentekokyvyn tuntuvasta heikentämisestä”, jota voi pitää ”olennaisen taloudellisen käyttäytymisen vääristämisen” -määritelmän raja-arvona. Vasta sen ylittävä tai mahdollisesti ylittävä vääristäminen täyttää direktiivin määritelmän sopimattomasta kaupallisesta menettelystä²⁸⁰. Määritel-

²⁷⁵ 2005/29/EY: 2 (k) Art. Kaupallisen ratkaisun laaja-alaiseen määritelmään nähden on mielenkiintoista, että Saksassa direktiiviä toimeenpantaessa kaupallisen ratkaisun käsitettä pidettiin niin helppotajuisena, että sitä ei katsottu tarpeelliseksi sisällyttää direktiivin toimeenpanevaan lakiin (ks. Gesetzentwurf 16/10145:13). Suomessa puolestaan on vierastettu käsitettä kaupallinen ratkaisu. Tämä käsite on jaettu kahtia käsitteisiin ”perusteltu ostopäätös” ja ”kulutus-työdykkeeseen liittyvä muu päätös” (ks. HE 32/2008:22). On makuasia, ovatko nämä käsitteet selkeämpiä kuin direktiivissä käytetty termi, mutta yhtenäisen soveltamisen kannalta haitallisena voi pitää sitä, että direktiivissä käytettyjä keskeisiä termejä hajotetaan pienempiin osiin. Tämä on myös epäkäytännöllistä, sillä molempia termejä joudutaan käyttämään rinnakkain koko säädöksen osalta siinä, missä direktiivissä käytetään yhtä termiä. Vastaavasti mielenkiintoista on, kuten Saksankin osalta, että näiden käsitteiden sisältöä ei myöskään Suomessa ole määritelty. Suomessa tosin on lainvalmisteluasiakirjassa ohimennen esitetty muutama mahdollinen esimerkki käsitteen sisällöstä viitaten samalla vain direktiivin puheena olevaan artiklaan 2 (k), johon käsitteet pohjautuvat (HE 32/2008:22).

²⁷⁶ Twigg-Flesner ym. 2005:13 ja ks. myös Willett 2010:250.

²⁷⁷ Ks. myös Paloranta 2008:34.

²⁷⁸ Virtanen 2010:132.

²⁷⁹ Ks. myös SEC (2009) 1666:22–24.

²⁸⁰ Ks. esim. Radeideh 2005:263–264, Howells ym. 2006:102 ja Abbamonte 2007:23–24 sekä ks. myös Twigg-Flesner & Parry 2007:223. Malek Radeideh (2005:276) katsoo, että ”tuntuva” -termi ei tuo säännöksessä lisäarvoa, koska päätöksentekokyvyn heikentyminen täytyy todennäköisesti olla joka tapauksessa ollen mittavaa, että se itsessään johtaisi kaupalliseen ratkaisuun.

mällä rajataan täten käytännössä olennaista pienemmät mahdolliset haitat direktiivin ulkopuolelle²⁸¹.

Kaupallisella menettelyllä ja kuluttajan taloudellisen käyttäytymisen olennaisella vääristymisellä ei tarvitse olla kausaalista yhteyttä²⁸². Suoran syy-yhteyden osoittamisen vaatiminen näiden välillä olisi omiaan johtamaan monimutkaisiin taloudellisen käyttäytymisen vääristymistä ja siitä aiheutuneen taloudellisen haitan jyvittämistä koskeviin todisteluihin ja saattaisi olla pikemmin omiaan laskemaan kuluttajansuojan tasoa²⁸³. Määritelmän mukaan sen sijaan riittääkin, mikäli menettelyn seurauksena on olemassa vaara kuluttajan taloudellisen käyttäytymisen olennaiseen vääristymiseen. Ongelmallista kuitenkin on, miten tämä ”omiaan vääristämään” määritellään²⁸⁴. Tähän liittyen säännöksen sanamuodon sijasta arvioinnissa huomio tulisi keskittää menettelyn mahdollisesti kuluttajalle tapahtumahetkellä välittämään käsitykseen, vaikka olosuhteet olisivatkin jälkikäteen muuttuneet²⁸⁵. Säännöksessä ei myöskään edellytetä elinkeinonharjoittajalta tuotamuksellista menettelyä, toisin sanoen menettelyä tulee arvioida objektiivisesti²⁸⁶. Joka tapauksessa tuomioistuimien tulee säännöksen pohjalta arvioida monipuolisesti sitä, millainen vaikutus kaupallisella menettelyllä mahdollisesti on kuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen²⁸⁷.

3.4.2 *Suhde muuhun kaupalliseen vaikuttamiseen*

Tavanomaisiin ”hyväksytyihin markkinointikäytäntöihin” liittyvän suostuttelun ja direktiivin mukaisen perustellun päätöksentekokyvyn tuntuvaan heikentämisen välinen raja voi toisinaan olla epämääräinen²⁸⁸. Tähän vaikuttaa osaltaan myös se, että direktiivin määritelmä on väljä²⁸⁹. Tässä suhteessa ratkaisevaa on sen määrit-

²⁸¹ Abbamonte 2006:706–707 ja myös Coteanu 2005:184, Kolmsee 2008:27 sekä Micklitz 2008:86–87. Täten pyrittäneen estämään ylenmääräinen vetoaminen menettelyn sopimattomuuteen kaupallisten menettelyjen yhteydessä (Bernitz 2007:40). Toisaalta Saksassa UWG:n aiemman uudistuksen lainvalmisteluasiakirjassa todetaan, että tämä kynnys ei olisi kuitenkaan kovin korkea (Gesetzentwurf 15/1487:17). Oikeustilan ei näiltä osin katsota juurikaan muuttuneen Saksassa (Gesetzentwurf 16/10145:15). Ks. myös muista olennaisen vääristymisen käsitteelle esitetystä erilaisista tulkinnoista Howells ym. 2006:106–107.

²⁸² Howells ym. 2006:102–103 sekä 109–110.

²⁸² Coteanu 2005:184.

²⁸³ Abbamonte 2007:23.

²⁸⁴ Ks. myös Radeideh 2005:262.

²⁸⁵ Coteanu 2005:187 ja myös Willett 2010:250 sekä Paloranta 2008:33.

²⁸⁶ Ks. HE 32/2008:22.

²⁸⁷ Ks. myös Coteanu 2005:187.

²⁸⁸ Esim. Stuyck ym. 2006:125–127 sekä 148–149, Thorp 2006:14 ja van Dam & Budaite:137 sekä ks. myös 2005/29/EY: johdanto 6.

²⁸⁹ Ks. vastaavasti Paloranta 2008:26.

täminen, millainen keskivertokuluttajan perustellun päätöksentekokyvyn heikentäminen on direktiivissä tarkoitettu tavoin niin tuntuva, että se vaikuttaisi tai olisi omiaan vaikuttamaan kuluttajan tekemiin kaupallisiin ratkaisuihin. Kaiken harhaanjohtavan tai jopa virheellisenkään tiedon ei voine katsoa täyttävän em. vaatimuksia²⁹⁰. On esitetty, että määritelmän täyttävä tuntuva heikentäminen liittyisi esimerkiksi keskeisiin markkinointimenettelyihin tai lausumiin, jotka vaikuttavat kuluttajan ratkaisuihin esim. muualla direktiivissä esitetyn tavoin paikkansa pitämättömän tiedon avulla²⁹¹. Esimerkiksi Suomessa lainsäätaja on lainvalmisteluasiakirjassa esittänyt esimerkkinä puheena olevan määritelmän mukaisesta sopimattomasta kaupallisesta menettelystä jo aiemmassa oikeuskäytännössä sopimattomana pidetyn lisätujen esittämisen hallitsevassa asemassa markkinoinnissa tarjottavan hyödykkeen ja tarjouksen ehtojen sijaan²⁹². Määritelmän mukaisia menettelyjä voi esiintyä direktiivin soveltamisalan mukaisesti kaikissa liiketoimen vaiheissa ja kaikissa eri asiakasrajapinnoissa, kuten esim. asiakaspalvelussa²⁹³. Internet -tietoverkossa saattaa kehittyä myös uudenlaisia perusteltuun päätöksentekokykyyn ja sitä kautta kaupalliseen ratkaisuun tuntuvasti vaikuttavia kaupallisia menettelyjä ja keinoja. Tähän vaikuttaa osaltaan myös se, että päinvastoin kuin tavanomaisessa kaupankäynnissä, verkkokaupassa kuluttajalla ei ole usein mahdollisuutta tutustua fyysisesti tuotteeseen. Elinkeinonharjoittajan tulisi ottaa tämä huomioon kaupallista viestintää suunnitellessaan.²⁹⁴

Yleisesti kaupallisen menettelyn vaikutus oletettuun taloudelliseen käyttäytymiseen riippuu myös siitä, millaiselle kohderyhmälle menettely on suunnattu²⁹⁵. Tähän liittyen seuraavaksi käsitellään lyhyesti sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmän kohderyhmämäärittelyyn liittyvää keskivertokuluttajan -käsitettä.

²⁹⁰ Micklitz 2008:87.

²⁹¹ Ks. Coteanu 2005:183 ja 2005/29/EY: 6 Art. Tällaisia voivat olla esimerkiksi paikkansapitämättömät lausumat koskien tuotteen ominaisuuksia, turvallisuutta ja hintaa (2005/29/EY: 6 Art. ja myös Coteanu 2005:184)

²⁹² HE 32/2008:22.

²⁹³ 2005/29/EY:johdanto 13 ja ks. myös Koivumäki & Häkkänen 2010:31.

²⁹⁴ Coteanu 2005:184. Esimerkiksi Ruotsissa markkinatuomioistuimien, marknadsdomstolen, on katsonut, että hakukoneiden tuloksien järjestelyyn vaikuttamaan tarkoitetut metatagitkin täyttävät markkinoinnin määritelmän ja ovat hakukoneiden tuloksissa korostaessaan tarjouksen yhtä ehtoa omiaan vääristämään kuluttajan taloudellista käyttäytymistä (MD 2010:30:7–10).

²⁹⁵ 2005/29/EY:5 (3) Art.

3.5 Keskiwertokuluttaja

3.5.1 Taustaa

Euroopan yhteisössä harhaanjohtavaa markkinointia koskeissa säännöksissä, kuten yleensä muuallakin vastaavissa säännöksissä, on lähdetty siitä, että tiedon harhaanjohtavuutta tulee arvioida tiedon vastaanottajien näkökulmasta eikä tiedon antajan näkökulmasta, jolla on useimmiten laajempi käsitys tiedon sisällöstä²⁹⁶. Täten arvioinnissa korostuvat yleensä elinkeinonharjoittajan tarkoituseristä riippumattomat objektiiviset kriteerit. Kaupallisen menettelyn vaikutus voi kuitenkin erota huomattavasti eri vastaanottajien välillä mm. heidän aiemmista kokemuksistaan ja tiedoistaan johtuen²⁹⁷.

Vastaanottajavetoisesta näkökulmasta kaupallisen menettelyn sopimattomuuden määritelmän voi katsoa olevan sitä laajempi, mitä vähäisenpää tietotasoa vastaanottajalta edellytetään ja päinvastoin²⁹⁸. Määritelmät informaatiota vastaanottavalta kuluttajalta odotetun tietotason suhteen ovat harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin 1984/450/ETY pohjalta voimassa olleiden säännösten myötä vaihdelleet jäsenvaltiosta toiseen²⁹⁹. Tähän on vaikuttanut se, että kuluttajalainsäädäntöä ovat eri jäsenvaltioissa ohjanneet erilaiset kuluttajakuvat³⁰⁰. Tämän on katsottu osaltaan muodostaneen elinkeinonharjoittajien näkökulmasta esteen rajat ylittävälle kaupankäynnille. Tässä syystä direktiivin 2005/29/EY uutuuksiin kuuluu se, että siinä on otettu käyttöön viitekehystenä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista vaikutteita saanut kuvitteellisen tyypillisen kuluttajan, keskiwertoku-

²⁹⁶ Ks. esim. Yhdysvalloissa FTC:n tulkinnasta FTC Act -lakia koskien (FTC 1983 ja FTC 2000 b:2).

²⁹⁷ Ks. myös esim. Radeideh 2005:187.

²⁹⁸ Ks. myös Kolmsee 2008:18.

²⁹⁹ Schulze & Schulte-Nölke 2003:24. Esimerkiksi Englannissa on arvioinnin lähtökohtana pääsääntöisesti pidetty järkevää (engl. reasonable) keskiwertokuluttajaa lukuun ottamatta eräitä common law:n pohjalta käsiteltyjä aggressiivisia menettelyjä. Saksassa puolestaan kuluttajalta on odotettu perinteisesti melko vähäistä tietotasoa (ks. Howells ym. 2006:5–6 sekä 249, Twigg-Flesner ym. 2005:30 ja Kolmsee 2008:18–19. Ks. myös Saksassa noudatetusta tilastollisia menetelmiä hyödyntäneestä määritelmästä Micklitz 2005:177). Toisaalta on katsottu, että myös Saksassa kohde kuluttajan määritelmä on lähentynyt 2000-luvun alussa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön pohjautuvaa vaativampaa keskiwertokuluttajan määritelmää (ks. esim. Schulte-Nölke ym. 2003:5 ja 19, Coteanu 2005:183 sekä Kolmsee 2008:18). Suomessa sen sijaan tuomioistuimien ei ole katsottu odottaneen kuluttajilta erityisen harkitsevaista käytöstä (Wilhelmsson 2005:192–193 ja esim. Koivumäki & Häkkänen 2010:33). Kuluttajan on esimerkiksi katsottu lukevan mainoksia vain pintapuolisesti (MT 1985:5).

³⁰⁰ Howells ym. 2009:70.

luttajan, käsite³⁰¹. Tällaisena tuomioistuin on pitänyt mm. ”kohtuullisen valistunutta” kuluttajaa³⁰². Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin on usein siteeratusta tapauksessa Gut Springheide GmbH v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt arvioinut tapauksessa esitettyjen lausuntojen harhaanjohtavuutta ottaen huomioon ”valistuneen, kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen keskivertokuluttajan oletukset”³⁰³.

Direktiivissä keskivertokuluttaja -käsitteen kautta ilmenevä rajausta liittyy pyrki- mykseen välttää rajoituksia, jotka hyödyttäisivät pääosin vain kaikkein huolimat- tomimpia ja herkkäuskoisimpia kuluttajia, mutta jotka sellaisenaan saattaisivat toimia kaupan esteenä ja siten jossain mitassa olla tarpeettomia ja jopa haitallisia sellaisille kuluttajille, jotka pystyvät mahdollisesti välttämään menettelyyn liittyy- vät riskit. Luonnollisesti elinkeinonharjoittajille muodostuisi työlääksi, mikäli he joutuisivat ottamaan huomioon menettelyjensä kaikki mahdolliset kaukaa haetut ja mahdottoman tuntuisetkin tulkinnat vain siksi, että pieni osa vastaanottajista saattaisi mahdollisesti päätyä sellaisiin käsityksiin menettelyn pohjalta³⁰⁴. Käy- tännössä tietyssä mitassa uusklassisen taloustieteen rationaalisen kuluttajakäyttä- tymiseen ideaan pohjautuvan keskivertokuluttajan käsitteen avulla direktiivissä on pyritty tasapainottelemaan kuluttajansuojan ja avoimien markkinoiden etujen välillä³⁰⁵. Muussa EU:n varsinaisessa kuluttajalainsäädännössä ei ole aiemmin nimenomaisesti esiintynyt vastaavaa kuluttajakäsitettä³⁰⁶. Se, miten tätä keskiver- tokuluttajan käsitettä sovelletaan kansallisella tasolla, on merkittävää kuluttajan- suojan kannalta, sillä se määrittää direktiivin muiden termien vaatimustaso³⁰⁷. Tällaisen kuvitteellisen kuluttajakäsitteen liittäminen osaksi säädännäistä oikeutta aiheuttaa kuitenkin riskin, että mm. herkkäuskoisimpien kuluttajien edut jäävät parempiosaisten ryhmien jalkoihin, jos he joutuvat tekemään taloudelliset ratkai- sunsa informaation perusteella, jota eivät pysty käsittelemään oikein³⁰⁸.

³⁰¹ Svensson ym. 2010:124–125 ja 2005/29/EY: johdanto 18. Keskivertokuluttajan käsitteen ottaminen direktiiviin lienee omiaan lisäämään käsitteen käyttöä direktiivin sääntelemän alan lisäksi myös EU:n sekundäärisäädännöksiin pohjautuvassa kuluttajaoikeudessa (Anagnostaras 2010:163, 166 ja 169).

³⁰² Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 470/1993:kohta 24.

³⁰³ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 210/1996:kohta 31.

³⁰⁴ Esim. Nehf 2010:110.

³⁰⁵ SEC (2009) 1666:25 ja ks. myös Abbamonte 2007:24. Vrt. Anagnostaras 2010:166. Micklitz (2009:419 ja 425–426) katsoo, että komission kuluttajakuva on direktiivi direktiiviltä menossa kohden yhä rationaalisemman ja rationaalisemman hyötyään maksimoivan kuluttajan käsitet- tä.

³⁰⁶ Incardona & Poncibo 2007:35.

³⁰⁷ Willett 2010:271.

³⁰⁸ Weatherill 2007:116.

3.5.2 *Keskivertokuluttajan muodot*

Direktiivissä on määritelty kolme erilaista kuvitteellisen keskivertokuluttajan muotoa. Näistä ensimmäinen on kuvitteellinen keskivertokuluttaja suuren yleisön joukosta. Tässä määritelmässä lähtökohtaedellytyksenä on, että kaupallinen menettely on tarkoitettu suurelle yleisölle, josta keskivertokuluttaja määritellään. Yhteisöjen tuomioistuimen tulkinnan pohjalta on katsottavissa, että tämä on lähtökohtainen keskivertokuluttajan muoto³⁰⁹. Toisena keskivertokuluttajan muotona on kohderyhmänsä keskivertokuluttaja. Tämän määritelmän mukaisesti, mikäli kaupallinen menettely on suunnattu tietylle kohderyhmälle, menettelyä arvioidaan tämän kohderyhmänsä keskivertokuluttajan näkökulmasta³¹⁰. Tällöin keskeiseksi muodostuu menettelyn kohderyhmän määrittäminen. Kolmantena keskivertokuluttajan muotona on keskivertokuluttaja vaikutuksille alttiista, suojaa tarvitsevista ryhmistä. Tämän keskivertokuluttajan muodon voi katsoa kuuluvan kahden ensiksi mainitun keskivertokuluttajaryhmän alueelle. Tätä keskivertokuluttajan muotoa käsitellään pääosin erikseen omassa alaluvussaan.

Seuraavissa alaluvuissa keskitytään lähinnä kysymyksiin, jotka liittyvät valtaosin kahteen ensin mainittuun keskivertokuluttajan muotoon; suuresta yleisöstä ja kohderyhmästä valikoituvaan keskivertokuluttajaan. Käsiteltävät asiat sivuavat kuitenkin myös vaikutuksille alttiisiin, suojaa tarvitseviin ryhmiin liittyvää keskivertokuluttajan käsitettä.

3.5.3 *Menettelyn kohderyhmän määrittäminen verkkokaupassa*

Kaikkiaan, kuten edellä on käynyt ilmi, keskivertokuluttajan määrittelemisen lähtökohtana on, mikäli kaupallista menettelyä ei ole suunnattu suurelle yleisölle, sen selvittäminen, millaiselle kuluttajaryhmälle kaupallinen menettely on suunnattu. Kohderyhmästä riippuu, millaista tietotasoa keskivertokuluttajalta voidaan odottaa ja siten myös direktiivin pohjalta vaaditun kuluttajansuojan taso³¹¹. Kaupallisen menettelyn kohderyhmää ei tulisi määritellä liian tiukasti, sillä vaikka osalle kuluttajista erilaisista kaupallisista menettelyistä ei sinänsä olisi riskejä, kuluttajilla voi kuitenkin lähes aina katsoa olevan lähtökohtaisesti huonommat tiedot elinkeinonharjoittajan tuotteista, kaupallisesta menettelystä ja sopimuksesta kuin

³⁰⁹ Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut tavaramerkkejä koskevassa oikeustapauksessa *Libertel Groep Bv* vastaan *Benelux-merkenbureau* (104/2001:kohta 46), että ellei toisin osoiteta, tavarat tai palvelut on tarkoitettu suurelle yleisölle.

³¹⁰ 2005/29/EY:5 (2b) Art.

³¹¹ *Willet* 2010 b:370. Mitä paremmin kohderyhmään kuuluvien kuluttajien voi katsoa pystyvän ajamaan omia etujaan, sitä vähemmän suojaa tarvitaan ja päinvastoin (*Willet* 2010 b:370).

elinkeinonharjoittajalla³¹². Kohderyhmän määrittelemistä vaikeuttaa usein se, että kaupallinen menettely, kuten esim. mainonta, voi olla suunnattu tietyille kohderyhmälle, vaikka se olisi Internetissä kaikkien nähtävillä³¹³.

Yleisesti ottaen kaupallisen menettelyn suuntaamista on mahdollista päätellä mm. mainostettavasta tuotteesta, kohteena olevasta jäsenvaltiosta, käytetystä kielestä, kohteesta ja mediasta³¹⁴. Internetissä menettelyn suuntaamista voidaan arvioida kiinnittämällä huomioita mainonnassa käytetyn median erityispiirteisiin. Esimerkiksi tiettyä tuoteryhmää koskeva suoramainonta jo itsessään luo oletettaman mainonnan kohderyhmästä. Tosin Internetissä suoramainonnan kohderyhmät eivät valitettavasti pysy välttämättä kovin tarkkaviivaisesti rajattuna, sillä mainosviestien lähettäminen esim. sähköpostilla ja erilaisilla pikaviestimillä yms. on lähes ilmaista ja myös teknisesti helppoa, minkä vuoksi mainostajalle ei enää ole tärkeää, että mainosviestit saapuvat juuri oikeaan kohderyhmään kuuluville henkilöille³¹⁵. Hakukonemainonnassa sen sijaan kohderyhmämäärittelyä koskien verkkosivujen näkyvän sisällön osalta huomionarvoisia saattaa olla verkkosivuston html-koodiin sisällytetty usein käyttäjälle näkymätön kuvailutieto eli ns. metatieto ja varsinkin ns. metatag -hakusanat ja muut avainsanat, joiden tarkoituksena on usein vaikuttaa sivuston sijoitukseen hakukonelistauksessa kuluttajan etsiessä määritellynlaisia aiheita hakukoneilla³¹⁶.

Rajat ylittävän kaupallisen menettelyn kohderyhmän määrittämiseen voi katsoa Internetissä liittyvän samankaltaisia kriteereitä kuin mainonnan osoittamiseen liittyviin seikkoihin lainvalinnan selvittämisessä³¹⁷. Tämä liittyy siihen, että laajoissa Internetissä tapahtuvissa jäsenvaltioiden rajat ylittävissä markkinointikampanjoissa voi muodostua kohderyhmämäärittelyn lisäksi ongelmaksi se, minkä maan kuluttajille kaupallinen menettely on lopulta suunnattu. Tällaisissa tilanteissa kaupallisen menettelyn suuntaamista Internetissä voidaan päätellä aiemmin mainittujen seikkojen lisäksi mm. verkkosivustolta ilmi käyvästä tarkoituksesta solmia sopimuksia tietyn alueen kuluttajien kanssa. Tämä voi ilmetä esimerkiksi verkkosivustolla käytetystä kielestä ja erilaisista maantieteellisistä viittauksista

³¹² Ks. Olsen 2009:10.

³¹³ Ks. Ollila 2009:291.

³¹⁴ Esim. Svensson ym. 2010:125.

³¹⁵ Ks. Magee 2003:338 ja Enkvist-Gauffin 2006:83–84.

³¹⁶ Kuten aiemmin on jo todettu, esim. Ruotsissa markkinatuomioistuimien, marknadsdomstolen, on käytännössä katsonut, että hakukoneiden tuloksien järjestyksen vaikuttamaan tarkoitetut metatagit täyttävät markkinoinnin määritelmän (MD 2010:30:7–10).

³¹⁷ Mainonnan suuntaaminen ja siihen pohjautuva lainvalinta ovat laajoja kysymyksiä, joihin liittyy monenlaisia näkökohtia. Niitä ei tässä käsitellä tarkemmin. (Ks. näistä kysymyksistä tarkemmin esim. Luhtasela 2007:275–281).

kuten lähetyshinnoista, toimitusmaista, maantieteellisistä myyntirajoituksista yms. seikoista.

Rajat ylittävissä kaupallisissa menettelyissä on ongelmallista, mikäli sama kaupallinen menettely on katsottavissa suunnatun usean jäsenvaltion alueelle, joissa on keskenään erilaisia käsityksiä keskivertokuluttajan toiminnasta³¹⁸. Tällaisissa menettelyissä elinkeinonharjoittajan kannalta varmintä olisi näistä ottaa menettelyjensä viitekehukseksi vähäisintä tietotasoa keskivertokuluttajalta edellyttävän jäsenvaltion keskivertokuluttajan määritelmä. Rajat ylittävissä kaupallisissa menettelyissä voivat tulla kysymykseen myös vieraista kielistä aiheutuvat ongelmat. Näihin ei kuitenkaan direktiivissä ole kiinnitetty niinkään huomiota. Direktiiviä valmisteltaessa katsottiin pikemminkin, että kielellisten seikkojen merkitys vähennee kuluttajien kielitaidon ansiosta³¹⁹. Verkkokaupan sääntelyn kannalta tilanne ei tässä suhteessa muutu, sillä verkkokaupassa vierasta kieltä koskevat kielikysymykset ovat kuuluneet pääsääntöisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan³²⁰.

3.5.4 Keskivertokuluttajan määrittäminen

Menettelyn kohderyhmän määrittelyn jälkeen vuorossa on varsinainen kuvitteellinen keskivertokuluttaja ja hänen tyypilliseksi oletettava kuviteltu käyttäytymisen konkreettisessa tilanteessa. Keskivertokuluttaja -käsitteen sisältöä ei luonnollisestikaan ole mahdollista määritellä yksityiskohtaisesti yhteisön tasolla mm. erilaisten asiayhteyksien sekä jäsenvaltioiden ja kohdekuluttajaryhmien heterogeenisuuden vuoksi³²¹. Yleensäkin erilaisista sosiaalisista ja kulttuurista taustoista johtuen eri jäsenvaltioissa kuluttajien odotukset ja käsitykset huolellisesta toiminnasta markkinoilla voivat olla erilaisia. Tällaisia vaikuttavia tekijöitä ovat esimerkiksi kuluttajien ikä, kokemus ja koulutus³²². Keskivertokuluttajan määritelmään haluttiin direktiiviä luotaessa jättää kansallista liikkumavaraa, joten artikloissa ei käsitellä keskivertokuluttajan määritelmän sisältöä tai viitata yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuihin³²³. Sen sijaan direktiivin johdantoon kuitenkin lisättiin viitta-

³¹⁸ Howells ym. 2006:134–135

³¹⁹ SEC (2003) 724:5–6.

³²⁰ Ks. esim. 1997/7/EY:johdanto 8. ja 2000/31/EY: johdanto 63 ja 1 (6) Art.

³²¹ Ks. esim. Weatherill & Bernitz 2007:6 ja myös Bernitz 2007:41 sekä Weatherill 2007:138. Stephen Weatherill (2007:135) on katsonut keskivertokuluttajan käsitteessä olevan pikemminkin kyse lukuisten erilaisten kuluttajakäyttäytymismallien ja sääntelymittapuun tarpeen välisestä keskitiestä.

³²² Coteanu 2005:182.

³²³ Ks. Wilhelmsson 2006 b:218 ja 220. Komissio olisi tosin alkujaan halunnut selkeämmin liittää osaksi direktiiviä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön pohjautuvan keskivertokuluttajakäsitteen (Micklitz & Howells 2010:110).

us yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytäntöön pohjautuvaan määritelmään valistuneesta, kohtuullisen tarkkaavaisesta ja huolellisesta keskivertokuluttajasta kiinnostuneena markkinointitoimien vaikutuksien arvioinnille³²⁴. Direktiivin johdannon mukaan kansallisten tuomioistuinten tulee käytännössä arvioida kuluttajien reaktioita yksittäisissä direktiivin pohjalta käsiteltävissä menettelyissä erikseen ottaen huomioon em. yhteisöjen tuomioistuimen tulkinnan mukaisen keskivertokuluttajan määritelmän³²⁵. Tämä nimenomaisesti huolelliseen keskivertokuluttajaan liittyvä määritelmä on saanut kritiikkiä osakseen. Kritiikki on koskenut mm. erilaisten behavioristisen taloustieteen tutkimusten valossa liian rationaalisena pidettyä kuluttajakuvaa³²⁶. Lisäksi on katsottu, että koska määritelmä on muotoutunut pääosin harhaanjohtavaa mainontaa koskevan käsitteen pohjalta, sen soveltuminen muunlaisen sopimattomuuden arvioimiseen saattaa olla kyseenalaista³²⁷.

Direktiivin suomenkielisessä kieliversiossa käytetty valistunut -määre keskivertokuluttajan edessä saattaa edelleen antaa kuvan melko huomattavastakin keskivertokuluttajaan kohdistetuista odotuksista varsinkin kuluttajan tietotason suhteen. Useassa muussa kieliversiossa käytetyn sanamuodon perusteella on kuitenkin pääteltävissä, että direktiivissä tarkoitelta keskivertokuluttajalta ei edellytetä yksityiskohtaista tietoa tavarasta tai palvelusta vaan ainoastaan jonkinlaista yleiskäsitystä³²⁸. Käsite keskivertokuluttaja ei täten tarkoittane aina edes tavanomaisen

³²⁴ Ks. 2005/29/EY: johdanto 18. Ks. oikeustapauksista esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 362/1988 ja 373/1990. Ks. myös Howells ym. 2006:1 ja 16–17 sekä 111–112, Twigg-Flesner & Parry 2007:228 sekä Wetherill 2007:124–128.

³²⁵ Ks. 2005/29/EY: johdanto 18 ja ks. myös esim. Svensson ym. 2010:125. Täten voi katsoa, kuten esim. Radeideh (2005:255) esittää, että direktiivissä keskivertokuluttajalla tosiasiallisesti tarkoitetaan direktiivin johdannon perusteella yhteisön tuomioistuimen määritelmän mukaista keskivertokuluttajaa. Pitäytymistä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen mukaisessa määritelmässä on perusteltu myös yhtenäisestä tulkinnasta aiheutuvalla harmonisoivalla vaikutuksella (ks. esim. Schulze & Schulte-Nölke 2003:103).

³²⁶ Esimerkiksi Incardona & Poncibo 2007:32–35 ja Micklitz 2009:236. Yleisesti keskivertokuluttaja -määritelmää mainonnan harhaanjohtavuuden arvioinnin lähtökohtana on kritisoitu aiemman harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin 1984/450/ETY pohjalta mm. koska informaatio on rajallista ja koska kuluttajien tietotaso saattaa vaihdella huomattavastikin (esim. Doepner & Hufnagel 1998:185–189 ja samankaltaisesti myös Howells & Wilhelmsson 2003:381 sekä ks. myös tästä kritiikistä yleisesti Weatherill 2007:128–129). Keskivertokuluttajan määritelmän onkin katsottu kirjallisuudessa olevan pääosin markkinoiden etujen mukainen suhtautumistapa (esim. Bernitz 2007:40). Toisaalta Esim. Stephen Weatherill (2007:128–133 ja 137–138) pitää yhteisöjen tuomioistuimessa muotoutuneen keskivertokuluttajan määritelmään kohdistunutta kritiikkiä osin aiheettomana, koska hänen mielestään mm. useissa oikeustapauksissa, joissa määritelmä on muotoutunut, tuomioistuin on toiminut pikemminkin kaupan rajoituksia kuin kuluttajien etuja vastaan. Käsitettä on aiemmin sovellettu lähinnä rajat ylittävän kaupan esteitä vastaan (Hoikka 2006:396–397).

³²⁷ Willet 2010 b:368–369.

³²⁸ Twigg-Flesner ym. 2005:18–19. Esimerkiksi direktiivin englanninkielisessä versiossa käytetään valistuneen sijaan termiä ”reasonably well-informed”, saksankielisessä ”der angemessen

valistunutta keskivertokuluttajaa. Käsitteenä keskivertokuluttajaa, kuten kuluttajia yleensäkin, ei voi pitää yhtenäisenä. Yhteisöjen tuomioistuimen keskivertokuluttajan määritelmän onkin katsottu sisältävän hyvin erilaisia piirteitä ja jopa vähäiseen harkintaakin pohjautuvaa kuluttajakäyttäytymistä eri oikeustapauksissa.³²⁹ Kaikkiaan keskivertokuluttajan määritelmää onkin kritisoitu kirjallisuudessa melko monitulkinnalliseksi³³⁰.

Direktiivin johdannossa todetaan lisäksi nimenomaisesti, että keskivertokuluttaja ei myöskään ole tilastollinen mittapuu³³¹. Tällä pyritään lopettamaan mm. Saksassa aiemmin yleinen käytäntö tilastollisen aineiston hyödyntämisestä vastaavankaltaisissa arvioinneissa³³². Toisaalta tämä voi olla myös omiaan helpottamaan käsitteen määrittelemistä, sillä tuomioistuinten tulee nimenomaisesti käyttää omaa harkintakykyään keskivertokuluttajan saaman kokonaisvaikutelman arvioimiseksi hitaampien objektiivisuuteen pyrkivien tarkempien tutkimusten sijaan³³³. Keskivertokuluttajan käsite arvioinnin lähtökohtana sisältää kuitenkin jo sinänsä objektiivisen elementin, koska tällöin menettelyn arviointi lähtee liikkeelle kuluttajan, jonka taloudellinen käyttäytyminen on vääristynyt, sijaan kuvitteellisesta keskivertokuluttajan mittapuusta³³⁴. Keskivertokuluttajan joustava määritelmä jättää käytännössä tuomioistuimille tapauskohtaista liikkumavaraa³³⁵. Liikkumavaraa korostaa direktiivissä myös edelleen viittaus todennäköiseen vaikutukseen keskivertokuluttajaan tai keskivertohenkilöön (esim. artikloissa 5, 6, 7 ja

gut unterrichtet”, ranskankielisessä ”normalement informé” ja ruotsinkielisessä ”normalt informerad”. Sen sijaan direktiivin suomenkielisessä versiossa käytetyn valistunut -sanan edestä on ilmeisesti jätetty pois jonkinlainen termiä lieventävä määre. Tällainen voisi olla yhteisön tuomioistuimen oikeustapauksien suomenkielisissä versioissa käytetty termi ”tavanomaisesti” valistunut (ks. esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 104/2001:kohta 46 ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 460/2007:kohta 45).

³²⁹ Ks. SEC (2003) 724:8 ja Howells ym. 2006:132 sekä Incardona & Poncibo 2007:23 ja 26. Vrt. myös Willett 2010:269. Huolellisuuden lisäksi keskivertokuluttajaan on eräissä oikeustapauksissa yhdistetty myös esim. vähäinen tarkkaavaisuus; yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että keskivertokuluttajan tarkkaavaisuusaste voi vaihdella tavaroiden tai palvelujen tyyppin mukaan eikä se ole aina kovin korkea (ks. esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 456/2001 ja 457/2001:kohta 56 ja uudemmissa ratkaisuista esim. Euroopan yhteisöjen ensimmäisen asteen tuomioistuin 460/2007:kohta 45. Ks. myös Twigg-Flesner ym. 2005:17–18 ja siteeratut oikeustapaukset).

³³⁰ ks. Radeideh 2007:287.

³³¹ 2005/29/EY: johdanto 18.

³³² Howells ym. 2006:116 ja Bernitz 2007:39–40 ja ks. myös yleisesti yhteisöjen tuomioistuimen oikeustapaus Gut Springheide GmbH v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt (C-210/1996), jossa Saksassa yleistä mielipidemittausten käyttämisen sallittavuutta keskivertokuluttajan reaktioiden arvioimisessa käsiteltiin ja pidettiin hyväksyttävänä tietyissä erityisolosuhteissa. Ks. myös Bakardjieva Engelbrekt 2003:623, Micklitz 2005:177 ja Anagnostaras 2010:166–167.

³³³ 2005/29/EY: johdanto 18 ja ks. myös Anagnostaras 2010:163.

³³⁴ Twigg-Flesner ym. 2005:40.

³³⁵ Twigg-Flesner ym. 2005:24.

8). Täten vaikutuksen ei tarvitse olla empiirisesti todennettavissa, vaan riittää, että tuomioistuin päätyy käsitykseen menettelyn todennäköisestä vaikutuksesta.³³⁶

Direktiivin johdannossa viitatus yhteisöjen tuomioistuimen esittämän huolellisen keskivertokuluttajan määritelmän merkitystä direktiivin soveltamisalalla on sellaisenaan omiaan vähentämään se, että direktiivin johdannossa kehoitetaan yhteisön tuomioistuimen keskivertokuluttajan määritelmää sovellettaessa ottamaan huomioon myös sosiaaliset, kulttuuriset ja kielelliset tekijät³³⁷. Täten on pääteltävissä, että jäsenvaltioissa voidaan edelleen katsoa, että kansalliset kuluttajat eivät välttämättä ole kaikissa tilanteissa yhteisön tuomioistuimen määritelmän mukaisia kohtuullisen tarkkaavaisia ja huolellisia keskivertokuluttajia, vaan että keskivertokuluttajan määrittelemisessä on tilannekohtaisesti mahdollista ottaa huomioon myös kansalliset realiteetit³³⁸. Joka tapauksessa myös erilaiset asiayhteydet aiheuttavat sen, että keskivertokuluttajan käsitettä ja siihen liitettyä kuvitteellista käyttäytymistä ei ole mahdollista kiinteästi sitoa ennalta määritelyihin kuluttajakäyttäytymisen oletuksiin³³⁹. Tätä korostaa myös se, että komissio on direktiiviä koskevassa ohjeistuksessaan painottanut, että keskivertokuluttajan määritelmää tulee soveltaa myös kuluttajansuojan korkeaan tasoon tähtäävän Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 114 artiklan (ent. Nizzan sopimuksen mukaisen Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen artiklan 95) mukaan³⁴⁰. Esimerkiksi ongelmallista voi olla se, missä määrin keskivertokuluttajalta voidaan edellyttää tietoisuutta ja kykyä hyödyntää verkkokaupan nopeasti kehittyviä uusia menetelmiä³⁴¹. Kovin laajojen Internet-taitojen edellyttäminen keskivertokuluttajalta voisi olla omiaan vähentämään uusien käyttäjien halukkuutta tehdä ostoksia tietoverkossa. Tämä toisaalta korostaa sähköisen kaupankäynnin direktiivissä elinkeinonharjoittajalta vaadittujen sopimuksen teknisten vaiheiden ilmaisemisen tärkeyttä³⁴².

³³⁶ Howells ym. 2006:132.

³³⁷ 2005/29/EY: johdanto 18 ja ks. myös Howells 2007:106. Tämä perustuu yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön tapauksessa 220/1998 (Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG vastaan Lancaster Group GmbH.), jossa tuomioistuin katsoi, että kansallisen tuomioistuimen: ”Erityisesti on tarkistettava, voidaanko sosiaalisilla, kulttuurisilla taikka kielellisillä tekijöillä perustella sitä, että saksalaiset kuluttajat ymmärtävät elvyttävän voiteen yhteydessä käytetyn ilmaisun ”lifting” eri tavoin kuin muiden jäsenvaltioiden kuluttajat.” (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 220/1998:kohta 29).

³³⁸ Willett 2010:269–270.

³³⁹ Incardona & Poncibo 2007:28.

³⁴⁰ SEC (2009) 1666:26 sekä Willett 2010:270 ja ks. myös sopimus Euroopan unionin toiminnasta: 114 Art.

³⁴¹ Coteanu 2005:183.

³⁴² ks. 2000/31/EY:10 (1) Art.

Edellä mainittua Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön pohjautuvaa keskivertokuluttajan määritelmää ei ole komission havaintojen mukaan sovellettu ennen direktiivin toimeenpanoa sellaisenaan kaikissa jäsenvaltioissa. Näin on ollut esim. Suomessa.³⁴³ Nähtäväksi jää, painottavatko vastaisuudessa kansalliset tuomioistuimet direktiivissä osittain edellytettyä kuluttajien kannalta usein vaatimavana pidettyä yhteisöjen tuomioistuimen käytäntöön perustuvaa huolellisen keskivertokuluttajan määritelmää vai ehkä vähäisempää tietotasoa keskivertokuluttajilta odottavaa kuluttajakäyttäytymisen realiteetteihin enemmän painottuvaa keskivertokuluttajan määritelmää³⁴⁴. Tuomioistuinten arvostuksiin tässä suhteessa vaikuttanevat osin jo direktiivin johdannossa mahdollistetuin tavoin kansallisen lainsäädännön ohella kielelliset ja sosiaaliset tekijät, kansallinen kulttuuri ja paikalliset odotukset sekä käsitykset kohderyhmän kuluttajakäyttäytymisestä. Nämä tekijät voivat johtaa jopa siihen, että samanlainen menettely päätyisi sallitaksi toisessa ja kielletyksi toisessa jäsenvaltiossa³⁴⁵. Kaikkiaan on mahdollista, että keskivertokuluttajakäsitteiden yhdentymisen jäsenvaltioiden välillä saattaa olla pitkäkestoinen prosessi³⁴⁶. Esimerkiksi Englannissa on katsottu sovelletun jo ennen direktiivin toimeenpanoa yhteisöjen tuomioistuimen määritelmän kanssa yhteensopivaa suhtautumistapaa³⁴⁷. Tähän liittyen Englannissa ei tuottane painotusongelmia se, että siellä direktiiviä toimeenpantaessa on toimeenpantu kirjaimellisesti myös em. direktiivin johdantoon kirjattu huolellisen keskivertokuluttajan määritelmä³⁴⁸. Myös Saksassa direktiivin toimeenpanevan lain valmisteluasiakirjassa viitataan Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen mukaiseen keskivertokuluttajan määritelmään kun taas direktiivin toimeenpanevassa säännöksessä käytetään ”pelkästään” keskivertokuluttaja -termiä³⁴⁹. Suomessa sen sijaan ei ole haluttu ottaa käyttöön keskivertokuluttaja käsitettä lainkaan, vaikkakin lain esitöissä

³⁴³ Kom 2003/356 lopullinen: johdanto 21 ja SEC (2009) 1666:26.

³⁴⁴ Wilhelmsson 2006 b:220–222 sekä ks. myös Howells 2007:106 ja Willett 2010:269. Toisaalta Stephen Weatherill (2007:138) on esittänyt, että yhtäläillä Yhteisöjen tuomioistuimen mukaisessa tulkinnassa on mahdollista ottaa huomioon myös kuluttajakäyttäjäkäyttäytymisen realiteetit.

³⁴⁵ 2005/29/EY:johdanto 18, Twigg-Flesner ym. 2005:24 ja Howells ym. 2006:132 ja 134 sekä Anagnostaras 2010:167 ja 170. Sitä, miten laajaksi tuomioistuimen liikkumavara näiltä osin muotoutuu, on pidetty kirjallisuudessa ratkaisevana jäsenvaltioiden kansallisen kuluttajansuojan kannalta (ks. esim. Bernitz 2007:41).

³⁴⁶ Esim. Rosenauer 2009:52–53

³⁴⁷ Ks. esim. Twigg-Flesner ym. 2005:iv ja 30–31 sekä Bragg 2007:341.

³⁴⁸ SI 2008 No. 1277: Regulation 2 (2) ja DTI 2007:69.

³⁴⁹ Ks. Gesetzentwurf 16/10145:22.

tosin viitataan yhteisön tuomioistuimen mukaiseen huolellisen keskivertokuluttajan -käsitteeseen³⁵⁰.

3.6 Keskivertokuluttaja suojaa tarvitsevista ryhmistä

3.6.1 Taustaa

Kolmantena keskivertokuluttajan muotona direktiivissä määritellään keskivertokuluttaja suojaa tarvitsevista ns. vaikutukselle alttiista ryhmistä. Suurelle yleisölle suunnatussa menettelyssä kohderyhmään mahtuu tietotasoltaan ja osaamiseltaan monentasoisia kuluttajia, minkä seurauksena poikkeamat mittatikuksi määritellyistä keskivertokuluttajasta ovat suuret molempiin suuntiin. Mitä suuremmat poikkeamat ovat, sitä huonommin tavanomaisesta kohderyhmästä ja varsinkin suuresta yleisöstä valikoituva keskivertokuluttaja edustaa koko kohderyhmää³⁵¹. Markkinoiden etujen ja erityisesti suojaa tarvitsevien kuluttajaryhmien huomioimisen välillä olevaa ristiriitaa on vaikea ratkaista ottamalla keskivertokuluttaja markkinointitoimenpiteiden mittatikuksi, sillä keskivertokuluttaja ei määritelmänä ota huomioon laajasti suunnatun kaupallisen menettelyn vastaanottajakunnan vaikutukselle alttiimpia, eniten suojaa tarvitsevia kuluttajaryhmiä, kuten tapauskohtaisesti esim. lapsia ja vanhuksia³⁵².

Kuten edellä on osittain todettu, harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä ei erikseen määritelty, millaista tietotasoa mainonnan kohderyhmältä odotetaan, jotta mainonta voitiin katsoa direktiivin merkityksessä harhaanjohtavaksi. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö suojaa tarvitsevien ryhmien

³⁵⁰ Direktiivin myötä keskivertokuluttajan määritelmään liittyvistä kansallisista poikkeuksista voi direktiivin yhtenäisen soveltamisen näkökulmasta pitää kyseenalaisena sitä, että Suomessa ei, kuten mainittua, direktiiviä toimeenpantaessa haluttu edelleenkaan ottaa keskivertokuluttaja -termiä käyttöön, koska sen katsottiin aiheuttavan sekaannusta. Suomessa lainsäätäjät perustelee pitäytymistä keskivertokuluttajan sijaan kuluttaja -käsitteessä sillä, että kuluttaja -käsitteellä tarkoitetaan ”tavallista kuluttajaa”, joka tarkoittaa lainsäätäjän näkemyksen mukaan asiallisesti samaa kuin keskivertokuluttaja (HE 32/2008: 13 ja 22). Keskivertokuluttaja käsitteenä on kuitenkin määritelty osa laajempaa kuluttaja käsitettä. Yhtäläisyysmerkin vetäminen näiden välille vaikuttaa direktiivin tavoitteisiin nähden termien liialliselta yksinkertaistukselta ja saattaa olla pikemminkin omiaan johtamaan sekaannukseen, vaikkakin lain esitöissä ohimennen viitataan, että mittapuuna toimii yhteisön tuomioistuimen mukainen valistuneen, kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen keskivertokuluttajan käsite (ks. HE 32/2008:13 ja 22).

³⁵¹ Twigg-Flesner ym. 2005:27.

³⁵² Esimerkiksi Howells & Twigg-Flesner 2005:170. Howells ja Twigg-Flesner (2005:173) katsovat, että suojaa tarvitsevien ryhmien huomioiminen lainsäädännössä on kynnyskysymys sille, että voiko Euroopan yhteisön katsoa toimivan kaikkien kansalaisten hyväksi vai pelkästään elinkeinonharjoittajien.

huomioimiseksi on ollut osin ristiriitaista. Tämä on johtunut siitä, että toisessa vaakakupissa on painanut se, että sisämarkkinoiden peruseriaatteisiin kuuluvalla tavaroiden vapaalla liikkuvuudella ei ole haluttu asettaa esteitä.³⁵³ Myöskään kaikkien jäsenvaltioiden markkinointisäännöksissä ei ole suoraan huomioitu suojaa tarvitsevia ryhmiä, vaikkakin useimmissa jäsenvaltioissa nämä ryhmät ovat erityissäännöksissä jossain muodossa huomioitu³⁵⁴. Jäsenvaltioissa, joissa suojaa tarvitsevia ryhmiä ei ole markkinointisäännöksissä huomioitu, nämä erityisryhmät on usein pyritty huomioimaan esim. markkinointia koskevien yleislausekkeiden oikeudellisessa tulkinnassa tai itsesääntelysäännöksissä kuten Englannissa³⁵⁵.

Suojaan tarvitsevien ryhmien huomioiminen sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa direktiivissä on pyritty järjestämään sen lisäksi, että siinä on kielletty kaikissa tilanteissa eräitä tällaisia ryhmiä koskevia kaupallisia menettelyjä erityisesti direktiivin liitteessä I³⁵⁶, lisäämällä artiklan 5 kohtaan 3 eräänlainen poikkeus kohderyhmän keskivertokuluttajan määritelmästä, keskivertokuluttaja suojaan tarvitsevista ryhmistä. Tämän poikkeuksen voi katsoa muodostavan kolmannen keskivertokuluttajan muodon suuresta yleisöstä ja kohderyhmästä valikoituvien keskivertokuluttajien lisäksi³⁵⁷.

3.6.2 Määritelmä

Direktiivin 5 artiklan 3 kohdassa suojaan tarvitsevat ryhmät määritellään selkeästi tunnistettavissa olevaksi kuluttajaryhmäksi, joka on

”erityisen altis käytännön tai sen perustana olevan tuotteen suhteen henkisen tai fyysisen vajavaisuutensa, ikänsä tai herkkäuskoisuutensa vuoksi ta-

³⁵³ Waddington 2009:578–583.

³⁵⁴ Saksassa pitkään jatkunut oikeuskäytäntö suojaan tarvitsevien kuluttajaryhmien huomioimista koskien kirjattiin eräitä tällaisia kuluttajaryhmiä koskien vuonna 2004 UWG-lakiin (§ 4:2 UWG sekä ks. myös Schulze & Schulte-Nölke 2003:66 ja 69–70 sekä Micklitz 2005:177). Suomessa puolestaan suojaan tarvitsevia ryhmiä ei ole huomioitu suoraan markkinointisäännöksissä, vaan kuluttajansuojalakia koskevassa, pohjoismaiseen tapaan yhtenä merkittävänä oikeuslähteenä pidettävässä lainvalmisteluasiakirjassa vuodelta 1977. (Schulze & Schulte-Nölke 2003:68–69 ja Wilhelmsson 2005:193). Lisäksi Suomessa on tähän liittyen huomattavasti markkinaoikeuden oikeuskäytäntöä alaikäisille suunnattua markkinointia koskien (ks. näistä esim. HE 32/2008:9, 20–21 ja 23 sekä viitatuut oikeustapaukset, Majuri 2003:12, Wilhelmsson 2005:193 ja Paloranta 2006:97–99).

³⁵⁵ Schulze & Schulte-Nölke 2003:65–76 sekä Weatherill 2003:17.

³⁵⁶ Esimerkiksi direktiivin liitteessä I kohdassa 28 pidetään kaikissa tilanteissa sopimattomana suoraan lapsille markkinoinnissa suunnattuja ostokehoksia (ks. myös luvusta 7.2).

³⁵⁷ Esim. Williams & Hare 2008:382. Erityisesti pohjoismaat katsoivat direktiiviä luonnosteltaessa olevan tarvetta eniten suojaan tarvitsevien ryhmien huomioimiseen sääntelyssä (Bernitz 2007:39).

valla, jonka elinkeinonharjoittajan voidaan kohtuudella odottaa ennakoivan”.³⁵⁸

Kirjallisuudessa tätä direktiivissä esitettyä määritelmää suojaa tarvitsevista ryhmistä on pidetty keinotekoisena, sillä artiklassa esitetyn rajauksen ulkopuolelle on katsottu jäävän useita erilaisia vastaavia suojaa tarvitsevia ryhmiä³⁵⁹. Toisaalta ehkä kyse ei säännöksessä kuitenkaan olekaan tyhjentävästä erityisryhmien rajauksesta, kuten myös direktiivin johdannossa annetaan ymmärtää³⁶⁰. Säännöksen määritelmässä käytetty rajausta selkeästi tunnistettavissa oleviin ryhmiin on kuitenkin omiaan antamaan sellaisen vaikutelman, että arvioinnin ulkopuolelle rajautuvat henkilöt, joiden suojan tarve ei ole helposti havaittavissa sekä heterogeeniset, selkeästi rajautumattomat ryhmät. Toisin sanoen menettelyn mittatikuksi lienee tarkoitettu otettavan kaikkein selkeimmin suojaa tarvitsevat ryhmät.³⁶¹

Rajanvetoon suojaa tarvitsevien erityisryhmien ja suojaa tarvitsemattomien ryhmien välille ei tule direktiivin pohjalta olemaan yksiselitteistä kaavaa. Ratkaisevaa on, mitä tarkoitetaan määritelmässä mainituilla selkeästi tunnistettavilla kulluttajaryhmillä. Ongelmallista on, että määritelmää täsmentävillä vajavaisuuden kategorioilla ei ole yhteisiä nimittäjiä eikä kyse ole selkeärajausluokista.³⁶² Esimerkiksi iästä aiheutuva suojan tarve on hyvin hajanainen luokka. Vähäinen ikä tuo esiin omanlaisensa suojan tarpeen, johon on usein lainsäädännössä tai oikeuskäytännössä pyritty vastaamaan³⁶³. Suuri ikä puolestaan ei automaattisesti vaikuta siihen, että kuluttaja tarvitsisi keskivertoa enemmän suojaa. Mahdollinen suuren iän aiheuttama suojan tarve voi vaihdella runsaastikin eri henkilöiden välillä. Tällöin, mikäli suuri ikä aiheuttaa suojan tarpeen, sen perusteet liittyvät jossain määrin määritelmään kuuluviin muihin kategorioihin: herkkäuskoisuuteen, henkiseen tai fyysiseen vajavaisuuteen. Vastaavasti myöskään muihin jäljellä oleviin kategorioihin kuuluvia ryhmiä, kuten erityisen herkkäuskoisia, on vai-

³⁵⁸ 2005/29/EY:5 (3) Art.

³⁵⁹ Weatherill 2007:136 ja ks. myös Stuyck ym. 2006:121–122.

³⁶⁰ 2005/29/EY:johdanto 19. Täten määrittelyssä olisi mahdollista ottaa huomioon myös muunlaisia kategorioita, kuten joissain tilanteissa esimerkiksi koulutus (Anagnostaras 2010:169). Vähäinen koulutus voi tosin liittyä myös osaksi muita kategorioita.

³⁶¹ Twigg-Flesner ym. 2005:24 ja 33–34.

³⁶² Twigg-Flesner ym. 2005:24 ja esim. Stuyck ym. 2006:151, Incardona & Poncibo 2007:28–29 ja Micklitz & Howells 2010:112. Täten olisi tärkeää, että suojaa tarvitsevien ryhmien määritelmää tulkittaisiin mahdollisimman laajasti (Weatherill 2007:136). Howells ym. (2006:111) katsovat, että taatakseen säännöksen tehokkaan soveltamisen, tämän määritelmän tulisi kyseisten ryhmien kyseessä ollessa ylittää makuasioita ja säädyllisyyskysymyksiä sivuavissa tapauksissa niihin liittyvät poikkeukset direktiivin soveltamisalasta.

³⁶³ Esimerkiksi kansainvälinen kauppakamari, ICC käsittelee markkinointisäännöksissään lapsille suunnattua markkinointia (ks. ICC 2006: Artikla. 18). Ks. myös yleisesti Suomea koskien esim. Paloranta 2008:30–31 ja 34 sekä Virtanen 2010:170–176.

kea ennalta määritellä.³⁶⁴ Edelleen ryhmien määrittelyyn vaikuttavat myös erilaiset kulttuuriympäristöt. Tätä ryhmien epämääräisyyttä voi pitää direktiivin soveltamisen kannalta ongelmallisena, koska kuitenkin näitä ryhmiä koskien menettelyjä tulisi arvioida tiukemmin³⁶⁵.

3.6.3 *Kaupalliset menettelyt suojaa tarvitsevien ryhmien osalta*

Suojaa tarvitsevien ryhmien taloudellista käyttäytymistä todennäköisesti vääristäviä kaupallisia menettelyjä tulee säännöksen mukaan arvioida kyseisen ryhmän keskivertohenkilön näkökulmasta³⁶⁶. Koska suojaa tarvitsevat ryhmät eivät ole sisäisesti yhtenäisiä, menettelyjen vaikutuksen arviointi tulisi tehdä tapauskohtaisesti³⁶⁷. Viittaus elinkeinonharjoittajan kohtuudella ennakoitavissa oleviin ryhmiin aiheutuvasta vaikutuksesta asettaa arvioinnin tehtäväksi objektiivisin kriteerein, jolloin menettelyn tavoitteet, kuten pyrkimys välittömään tai välilliseen vaikutukseen³⁶⁸, yms. subjektiiviset seikat eivät ole menettelyn arvioinnissa merkityksellisiä³⁶⁹. Sitä, missä määrin tämän arvioinnin tulee johtaa toimenpiteisiin, ei ole direktiivissä mainittu. Tämä on kuitenkin tapauskohtaista. Säännöksen tavoitteena lienee, kuten kirjallisuudessa on esitetty, selkeiden suojaa tarvitsevien ryhmien hyväksikäytön estäminen, ei niinkään elinkeinonharjoittajan kuormittami-

³⁶⁴ Twigg-Flesner ym. 2005:24–25 ja 33–34 ja Willet 2010 b:369. Yleisellä tasolla tällaisissa määritysyrityksissä vaarana on päätyminen epäkorrekteinä pidettäviin määritelmiin. Twigg-Flesner ym. (2005:25) pitävät yhtenä mahdollisena esimerkkinä tällaisista erityistä suojaa tarvitsevista ryhmistä huonon kielitaidon omaavia kuluttajia. Toisaalta tälläkään perusteella ei kuitenkaan liene mahdollista yhdistää kuluttajia kyseisen kategorian alle kuin hyvin rajatuissa tilanteissa ja tällöinkin luultavammin lisäksi tarvitaan jokin muu kuluttajien toimintakykyä heikentävä tekijä. Tällainen lienee em. Twigg-Flesnerin ym. esittämässä esimerkissä esim. huono kielitaitoisella turvapaikanhakijalla tai turistilla mahdollisesti tietämättömyys paikallisista menettelytavoista yms. tekijät.

³⁶⁵ Willet 2010 b:369.

³⁶⁶ 2005/29/EY: 5 (3) Art.

³⁶⁷ Ks. myös yleisesti Howells ym. 2006:113–115 ja Wilhelmsson 2006 b:218–219 ja 222.

³⁶⁸ Direktiivi on johdannossaan (2005/29/EY: kohta 7) rajattu koskemaan vain välittömästi kaupallisiin ratkaisuihin vaikuttavia menettelyjä. Pyrkimys välittömään vaikutukseen on kuitenkin melko tulkinnanvarainen käsite erityisesti suojaa tarvitseviin ryhmiin kohdistuvien kaupallisten menettelyjen osalta (ks. myös esim. Stuyck ym. 2006:122). Toisaalta jo direktiivissä itsessään raja välittömän ja välillisen vaikutuksen välillä on melko epämääräinen. Tämä käy ilmi esimerkiksi useista liitteessä I listatuista menettelyistä (ks. myös Köhler & Lettl 2003:1035).

³⁶⁹ Howells ym. 2006:116. Toisaalta kirjallisuudessa on esitetty eriäviä näkemyksiä. Esimerkiksi Rossella Incardona ja Cristina Poncibo (2007:29) pitävät käsitettä liian mielivaltaisena, jotta sitä voisi soveltaa muuten kuin subjektiivisesti.

nen siten, että hän joutuisi ottamaan huomioon kaikki mahdolliset ja osin mahdottomiltakin tuntuvat menettelyjensä tulkinnat³⁷⁰.

Ongelmia ei tuottane tässä suhteessa, mikäli markkinointi tai menettelyn kohteena oleva tuote on suunnattu selkeästi pelkästään suojaa tarvitseville ryhmille, kuten esim. lapsille tai vanhuksille. Tällaisille ryhmille suunnatuissa kaupallisissa menettelyissä tulee elinkeinonharjoittajan käytännössä olla tavallista huolellisempi informaation antamisen yms. suhteen, koska kynnys menettelyn määrittämiseen sopimattomaksi on alhaisempi.³⁷¹ Markkinoijan näkökulmasta ongelmallisempaa voi olla yleisluonteisemman markkinoinnin tai tuotteen osalta se, missä määrin menettelyä joudutaan arvioimaan herkkäuskoisen kuluttajaryhmän näkökulmasta, jos yksittäisestä kohderyhmästä on tällainen ryhmä tunnistettavissa. Esimerkiksi alaikäiset näkevät usein samat mainokset kuin aikuisetkin.³⁷² Käytännössä kaupallisia menettelyjä tulee säännöksen nojalla arvioida kyseisten kuluttajaryhmien näkökulmasta myös, vaikka niitä ei olisi suoraan suunnattu kyseisille kuluttajaryhmille, mikäli elinkeinonharjoittajan voi kohtuudella odottaa ennakoivan tällaisen vaikutuksen syntymisen esimerkiksi mainostettavan tuotteen vuoksi.^{373 374}

³⁷⁰ Ks. Twigg-Flesner ym. 2005:25–26 ja Abbamonte 2007:25–26 sekä ks. myös yleisesti Nehf 2010:110. Toisaalta esimerkiksi Rossella Incardona ja Cristina Poncibo (2007:29 ja 35) katsovat, että suojaa tarvitsevien ryhmien käsite on lähinnä vain keskivertokuluttaja käsitteen kuluttajansuojalle aiheuttaman lommon korjausyritys, joka voi epämääräisyydessään olla omiaan aiheuttamaan elinkeinonharjoittajille enemmän velvollisuuksia, kuin kohtuudella voisi vaatia sopimattomien kaupallisten menettelyjen välttämiseksi.

³⁷¹ Willet 2010 b:369–370.

³⁷² Ks. esim. Twigg-Flesner ym. 2005:25 ja esim. Micklitz 2008:88.

³⁷³ 2005/29/EY:5 (3) Art. ja johdanto 19. Tämän määritelmän toimeenpanoa on pidetty kirjallisuudessa puutteellisenä Saksassa, koska siellä jätettiin pois viittaus kuluttajaryhmiin, jotka ovat erityisen alttiita käytännön tai sen perustana olevan tuotteen suhteen (ks. Keirsbilck 2009:519 alaviite 103 ja § 3 (2) UWG). Vastaavan kritiikin voi esittää myös Suomessa asiallisesti samankaltaisesti toimeenpannusta määritelmästä, sillä Suomessakin viittaus käytäntöön tai sen perustana olevaan tuotteeseen jätettiin pois (ks. KSL 2:3 §). Saksassa määritelmä on lisäksi toimeenpantu osittain kahdessa eri osassa, sillä varsinaisen määritelmän lisäksi UWG-laissa mainitaan vielä erikseen direktiiviä laajemmin esimerkkinä sopimattomasta kaupallisesta menettelystä sellaisten menettelyjen käyttö, joissa käytetään hyväksi kuluttajien henkistä tai fyysistä heikkoutta, ikää, kokemattomuutta, hyväuskoisuutta, pelkoa tai ahdinkoa (§ 4 (2) UWG ja ks. myös Gesetzentwurf 16/10145:22). Kirjallisuudessa tätä sääntelymenetelmää on kritisoitu haitalliseksi sääntelyn avoimuuden kannalta (ks. Keirsbilck 2009:519 alaviite 104). Ruotsissa valittua sääntelymenetelmää voi näiltä osin pitää vielä kyseenalaisempana, sillä siellä keskivertokuluttajaa suojaa tarvitsevista ryhmistä on pidetty lähinnä vain kohderyhmänsä keskivertokuluttajan määritelmän tarkennuksena. Tämän vuoksi määritelmää ei katsottu tarpeelliseksi toimeenpanna lainsäädäntöön lainkaan. (Ks. SOU 2006:76:205). Näin tulkittuna on vaarana, että huomiotta jää kaupallisen menettelyn tosiasiallisen kohderyhmän kätkeyminen tapauksissa, joissa menettely on näennäisesti suunnattu suurelle yleisölle. Toisaalta James P. Nehf pitää suojaa tarvitsevien ryhmien määritelmää liian epämääräisenä, että sillä olisi mahdollista ylipäänsä suojata suojaa tarvitsevia kuluttajia suurelle yleisölle suunnatuissa menettelyissä Nehf 2010:110–111 alaviite 7.

Toisin sanoen direktiivillä pyritään suojaamaan suojaa tarvitsevia ryhmiä vain niiltä kaupallisilta menettelyiltä, jotka vetoavat kyseisiin ryhmiin³⁷⁵. Tällaisia voivat olla esimerkiksi sellaisten videopelien mainokset, jotka vetoavat pääosin lapsiin³⁷⁶. Kirjallisuudessa on katsottu, että tältä pohjalta kyseeseen tulevat lähinnä mainosviestit, jotka on suunnattu suoraan suurelle yleisölle, mutta joiden voidaan arvioida vetoavan vain pääsiallisesti erityisryhmiin. Tällaisen viestinnän tosiasiallisen kohderyhmän kätkeminen suuntaamalla viesti suurelle yleisölle saattaa olla myös viestin lähettäjän nimenomainen tarkoitus.³⁷⁷ Toisaalta viestinnän vaikuttaminen tiettyyn kuluttajaryhmään muita voimakkaammin voi olla myös elinkeinonharjoittajalle vaikeasti ennakoitavissa. Elinkeinonharjoittajien ei voine kuitenkaan odottaa pystyvän suojaamaan jokaista kuluttajaryhmää kaikilta mahdollisilta haitallisilta menettelyiltä.³⁷⁸

Elinkeinonharjoittajan kannalta lievennyksenä tähän suojaa tarvitsevien ryhmien keskivertokuluttajan käsitteeseen on nähtävissä se, että direktiivissä esitetään raja, jonka mukaan ”lainmukaiset ja yleisesti käytetyt” liioittelevat, ei-kirjaimellisesti otettavaksi tarkoitetut mainosväitteet (eli ns. kauppiasallinen kehuminen) rajautuvat tämän säännöksen ulkopuolelle³⁷⁹. Liioittelun on nähtävästi katsottu muodostavan keskeisen osan mainontaa, joten erityisryhmien on direktiivin mukaan käytännössä opittava asettamaan liioittelevat ja subjektiivisia termejä käyttävät mainosviestit oikeisiin mittasuhteisiin³⁸⁰. Kirjallisuudessa tätä rajausta on pidetty osin ristiriitaisena säännöksen tavoitteisiin nähden³⁸¹. Yleisesti liioittelun suoran rajaamisen säännöksen ulkopuolelle voi katsoa toisaalta olevan haitallista kaupallisen menettelyn arvioimisen kannalta, sillä liioittelu ja mainossanomien värittäminen saattavat sisältää melko pitkällekin meneviä harhaanjohtavia ele-

³⁷⁴ Toisaalta säännöksestä on esitetty erilaisia tulkintoja. Esim. James P. Nehf (2010:110–111 alaviite 7) pitää määritelmää liian epämääräisenä, että sillä olisi mahdollista ylipäänsä suojata suojaa tarvitsevia kuluttajia suurelle yleisölle suunnatuissa menettelyissä.

³⁷⁵ Micklitz 2008:88.

³⁷⁶ SEC (2009) 1666:30.

³⁷⁷ Ks. Howells ym. 2006:113 ja Abbamonte 2007:25–26. Mahdollisina esimerkkeinä tällaisesta kierteitset suunnatusta mainonnasta on mainittu usein esim. loton voitonnumeroita myyneet verkkosivustot (ks. esim. Abbamonte 2007:26 ja SEC (2009) 1666:30).

³⁷⁸ Twigg-Flesner ym. 2005:iv. ja ks. myös esim. Stuyck ym. 2006:151.

³⁷⁹ 2005/29/EY: 5 (3) Art.

³⁸⁰ Ks. Howells ym. 2006:113 ja ks. myös yleisesti Nehf 2010:108.

³⁸¹ Esim. Schuhmacher 2007:134. Esim. Malek Radeideh (2005:265) ja James P. Nehf (2010:108) katsovat, että jossain tilanteissa liioittelevat lausunnot saattavat estää kuluttajia saamasta tarkkaa käsitystä tuotteesta ja voivat olla siten omiaan estämään tehokkaan päätöksen tekemistä. Malek Radeideh (2005:265) pitää kyseenalaisena tällaisen poikkeuksen sijoittamista säännökseen, jonka tarkoituksena on suojella suojaa tarvitsevia kuluttajia. Hänen mielestään säännös on omiaan antamaan vaikutelman, että elinkeinonharjoittajat saavat ratkaista, onko liioittelevan lausunnon yhteydessä kyse sopimattomasta kaupallisesta menettelystä, jolloin lausunnon vaikutus kuluttajaan jää toissijaiseen asemaan.

menttejä. Niiden erottaminen direktiivissä ohimennen mainituista ”lainmukaisista ja yleisesti käytetyistä mainontakäytännöistä” voi olla vaikeaa³⁸². Esimerkiksi selkeästi todennettavissa olevia faktatietoja ei tule käyttää kauppiallisen kehuminen yhteydessä³⁸³. Täten direktiivissä luotu oletus ”lainmukaisesta ja yleisesti käytetystä mainontakäytännöstä” saattaa lausuman yleisluontoisuuden vuoksi suorastaan oikeuttaa useanlaisia kiistanalaisia kaupallisia menettelyjä tai ainakin vaikeuttaa tällaisten menettelyjen objektiivista arviointia.

3.6.4 *Soveltamisala*

Kirjallisuudessa on herättänyt keskustelua se, onko suojaa tarvitsevia ryhmiä koskeva poikkeus keskivertokuluttajan määritelmästä tarkoitettu koskemaan vain laajan yleislausekkeen (artikla 5) sääntelemiä asioita, koska suppeiden yleislausekkeiden (artiklojen 6–9) yhteydessä direktiivissä viitataan vain keskivertokuluttajaan³⁸⁴. Suppeiden yleislausekkeiden riippumattomuutta suhteessa laajaan yleislausekkeeseen puoltavan näkökulman on mahdollista katsoa tukevan sitä, että laajan yleislausekkeen mukainen keskivertokuluttajan määritelmä koskee vain laajan yleislausekkeen sääntelemiä asioita.

Toisaalta keskivertokuluttajan määrittelemiseen kohderyhmän kautta viitataan laajan yleislausekkeen (artikla 5) lisäksi myös direktiivin johdannossa³⁸⁵. Luultavaa täten onkin, että direktiivissä suojaa tarvitsevien ryhmien poikkeuksen on tarkoitettu sisältyvän automaattisesti keskivertokuluttajan käsitteeseen sen yhtenä muotona, kuten myös kohderyhmänsä keskivertokuluttajaa koskevan muodon. Täten suojaa tarvitsevia ryhmiä koskevan poikkeuksen voisi katsoa sisältyvän suppeissa yleislausekkeissa keskeiseen taloudelliseen käyttäytymisen vääristämistä koskevaan ehtoon. Todennäköisesti direktiivissä ei ole vain katsottu tarpeelliseksi mainita kunkin suppean yleislausekkeen kohdalla erikseen kyseisiä keskivertokuluttajan käsitteen eri muotoja.³⁸⁶

³⁸² Ks. yleisesti Nehf 2010:108.

³⁸³ Esim. Saine 2008:159–161.

³⁸⁴ Twigg-Flesner ym. 2005:41.

³⁸⁵ 2005/29/EY: johdanto 18.

³⁸⁶ Ks. myös Twigg-Flesner ym. 2005:41–42 ja Anagnostaras 2010:168.

3.7 Yhteenveto

Euroopan unionissa yleisellä tasolla sopimattomien kaupallisten menettelyjen kieltö kuluttajakaupassa pohjautuu direktiivin 2005/29/EY viidenteen artiklaan. Sopimatonta kaupallista menettelyä ei ole kyseisessä artiklassa määritelty kovin tarkkarajaisesti. Artiklassa kielletään pelkistetyllä ns. laajalla yleislausekkeella sopimattomat kaupalliset menettelyt. Tämän jälkeen täsmennetään, että menettelyn on täytettävä kaksi ehtoa ollakseen laajan yleislausekkeen merkityksessä sopimaton. Ensinnäkin sen on oltava huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen. Toisekseen menettelyn on lisäksi oltava omiaan olennaisesti vääristämään kuluttajan taloudellista käyttäytymistä tuotteeseen nähden. Kaupallista menettelyä arvioidaan näiden molempien kriteerien pohjalta menettelyn kohdistamisesta riippuen joko laajasta yleisöstä tai tietyistä kohderyhmästä valikoituvan huolellisen keskivertokuluttajan näkökulmasta. Menettelyä arvioidaan lisäksi erityistä suojaa tarvitsevan ryhmän keskivertohenkilöjen näkökulmasta vain, mikäli elinkeinonharjoittaja voi kohtuudella ennakoida menettelynsä vääristävän olennaisesti ainoastaan kyseisen ryhmän taloudellista käyttäytymistä.

Kaikkiaan voi katsoa, että em. yleislausekkeen kieltö on määritelmällisesti väljä. Tätä korostaa se, että määritelmä sisältää monia uusia termejä, joita ei direktiivin laajaan soveltamisalueeseen nähden ole määritelty kovin tarkasti. Tällaisia ovat esimerkiksi kuluttajien taloudellisen käyttäytymisen vääristäminen ja huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimukset. Lisäksi menettelyjen mittapuuksi tarkoitettu keskivertokuluttajan käsite on kaikkiaan määritelty melko tulkinnanvaraisesti ja myös painottaen paikallisten näkökohtien huomioon ottamista³⁸⁷. Artiklan mukainen sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmä vaatii käytännössä täsmennykseen esim. tuomioistuimien tekemää tulkintaa. Toisaalta tästä seuraa myös se, että määritelmää voi pitää melko joustavana, mikä saattaa olla hyödyllistä esim. kuluttajaverkkokaupan osalta mahdollistaen sääntelyn sopeuttamisen jäsenvaltioiden paikallisiin olosuhteisiin sekä myös mm. tekniseen kehitykseen ja uudensuuntaisiin kaupallisiin menettelyihin³⁸⁸. Joustavan sopimattoman kaupallisen menettelyn käsitteen ja direktiivin puitedirektiiviluonteen voi nähdä hyödyttävän

³⁸⁷ Ks. 2005/29/EY:johdanto 18.

³⁸⁸ Ks. myös esim. de Groot & de Volder 2007:28 ja 42. Yleisesti ottaen tietoverkkoyhteiskunnassa uudet toimintatavat ja keksinnöt edellyttävätkin lainsäädäntötasolla viranomaisilta jatkuvaa suunnitelua ja sopeutumista, jotta lainsäädäntö pysyisi muutosten tahdissa (Hakapää 2008:65). Esimerkiksi Howells ym. arvelevat, että direktiivissä (2005/29/EY) olisi ehkä ollut hyödyllistä jättää jäsenvaltioille vielä nykyistä enemmän mahdollisuuksia varautua tekniseen kehitykseen ja äkillisiin ongelmiin, joihin ei direktiiviä luotaessa ole osattu varautua (Howells ym. 2006:250).

verkkokaupan sääntelyä aiemman sääntelyn aukkojen täydentämisessä. Tätä tukee esim. elinkeinonharjoittajalle asetettu velvollisuus toimia huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten mukaisesti kattaen mm. velvoitteen rehellisestä ammatinharjoittamisesta ja/tai vilpittömässä mielessä toimimisen yleisestä periaatteesta elinkeinonharjoittajan toimialalla.

Toisaalta määritelmän joustavuus ja siihen liittyvien käsitteiden mahdollinen muuttuminen ajan myötä sekä osin myös määritelmän epämääräisyys saattavat olla tämän säännöksen osalta haitallisia direktiivin maksimiharmonisointitavoitteiden ja kuluttajaverkkokaupan sääntelyn yhtenäistymisen kannalta³⁸⁹. Tähän on omiaan vaikuttamaan se, että kyseisellä artiklassa väljäkösti määritellyllä ja arvosidonnaisenakin pidettävissä olevalla käsitteellä ”sopimaton kaupallinen menettely”, on juurensa keskenään samanlaisissa, mutta erilaisten kansallisten oikeusperinteiden yms. syiden vuoksi erilaisia tulkintoja saaneissa kansallisissa käsitteissä. Kansalliset tuomioistuimet tullevat soveltamaan käsitteitä näitä kansallisia taustoja vasten. Lisäksi tähän epäyhtenäisyyteen on omiaan jossain määrin vaikuttamaan verkkokaupan myötä kehittyvät uudenlaiset kaupalliset menettelyt, jolloin termin sisältöä koskevat merkityserot eri jäsenvaltioiden välillä voivat kasvaa. Edelleen sääntelyn yhtenäistymiseen saattaa jossain määrin haitallisesti vaikuttaa myös se, että maksimiharmonisointidirektiivistä huolimatta säännöksen toimeenpanossa direktiivin tekstiin nähden on jo pelkästään tutkimuksen kohteena olevissa jäsenvaltioissa havaittavissa jossain määrin kansallisia eroavuuksia. Näin on tutkimuksen kohdevaltioista erityisesti Saksassa ja Suomessa, sillä Englannissa direktiivi on tämän tutkimuksen aihepiirin osalta toimeenpantu suurelta osin lähes sellaisenaan. Tällaisia eroja ovat esimerkiksi Suomen osalta se, että kaupallisen menettelyn ja kaupallisen ratkaisun käsitteet on katsottu tarpeelliseksi jakaa erillisiin käsitteisiin sekä Saksan osalta esim. se, että suojaa tarvitsevat ryhmät on määriteltä direktiiviä laajemmin. Joka tapauksessa sääntelyn yhtenäistymisen kannalta hyödyllistä olisi, että artiklan hieman tulkinnanvaraisena pidettävissä olevaa sisältöä täsmennettäisiin esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä.

³⁸⁹ Ks. esim. Howells & Wilhelmsson 2003:383, Wilhelmsson 2006:476 ja Keirsbilck 2009:558.

4 HARHAANJOHTAVAT TOIMET

Kuluttajakaupankäynnissä ja erityisesti verkkokaupassa kauppiaan ja ostajan välisellä informaation vaihdolla on keskeinen merkitys liiketapahtumassa³⁹⁰. Tämä johtuu mm. siitä, että kuluttaja saa tietonsa palvelusta tai fyysisestä tuotteesta suu- relta osin markkinoinnissa esitetyistä väitteistä, varsinkin mikäli on kyse standar- disoimattomista fyysisistä tuotteista tai palveluista. Tiedon riittävyys ja esitystapa ovat merkittäviä tekijöitä kaupallisen ratkaisun kannalta. Esimerkiksi huonolaatuinenkin tavara on mahdollista saada näyttämään paremmalta korostamalla har- haanjohtavasti jotain sen hyvää ominaisuutta. Harhaanjohtavan tiedon tarjoami- nen on haitallista kuluttajien päätöksentekokyvyn kannalta ja myös omiaan vää- ristämään kilpailua, sillä esimerkin huonolaatuinen tavara on yleensä halvempi valmistaa kuin parempilaatuinen.³⁹¹

Harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen on katsottu muodostavan yleisellä tasolla laajimman ja yleisimmän osan sopimattomia kaupallisia menettelyjä³⁹². Harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen ja informaation sisällön sääntelyllä voi katsoa olevan keskeinen merkitys myös sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa direktiivissä³⁹³. Puheena olevassa direktiivissä harhaanjohtavia kau- pallisia menettelyjä koskevan sääntelyn taustalla voi katsoa pääasiallisesti olevan pyrkimys kuluttajan suojaamiseen liiketoimen eri vaiheissa kaupallisilta ratkai- suilta, jotka pohjautuvat harhaanjohtavaan informaatioon³⁹⁴. Epäsuorasti tavoit- teena voi katsoa olevan myös elinkeinonharjoittajien suojaaminen kilpailua vää- ristäviltä harhaanjohtavilta kaupallisilta menettelyiltä³⁹⁵.

Harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt jakautuvat direktiivissä käsitteenä kahteen osaan. Tähän liittyen yhtenä sopimattomien kaupallisten menettelyjen muotona direktiivin (2005/29/EY) kuudennessa artiklassa määritellään harhaanjohtavat toimet sekä seitsemännessä artiklassa harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset, muodostaen samalla ikään kuin eräänlaisen vastakohtaparin, harhaanjohtavat toi- met ja harhaanjohtavat toimimatta jättämiset. Tosiasiassa rajanveto näiden kahden harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn muodon välillä voi direktiivin nojalla

³⁹⁰ Esim. Dickie 1999: 65 ja Radeideh 2005:190–191 Riittävällä informaation antamisella voi katsoa olevan keskeinen merkitys yleensäkin hyvälle kauppatavalle (Radeideh 2005:189–190).

³⁹¹ Virtanen 2010:84 ja 133.

³⁹² Esim. Radeideh 2005:169, Melin 2009:69 ja Svensson ym. 2010:230.

³⁹³ Ks. esim. Howells. ym. 2006:123, 164 ja 248. Informaation sääntelyn voi katsoa olevan kes- keisellä sijalla yleisesti myös muussakin EU:n kuluttajalainsäädännössä.

³⁹⁴ Ks. yleisesti Nehf 2010:113.

³⁹⁵ 2005/29/EY: johdanto 8.

olla toisinaan vaikeaa³⁹⁶. Harhaanjohtavassa kaupallisessa menettelyssä saattaa usein olla mukana molempia; sekä tärkeitä poisjätettyjä elementtejä että tarkoituksella ilmaistuja harhaanjohtavia elementtejä³⁹⁷. Kyse voi usein olla kuitenkin lähinnä näkökulmaerosta³⁹⁸. Tämä tulee ottaa huomioon näitä artikloja tutkittaessa. Tässä luvussa perehdytään direktiivin mukaista luokittelua käyttäen näistä harhaanjohtaviin toimiin.

Harhaanjohtavat toimet voi katsoa jaetun direktiivin kuudennessa artiklassa edelleen kahteen luokkaan. Ensimmäisenä artiklassa 6 (1) käsitellään harhaanjohtavien ominaisuuksien vuoksi harhaanjohtavia kaupallisia menettelyitä ja seuraavaksi artiklassa 6 (2) asiayhteydessä harhaanjohtavia kaupallisia menettelyitä. Tässä luvussa perehdytään näihin menettelyihin samassa järjestyksessä.

4.1 Harhaanjohtavat ominaisuudet

Harhaanjohtavien ominaisuuksien puolesta sopimaton kaupallinen menettely määritellään direktiivin kuudennen artiklan ensimmäisessä kohdassa. Kyseisen kohdan mukaan kaupallista menettelyä pidetään harhaanjohtavana jos se:

”sisältää virheellistä tietoa ja on totuuden vastainen, tai jos se millään tavoin, yleinen esitystapa mukaan luettuna, harhauttaa tai on omiaan harhauttamaan keskivertokuluttajaa vaikka tieto olisikin tosiasiallisesti virheetön jonkin seuraavassa esitetyn seikan osalta, ja jos se joka tapauksessa saa tai todennäköisesti saa hänet tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän ei muuten olisi tehnyt.”³⁹⁹

Lisäksi säännökseen sisältyy luettelo seikoista, joita koskevaan harhaanjohtavaan informaatioon em. määritelmä liittyy. Tähän luetteloon palataan myöhemmin tarkemmin. Edellä mainitun määritelmän pohjalta voi tiivistetysti katsoa harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn keskeisiksi ominaisuuksiksi nousevan joko totuuden vastaisen tai harhauttavan tiedon sisältämisen. Kirjallisuudessa on esitetty, että direktiivin määritelmän mukaista totuuden vastaisuutta tai harhauttavuutta ei tulisi

³⁹⁶ Micklitz & Howells 2010:123.

³⁹⁷ Esimerkiksi puoliksi paikkansa pitävän väitteen antamista voi ilmaistun väitteen osalta pitää harhaanjohtavana ja samanaikaisesti antamatta jätetyn toisen puoliskon osalta harhaanjohtavana mainitsematta jättämisenä (Micklitz 2008:90).

³⁹⁸ Radeideh 2005:271. Rajan epäselvyydestä kertoo myös esimerkiksi se, että direktiivin ensimmäisen versioehdotuksen mukaan: ”Jos [tuotteen] esittämistapa on hämärä, kyseessä on 7 artiklan mukaan selvästi mainitsematta jättäminen.” (Kom 2003/356 lopullinen: johdanto 62).

³⁹⁹ 2005/29/EY: 6 Art. Määritelmä pohjautuu suurelta osalta direktiivin 1984/450/ETY (ja siihen jälkeensä tehdyin muutoksien) määritelmään (ks. 1984/450/ETY: 2 (2) Art. ja edelleen kodiifioituna 2006/114/EY:2 (b) Art.).

katsoa erillisinä kategorioina, vaan pikemminkin liukuvan asteikon eri päinä⁴⁰⁰. Toisaalta voisi katsoa, että harhauttavuus laajempaan käsitteenä kattaisi myös osan totuudenvastaisista menettelyistä⁴⁰¹. Tässä tutkimuksessa näitä menettelyitä käsitellään selkeyden vuoksi erikseen.

Säännöksen lähtökohtana on edellä lainauksessa ilmaistuin tavoin, että totuuden vastaisuuden ja harhauttavuuden lisäksi menettelyllä tulee olla oletettu tai suora vaikutus keskivertokuluttajan kaupallisen ratkaisun syntymiseen, jotta kyse on harhaanjohtavasta kaupallisesta menettelystä⁴⁰². Tähän vaikutukseen viitataan myös direktiivin ensimmäisessä versioehdotuksessa, jossa sopimattomaan kaupalliseen menettelyyn katsotaan liittyvän olennaista haittaa kuluttajalle⁴⁰³. Tämä vaikutus voi direktiivin laajan soveltamisalan mukaisesti ilmetä markkinoinnin lisäksi myös kaikissa muissakin kaupallisen menettelyn vaiheissa, kuten esim. asiakassuhteessa. Pelkkä täysin abstrakti vaikutuksen mahdollisuus ei täyttäne direktiivin vaatimuksia, vaan mahdollisuuden tulee käytännössä olla konkreettinen⁴⁰⁴. Kyse on lähinnä samankaltaisesta vaikutuksesta, kuin viidennessä artiklassa mainittu taloudellisen käyttäytymisen vääristyminen. Toisin sanoen säännös koskee menettelyitä, joilla on jonkinlaista merkitystä markkinoilla. Ratkaisevaa arvioinnissa on keskivertokuluttajan saama kokonaisvaikutelma, ei niinkään yksittäiset näkökohdat⁴⁰⁵. Esimerkiksi virheellistä tietoa sisältävää kaupallista menettelyä ei pidetä harhaanjohtavana, mikäli se on luonteeltaan sellainen, että se ei vaikuta tai oletettavasti ei vaikuta keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun⁴⁰⁶. Tällöin luonol-

⁴⁰⁰ Howells ym. 2006:127.

⁴⁰¹ Virtanen 2010:135–136.

⁴⁰² 2005/29/EY: 6 (1) Art. ja 2 (k) Art. Edellytystä kuluttajan käyttäytymiseen aiheutuvista mahdollisista vaikutuksista on näiltä osin pidetty uutena esimerkiksi Suomessa (HE 32/2008:24). Tosin harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä 1984/450/ETY tällainen ehto oli jo olemassa (ks. 1984/450/ETY: 2 (2) Art.). Saksassa ei ole tätä kaupalliseen ratkaisuun vaikuttamiseksi puolestaan toimeenpantu tässä yhteydessä lainkaan, vaan lainvalmisteluasiakirjassa todetaan laajassa yleislausekkeessa (§ 3 (2) UWG) esiintuodun kyseisen ehdon koskevan muitakin sopimattoman kaupallisen menettelyn muotoja harhaanjohtavat menettelyt mukaan lukien (Gesetzentwurf 16/10145:16 ja 23). Tämän voi katsoa monimutkaistavan säännöksen tulkintaa Saksassa. Direktiivin toimeenpanoa Saksassa on puheena olevan säännöksen osalta kritisoitu myös siksi, että säännöksen toimeenpanevassa lainkohdassa ei ole mainintaa myöskään keskivertokuluttajasta (johon viitataan näiltä osin ainoastaan lainvalmisteluasiakirjassa ja em. laajassa yleislausekkeessa) (ks. Keirsbilck 2009:519–520 ja § 5 (1) UWG sekä Gesetzentwurf 16/10145:23). Suomessa puolestaan vain pelkästään direktiivin toimeenpanevan lain esitöissä viitataan keskivertokuluttajakäsitteeseen, mutta direktiivin toimeenpanevassa säännöksessä, kuten edellä luvussa 3.5.4 on kritisoitu, ei käytetä lainkaan keskivertokuluttaja termiä (ks. myös HE 32/2008: 13 ja 22).

⁴⁰³ Ks. Kom 2003/356 lopullinen: 30.

⁴⁰⁴ Micklitz 2008:94.

⁴⁰⁵ Ekey 2009:85.

⁴⁰⁶ Ks myös Twigg-Flesner ym. 2005:13. Direktiivin ensimmäisessä versioehdotuksessa viitataan siihen, että eräät jäsenvaltiot ovat kieltäneet kaiken epätasällisuuden mainonnassa, myös sel-

lisesti merkitystä on, kuten aiemmin on todettu, millaista kuluttajakuvaa käytetään mittapuuna⁴⁰⁷. Kaikkiaan tältä pohjalta edellä mainitun voisi tiivistää, että edellytyksenä menettelyn harhaanjohtavuudelle on sen oletettu tai todellinen vaikutus keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun, ei niinkään tiedon virheellisyys (tai virheettömyys) tai harhauttavuus.

Rajanveto kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun vaikuttavan ja siihen vaikuttamattoman säännöksessä mainitun virheen välillä voi olla vaikeaa. Howells ym. esittävät, että direktiivissä esitetyn kaupallisen ratkaisun määritelmän pohjalta on katsottavissa, että virheellisen tiedon vaikuttamattomuutta kaupalliseen ratkaisuun ei pidä tulkita liian laajasti⁴⁰⁸. Säännöksen alaa laajentaa edelleen se, että määritelmä kattaa myös menettelyt, jotka eivät välttämättä, mutta kuitenkin todennäköisesti harhaanjohtavat keskivertokuluttajaa. Tätä vaikutusta tulee tuomioistuimien tulkitella, kuten edellä on todettu, kansallisten, kielellisten ja kulttuuristen linssien läpi⁴⁰⁹. Artiklan määritelmästä puuttuu viittaus elinkeinonharjoittajan subjektiivisen käyttäytymisen arviointiin. Toisin sanoen elinkeinonharjoittajan tarkoitusperillä ei ole merkitystä menettelyn arvioinnissa.⁴¹⁰

Tämä artiklassa esiintunut vaatimus rehellisestä tiedonantamisesta ja ei-harhaanjohtavuudesta kattaa koko kaupallisen menettelyn. Säännöksen on katsottu aiheuttavan elinkeinonharjoittajalle vastuun itse tuottamansa informaation lisäksi myös käyttämästään muiden osapuolten tuottamasta kaupalliseen ratkaisuun vaikuttavasta informaatiosta. Tällaisia voisivat olla esim. tuotevertailujen tulokset, vaikka informaation lähde olisi erikseen mainittu.⁴¹¹ Vastaavasti on katsottavissa, että koska myös yleinen esitystapa otetaan huomioon harhaanjohtavuutta arvioitaessa, kauppias ei voi myöskään vapautua lausuntojaan koskevasta vastuusta pelkästään vetoamalla niiden sitomattomuuteen⁴¹².

laisen, jolla ei ole vaikutusta kuluttajien päätöksiin (ks. 2003/356 lopullinen:21) Howells ym. (2006:136 alaviite 50) katsovat säännöksen olevan suunnattu kyseisiä jäsenvaltioita (kuten Saksaa) vastaan.

⁴⁰⁷ Ekey 2009:78.

⁴⁰⁸ He perustelevat tätä sillä, että direktiivin 2 (k) artiklassa kaupalliseen ratkaisuun vaikuttavat tiedot määritellään laajasti kattaen kaupalliseen ratkaisuun vaikuttavan tiedon lisäksi myös muut esim. käytännössä sopimusehtoihin ja niiden tulkintaan vaikuttavan informaation (ks. Howells ym. 2006:136–137 ja ks. myös 2005/29/EY: 2 (k) Art.).

⁴⁰⁹ Ks. 2005/29/EY:johdanto 18.

⁴¹⁰ Howells ym. 2006:126 sekä Twigg-Flesner ym. 2005:iv ja 51–52. Ks. myös Coteanu 2005:179, Abbamonte 2006:705 ja Ekey 2009:80. Sen sijaan osaan direktiivin liitteessä I luetelluista aina sopimattomina pidettävissä olevista harhaanjohtavista kaupallisista menettelyistä liittyy elinkeinonharjoittajan toimien subjektiivinen arviointi (ks. 2005/29/EY: liite I (kohdat 6,8 ja 13)).

⁴¹¹ Ks. Howells ym. 2006:127–128.

⁴¹² Howells ym. 2006:128 ja Wiczorek-Schwarz 2010:100.

Seuraavassa kahdessa alaluvussa käydään läpi em. kuudennen artiklan ensimmäisessä kohdassa esitettyjä kahta kaupallisen menettelyn harhaanjohtaviin ominaisuuksiin pohjautuvien harhaanjohtavien toimien muotoa. Näitä kahta muotoa, totuudenvastaisia ja harhauttavia menettelyjä, käsitellään omissa alaluvuissaan artiklan mukaisessa järjestyksessä.

4.1.1 *Totuuden vastaisuus*

Ensimmäisenä harhaanjohtaviin ominaisuuksiin liittyvän tiedon lajina artiklassa määritellään virheellinen ja siten totuuden vastainen tieto⁴¹³. Käytännössä totuuden vastaisuutta voidaan pitää objektiivisena harhaanjohtavuuden muotona⁴¹⁴. Totuuden vastaisten kaupallisten menettelyjen nimenomaista kirjaamista harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn muodoksi voi pitää hienoisena muutoksena verrattuna direktiivin edeltäjään, harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin 1984/450/ETY. Siinä totuuden vastaisia menettelyjä käsiteltiin lähinnä prosessisäännöksellä, jonka mukaan tuomioistuimille tuli antaa mahdollisuus velvoittaa elinkeinonharjoittajat todentamaan tosiasiaväitteensä⁴¹⁵.

Puheena olevassa artiklassa tiedolla tarkoitettaneen empiiristä informaatiota. Totuuden vastaisella tiedolla tarkoitettaneen täten artiklassa kaupallisen menettelyn yhteydessä annettavaa tietoa, joka ei ole mitattavissa ja todistettavissa tosiasiaan kanssa⁴¹⁶. Tällainen on esimerkiksi markkinointilause, jossa väitetään jotain paikansapitämätöntä tuotteen ominaisuuksista tai markkinoivasta yrityksestä⁴¹⁷. Artiklassa mainitulla tiedolla ei luonnollisestikaan tarkoiteta selkeästi arvopohjaisia väittämiä⁴¹⁸. Liioittelevat, usein subjektiiviset väitteet, joita ei ole tarkoitettu kirjaimellisesti otettavaksi, eli ns. kauppiaallinen kehuminen, on jo direktiivin viidennessä artiklassa rajattu direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle⁴¹⁹. Rajanveto kauppiaallisen kehumisen ja tosiasiaväitteiden välillä voi kuitenkin olla toisinaan vaikeaa. Tällöin arvioinnissa on käytännössä kiinnitettävä huomiota kaupallisen

⁴¹³ 2005/29/EY:6 (1) Art.

⁴¹⁴ SEC (2009) 1666:43.

⁴¹⁵ Ks. 1984/450/ETY:6 Art. ja johdanto ja sittemmin kodifioituna 2006/114/EY:7 Art. ja johdanto 19.

⁴¹⁶ Lähinnä toimeenpantua säännöstä koskien Paloranta 2008:39 ja ks. myös Ekey 2009:82–83.

⁴¹⁷ Virtanen 2010:133 ja 136.

⁴¹⁸ Esim. Boesche 2009:169, Ekey 2009:83 ja Tews & Bokel 2009:126.

⁴¹⁹ 2005/29/EY: 5 (3) Art. Vaikka direktiivin kuudetta artiklaa sinänsä tulisi soveltaa itsenäisesti, on todennäköistä että kauppiaallisen kehumisen rajausta direktiivin viidennessä artiklassa ei ole tarkoitettu koskemaan vain yleisellä tasolla sopimattomia kaupallisia menettelyjä. Pikeminkin osana keskivertokuluttajan määritelmää se kattanee koko direktiivin, kuten edellä on todettu keskivertokuluttajan määritelmän osalta.

menettelyn kohderyhmään ja sen mahdollisesti saamaan käsitykseen.⁴²⁰ Selvästi mitattavissa olevat markkinointiväitteetän rajautuvat joka tapauksessa kauppiaal-lisen kehumisen sallivan säännöksen ulkopuolelle⁴²¹. Ongelmallinen tilanne on, mikäli kauppiallisessa kehumisessa pyritään luomaan kuva tosiasioväitteestä esim. vertaamalla jollain tavoin omaa toimintaa muiden toimintaan⁴²². Yleisesti menettelyn tulkitseminen kauppiaille kehumiseksi kuitenkin edellyttää, että lausuntojen yms. luonne kauppiallisena kehumisena on selvästi havaittavissa. Sama havaittavuuden edellytys koskee käytännössä myös muuta ei-empiiristä, subjektiivista tietoa, kuten makuasioita ja arvostuksia, niiltä osin kuin kyse on tiedosta, jolla voi olla vaikutusta keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun.⁴²³ Tosin rajan vetäminen, kuten edellä on jo todettu, informaation sekä yksilöllisiin mieltymyksiin pohjautuvien käsitysten ja esim. erilaisten huumorilla tulkittavaksi tarkoitettavien tai fantasiana pidettävien väittämien välille voi olla vaikeaa⁴²⁴. Usein kyse on myös kulttuurisidonnaisista arvoista. Täten säännöksen soveltami-ssa tulee jättää riittävästi kansallista liikkumatilaa keskivertokuluttajan suhtau-tumisen määrittämiseen⁴²⁵. Kaikkiaan kyse on siis lähinnä siitä, millaisen käsityk-sen kohderyhmä mahdollisesti saa menettelystä⁴²⁶.

Ratkaisevaa artiklan pohjalta on joka tapauksessa, kuten edellä on korostettu, että kyseinen totuuden vastainen tieto on omiaan johtamaan keskivertokuluttajan sel-laiseen kaupalliseen ratkaisuun, jota hän ei olisi muuten tehnyt. Toisin sanoen kaupalliseen menettelyyn liittyvät pienet virheellisyydet yms. totuudenvastaisuudet, joilla ei katsota todennäköisesti olevan vaikutusta keskivertokuluttajan kau-palliseen ratkaisuun, on rajattu säännöksen ulkopuolelle. Joka tapauksessa mikäli

⁴²⁰ Paloranta 2008:40 ja ks. myös Virtanen 2010:136–138.

⁴²¹ Saine 2008:159–161 ja Ekey 2009:84.

⁴²² Virtanen 2010:138 ja ks. myös Ekey 2009:95. Tähän liittyen Ruotsin markkinatuomioistuin, marknadsdomstolen, on pitänyt harhaanjohtavina sopimattomina Proffice Aktiebolagin käyt-tämiä lausuntoja kuten: ”Vi har Nordens bästa avbytarbänk!” ja ”Vi har den bästa servicen” (ks. MD 2010:18). Ratkaisevaa on yleensäkin käytettäessä superlatiiveja kaupallisessa vies-tinnässä se, jos menettelyn kohderyhmälle välittyy käsitys siitä, että kyse ei ole kauppialli-sesta kehumisesta tai makuasiasta vaan tosiasioväitteestä (Virtanen 2010:140). Myös Suomes-sa korkein oikeus on katsonut, että superlatiivi-ilmaisun yksilöity käyttö on yleensä omiaan luomaan käsityksen, että markkinoitua tuotetta verrataan muihin vastaaviin tuotteisiin (KKO 2005:38).

⁴²³ Howells ym. 2006:128.

⁴²⁴ Ks. esim. Paloranta 2006:66–67 ja Weatherill & Bernitz 2007:9.

⁴²⁵ Howells ym. 2006:128–129. Esim. Thomas Wilhelmsson katsoo, että mm. ironiaksi tarkoite-tut sekä vähättelevät että liioittelevat mainosväittämät ovat vaikeita arvioinnin kannalta, koska eräissä kulttuureissa, kuten Suomessa, kohderyhmällä on taipumus tulkita myös tällaiset väit-tämät kirjaimellisesti (Howells ym. 2006:129).

⁴²⁶ Virtanen 2010:140.

kuluttaja ymmärtää tietyn tiedon virheelliseksi, sen ei voi katsoa vaikuttavan keskivertokuluttajan kaupallisiin ratkaisuihin artiklan merkityksessä.

Toisaalta kaupallisten menettelyjen, kuten esimerkiksi mainonnan, yhteydessä käytettyjen väitteiden paikkansa pitävyyden todentaminen voi olla vaikeaa kuluttajille. Alkujaan direktiivin esitöissä ehdotetun sanamuodon mukaan tuotetta koskeva väite olisi katsottu harhaanjohtavaksi, mikäli elinkeinonharjoittaja ei olisi pystynyt todentamaan sitä⁴²⁷. Kuten Howells ym. toteavat, säännös olisi tuonut varmuutta kaupallisten menettelyjen arviointiin⁴²⁸. Direktiivin hyväksytyssä versiossa säännös muutettiin samankaltaiseksi prosessisäännökseksi kuin harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä, jonka mukaisesti tuomioistuimet voivat vaatia elinkeinonharjoittajaa todentamaan kaupalliseen menettelyyn liittyvät tosiasiaväitteensä⁴²⁹. Käytännössä säännöksen pysyminen näiltä osin samankaltaisena kuin harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä pitänee sääntelytilan ennallaan, minkä johdosta kaupallisten menettelyjen yhteydessä esiintyvien tosiasiaväittämien todentaminen tulee edelleen olemaan tarvittaessa tapauskohtaista. Todennäköisesti tuomioistuimet noudattanevat jatkossakin näiltä osin omia vakiintuneita käytäntöjä.⁴³⁰

Sen sijaan mikäli elinkeinonharjoittajan esittämä kiistanalainen väite tms. esitys voidaan todentaa tai muulla tavoin todeta tosiasiallisesti virheettömäksi, mutta silti voidaan katsoa sen olevan omiaan johtamaan kaupalliseen ratkaisuun, johon keskivertokuluttaja ei muuten päätyisi, menettelyä voidaan artiklan pohjalta arvioida harhauttavana. Tällaisiin kaupallisiin menettelyihin perehdytään seuraavassa alaluvussa.

4.1.2 *Harhauttavuus*

Rehellisyys -vaatimusta ehkä monimutkaisempi on direktiivin kuudenteen artiklaan sisältyvä kaupallisen menettelyn harhauttamattomuutta koskeva vaatimus, sillä harhauttavuus on käsitteellisesti laajempi kuin totuudenvastaisuus⁴³¹. Harhauttavuudelle tunnusomaista on yleensä väärän käsityksen antaminen⁴³². Harhauttavuuden voi yleisesti katsoa riippuvan enemmän asiayhteydestä ja esitysta-

⁴²⁷ Ks. Kom 2003/356 lopullinen: 6 (f) Art.

⁴²⁸ Howells ym. 2006:129.

⁴²⁹ 2005/29/EY:12 (a) Art. ja ks. myös 1984/450/ETY:6 (a) Art. sekä kodifioituna 2006/114/EY:7 Art.).

⁴³⁰ Ks. myös Howells ym. 2006:130.

⁴³¹ Paloranta 2008:40, Saine 2008:18 ja Koivumäki & Häkkänen 2010:43.

⁴³² Saine 2008:18 ja Ekey 2009:79.

vasta kuin varsinaisesti tiedon paikkansa pitävyydestä⁴³³. Harhauttavuutta voikin pitää lähinnä subjektiivisena harhaanjohtavuuden muotona⁴³⁴.

Artiklan pohjalta lähtökohtana on, että menettelyn ei tule millään tavoin, yleinen esitystapa mukaan lukien, olla omiaan harhauttamaan keskivertokuluttajaa⁴³⁵. Myös tosiasiallisesti virheetön tieto voidaan direktiivin sanamuodon mukaan arvioida harhauttavaksi, mikäli se on omiaan johtamaan keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun, jota hän ei olisi muuten tehnyt⁴³⁶. Tähänastisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön on kuitenkin katsottu olevan ristiriitaista tosiasiallisesti virheellisen tiedon tulkittamisessa harhaanjohtavaksi⁴³⁷. Komission mukaan direktiivissä puheena olevalla säännöksellä on pyritty ottamaan huomioon uudet behavioristisen taloustieteen havainnot⁴³⁸. Sanottu virheettömän tiedon harhauttavuus voi tapahtua mm. viestin harhauttavan muotoilun tai ilmiänsuun puolesta. Yhtäläillä säännöksen pohjalta harhauttavina voidaan pitää esim. epäselviä, epäsoivia ja monimerkityksellisiä ilmaisuja⁴³⁹. Myös esimerkiksi erilaiset vihjaukset ja implisiittiset lausumat, joiden arviointi on mahdollisesti moniselitteisyyden yms. syiden vuoksi vaikeampaa, tulevat täten direktiivin soveltamisalueelle. Harhauttavaa voi olla esimerkiksi termien tai ilmaisujen poikkeava käyttö, ns. termien väärinkäyttö⁴⁴⁰.

Menettelyn arvioimisessa tulee yleisesti kiinnittää huomiota myös informaation muotoon, sillä direktiivissä viitataan myös yleiseen esitystapaan yhtenä arviointikriteerinä⁴⁴¹. Täten harhauttavana voidaan pitää esimerkiksi vääristyneen kokonaisvaikutelman antamista epäolennaisten seikkojen korostamisella mahdollisesti tärkeämpien seikkojen kustannuksella markkinoinnissa⁴⁴². Verkkoympäristössä

⁴³³ Paloranta 2008:40.

⁴³⁴ SEC (2009) 1666:43.

⁴³⁵ 2005/29/EY:6 (1) Art.

⁴³⁶ 2005/29/EY:6 (1) Art. Ks. lisäksi esim. Melin 2009:68–69. Saman voinee katsoa koskevan myös esimerkiksi tietoa, joka on antamisensa jälkeen muuttunut virheelliseksi (Twigg-Flesner ym. 2005:54). Englannissa tämä merkitsee Twigg-Flesnerin ym. (2005:51) mukaan uudenlaisista suhtautumistapaa, sillä aiemmin ei ole kiinnitetty huomiota nimellisesti paikkansa pitävän tiedon erilaisiin tulkintamahdollisuuksiin.

⁴³⁷ Ks. Ekey 2009:79.

⁴³⁸ SEC (2009) 1666:32.

⁴³⁹ Melin 2009:69

⁴⁴⁰ Svensson ym. 2010:249.

⁴⁴¹ 2005/29/EY:6 Art. Saksassa direktiivin toimeenpanoa on kritisoitu näiltä osin, koska direktiivin toimeenpanevasta säännöksestä puuttuu maininta yleisestä esitystavasta arviointikriteerinä (ks. Keirsbilck 2009:519–520 ja § 5 (1) UWG sekä Gesetzentwurf 16/10145:23). Saman kritiikin voi esittää myös Suomessa direktiivin toimeenpanevan KSL:n säännöksen osalta (ks. KSL § 2:6).

⁴⁴² Paloranta 2008:40, Saine 2008:18 ja Virtanen 2010:134. Tällainen voi olla esimerkiksi epäoleellisten aineosien puuttumisen tai sisällyttämisen korostaminen, jos sama asia koskee muita

yleisen esitystavan osalta puolestaan tulee ottaa huomioon myös erilaiset viestinnän muotoiluseikat. Tällaisia ovat mm. tavanomaisten tekstien ja kuvien sommitelun, kirjasinkoon, otsikoinnin yms. seikkojen lisäksi hyperlinkkien, hyppyikkunoiden, kehyksien yms. sähköisen ympäristön mahdollistamien tiedonanto- ja muotoilumenetelmien mahdollinen vaikutus keskivertokuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen.⁴⁴³

Samankaltaisesti kuten harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin kolmannessa artiklassa säädettiin, sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin kuudennen artiklan pohjalta on tulkittavissa, että kaupallisen menettelyn harhauttavuutta tulee arvioida kokonaisuutena. Raja sopimattoman ja hyväksyttävän kaupallisen menettelyn välillä voi olla usein epämääräinen. Arvioinnin tulee artiklan pohjalta olla käytännössä tapauskohtaista. Huomioon tulee ottaa kulttuuriset yms. tapauskohtaiset seikat.⁴⁴⁴ Täten on mahdollista, että sama kaupallinen menettely voidaan arvioida toisessa jäsenvaltiossa harhauttavaksi ja toisessa voidaan puolestaan pitää sitä tavanomaisena menettelynä.⁴⁴⁵ Se, mikä on ratkaisevaa menettelyn arvioinnin kannalta, palautuu siihen, kuten aiemmin on todettu, että ollakseen artiklan merkityksessä harhauttava, menettelyllä tulee olla ainakin oletettavasti vaikutusta keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun.

4.1.3 *Harhaanjohtava informaatio*

Harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen yleisen määrittelyn lisäksi direktiivin kuudennessa artiklassa on lueteltu tietoluokkia, joita koskevan tiedon harhaanjohtavuuteen artiklan määritelmä liittyy. Tämä tietoluokkien luettelo kattaa tietoluokkia liiketoimen eri vaiheista ja erityisesti liiketoimea edeltävästä vaiheesta.⁴⁴⁶ Sisällöllisesti artiklan luettelo muistuttaa suurelta osalta harhaanjohtavaa mainon-

vastaavan hyödykeryhmän tuotteita tai jos esimerkiksi kyseisellä seikalla ei ole juuri tosiasiallista merkitystä tuotteen pääasiallisen tarkoituksen kannalta (Paloranta 2008:42).

⁴⁴³ Ks. verkkomainonnan muotoilusta esim. Coteanu 2005:124–126 ja viitteet. Ks. myös Yhdysvaltojen FTC:n (2000) tulkintaa selkeän Internet mainonnan edellytyksistä.

⁴⁴⁴ 2005/29/EY:6 Art. ja ks. myös 1984/450/ETY:3 Art. ja edelleen kodifioituna 2006/114/EY:3 Art. sekä ks. myös Howells ym. 2006:130.

⁴⁴⁵ Ks. myös Howells ym. 2006:130.

⁴⁴⁶ Ks. 2005/29/EY:6 (1a-1g) Art. Yhtenä tärkeänä luettelosta puuttuvana tietoluokkana on katsottu olevan kilpailijoita koskeva tieto (Micklitz & Howells 2010:121). Muina tärkeinä puuttuvina tietoluokkina voi pitää esim. takuuta ja ympäristövaikutuksia koskevia tietoja, vaikkakin varsinkin viimeksi mainittu tietoluokka on mm. komission (SEC (2009) 1666:44) mukaan johdettavissa muista artiklan tietoluokista. Toisaalta myös hieman erilaisia näkemyksiäkin on esitetty luettelon laajuudesta. Esimerkiksi Pertti Virtanen (2010:135) katsoo luettelon Suomessa toimeenpannussa muodossa koko kaupallisen menettelyn osalta niin kattavaksi, että sen ulkopuolelle ei enää juuri jäisi mahdollisia tietoluokkia, joihin harhaanjohtavuus voisi liittyä.

taa koskevan direktiivin harhaanjohtavan mainonnan arviointipiirteiden esimerkinomaista luetteloa uusilla tietoluokilla täydennettynä⁴⁴⁷. Säännöksen luettelon voi katsoa muistuttavan myös kansainvälisen kauppakamari ICC:n markkinoinnin perussääntöjen viidettä artiklaa, jossa kielletään harhaanjohtava markkinointi ja vastaavasti luetellaan asioita, jota koskevaan tietoon kiello erityisesti liittyy⁴⁴⁸.

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin osalta tämän kuudennen artiklaan sisältyvän luettelon roolia voi pitää hieman epäselvänä. Tulkinnanvaraisuus liittyy osaltaan siihen, käsitteleekö luettelo artiklassa aiemmin kiellettyjä totuudenvastaisia ja harhauttavia menettelyitä vai pelkästään harhauttavia menettelyitä. Artiklassa viittaus tähän luetteloon on sijoitettu harhauttavia tietoja koskevan maininnan jälkeen, joten tästä sijoittelusta päätellen luettelon voisi katsoa viittaavaan kyseiseen harhaanjohtavan tiedon lajiin.⁴⁴⁹ Myös esimerkiksi direktiivin ensimmäisessä versioehdotuksessa luettelo liitettiin harhauttaviin ominaisuuksiin, sillä totuuden vastaisuutta ei vielä tuossa versiossa nimenomaisesti mainittu yhtenä harhaanjohtavan tiedon lajina⁴⁵⁰. Mikäli sanottu luettelo liittyy pelkästään harhauttaviin menettelyihin, tällöin voisi tulkita, että vastaavasti totuuden vastaisen menettelyn ei tarvitsisi liittyä mihinkään tiettyyn ominaisuuteen ollakseen harhaanjohtava. Toisaalta tutkimuksen kohteena olevissa jäsenvaltioissa Suomessa ja Englannissa on jo säännöksen toimeenpanossa käytetyistä sanamuodoista pääteltävissä, että kyseisissä jäsenvaltioissa toimeenpannuissa muodoissa luettelo koskee molempia menettelyjä. Saksassa toimeenpannun säännöksen osalta vastaavaan tulkintaan on mahdollista päätyä lainvalmisteluasiakirjan perusteella, jonka mukaan eräisiin Saksassa toimeenpannun luettelon kohtiin on katsottavissa liittyvän totuudenvastaisia menettelyitä⁴⁵¹. Kaikkiaan puheena olevan kysymyksen merkitys liittyy toisaalta laajemmin siihen, miten kattavaksi artiklan soveltamisalueen kuvaukseksi luettelo tulee tulkita.

Luettelon roolin tulkinnanvaraisuus liittyykin toisekseen myös siihen, että tulisiko se nähdä artiklassa esitetyn määritelmän soveltamisalueena vai tulisiko sillä nähdä pelkästään artiklan sisältöä selventävä ja opettava tehtävä⁴⁵². Mikäli luettelon

⁴⁴⁷ 1984/450/ETY:3 Art. ja edelleen kodifioituna 2006/114/EY:3 Art. sekä esim. de Vrey 2006:68. ja Kolmsee 2008:30.

⁴⁴⁸ Ks. ICC 2006:Artikla 5.

⁴⁴⁹ Ks. Bülllesbach 2008:26 ja myös esim. Ekey 2009:76–77 sekä Wiczorek-Schwarz 2010:100 ja Tews & Bokel 2009:126.

⁴⁵⁰ Ks. Kom 2003/356 lopullinen: Art. 6.

⁴⁵¹ Ks. Suomen osalta KSL 2:6 §, Englannin osalta SI 2008 No. 1277: Regulation 5, OFT 2008:30 sekä BERR 2008:sivu 81 ja Saksan osalta Gesetzentwurf 16/10145:24 ja ks. myös esim. Ekey 2009:76–77)

⁴⁵² Howells ym. 2006:138 ja Kolmsee 2008:30–31.

rooli tulisi nähdä esimerkinomaisena, tällöin ei olisi myöskään juurikaan merkitystä sillä, koskisiko luettelo molempia harhaanjohtaviin ominaisuuksiin liittyvän harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn piirteitä. Harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin sekä ICC:n markkinoinnin perussääntöjen em. vastaavankaltaisten luetteloiden osalta tilanne on tässä suhteessa selkeämpi, koska niissä luetteloon viitataan käytännössä lauseella ”erityisesti seuraavien seikkojen osalta”, josta käy selkeämmin ilmi, että niiden osalta kyse on esimerkinomaisesta luettelosta⁴⁵³. Tutkimuksen kohteena olevan direktiivin sanamuodosta, jossa viitataan harhauttavuuteen ”jonkin seuraavassa esitetyn seikan osalta” ja siitä, että direktiivissä ei mainita, että kyseiset seikat olisivat esimerkinomaisia, voisi sen sijaan päätellä, että luettelo olisi tarkoitettu kattavaksi artiklan soveltamisalueen kuvaukseksi⁴⁵⁴. Toisaalta puheena olevan luettelon kahdessa alakohdassa käytetään kuten -sanaa kohtiin sisältyvien tietoluokkien listauksien edessä. Tämän voi puolestaan katsoa viittaavaan luettelon ei tyhjentävään, esimerkinomaiseen muotoon.⁴⁵⁵ Ei voine myöskään oikeusvarmuuden kannalta pitää tarkoituksenmukaisena, että mikäli puheena oleva direktiivin kuudennen artiklan ensimmäisen kohdan luettelo olisi tarkoitettu kattavaksi artiklan mukaisten harhauttavien menettelyjen luetteloksi, sen ulkopuolisia aiheita koskevia, kuluttajan kaupallisiin ratkaisuihin vaikuttavia harhaanjohtavia kaupallisia menettelyitä jouduttaisiin arvioimaan direktiivin viidennen artiklan laajan yleislausekkeen pohjalta⁴⁵⁶. Hyödyllisempää voisi olla arvioida harhaanjohtavaa informaatiota tapauskohtaisesti oleellisuusehdon ja taloudellisen käyttäytymisen vääristämisehdon perusteella sen sijaan, että kirjallimellisesti pitäydyttäisiin kyseiseen luetteloon⁴⁵⁷. Myös kirjallisuudessa on epäilty luettelon kattavuutta erityisesti sopimuksen teon jälkeistä vaihetta koskien. Luettelo on katsottu pikemminkin luonteeltaan artiklan sisältöä selventäväksi, ei niinkään kattavaksi listaksi aiheita, joita koskien ei yleensäkään saa esittää harhaanjohtavaa tietoa⁴⁵⁸. Lisäksi jäsenvaltioissa on esitetty erilaisia näkemyksiä luettelon luonteesta. Esimerkiksi Englannissa lainsäätäjät on katsonut, tarkkoja säännöksiä suosivan oikeusperinteidensä mukaisesti, luettelon olevan täysin kattava artiklan soveltamisalueen kuvaus⁴⁵⁹. Saksassa lainsäätäjät on päätenyt sen sijaan

⁴⁵³ Ks. 1984/450/ETY: 3 Art. ja ICC 2006:Artikla 5 sekä ks. myös Büllsbach 2008:26.

⁴⁵⁴ Ks. myös Keirsbilck 2009:511–512 ja 559–560 alaviite 433.

⁴⁵⁵ Ks. 2005/29/EY:6 1 (b ja f) ja ks. myös Kolmsee 2008:31–32.

⁴⁵⁶ Samansuuntaisesti SOU 2006:76:235 ja Howells ym. 2006:138–140. Vrt. DTI 2005:33.

⁴⁵⁷ Howells ym. 2006:139–140.

⁴⁵⁸ Ks. esim. Howells ym. 2006:138–140 ja Kolmsee 2008:31–32. Tätä näkemystä on katsottu tukevan myös se, että direktiivin liitteessä I, jossa on lueteltu kaikissa olosuhteissa sopimattomina pidettävissä olevia kaupallisia menettelyjä, on lueteltu harhaanjohtavina kaupallisia menettelyjä, joita ei ole listattu direktiivin kuudennessa artiklassa (esim. Howells ym. 2006:138–140, Kolmsee 2008:31 ja Svensson ym. 2010:231).

⁴⁵⁹ DTI 2005:33 ja myös BERR 2008: sivu 81.

direktiiviä toimeenpannessaan tulkitsemaan luettelon esimerkinomaiseksi, ei kattavaksi artiklan soveltamisalueen kuvaukseksi. Saksassa toimeenpantua luetteloa on myös osittain uudelleen organisoitu ja täydennetty sekä mm. kaksi ensimmäistä kohtaa yhdistetty.⁴⁶⁰ Suomessa on päädytty samanlaiseen tulkintaan. Luettelon organisointi on kuitenkin viety Suomessa direktiivin toimeenpanovaiheessa pidemmälle järjestämällä se selkeyttämiseen vedoten osittain uudelleen ja lisäämällä siihen tarpeellisiksi katsottuja tietoluokkia⁴⁶¹. Tällainen direktiiviä pidemmälle menevä sääntely olisi tavanomaista vähimmäisdirektiivien kohdalla, mutta direktiivin maksimiharmonisointitavoitteisiin nähden menettelyä voisi pitää hieman kyseenalaisena ratkaisuna erityisesti, mikäli luettelo olisi tarkoitettu täysin kattavaksi artiklan soveltamisalueen kuvaukseksi.

Seuraavaksi käydään lyhyesti läpi sanotun kuudennen artiklan ensimmäisen kohdan luettelon sisältöä. Tämä toteutetaan siitä näkökohdasta lähtien, että luettelo on luonteeltaan lähinnä esimerkinomainen kuudennen artiklan soveltamisalueen kuvaus. Tästä syystä esityksessä kiinnitetään huomiota suurelta osin vain luettelon pääkohtiin verkkokaupan kannalta.

4.1.3.1 Tuotteen olemassaoloa ja luonnetta koskevat tiedot

Ensimmäisenä kuudennen artiklan soveltamisalueeseen liittyviä tietoluokkia listaa luettelossa, joiden harhaanjohtavuuteen tulee kiinnittää huomiota, mainitaan kohdassa 1 (a) tuotteen olemassaoloa tai sen luonnetta koskevat tiedot⁴⁶². Tätä voidaan pitää melko keskeisenä, mutta myös itsestään selvänä tiedon lajina, jota koskien harhaanjohtavalla tiedolla olisi todennäköisesti vaikutusta kuluttajan kaupallisiin ratkaisuihin⁴⁶³. Kyseisten seikkojen listaaminen tietoluokkana on kuitenkin uutta verrattuna harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin, jossa tällaista tietoluokkaa ei mainita vastaavanlaisessa luettelossa⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Ks. § 5 (1) UWG. Liitteen sisältöä pidetään Saksassa UWG:ssä lähinnä esimerkkinä artiklan mukaisista harhaanjohtavista menettelyistä (Ks. Gesetzentwurf 16/10145:23 ja ks. myös esim. Ekey 2009:85).

⁴⁶¹ Ks. KSL 2:6 §, HE 32/2008:24–25 ja Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:26. Suomessa toimeenpannussa luettelossa käytetyt erilaiset sanamuodot direktiivin kanssa sekä tapa jolla luettelo on hajotettu ja koottu erillisiin osiin, tekee vertaamisesta direktiivin kanssa melko vaikeaa. Tosin myös esimerkiksi Ruotsissa on päädytty vastaavankaltaiseen menettelyyn (Ks. MFL: 10 § ja ks. myös SOU 2006:76:235).

⁴⁶² 2005/29/EY: 6 (1a) Art.

⁴⁶³ Howells ym. 2006:140. Saksassa tuotteen olemassaoloa koskeva kriteeri jätettiin sellaisenaan toimeenpanematta, koska sen katsottiin sisältyvän seuraavassa alakohdassa mainittuihin seikkoihin, eritoten tuotteen saatavuuteen ja määrään (ks. Gesetzentwurf 16/10145:23 ja Kolmsee 2008:32–33).

⁴⁶⁴ 1984/450/ETY: 3 Art. ja edelleen 2006/114/EY:3 Art..

Tuotteen olemassaoloa koskevan kriteerin voi verkkokaupassa katsoa suuntautuvan selkeiden huijausyritysten lisäksi myös täkymainontaa ja -myyntiä vastaan. Tosin viimeksi mainitut menettelyt on säädetty sopimattomiksi suoraan myös direktiivin liitteessä I. Toisaalta luettelossa on edempänä listattu muitakin samansuuntaisesti tulkittavissa olevia kriteereitä, kuten tuotteen saatavuutta ja määrää koskevat tiedot saman artiklan kohdassa 1 (b).⁴⁶⁵ Liitteen I em. säännöksistä huolimatta tuotteen olemassaoloa koskevan kriteerin sekä muiden samansuuntaisesti tulkittavien kriteerien perusteella esim. verkkokauppiaan, joka on kytkenyt varastotietokantansa asiakkaan nähtäville, on suotavaa ilmoittaa tietojen päivitystä koskevat tiedot ja ainakin niiden puitteissa pitää tietokanta ajan tasalla, eikä varsinkaan antaa liian optimistista mielikuvaa tuotteen saatavuudesta ja määrästä. Edellä mainittujen tietoluokkien pohjalta myös kuudennen artiklan perusteella lienee mahdollista puuttua verkkokaupassa esim. tilatun tuotteen toimitusvaikeuksista johtuvan korvaavan tuotteen lähettämisen sallivan säännöksen mahdolliseen väärinkäyttöön jäsenvaltioissa, joissa kyseinen säännös on etämyyntidirektiivin mahdollistamalla tavalla toimeenpantu⁴⁶⁶.

Tuotteen luonnetta koskevalla harhaanjohtavuudella voidaan puolestaan viitata tärkeisiin tuotteen luontaisia ominaisuuksia koskeviin tietoihin. Tällaisia ovat esimerkiksi tuotteen arvostukseen vaikuttavat tiedot, kuten sen laatu tai sen aiheuttamat vaikutukset ympäristölle.⁴⁶⁷ Tuotteen luonteeseen liittyvä harhaanjohtavuus voi muodostua yleisen informaation lisäksi esim. tuotteen pakkauksesta, muodosta tai Internetissä muusta esityksestä, joka antaa harhaanjohtavan käsityksen tuotteen sisällöstä, määrästä tai ylipäänsä tuotteen olemuksesta⁴⁶⁸. Tämän tietoluokan lisäämisen artiklan luetteloon voi katsoa hyödyttävän erityisesti vaikutukselle alttiita, suojaa tarvitsevia kuluttajaryhmiä, jotka voivat kiinnittää kaupallista ratkaisua tehdessään liiallisesti huomiota esim. tuotteen sisällön osalta sen mahdollisesti harhaanjohtavan suurelta näyttävään pakkauskokoon⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ 2005/29/EY:liite I kohdat 5 ja 6 ja 2005/29/EY:6 (1b) Art. Toisaalta tuotteen saatavuutta koskevan tietoluokan voi katsoa sivuavan myös direktiivin liitteen I kohtaa 18, jossa sopimattomana pidetään mm. virheellisten tietojen levittämistä mahdollisuudesta löytää tuote.

⁴⁶⁶ Ks. 1997/7/EY:7 (3) Art. Kyseinen säännös on toimeenpantu kaikissa tutkimuksen kohteena olevissa jäsenvaltioissa (ks. Suomen osalta KSL:6:18 §, Englannin osalta SI 2000 No. 2334: Regulation 7 (b-c) ja Regulation 19 (7) sekä Saksan osalta § 241a (3) BGB).

⁴⁶⁷ SEC (2009) 1666:44 ja myös samankaltaisesti esim. Tews & Bokel 2009:129.

⁴⁶⁸ Vastaavasti esim. HE 32/2008:24 ja ks. myös Ruotsia koskien SOU 2006:76:237–238. Ruotsissa pakkaukseen liittyvä harhaanjohtavuus on kielletty myös erillisellä artiklalla (ks. MFL: 13 §).

⁴⁶⁹ Ks. Melin 2009:76–77.

4.1.3.2 Tuotteen pääominaisuudet

Toisena ja määritelmänsä pohjalta laajasti tulkittavissa olevana tietoluokkana, jonka harhaanjohtavuuteen tulee direktiivin mukaan kiinnittää huomiota, mainitaan kuudennen artiklan kohdassa 1 (b) tuotteen pääominaisuudet⁴⁷⁰. Etämyyntidirektiivissä elinkeinonharjoittaja puolestaan veloitetaan ilmoittamaan kuluttajalle hyvissä ajoin ennen sopimuksen tekemistä tavarán tai palvelun pääominaisuudet⁴⁷¹. Puheena olevan artiklan voi katsoa käytännössä tukevan tätä etämyyntidirektiivin veloitetta edellyttämällä näiden tietojen olevan harhaanjohtamattomia. Etämyyntidirektiivissä näitä pääominaisuuksia ei kuitenkaan ole täsmennetty. Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin kuudennessa artiklassa kohdassa 1 (b) sen sijaan täsmennetään käsitteen sisältöä luettelemalla 21 sen alaan kuuluvaa seikkaa. Tuotteen pääominaisuuksista muodostuu täten erillisten seikkojen lukumäärän puolesta myös artiklan laajin yksittäinen tietoluokka, jonka harhaanjohtavuuteen tulee kiinnittää huomiota. Tämä pääominaisuuksien luettelo tosin vastaa suurelta osin harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin artiklan 3 (a) mukaista tavaroiden ja palveluiden ominaisuuksia (ei pääominaisuuksia, kuten direktiivissä 2005/29/EY) koskevaa esimerkinomaista mainonnan harhaanjohtavien arviointipiirteiden luetteloa⁴⁷². Tutkimuksen kohteena olevassa kuudennen artiklan kohdassa 1 (b) käytetystä sanamuodosta ”tuotteen pääominaisuudet, kuten [...]” on pääteltävissä, että myöskään puheena olevassa kohdassa listattuja tietoluokkia ei ole tarkoitettu kattavaksi vaan pikemminkin esimerkinomaiseksi pääominaisuuksien kuvaukseksi. Tällaisia em. säännöksessä melko laajasti määriteltyjä tuotteen pääominaisuuksia ovat:

”sen saatavuus, edut, riskit, suorittaminen, koostumus, lisävarusteet, myyntitynjinjälkeinen asiakastuki ja valitusten käsittely, valmistus- tai suoritustapa ja -ajankohta, toimitus, käyttökelpoisuus, käyttötarkoitus, määrä, tuoterittely, maantieteellinen tai kaupallinen alkuperä tai tulokset, joita sitä käyttämällä odotetaan saavutettavan, taikka tuotteelle tehtyjen testien tai tarkastusten tulokset ja olennaiset piirteet;”⁴⁷³

⁴⁷⁰ 2005/29/EY 6 (1b) Art. ja ks. myös lähinnä Saksan osalta Ekey 2009:86.

⁴⁷¹ Ks. 1997/7/EY:4 (b) Art.

⁴⁷² Ks. 1984/450/ETY: 3 (a) Art. ja nyttemmin 2006/114/EY:3 (a) Art. Osa vastaavista tietoluokista esiintyy myös Kansainvälisen kauppakamari ICC:n esimerkinomaisissa markkinointisäännöksissä (ks. ICC 2006:Artikla 5).

⁴⁷³ 2005/29/EY: 6 (1b) Art.

Tuotteen pääominaisuudet terminä voisi katsoa rajaavan säännöksen koskemaan vain tuotteen keskeisiä seikkoja⁴⁷⁴. Tuotteen pääominaisuuksia koskeva luettelo säännöksessä on kuitenkin siinä määrin laaja, että sen kaikkia ominaisuuksia ei voine pitää varsinaisina tavanomaisina tuotteen pääominaisuuksina. Luettelon voi katsoa pikemminkin kattavan sekalaisessa järjestyksessä sekä erinäisiä tuotekohtaisia ja tuotteen käyttöön liittyviä että myös tuotteen myyntiprosessiin ja asiakassuhteeseen liittyviä tietoja.⁴⁷⁵ Useiden luettelossa esiintuotujen seikkojen merkitys on lähes itsestään selvä. Seuraavaksi käsitelläänkin luettelosta lyhyesti vain muutamia keskeisiä seikkoja. Kohdan poikkeuksellisen laaja-alaisuuden johdosta näitä käsitellään kolmessa eri alaluvussa.

4.1.3.2.1 Tuotekohtaiset ja tuotteen käyttöön liittyvät ominaisuudet

Merkittäviä kaupalliseen ratkaisuun vaikuttavia tuotekohtaisia tietoja ovat luonnollisesti tuotekohtaiset tiedot. Tässä alaluvussa käsiteltävät tällaiset kuudennessa artiklassa esiintuodut tietoluokat pohjautuvat suoraan direktiivin edeltäjänä pidettävissä olevaan harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin ja sen esimerkinomaiseen harhaanjohtavan mainonnan arviointipiirteiden luetteloon⁴⁷⁶.

Merkittäviä tuotekohtaisia tietoluokkia ovat direktiivin kuudennen artiklan kohdan 1 (b) tuotteen pääominaisuuksien luettelossa mainitut tuotteen koostumus ja tuote-erittely, eli käytännössä tuotetiedot. Nämä tietoluokat voi katsoa sellaiseen melko laajoiksi. Itse asiassa niiden voi katsoa kattavan myös osan samassa luettelossa mainituista muista tuotekohtaisista tietoluokista. Muista kohdassa mainituista tuotekohtaisista tiedoista esim. tuotteen maantieteellistä alkuperää sekä tuotteen valmistustapaa ja -ajankohtaa koskevilla tiedoilla saattaa olla merkitystä mielikuviin tuotteen laadusta tai aitoudesta yms. ja sitä kautta vaikutusta kuluttajien kaupallisiin ratkaisuihin. Pitkät hankintaketjut omaavien monikansallisten yritysten valmistamista jalostetuista tuotteista voi tosin olla vaikea määritellä tarkasti niiden maantieteellistä alkuperää.

Tuotteen käyttöön liittyvistä tiedoista artiklassa mainitaan mm. tuotteen käyttötarkoitus ja käyttökelpoisuus. Näillä tietoluokilla luettelossa voi katsoa tarkoitettavan luonnollisestikin sitä, että kyseiset tiedot tulee ilmaista rehellisesti ja myös

⁴⁷⁴ Ks. myös Boesche 2009:169.

⁴⁷⁵ Ks. Howells ym. 2006:140–141. Esimerkiksi Suomessa kohdan luettelosta on direktiivin toimeenpanevassa laissa ilmaistu neljään eri kohtaan hajautettuna enemmän tai vähemmän yhdenmukaisesti 13 kohtaa ja loput tiivistetty lausekkeeseen ”ja muita keskeisiä ominaisuuksia”. Lisäksi tähän luetteloon on Suomessa lisätty uusia seikkoja, kuten esim. käytön vaikutukset. (Ks. KSL 2:6 (1–2 ja 4–5) §).

⁴⁷⁶ 1984/450/ETY:3 (a) Art. ja nytemmin 2006/114/EY: 3 (a) Art.

varsinkin sitä, että tuotteen tavanomaisesta poikkeava käyttötarkoitus ja käyttökelpoisuus tulee ilmaista selkeästi. Esimerkiksi mikäli suurelle yleisölle markkinoitu akkuporakone ei sovellu juurikaan poraamiseen alhaisten tehojen vuoksi, vaan ruuvin vääntämiseen, voi kyse olla harhaanjohtavasta menettelystä, mikäli tätä seikkaa ei ilmoiteta markkinoinnissa.

Tuotekohtaisista ja tuotteen käyttöön liittyvistä tiedoista testien tai tarkastuksien tuloksia ja olennaisia piirteitä koskeva harhaanjohtavuus saattaa liittyä puolestaan esim. siihen, että kyseiset tiedot kiinnostavat yleensä kuluttajia ja ohjaavat heidän käyttäytymistään. Nämä termit viittaavat yleensä puolueettomaan toimintaan ja siihen, että testauksessa on käytetty varmennettavissa olevia testimenetelmiä.⁴⁷⁷ Testeihin ja niiden tuloksiin viittaaminen markkinoinnissa on siten omiaan antamaan markkinoinnista luotettavan kuvan. Puheena olevan säännöksen tavoitteena voi katsoa olevan, samalla tavoin kuin esimerkiksi kansainvälisen kauppakamarin ICC:n esimerkinomaisissa markkinointisäännöissä on ilmaistu, että markkinoinnissa ei tule väärinkäyttää teknistä tietoa kuten tutkimustuloksia ja markkinoinnissa käytettyjen testien tulee olla totuudenmukaisia ja asian kannalta olennaisia⁴⁷⁸. Mikäli markkinoinnissa viitataan testituloksiin, samalla tulisi siten myös yksilöidä riittävät lähdetiedot testeistä, jotta kuluttaja pystyy tarvittaessa itse perehtymään tietoihin⁴⁷⁹. Erityisesti ongelmallista on, mikäli kyse ei ole puolueettomasta toiminnasta, vaan esim. elinkeinonharjoittajan itse suorittamista testeistä, eikä tätä ole erikseen mainittu. Tällainen menettely eritoten saattaa olla omiaan johtamaan kuluttajaa harhaan ja siten kaupalliseen ratkaisuun, jota hän ei olisi muuten tehnyt.⁴⁸⁰ Toisaalta myös sinänsä puolueettomiin testeihin viittaaminen voi olla harhaanjohtavaa. Näin voi olla esimerkiksi, mikäli tuote ei pärjää normaalikäytössä testiä vastaavasti, testeistä on tehty pidemmälle meneviä omia johtopäätöksiä, testit eivät ole nopeasti kehittyvien tuotteiden osalta ajankohtaisia tai hyödykettä koskien on olemassa useita toistensa kanssa ristiriitaisia tutkimustuloksia.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Ks. myös Ekey 2009:90.

⁴⁷⁸ ICC 2006:Artiklat 6 ja 13.

⁴⁷⁹ Vastaavasti Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (2007).

⁴⁸⁰ Svensson ym. 2010:253 ja 287–290 ja ks. myös Paloranta 2008:42.

⁴⁸¹ Paloranta 2008:42 ja esim. Koivumäki & Häkkänen 2010:44 sekä Virtanen 2010:143–144. Vastaavalla tavalla harhaanjohtavaa voisi olla elinkeinonharjoittajalta sellaisten testitulosten hyödyntäminen markkinoinnissa, jossa vertailun kohteet eivät olisi lähtökohtaisesti samantasoisia, esim. hintansa puolesta, ilman että näistä lähtökohtaeroista olisi erikseen mainittu markkinoinnissa (ks. Virtanen 2010:144).

4.1.3.2.2 *Myyntiprosessia ja asiakassuhdetta koskevat tiedot*

Verkkokaupan osalta myyntiprosessia koskevien tietojen antamiseen on kiinnitetty huomiota sekä sähköisen kaupankäynnin direktiivissä sekä etämyyntidirektiivissä⁴⁸². Myös osan direktiivin kuudennen artiklan kohdan 1 (b) tietoluokista, kuten esimerkiksi tuotteen toimituksen, joka mainittiin myös harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä yhtenä harhaanjohtavan mainonnan arviointipiirteenä, voi katsoa liittyvän myyntiprosessia ja myös asiakassuhdetta koskevia kaupallisia menettelyjä käsitteleviin tietoihin⁴⁸³. Epäsuoran verkkokaupan luonteeseen kuuluu lähes aina toimitusaika. Etämyyntidirektiivissä elinkeinonharjoittaja velvoitetaan ilmoittamaan mm. toimitusta koskevat ehdot kuluttajalle hyväksyjän ajoin ennen sopimuksen solmimista⁴⁸⁴. Kaupankäyntitapaan liittyvä toimitusaika voidaan kuitenkin kokea verkkokaupan negatiiviseksi kilpailueduksi tavanomaiseen kaupankäyntiin verrattuna. Elinkeinonharjoittajan kilpailijoitaan perusteettomasti lyhyemmäksi ilmoittama toimitusaika saattaa siten muodostaa kuluttajille perusteen kaupalliselle ratkaisulle ja kuulua täten säännöksen piiriin. Tämän arviointiseikan voi käytännössä katsoa täydentävän etämyyntidirektiivissä elinkeinonharjoittajalle asetettua velvollisuutta tuotteen toimittamisesta määräajassa tilanteissa, joissa kyse ei ole etämyyntidirektiivissä poikkeusperusteena sallituista tuotteen toimitusvaikeuksista⁴⁸⁵.

Asiakassuhteeseen liittyviin menettelyihin kuuluvat puolestaan esimerkiksi kohdassa 1 (b) mainitut tiedot asiakastuesta ja valitusten käsittelystä. Nämä voivat koskea esimerkiksi niihin liittyviä saatavuustietoja tai aikatauluja, jotka varsinkin elinkeinonharjoittajien välisessä tiukassa kilpailutilanteessa saattavat sellaisenaan vaikuttaa kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Asiakaspalvelun kielikysymyksiin liittyvää harhaanjohtavuutta käsitellään puolestaan erikseen liitteessä I⁴⁸⁶.

4.1.3.2.3 *Päällekkäisyyksiä direktiivin muiden säännösten kanssa*

Kuudennen artiklan kohdan 1 (b) sisältämän luettelon laajuudesta johtuen usean siihen liittyvän tietoluokan voi katsoa osittain sivuavan myös direktiivin muissa artikloissa mainittuja ja liitteessä I suoraan kiellettyjä kaupallisia menettelyjä. Liitteen I alueelle kuuluvia kaupallisia menettelyjä tulee arvioida suoraan liitteen I perusteella, vaikkakaan tämä ei sulje pois mahdollisuutta, että kyseisiin menette-

⁴⁸² Ks. esim. 2000/31/EY:10 Art. ja 1997/7/EY:4 (d-f) Art., 5 Art. ja 7 Art.

⁴⁸³ Ks. 1984/450/ETY:3 (a) Art. ja nytemmin 2006/114/EY:3 (a) Art.

⁴⁸⁴ 1997/7/EY:4 (1) Art

⁴⁸⁵ Ks. näistä 1997/7/EY:7 Art.

⁴⁸⁶ 2005/29/EY:liite I: kohta 8.

lyihin liittyvillä tai niitä sivuavilla arviointiperusteilla olisi myös sanottuun kohtaan listattuna itsenäistä merkitystä. Tässä alaluvussa käsitellään muutama tutkimuksen aihepiiriä sivuava esimerkki tällaisista tietoluokista.

Edellä mainitun kaltaisia päällekkäisyyksiä voi katsoa esiintyvän esimerkiksi myyntiprosessia sivuavilla kohdassa 1 (b) listatuilla (tuotteeseen liittyvillä) eduilla. Niillä voi katsoa tarkoitetun esim. palkintoja tai muita tuotteen ostamisesta saatavia hyötyjä. Vastaavan kaltaisesti direktiivin liitteen I kohdassa 19 kuitenkin pidetään aina sopimattomana esittää kaupallisessa menettelyssä: ”väite kilpailusta tai palkinnosta, ilman että ilmoitettu tai kohtuullinen vastaava palkinto annetaan.”⁴⁸⁷ Edelleen myyntiprosessiin liittyvät artiklassa listatut ja harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin⁴⁸⁸ pohjautuvat tietoluokat (tuotteen) saatavuus ja määrä. Nämä puolestaan muistuttavat direktiivin kuudennen artiklan kohdassa 1 (a) listattua tuotteen olemassaolo -kohtaa ja siten myös liitteessä I kiellettyä täkymainontaa ja -myyntiä, kuten edellä todettiin⁴⁸⁹.

Kuudennen artiklan 1 (b) kohdassa listatun, myös harhaanjohtavaa mainontaa koskevasta direktiivistä periytyvän, tuotteen kaupallista alkuperää koskevan tietoluokan voi katsoa osaltaan sivuavan piilomainontaan liittyviä kysymyksiä⁴⁹⁰. Luettelossa on edempänä listattu muitakin samansuuntaisesti tulkittavissa olevia kriteereitä, kuten myyntiprosessin luonnetta, kaupallisen menettelyiden perusteita ja sponsorointiin liittyviä mainintoja tai tunnuksia koskevat tiedot artiklan kohdassa 1 (c) ja elinkeinonharjoittajan luonnetta koskeva tieto artiklan kohdassa 1 (f). Menettelyn kaupallisen luonteen kätkemistä pidetään kuitenkin artiklassa mainittuja kohtia selkeämmin sopimattomana direktiivin artiklassa 7 (2). Lisäksi siihen liittyviä yksittäisiä menettelyjä on kielletty liitteessä I.⁴⁹¹ Täten niihin ei perehdytä tässä yhteydessä tarkemmin.

Tuotteen kaupallista alkuperää koskevat tiedot voivat harhaanjohtaa myös menettelyn kohteena olevien tuotteiden alkuperän osalta, tarkoituksena siten vaikuttaa kuluttajien kaupallisiin ratkaisuihin⁴⁹². Tällaisiin menettelyihin liittyy usein myös

⁴⁸⁷ 2005/29/EY: liite I kohta 19. Suomessa tuotteeseen liittyviä etuja ei ole nimenomaisesti vastaavassa luettelossa mainittu (ks. KSL 2:6 §).

⁴⁸⁸ Ks. 1984/450/EY:3 (a) Art. ja nyttemmin 2006/114/EY:3 (a) Art.

⁴⁸⁹ 2005/29/EY:liite I kohdat 5–6. ja esim. Ekey 2009:86.

⁴⁹⁰ 1984/450/EY:3 (a) ja nyttemmin 2006/114/EY: 3 (a) Art.

⁴⁹¹ 2005/29/EY:liite I: kohdat 11 ja 22. Näissä kohdissa on määritelty aina sopimattomaksi toimittuksellisen sisällön käyttäminen myynninedistämiseen ilman tätä koskevaa selkeää ilmoitusta sisällössä (kohta 11) sekä elinkeinonharjoittajan esiintyminen kuluttajana (kohta 22).

⁴⁹² Boesche 2009:170 ja Tews & Bokel 2009:130.

tekijänoikeuskysymyksiä⁴⁹³. Puheena olevassa direktiivissä kaupallista alkuperää harhaanjohtamaan pyrkiviä menettelyjä sivutaan myös liitteessä I⁴⁹⁴.

4.1.3.3 Myyntiprosessin luonteeseen ja sitoumuksiin liittyvät tiedot

Kuudennen artiklan kohdassa 1 (c) luetellaan keskenään erilaisia, lähinnä myyntiprosessiin ja sen luonteeseen liittyviä seikkoja, joita koskeva tieto saattaa olla omiaan harhaanjohtamaan kuluttajaa. Näiden tietoluokkien voi katsoa menevän osittain päällekkäin luettelon edellisen kohdan kanssa. Tällaisia tietoluokkia ovat:

”elinkeinonharjoittajan sitoumusten laajuus, kaupallisen menettelyn perusteet ja myyntiprosessin luonne, maininta tai tunnus, joka liittyy tuotteen tai elinkeinonharjoittajan suoraan tai välilliseen sponsorointiin tai hyväksyntään;”⁴⁹⁵

Luettelon ensimmäisen kohdan, elinkeinonharjoittajan sitoumusten laajuus, voi katsoa kuuluvan sopimussuhdetta käsitteleviin asioihin⁴⁹⁶. Tietoluokan voisi katsoa liittyvän esimerkiksi sopimusehtojen esittämiseen liittyvään harhaanjohtavuuteen. Täten kyseisen kohdan voisi katsoa tukevan kohtuuttomuusdirektiivin (1993/13/ETY) säännöksiä. Tosin sopimusoikeutta koskevat säännökset on, kuten edellä on todettu, ainakin nimellisesti rajattu tutkimuksen kohteena olevan direktiivin ulkopuolelle⁴⁹⁷.

Puheena olevassa kohdassa mainitusta myyntiprosessin luonteesta on mahdollista antaa harhaanjohtava käsitys monella tavalla. Tällainen on mahdollista toteuttaa viittaamalla harhaanjohtavasti elinkeinonharjoittajan luonteeseen myyntiketjussa tai esim. kuvaamalla myyntiprosessin luonnetta aiheettomasti myös verkkokaupassa kuluttajiin vetoavilla edullisuuteen viittaavilla termeillä, kuten ”loppuunmyynti”, ”tukkumyynti” yms. ilmaisuilla^{498, 499}. Lisäksi useat tässä 1 (c) kohdassa mainitut tietoluokat, kuten edellisessä alaluvussa todettiin, viittaavat myös

⁴⁹³ Boesche 2009:170.

⁴⁹⁴ 2005/29/EY:liite I kohta 13.

⁴⁹⁵ 2005/29/EY: 6 (1c) Art. Suomessa näistä kohdista on toimeenpantu kahdessa eri kohdassa ainoastaan kaksi kohtaa: ”myyntimenettelyn luonne” ja epäselvemmin ”elinkeinonharjoittajan oikeudet ja velvollisuudet” (ks. KSL 2:6 (5) ja (8) §) ja HE 32/2008:24–25)

⁴⁹⁶ Howells ym. 2006:141.

⁴⁹⁷ 2005/29/EY: 3 (2) Art. ja johdanto 9.

⁴⁹⁸ Paloranta 2008:49 ja Koivumäki & Häkkänen 2010:44. Osittain samalla tavalla ovat tulkittavissa myös luettelon 1 (f) kohdan elinkeinonharjoittajan luonnetta ja asemaa koskevat tietoluokat.

⁴⁹⁹ Samankaltaista menettelyä sivutaan myös direktiivin liitteessä I, jossa sopimattomana pidetään perättömiä väitteitä loppuunmyynnistä ja muuttomyynnistä (ks. 2005/29/EY:liite I kohta 15).

koko myyntiprosessin kaupallista luonnetta koskevan tiedon kätkemiseen, jota on artiklassa mainittua selkeämmin pidetty sopimattomana direktiivin artiklassa 7 (2) ja eräiltä osin liitteessä I⁵⁰⁰. Tästä syystä näitä piilomainontaan liittyviä kysymyksiä käsitellään tarkemmin kyseisten säännösten yhteydessä.

Hyväksyntään ja sponsorointiin liittyvän arviointiperusteen itsenäinen soveltamisala lienee puolestaan käytännössä melko rajallinen⁵⁰¹. Menettelyt, joissa tällaisia hyväksyntää tai sponsorointia osoittavia merkkejä käytetään luvatta tai sääntöjen vastaisesti, on määritelty kaikissa tilanteissa sopimattomiksi jo liitteessä I⁵⁰². Puheena oleva kohta kattanee mahdollisesti liitteen I ulkopuolelle jäävät tilanteet⁵⁰³. Tällaisia voivat olla esim. tapaukset, joissa käytetään harhaanjohtavasti erilaisia luotettavuus- tai laatuomerkkejä pyrkimyksenä vaikuttaa kuluttajan kaupallisiin ratkaisuihin verkkokaupankäynnille tärkeää luottamuksen ilmapiiriä lisäävällä mainonnalla.

4.1.3.4 Tuotteen hintaa koskevat tiedot

Direktiivin kuudennen artiklan kohdassa 1 (d) mainitaan tietoluokkana, jota koskien kaupallisen menettelyn harhaanjohtavuuteen on kiinnitettävä huomiota: ”hinta tai sen laskemistapa tai erityinen hintaetu”⁵⁰⁴. Samankaltaisesti myös esimer-

⁵⁰⁰ 2005/29/EY:liite I kohdat 11 ja 22. Tällaisiin voi katsoa viitatun, kuten edellisessä alaluvussa on todettu, em. myyntiprosessin luonteella ja myös esim. kaupallisten menettelyiden perusteilla sekä osittain myös esim. luettelossa listatuilla sponsorointiin liittyvillä maininnoilla tai tunnuksilla, mikäli niihin liittyvää annetaan harhaanjohtavasti.

⁵⁰¹ Esimerkiksi Suomessa näitä tietoluokkia ei nimenomaisesti toimeenpantu lainkaan (ks. KSL 2:6 §).

⁵⁰² Tuotteen sponsorointiin ja hyväksyntään liittyvien mainintojen esittäminen ilman lupaa tai näihin liittyvän perättömän väitteen esittäminen määritellään sopimattomaksi direktiivin liitteessä I (ks. 2005/29/EY: Liite I kohdat 2 ja 4). Lisäksi sponsorointiin liittyvän tiedon kätkemisen voi katsoa kuuluvan piilomainonnan alaan, kuten aiemmin on todettu.

⁵⁰³ Howells ym. 2006:142.

⁵⁰⁴ 2005/29/EY:6 (1d) Art. Saksassa hinnan ja hintaedun merkitys on säännöksessä tyypistetty esimerkeiksi laajemmasta tuotteen ostoperusteet käsitteestä (§ 5 (1)(2) UWG). Tätä ei sinänsä voi pitää direktiivin mukaisena tulkintana säännöksestä, koska kaupallinen ratkaisu voi kohdistua myös muuhunkin kuin tuotteen ostamiseen (ks. 2005/29/EY:2 (k) Art.). Toisaalta Saksassa UWG:ssa edelleen monimutkaistetaan aiheeseen liittyvää sääntelyä mainitsemalla vielä erikseen esimerkkinä harhaanjohtavasta kaupallisesta menettelystä tarjouksen ehtojen, kuten hinnan, epäselvän ja monimerkityksellisen ilmoittamisen (§ 4 (4) UWG). Lisäksi UWG:ssa (§ 5 (4)) säädetään yksittäin harhaanjohtavaksi kaupalliseksi menettelyksi alennuksen mainostaminen, jos alkuperäinen hinta on ollut vain lyhyen ajan voimassa. Suomessa puolestaan puheena olevan 1 (d) kohdan toimeenpanevaan säännökseen on sisällytetty lisäksi direktiivin pohjautumaton arviointikriteeri ”maksuehdot” (KSL 2:6 (3) §). Kohdan 1 (d) harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn alaan olisi mahdollista katsoa kuuluvan Suomessa myös direktiiviä toimeenpantaessa voimassa pidetty säännös, jonka mukaan: ”kulutushyödykkeen hintaa ei saa ilmoittaa alennetuksi enempää kuin se tosiasiallisesti alittaa elinkeinonharjoittajan aikaisemmin perimän hinnan” (KSL 2:11 §) sekä yhdistettyjen tarjouksien ja kylkiäistarjouksien mm.

kiksi harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin esimerkinomaisen harhaanjohtavan mainonnan arviointipiirteiden luettelon pohjalta mainonnan harhaanjohtavuuden arvioinnissa tulee kiinnittää huomiota ”hintaan tai sen laskemistaan”^{505, 506}. Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin puheena olevan säännöksen voi siis katsoa jatkavan tätä perinnettä. Hintatietojen ilmoittamiseen on kiinnitetty huomiota myös muualla tutkimuksen kohteena olevassa direktiivissä. Esimerkiksi direktiivin liitteessä I on määritelty harhaanjohtavina sopimattomiksi yksittäisiä kaupallisia menettelyjä hintatietojen ilmoittamisessa⁵⁰⁷.

arvon ja ehtojen selkeyttä edellyttävä säännös (KSL 2:12 §). Viimeksi mainitun säännöksen voisi verkkokaupan osalta tosin pikemminkin katsoa olevan sähköisen kaupankäynnin direktiivin (2000/31/EY:6 (c) Art.) mukainen, vaikkakin säännös on vastaavankaltaisena toimeenpantu jo ennen sanotun direktiivin antamista. Kyseisten säännösten vastainen toiminta on Suomessa kuitenkin liitetty nimenomaisesti sopimattomien kaupallisten menettelyjen yhdeksi muodoksi (KSL 2:3(2) §), vaikka sanottuja menettelyjä ei ole sellaisenaan mainittu direktiivin liitteessä I, jossa luetellaan kaikissa tilanteissa sopimattomia kaupallisia menettelyjä. Tosin myöskään lainvalmisteluasiakirjan (HE 32/2008:32) mukaan puheena olevat menettelyt eivät kuulu sopimattomien kaupallisten menettelyjen ”perussäännöksiin”, joilla näytetään viittaavan suoraan direktiiviin pohjautuviin säännöksiin. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on sen sijaan ottanut direktiivissä noudatettavan maksimiharmonisointiperiaatteen vakavasti. Se on todennut, että koska direktiivillä yhdenmukaistetaan kaikki sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevat säännökset, jäsenvaltiot eivät voi toteuttaa direktiivissä säädettyjä tiukempia toimenpiteitä. Täten muut kuin liitteessä I mainitut kaupalliset menettelyt tulee alistaa direktiivin säännösten mukaiseen sopimattomuusarviointiin. (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin yhdistetyt asiat C-261/07 ja C-299/07:52–53 ja 56 sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 304/2008:36,39, 41 ja 45 ja ks. myös 2005/29/EY: 2 (d) Art., 3 (1) Art., 4 Art. sekä johdanto 14). Vastaavasti jo tätä ajallisesti aikaisemmin myös Suomessa lainsäätäjä on lainvalmisteluasiakirjassa (HE 32/2008:31–32) todennut, että ainoastaan direktiivin liitteen I pohjalta säännellyt kaupalliset menettelyt eivät vaadi tapauskohtaista arviointia. Täten sitä, että tuleeko KSL:n em. hinnan ilmoittamiseen ja tarjouksen ehtoihin liittyvien säännöksien (2:11 § ja 2:12 §) ja myös esim. Saksassa tarjouksen mainostamista koskevan säännöksen (§ 5 (4) UWG) vastaisia kaupallisia menettelyjä tulkita direktiivin mukaisiksi sopimattomiksi kaupallisiksi menettelyiksi, voi pitää kyseenalaisena. Suomessa markkinaoikeus onkin jo kiinnittänyt huomiota tähän epäkohtaan KSL 2:12 § osalta. Se on todennut, että KSL 2:12 § kylkiäistarjouksien ehtojen selkeyttä koskevan säännöksen vastaista toimintaa ei voi katsoa suoraan sopimattomaksi menettelyksi, vaan kyseisenlaiset menettelyt edellyttävät lisäksi direktiivin laajaan yleislausekkeeseen (2005/29/EY:5 Art.) pohjautuvan kansallisen säännöksen mukaista sopimattomuusarviointia (ks. MAO 2009/445).

⁵⁰⁵ 1984/450/ETY:3 (b) Art. (nykyään kodifioituna 2006/114/EY:3 (b) Art.). Osin vastaavankaltainen tietoluokka esiintyy myös esim. Kansainvälisen kauppakamari ICC:n esimerkinomaisissa markkinointisäännöksissä (ks. ICC 2006:Artikla 5).

⁵⁰⁶ Saksassa on toimeenpantu tutkimuksen kohteena olevan kohdan yhteydessä myös yllämainitun harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivin ”hinnan tai sen laskemistavan” yhteydessä oleva arviointikriteeri: ”sekä ehdot, joilla tavara toimitetaan tai palvelu suoritetaan” (Ks. § 5 (1)(2) UWG ja 1984/450/ETY:3 (b) Art. sekä nykyään kodifioituna 2006/114/EY:3 (b) Art.). Tämä johtunee pyrkimyksestä yhdistää samaan säädökseen kuluttajakauppaa ja elinkeinonharjoittajien välistä kauppaa koskevat säännökset.

⁵⁰⁷ Liitteessä I on määritelty sopimattomaksi esimerkiksi hinnan ilmoittaminen käyttäen termejä ”ilmainen” tai ”maksuton”, mikäli tuotteeseen liittyy muita kuin välittömiä nouto- tai toimituskuluja (ks. 2005/29/EY: Liite I kohta 20).

Yleisellä tasolla hinnan merkintätapoja koskeva kansallinen sääntely pohjautuu jäsenvaltioissa entuudestaan direktiiviin 1998/6/EY (direktiivi kuluttajille tarjottavien tuotteiden hintojen ilmoittamisesta), jonka säännökset ovat lähtökohtaisesti direktiivin nähden osin etusijalla⁵⁰⁸.

Harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen arviointipiirteinä hintatiedot ovat luonnollisesti merkittävässä asemassa. Tämä johtuu siitä, että yleensäkin hintaan ja hintaetuun, eli esim. erilaisiin alennuksiin, tarjouksiin tai kanta-asiakasetuihin, liittyvät tiedot ovat keskeisiä seikkoja markkinoinnissa. Niitä koskeva harhaanjohtava tieto on todennäköisesti omiaan vaikuttamaan kuluttajan kaupallisiin ratkaisuihin.⁵⁰⁹ Toisaalta rajat ylittävässä verkkokaupassa huomioitavaa on, että kansalliset käytännöt sekä tavat hinnan ja tarjouksien ilmoittamisessa voivat jossain määrin vaihdella⁵¹⁰. Lisäksi tätä ilmoittamistapojen kirjoa laajentaa se, että Internetissä elinkeinonharjoittajalle tarjoutuu mahdollisuuksia monenlaisiin uusiin menettelyihin hintatietojen ilmoittamisen ja muuttamisen suhteen⁵¹¹.

Puheena olevaan kohtaan liittyviä totuudenvastaisia tai harhauttavia hintaa, alennusta tai muuta etua koskevia tietoja on mahdollista antaa monella tavalla⁵¹². Näiltä osin kyse voi selvästi virheellisten tietojen lisäksi olla mm. hintatiedosta, jossa hintaa verrataan esimerkiksi keksittyihin tai vanhentuneisiin tai muulla tavoin totuudenvastaisiin tietoihin antaen siten väärän kuvan suuremmasta hintaedusta, kuin mikä on oikeasti kyseessä. Tällaista voi olla esim. hintojen vertaaminen ohjevähittäishintoihin tai muihin vastaaviin hintoihin, jotka eivät ole voimassa tai joita ei ole sovellettu markkinoilla.⁵¹³ Hintaa voidaan pyrkiä korostamaan myös muulla tavoin erilaisin paikkansapitämättömin tiedoin. Tämä voi tapahtua samankaltaisesti kuten edellä myyntiprosessin luonnetta koskevan arviointikriteerin osalta todettiin mm. käyttämällä hinnan yhteydessä totuuden vastaisesti alhaiseen hintaan viittaavia termejä kuten esimerkiksi tukkuhinta, loppuunmyyntihinta tai verovapaa hinta.⁵¹⁴

⁵⁰⁸ Ks. 1998/6/EY ja 2005/29/EY-liite II. Kyseisen direktiivin pohjalta annetut hinnan ilmoittamista koskevat säännökset ovat vaihdelleet jonkin verran eri jäsenvaltioissa (Schulze & Schulte-Nölke 2003:29 ja ks. myös hinnan ilmoittamisesta ostokehotuksen yhteydessä tämän tutkimuksen luvusta 5.2.3.).

⁵⁰⁹ Esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohta 62 ja esim. Saine 2008:21 sekä Ekey 2009:92.

⁵¹⁰ Schulze & Schulte-Nölke 2003:29.

⁵¹¹ Ks. esim. Weiss & Mehrotra 2001

⁵¹² Ks. myös esim. Ekey 2009:91 ja 100.

⁵¹³ Samankaltaisesti Ekey 2009:93 ja 100.

⁵¹⁴ Esim. Svensson 2010:269 ja 273–281, Kolmsee 2008:35, Boesche 2009:170 ja Ekey 2009:93 ja 100.

Virheellisen tiedon lisäksi harhaanjohtavuus voi syntyä myös silloin, jos hintatieto on epäselvästi ilmaistu tai muulla tavoin puutteellinen. Harhauttavaa voi olla esim. jonkun hinnanmuodostukseen liittyvän tiedon korostaminen kokonaishinnan kustannuksella, kuten esim. verottomuuden tai kulutusluoton käsirahan⁵¹⁵. Hintatietoa voi pitää harhaanjohtavana myös silloin, jos kokonaishinnan muodostukseen liittyvät kulut, kuten verot, muut hintaan vaikuttavat kulut tai ylipäänsä niiden määräytymisperusteet on jätetty mainitsematta.⁵¹⁶ Epäsuorassa verkkokaupassa tällainen kokonaishintaan vaikuttava kuluerä on esimerkiksi tuotteiden lähetyskulut. Verkkokauppaa koskien tosin jo etämyyntidirektiivissä elinkeinonharjoittaja nimenomaisesti veloitetaan ilmoittamaan kuluttajalle tavaran hinta veroineen, tarvittaessa toimituskustannukset sekä lisäksi maksua koskevat ehdot⁵¹⁷. Tämän voi katsoa koskevan Internetissä kaikkea kuluttajakauppaan liittyvää markkinointia, jossa tuotteen hintaa käytetään markkinointikeinona⁵¹⁸. Käytännössä hintatietoja koskevan harhaanjohtavuuden arviointikriteerin voi kuluttajaverkkokaupan osalta katsoa tukevan em. etämyyntidirektiivissä asetettua hinnan ilmoittamiseen liittyvää veloitetta.

Varsinaista virheettömyyttä ja harhaanjohtamattomuutta koskevan edellytyksen lisäksi säännöksen kannalta ongelmallisena voidaan jossain määrin pitää myös vanhentuneiden hintatietojen näkymistä verkossa. Paikkansapitämättömien, vanhentuneiden tietojen näkyminen verkossa voi johtua monesta seikasta, kuten mm. siitä, että tarjous on ollut kestoltaan lyhytaikainen, eikä sitä ole ehditty poistaa verkosta. Toisaalta vanhentunut tieto on voinut jäädä näkyviin myös esimerkiksi siitä syystä, että poistettu mainos on jäänyt välimuistia ylläpitävän operaattorin tiedostoihin ja tiedonsiirron tehostamiseksi alkuperäistä sivua ei ole käyty tarkistamassa, vaan mainos on siirretty suoraan välimuistiin tallentaneelta palvelimelta käyttäjän tietokoneelle. Mikäli vanhentunutta mainostietoa on välimuistipalvelimen normaalin toiminnan puitteissa lyhytaikaisesti jäänyt palvelimelle, vastuuta näistä tiedoista ei voitane asettaa myöskään markkinoijalle. Tämä johtuu mm. siitä, että Internetin lukuisten palvelimien valvominen saattaisi olla lähes mahdotonta. Tällainen vanhentunut hintatieto voi kuitenkin olla omiaan vaikuttamaan

⁵¹⁵ Esim. Saine 2008:22.

⁵¹⁶ Esim. Svensson ym. 2010:269–272. Tällainen tilanne voi esiintyä esimerkiksi alkaen -hintaa käytettäessä, jos lopullisen hinnan määräytymisperusteet on jätetty mainitsematta (ks. vastaavasti direktiivin seitsemännen artiklan osalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohta 63).

⁵¹⁷ 1997/7/EY: 4 Art.

⁵¹⁸ Esimerkiksi Saksassa BGH (2008) on pitänyt harhaanjohtavana sitä, että valokuvaustarvikkeita myyvä elinkeinonharjoittaja ei hintahakukone froogle.google.de:ssa antamissaan tiedoissaan ilmoittanut kaikkia hinnan päälle tulevia kuluja, vaikkakin kyseiset tiedot oli ilmoitettu yrityksen kotisivuilla.

kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Toisaalta kuluttajalla voidaan katsoa lähtökoh-
taisesti olevan selonottovelvollisuus kolmansien osapuolten hallussa olevien mai-
nostietojen paikkansapitävyydestä Internetissä. Kohtuudella voidaan kuitenkin
edellyttää, että elinkeinonharjoittajan tulee huolehtia siitä, että tieto, johon hän
itse pystyy vaikuttamaan, on ajankohtaista ja riittävää. Tässä yhteydessä huomiota
tulee Internetissä kiinnittää täten myös hintatietojen selkeyteen.

4.1.3.5 *Tuotteen huoltoa koskevat tiedot*

Direktiivin kuudennen artiklan kohdassa 1 (e) mainitaan tietoluokkana, jota kos-
kien kaupallisen menettelyn harhaanjohtavuuteen tulee kiinnittää huomiota tuot-
teen ”huollon, osan, vaihtamisen tai korjauksen tarve”⁵¹⁹. Kyseisten seikkojen
listaaminen omana tietoluokkana on uutta verrattuna harhaanjohtavaa mainontaa
koskevaan direktiiviin. Toisaalta laajasti tulkittuna kohdassa 1 (e) listattujen seik-
kojen voisi katsoa kuuluvan sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan di-
rektiivin kuudennessa artiklassa tuotteen pääominaisuudet -kohdan (1b) alle⁵²⁰.
Kuluttajien edun mukaisena voi kuitenkin pitää sitä, että nämä asiakassuhteeseen
ja asiakaspalveluun liittyvät tärkeät tiedot, joilla usein lienee vaikutusta myös
kuluttajien kaupallisiin ratkaisuihin, on listattu säännöksessä erikseen. Näiden
tietoluokkien lisääminen luetteloon voi katsoa olevan omiaan hyödyttämään eten-
kin kuluttajaryhmiä, joilla on vähäinen kokemus kaupallisista menettelyistä⁵²¹.

Yleisellä tasolla säännöksessä esiintuotujen arviointikriteerien voi katsoa liittyvän
lähinnä harhaanjohtaviin tietoihin koskien tuotteen huolto- tai korjaustarvetta.
Tämä voi koskea molempia ääripäitä tuotteen huoltoon tai korjaukseen suhtautu-
misessa. Toisena ääripäänä voi pitää tuotteen huolto- tai korjaustarpeen vähättelyä

⁵¹⁹ 2005/29/EY: 6 (1e) Art. Suomessa säännös toimeenpantiin lisäämällä vaihtamisen tarve -
kohdan sijalle varaosien saatavuus (ks. KSL 2:6 (6) § ja HE 32/2008:24–25). Tätä direktiiviin
kuulumatonta lisäystä lainsäätäjät perustelee Suomessa huollon, korjausten ja varaosien saata-
vuuteen liittyneillä ongelmilla (HE 32/2008:25). Jo säännöksen valmisteluvaiheessa tätä lisä-
ystä kritisoivat täysharmonisointidirektiivin pohjalta annettavaan säännökseen kuulumattoma-
na eräät lainvalmistelutyöryhmän jäsenet antamassaan eriävässä mielipiteessä sekä eräät lau-
suntoja antaneet tahot (ks. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:16 ja Oikeusministeriön
lausuntoja ja selvityksiä 2008:1:7). Direktiivissä noudatettavan täysharmonisointiperiaatteen
pohjalta tätä lisäystä kyllä voisi, kuten em. tahot ovat esittäneet, pitää kyseenalaisena erityi-
sesti, mikäli luettelo olisi tarkoitettu täysin kattavaksi artiklan soveltamisalueen kuvaukseksi.

⁵²⁰ Ks. 2005/29/EY:6 (1 b) Art. Huollon, vaihtamisen ja korjauksen tarpeen voisi katsoa yleisesti
olevan osa tuotteeseen liittyviä palveluita. Tuote -käsitteen kattaa direktiivissä myös palvelut,
joten kyseisten seikkojen voisi tiivistetysti sanoa sisältyvän kuudennen artiklan kohdassa 1 (b)
mainittuihin tuotteen pääominaisuuksiin. Yksittäisten seikkojen osalta esim. tuotteen pääomi-
naisuudet kohdassa arviointikriteereinä listattujen tuotteen lisävarusteiden ja koostumuksen
voisi katsoa kattavan myös mainitun (vara-) osan tarpeen. (Ks. 2005/29/EY:2 (c) Art. ja Boe-
sche 2009:172).

⁵²¹ Ks. Tews & Bokel 2009:147.

ja toisena liioittelua.⁵²² Näistä kauppiaan harjoittamana korjaustarpeen liioittelun voi katsoa sivuavan esim. täkymyyntiin liittyviä seikkoja⁵²³. Korjaustarpeen vähättelyn osalta kohdan voi puolestaan katsoa osittain tukevan kuluttajakauppadiirektiivissä (1999/44/EY) elinkeinonharjoittajalle asetettua velvollisuutta huolehtia siitä, että kuluttajakaupassa tavarat ovat luovutushetkellä sopimuksenmukaisia⁵²⁴.

4.1.3.6 *Elinkeinoharjoittajaa koskevat tiedot*

Direktiivin kuudennen artiklan kohdassa 1 (f) mainitaan kaupallisen menettelyn harhaanjohtavuuden arviointikriteereinä elinkeinonharjoittajan tai hänen edustajansa luonnetta, ominaisuuksia ja oikeuksia koskevat tiedot. Tällaisina kohdassa luettelaa esimerkinomaisuuteen viittaavan kuten -sanon jälkeen: ”henkilöllisyys ja varallisuus, pätevyys, asema, hyväksyntä, kytkentä tai yhteys ja hänen omistamansa teolliset, kaupalliset ja immateriaalioikeudet tai saamansa palkinnot ja tunnustukset ”.⁵²⁵ Kohdan voi katsoa pohjautuvan harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin esimerkinomaiseen harhaanjohtavan mainonnan arviointipiirteiden luetteloon⁵²⁶.

⁵²² Ks. vastaavasti esim. Howells ym. 2006:143 ja Paloranta 2008:49.

⁵²³ Esimerkiksi direktiivin liitteessä I yhtenä täkymyyntiin piirteenä pidetään viallisen kappaleen näyttämistä tuotteesta tarkoituksena edistää toisen tuotteen myyntiä (2005/29/EY:liite 1 kohta 6).

⁵²⁴ Ks. tarkemmin 1999/44/EY:2–4 Art. ja esim. Luhtasela 2007:177–184.

⁵²⁵ 2005/29/EY: 6 (1 f) Art. Suomessa kohdan luettelo on toimeenpantu valikoivasti koostuen tiedoista, jotka koskevat: ”elinkeinoharjoittajan tai hänen edustajansa henkilöllisyyttä, yhteystietoja, ominaisuuksia ja asemaa markkinoilla sekä heidän saamiensa palkintoja ja tunnustuksia” (KSL 2:6 (7) §). Lainvalmisteluasiakirjassa annettujen esimerkkien perusteella Suomessa toimeenpannussa säännöksessä mainittu ominaisuuksia -tietoluokka kattaisi tiivistettynä useimmat kohdasta puuttuvat, direktiivissä luetellut tietoluokat. Yhteystietojen lisäämistä Suomessa toimeenpantuun luetteloon lainsäätäjä on puolestaan perustellut niiden antamisessa ilmenneillä käytännön ongelmilla. (ks. HE 32/2008:25). Vastaavasti kuten edellä mainitun (varaosien) saatavuus -kohdan lisäämisen osalta, säännöksen valmisteluvaiheessa myös tätä lisäystä kritisoivat eräät lainvalmistelutyöryhmän jäsenet antamassaan eriväisessä mielipiteessä sekä eräät lausunnot antaneet tahot täysharmonisointidirektiivin pohjalta annettavaan säännökseen kuulumattomaksi (ks. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:16 ja Oikeusministeriön lausunnot ja selvityksiä 2008:1:7). Erityisesti rajat ylittävän verkkokaupan kannalta elinkeinonharjoittajan yhteistietojen antamisen harhaanjohtamattomuutta voi pitää tärkeänä. Niillä on merkitystä mm. kaupan jälkeisten palvelujen kannalta ja ne vaikuttavat osaltaan myös lain- ja tuomioistuimen valintaan mahdollisissa riitatilanteissa. Ostokehityksen yhteydessä (Suomessa yksilöityä kulutushyödykettä tarjotessa) tulee direktiivin pohjalta joka tapauksessa käydä ilmi elinkeinonharjoittajan osoite ja henkilöllisyys (2005/29/EY:7 (4) Art. ja myös KSL 2:8 (2) §). Lisäksi verkkokauppaa koskien elinkeinonharjoittaja velvoitetaan yhteystietojen antamiseen myös sähköisen kaupankäynnin direktiivin viidennen artiklan pohjalta (ks. 2000/31/EY:5 Art.).

⁵²⁶ Ks. 1984/450/ETY:3 (c) Art. Uusia arviointikriteereitä harhaanjohtavaan direktiiviin nähden luettelossa ovat ”asema, hyväksyntä, kytkentä ja yhteys” (ks. 1984/450/ETY:3 (c) Art. ja 2005/29/EY: 6 (1f) Art.).

Useiden artiklassa listattujen tietoluokkien merkityksen kaupalliseen ratkaisuun vaikuttamisen kannalta voi katsoa vaihtelevan. Esim. Ulf Bernitz katsoo moniin näihin tietoluokkiin liittyvien harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen kuuluvan usein pikemmin yritysten väliseen kaupankäyntiin kuin kuluttajakauppaan⁵²⁷. Säännöksessä lueteltujen ominaisuuksien voi katsoa muutenkin olevan osittain päällekkäisiä⁵²⁸. Verkkokaupan kannalta säännöksen merkityksen voi katsoa monin osin koskevan lähinnä yrittäjän imagomarkkinointia, jolla voidaan pyrkiä myös vaikuttamaan kuluttajan kaupallisiin ratkaisuihin. Tällainen tietoluokka on esim. artiklassa mainittu elinkeinonharjoittajan luonne. Elinkeinonharjoittajan luonnetta koskevan kohdan voisi toki tulkita koskevan toimimista elinkeinonharjoittajana, eli piilomainontaan liittyvää harhaanjohtavuutta. Piilomainonta on toisaalta, kuten aiemmin on ohimennen todettu, kielletty direktiivin 7 (2) artiklassa ja siihen liittyviä yksittäisiä seikkoja on määritelty sopimattomiksi myös direktiivin liitteessä I⁵²⁹. Pikemminkin elinkeinonharjoittajan luonnetta sekä myös asemaa koskevien (samankaltaisesti kuin artiklan 1 (c) kohdan myyntiprosessin luonnetta koskevien) tietojen voi katsoa koskevan informaatiota esim. elinkeinonharjoittajan yritysmuodosta tai asemasta myyntiketjussa. Tähän liittyen mahdollisena esimerkkinä harhaanjohtavasta toiminnasta voisi pitää elinkeinonharjoittajan pyrkimystä luoda vaikutelma alhaisesta hintatasosta esiintymällä tukkumyyjänä tai valmistajana.⁵³⁰ Asemaa koskevalla tietoluokalla voidaan tarkoittaa myös tietoja elinkeinonharjoittajan tai hänen myymiensä tuotteiden asemasta markkinoilla. Säännöksen pohjalta harhaanjohtavat tiedot voivat koskea täten elinkeinonharjoittajan myymien tuotteiden markkinaosuuksia, kuten esim. elinkeinonharjoittajan tuotteiden asemaa markkinajohtajina.⁵³¹

Erityisesti säännöksessä mainituilla elinkeinonharjoittajan henkilöllisyyteen liittyvillä tiedoilla voi katsoa olevan merkitystä verkkokaupassa. Tätä korostaa se, että epäsuorassa kuluttajaverkkokaupassa molempien osapuolten suoritukset eivät ole samanaikaisia ja verkkokaupan toimijat ovat usein toisilleen entuudestaan tuntemattomia. Tästä syystä edellä mainituista seikoista korostuu elinkeinonharjoittajan henkilöllisyyttä koskevien tietojen ilmoittaminen rehellisesti ja harhaanjohtamattomasti. Verkkokaupan osaltahan elinkeinonharjoittaja velvoitetaan etä-

⁵²⁷ Bernitz 2007:43. Tällaisena voisi pitää mahdollisesti esimerkiksi artiklassa mainittua elinkeinonharjoittajan asemaa markkinoilla, jonka voi katsoa kattavan esim. tiedon elinkeinonharjoittajan teollisoikeuksista ja yhteyksistä alan muihin elinkeinonharjoittajiin (ks. HE 32/2008:25). Vastaavasti myös elinkeinonharjoittajan varallisuutta koskevien tietojen voisi puolestaan katsoa liittyvän pitkäaikaisiin ja arvoltaan isoihin sopimuksiin (Ekey 2009:96).

⁵²⁸ Ks. lähinnä Saksan osalta Ekey 2009:94.

⁵²⁹ Ks. 2005/29/EY: 7 (2) Art. ja Liite I kohdat 2 ja 4. Ks. myös Ekey 2009:96.

⁵³⁰ Ks. Howells ym. 2006:143–144.

⁵³¹ Ks. esim. Ekey 2009:94.

myyntidirektiivin neljännessä artiklassa ja sähköisen kaupankäynnin direktiivin viidennessä artiklassa ilmoittamaan henkilöllisyytensä⁵³². Täten artiklan merkitys näiltä osin lienee verkkokauppaa koskevan sääntelyn täydentäminen. Saman voi katsoa koskevan esim. myös samassa yhteydessä listattua elinkeinonharjoittajan hyväksyntää koskevaa tietoluokkaa, jota koskeva tieto elinkeinonharjoittaja velvoitetaan antamaan harhaanjohtamattomasti⁵³³.

Kaikkiaan verkkokaupan kannalta tärkeänä voi pitää sitä, että näitä em. kuudennen artiklan kohdassa 1 (f) mainittuja eikä muitakaan elinkeinonharjoittajan henkilöön, pätevyyteen ja asemaan liittyviä tietoja anneta harhaanjohtavasti, sillä tällaisten tietojen tarkoituksena on yleensäkin antaa vaikutelma henkilön koulutuksesta, osaamisesta, ammattipätevyydestä ja ylipäänsä luotettavuudesta⁵³⁴. Tämänkaltaiset tiedot toimivat verkkokaupassa usein valintaperusteina tilanteissa, joissa verkkokaupan toimijat ovat kuluttajille entuudestaan tuntemattomia.

4.1.3.7 *Kuluttajan oikeuksia ja riskejä koskevat tiedot*

Direktiivin kuudennessa artiklassa kohdassa 1 (g) mainitaan tietoina, joiden harhaanjohtavuuteen tulee kiinnittää huomiota myös kuluttajan oikeudet mukaan lukien direktiivin 1999/44/EY mukaiset oikeudet korvaukseen tai hyvitykseen tai kuluttajan mahdollisesti kohtaamat riskit⁵³⁵. Kyseisten seikkojen listaaminen eril-

⁵³² 1997/7/EY: 4 (1a) Art. sekä 2000/31/EY: 5 (1a) Art.

⁵³³ 2005/29/EY: 6 (1 f) Art. Hyväksyntään liittyen sähköisen kaupankäynnin direktiivissä velvoitetaan palvelun tarjoaja ilmoittamaan tunnistetiedot kaupparekisteriin tai muuhun vastaavaan rekisteriin kuulumisesta (2000/31/EY: 5 (1 d) Art.). Lisäksi eräitä hyväksyntään liittyviä seikkoja säännellään myös puheena olevan direktiivin liitteessä I. Esimerkiksi luotettavuus- sekä laatuomerkintöjen luvaton käyttäminen määritellään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi kyseisessä liitteessä (ks. 2005/29/EY: Liite I kohta 2).

⁵³⁴ Svensson ym. 2010:254.

⁵³⁵ 2005/29/EY:6 (1g) Art. Suomessa tähän luetteloon on lisätty myös kuluttajan velvollisuudet, jota on perusteltu asian tärkeydellä kuluttajalle (KSL 2:6 (9) § ja HE 32/2008:25). Lakiesityksestä on pääteltävissä, että tällä viitataan lähinnä sopimuksen ehtoihin (ks. HE 32/2008:25). Täten lisäyksen olisi mahdollista katsoa kuuluvan direktiivin sopimusoikeuteen liittyvän poikkeuksen alaan (ks. tästä 2005/29/EY: 3 (2) Art. ja johdanto 9). Yleisenä periaatteena on tosin jo aiemmin ollut, että mikäli ehto on kuluttajalle epäsuotuisa, sen tulisi olla selvästi havaittavissa ja kauppiaan tulisi tiedottaa siitä riittävästi ja selkeästi etukäteen, jotta se voisi tulla voimaan kuluttajasopimuksessa (ks. yleisesti esim. Hemmo 2003:162–170). Samoin myös kohtuuttomuusdirektiivin 1993/13/ETY johdannossa todetaan kaikkia kuluttajasopimuksia koskien, että kuluttajalla tulee olla tosiasiallinen mahdollisuus tutustua sopimusehtoihin etukäteen. Lisäksi sanotun direktiivin 1993/13/ETY ohjeellisessa kiellettyjen ehtojen liitteessä kohtuuttomana pidetään kuluttajan sitomista peruuttamattomasti ehtoihin, joihin hänellä ei ole ollut mahdollisuutta tutustua etukäteen. (1993/13/ETY: johdanto ja 1993/13/ETY 3 Art. liite kohta i). Joka tapauksessa verkkokauppaa koskien sähköisen kaupankäynnin direktiivin pohjalta jo edellytetään, että elinkeinonharjoittaja antaa kuluttajalle ennen sopimuksen solmimista ehdot sellaisessa muodossa, että hän voi ne itse tallentaa (2000/31/EY:10 (3) Art.).

lisenä tietoluokkana on uutta verrattuna harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin. Todennäköisesti sanotussa tietoluokassa on kyse laaja-alaisesta tietokategoriasta koskien lähinnä sopimukseen ja lainsäädäntöön pohjautuvia kuluttajan oikeuksia ja riskejä. Varsinkin kohdassa mainittujen riskien voi katsoa liittyvän pääosin vain sopimuksen alaan, sillä tuotteeseen liittyvät riskit on mainittu arviointikriteerinä jo saman artiklan 1 (b) kohdassa.⁵³⁶ Huomionarvoista tässä kohdan 1 (g) säännöksessä on, että siinä viitataan kuluttajan oikeuksiin kuluttaja-kauppadirektiivin 1999/44/EY pohjalta, joka keskittyy tuotteen sopimuksenmuokaisuuteen liittyviin kysymyksiin. Tällä korostetaan lähinnä sitä, että säännös kattaa direktiivin soveltamisalan mukaisesti myös sopimuksen syntymisen jälkeisessä vaiheessa kuluttajalla olevat oikeudet⁵³⁷. Yleisesti kuluttajan oikeuksien osalta tietoluokan voi katsoa osittain sivuavan myös eräitä liitteessä I sopimattomiksi määriteltyjä kaupallisia menettelyjä⁵³⁸.

Käytännössä sekä kuluttajan oikeuksien vähättelyn että liiallisen korostamisen voi katsoa kuuluvan puheena olevan artiklan kohdan alaan. Oikeuksien ja riskien vähättelyn merkitystä kuluttajan käyttäytymisen mahdolliseen vääristämiseen voidaan pitää melko selvänä. Näiltä osin säännöstä voi pitää hyödyllisenä erityisesti sopimuksen syntymisen jälkeisissä tilanteissa (joita harhaanjohtavaa mainontaa koskeva direktiivi ei koskenut), sillä luotettavan kuluttajan oikeuksia koskevan tiedottamisen merkitys korostuu usein juuri riitatilanteissa.⁵³⁹ Säännöksellä voidaan katsoa tukevan monissa verkkokauppaan liittyvissä direktiiveissä elinkeinonharjoittajalle asetettua velvollisuutta ilmoittaa kuluttajalle hänen oikeutensa⁵⁴⁰. Kuluttajalle myönnettyjen oikeuksien liiallinen korostaminen voi verkko-kaupassa puolestaan siirtää harhaanjohtavasti huomiota pois tuotteen muista ominaisuuksista. Runsas oikeuksien korostaminen voi myös esimerkiksi luoda sellaisen käsityksen, että kyseiset oikeudet ovat ainoastaan tarjoajakohdaisia, vaikka kyseisten oikeuksien tarjoaminen olisi yleistä elinkeinonharjoittajan toimialalla.

Kaikkiaan puheena olevan säännöksen nojalla elinkeinonharjoittajan antamaa virheellistä tietoa kuluttajan oikeuksista ja niiden soveltamisesta voidaan pitää harhaanjohtavana, mikäli se on omiaan vaikuttamaan kuluttajan kaupalliseen rat-

⁵³⁶ Ks. 2005/29/EY:6 (1b) Art. ja Howells ym. 2006:144.

⁵³⁷ Esim. Howells ym. 2006:144.

⁵³⁸ Liitteessä I määritellään kaikissa tilanteissa sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi esimerkiksi lainsäädännössä kuluttajalle annettujen oikeuksien esittäminen elinkeinonharjoittajan tarjouksen omaisena piirteenä (2005/29/EY:liite I kohta 10).

⁵³⁹ Ks. myös Willett 2010:253–254.

⁵⁴⁰ Ks. esim. peruutusoikeutta koskien 1997/7/EY:6 Art.

kaisuun, vaikka oikeaa tietoa olisikin saatavissa esim. sopimusehdoista⁵⁴¹. Toisin sanoen elinkeinonharjoittajan kaupallista menettelyä tulee myös näiltäkin osin arvioida direktiivin pohjalta kokonaisuutena.

4.2 Asiayhteydessä harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt

Direktiivin kuudennen artiklan toinen kohta koskee kaupallisia menettelyjä, jotka asiayhteydessään ovat omiaan harhaanjohtamaan keskivertokuluttajaa ja siten saamaan hänet tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän ei olisi muuten tehnyt ja joihin liittyy säännöksen alakohdissa mainittuja seikkoja⁵⁴². Säännöksellä on todennäköisesti pyritty kattamaan sellaiset harhaanjohtavana pidettävissä olevat kaupalliset menettelyt, joihin ei liity direktiivin ensimmäisessä alakohdassa käsiteltyjä harhaanjohtavia ominaisuuksia⁵⁴³. Näiden molempien harhaanjohtavien menettelyjen luokkien (harhaanjohtaviin ominaisuuksiin pohjautuvien sekä asiayhteydessä harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen) voi kuitenkin katsoa määritelmiensä perusteella olevan osittain päällekkäisiä, koska molemmat pääluokat on määritelty direktiivissä melko laajasti⁵⁴⁴. Lisäksi asiayhteydessä harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt ovat määritelmänsä perusteella osittain päällekkäisiä myös puheena olevan direktiivin seitsemännessä artiklassa määriteltyjen harhaanjohtavien mainitsematta jättämisten kanssa, joiden määritelmässä myös viitataan asiayhteydessä harhaanjohtavuuteen⁵⁴⁵.

Kuudennen artiklan mukaiset asiayhteydessä harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt liittyvät vain kahteen tilanteeseen. Tällainen on ensinnäkin markkinointi, joka aiheuttaa sekaannusta kilpailijan tunnusten kanssa sekä toisena muotona sellaisten

⁵⁴¹ Ks. myös esim. Willett 2007:88. Vrt. Howells ym. (2006:144), jotka puolestaan katsovat, että myös harhaanjohtava tieto kuluttajan kannalta merkityksettömistäkin oikeuksista ja riskeistä kuuluisivat tämän kategorian alle. Näiltä osin kyse voisi katsoa olevan lähinnä sellaisista yleisesti merkitsemättömistä oikeuksista ja riskeistä, jotka voisivat kuitenkin olla omiaan jossain tilanteessa vaikuttamaan kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun.

⁵⁴² 2005/29/EY: 6 Art.

⁵⁴³ Radeideh 2005:270.

⁵⁴⁴ Ks. 2005/29/EY 6 (1) ja (2) Art. sekä myös Radeideh 2005:270. Esimerkiksi Saksassa on direktiiviä toimeenpantaessa katsottu, että näissä kohdissa ei ole sisällöllistä eroa, minkä vuoksi niitä ei käsitellä UWG:ssä erillisinä harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn luokkina (Gesetzentwurf 16/10145:23 ja ks. myös § 5 (1) UWG). Suomessa puolestaan näistä kohtaan kuuluvista kahdesta kaupallisesta menettelystä on erillisenä ”sekaannuksen vaara” -pykälänä toimeenpantu ensimmäinen alakohta. Toinen alakohta on sen sijaan toimeenpantu muiden harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen tietoluokkien yhteydessä. (Ks. KSL 2:5 § ja 2:6(8) § sekä HE 32/2008:23 ja 25).

⁵⁴⁵ Ks. 2005/29/EY: 6 (2) Art. ja 7 Art. sekä myös Radeideh 2005:270–271.

käytännesääntöjen noudattamisen laiminlyönti, joita elinkeinonharjoittaja on sitoutunut noudattamaan. Molempiin luokkiin ja varsinkin ensin mainittuun, voi katsoa liittyvän enemmän elinkeinonharjoittajien intressejä, kuin kuudennen artiklan ensimmäisessä artiklassa lueteltuihin tietoluokkiin. Seuraavaksi perehdytään kyseisiin kaupallisiin menettelyihin hieman tarkemmin.

4.2.1 *Sekaannusta kilpailijoiden tunnusten kanssa aiheuttava markkinointi*

Tutkimuksen kohteena olevan direktiivin kuudennen artiklan kohdassa 2 (a) määritetään harhaanjohtavaksi sellainen tuotteen markkinointi, joka ”aiheuttaa sekaannusta kilpailijan tuotteiden, tavaramerkkien, kauppanimitysten ja muiden erottavien tunnusten kanssa” ja saa todennäköisesti keskivertokuluttajan tekemään kaupallisen ratkaisu, jota hän ei olisi muuten tehnyt⁵⁴⁶. Säännöstä selventää se, että direktiivin johdannon mukaan: ”direktiivillä ei pyritä supistamaan kuluttajan valinnanmahdollisuutta kieltämällä muiden tuotteiden kanssa samannäköisten tuotteiden myynninedistäminen, paitsi jos samannäköisyys aiheuttaa kuluttajissa sekaannusta tuotteen kaupallisen alkuperän suhteen”⁵⁴⁷. Käytännössä tällainen em. artiklan 2 (a) kohdassa käsitelty sekaannusta aiheuttava tieto voi olla usein tosiasiallisesti virheetöntä⁵⁴⁸. Laajasti tulkittuna säännöksessä tarkoitettu sekaannus voi aiheutua mm. kilpailijan, kilpailevan tuotteen tai kilpailijan markkinoinnin jäljittelystä. Tuotteen markkinoinnin jäljittelyä voi olla esim. samankaltaisen markkinointisivuston luomisesta tuotteille kuin kilpailijalla käyttäen esim. kilpailijan kanssa keskenään samanlaisia tyyliä, värejä, kuvioita, kirjasimia ja tekstejä. Säännöksen tavoitteena on käytännössä estää tuotteen alkuperää koskevan sekaannuksen lisäksi sellaisen vaikutelman luominen markkinoinnissa, että jäljitelmän ja jäljitellyn tuotteen ero piilee ainoastaan hinnassa⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ 2005/29/EY: 6 (2 a) Art.

⁵⁴⁷ 2005/29/EY: johdanto 14. Säännöksen voi katsoa pohjautuvan harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevan direktiivin säännökseen 3a (d) Art. ja edelleen 2006/114/EY: 4 (h) Art.. Tutkimuksen kohteena olevan direktiivin näkökulmaa voi pitää sallivampana kuin harhaanjohtavan ja vertailevan mainonnan direktiivin näkökulmaa, jonka mukaan vertailevassa mainonnassa ei saa myöskään lainkaan esittää ”tavaroita tai palveluja sellaisten tavaroiden tai palvelujen jäljitelminä tai toisintoina, joilla on suojattu tavaramerkki tai kaupallinen nimi;”(1997/55/EY:3a (h) Art. ja edelleen 2006/114/EY: 4 (g) Art. sekä Gangjee & Burrell 2010:293 ja alaviite 57).

⁵⁴⁸ Ks. myös SEC (2009) 1666:36.

⁵⁴⁹ SEC (2009) 1666:37.

Säännöksellä laajennetaan aiemmin vertailevaan mainontaan liittynyt sekaannuksen vaaraa koskeva sääntely kaikkeen kuluttajille kohdistettuun mainontaan⁵⁵⁰. Sen sijaan muun vertailevan mainonnan osalta tilanne säilyy käytännössä ennallaan. Tällaiseen mainontaan sovelletaan harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevaan direktiiviin pohjautuvien säännöksiä lisäksi usein kilpailuoikeuden ja immateriaalioikeuden alaan kuuluvia säännöksiä. Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi koskee puolestaan, kuten aiemmin on todettu, kuluttajansuojaan liittyviä kysymyksiä, joissa tavoitteet ja arvot ovat erilaiset kuin lähinnä elinkeinonharjoittajien välistä vilpillistä kilpailua koskevissa normeissa.⁵⁵¹ Kirjallisuudessa onkin esitetty, että tutkimuksen kohteena olevan säännöksen tavoitteena lienee pääasiassa vain osoittaa, että direktiivin pohjalta ei estetä vertailua markkinoinnissa, mikäli se ei ole omiaan aiheuttamaan kuluttajalle kaupalliseen ratkaisuun vaikuttavaa sekaannusta⁵⁵².

4.2.2 *Käytännesääntöihin sitoutuminen*

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa direktiivissä pyritään, jos ei edistämään, kuten esim. sähköisen kaupankäynnin direktiivissä⁵⁵³, niin ainakin olemaan estämättä käytännesääntöjen⁵⁵⁴ käyttöä Euroopassa, jossa niillä ei tois-
taiseksi ole ollut kovin huomattavaa merkitystä Englantia, Irlantia ja Alankomaita lukuun ottamatta⁵⁵⁵. Toisaalta käytännesäännöillä yleensäkin voi katsoa olevan

⁵⁵⁰ Ks. esimerkiksi Suomessa toimeenpantua säännöstä koskien HE 32/2008:23 ja myös Herler 2010:44.

⁵⁵¹ Ks. Wadlow 2007:184–189. Vrt. Marsland 2007:194 ja 199–200.

⁵⁵² Ks. Howells ym. 2006: 145–146, Abbamonte 2007:17 ja vastaavasti Koivumäki & Häkkänen 2010:41.

⁵⁵³ 2000/31/EY:16 Art. Tällaista ns. pehmeän sääntelyn (engl. soft law) käyttöä on EU:ssa pyritty vaihtelevassa määrin edistämään jo 1980-luvulta alkaen mm. toimintaohjelmien ja direktiivien avulla (ks. esim. Howells ym. 2006:199–202 ja myös de Schutter 2008:232–235).

⁵⁵⁴ Direktiivissä käytännesäännöillä tarkoitetaan: ”sopimusta tai jäsenvaltioiden laeista, asetuksista ja hallinnollisista määräyksistä riippumatonta sääntöä, joka määrittelee niiden elinkeinonharjoittajien käyttäytymisen, jotka sitoutuvat noudattamaan sääntöä yhden tai useamman erityisen kaupallisen menettelyn tai liiketoiminnan alan osalta” (2005/29/EY: 2 (f) Art. ja ks. käytännesäännöistä myös yleisesti Schulze & Schulte-Nölke 2003:21, 23 ja 40–41). Täten määritelmän tarkoituksena lienee, että sen ulkopuolelle jäävät esim. pääasiassa muut kuin yksityisten tahojen keskenään sopimat säännöt, vaikkakaan kovin tiukkarajaisista määritelmää ei tässä suhteessa liene tarkoitettu käytettävän (ks. tarkemmin Howells ym. 2006:204–205). Muita kuin direktiivin 2 (f) ja 6 (2b) artiklan määritelmät täyttävien käytännesääntösitoutusten rikkomuksia lienee mahdollista käsitellä yleisesti esim. direktiivin 5 ja 6 (1) artiklojen perusteella sopimattomana tai harhaanjohtavana kaupallisena menettelynä (Howells ym. 2006:205 ja 210).

⁵⁵⁵ Schulze & Schulte-Nölke 2003:103 ja esim. Weatherill 2003:2 ja 6 sekä Keirsbilck 2009:532 ja alaviite 211. Esimerkiksi Suomessa mainonnan itsesääntely on keskittynyt pääosin keskuskauppakamarissa toimivan mainonnan eettisen neuvoston kansainvälisen kauppakamarin

muissakin jäsenvaltioissa, kuten aiemmin on todettu, merkitystä sen osoittamisessa, mitä pidetään huolellisena ammatinharjoittamisena, jonka puutetta direktiivissä pidetään yhtenä sopimattoman kaupallisen menettelyn piirteistä. Vaikkakin tällöin on huomioitava, että direktiivissä lähtökohtana on kohtuudella odotettavissa oleva huolellisen ammatinharjoittamisen taso. Käytännesäännöt saattavat usein ylittää tämän tason⁵⁵⁶. Toisaalta on myös huomattava, että puheena oleva direktiivi myös rajoittaa käytännesääntöjen sisällöllisiä mahdollisuuksia, koska käytännesääntöjen säännöksien ei tule olla ristiriidassa direktiivin kanssa sen soveltamisalueella⁵⁵⁷. Joka tapauksessa pyrkimys olla asettamatta esteitä käytännesääntöjen ylläpitäjien suorittamalle valvonnalle ja tätä kautta myös niiden käytölle käy direktiivissä ilmi ”käytännesäännöt” -otsikon alaisessa artikkelissa 10, jossa tämä todetaan direktiivin osalta. Säännös on asiallisesti samansisältöinen, kuin direktiivin 1984/450/ETY viides artikla, joten tästäkään syystä tällä säännöksellä ei juurikaan liene tosiasiallista vaikutusta jäsenvaltioiden sääntelyyn⁵⁵⁸.

Vaikka direktiivissä tarkoitetut käytännesäännöt ovat elinkeinonharjoittajalle vapaaehtoisia, niihin sitoutuminen luo kuluttajalle vaikutelman luotettavuudesta⁵⁵⁹. Tähän liittyen direktiivin kuudennessa (2b) artikkelissa määritellään direktiiviin 1984/450/ETY nähden uudeksi harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn muodoksi elinkeinonharjoittajalta jättää noudattamatta sellaisia käytännesääntöihin sisältyviä sitoumuksia, joita hän on sitoutunut noudattamaan. Edellytyksenä säännöksessä on kaupalliseen ratkaisuun vaikuttamisen lisäksi luonnollisesti se, että elinkeinonharjoittaja ilmoittaa kaupallisen menettelyn yhteydessä noudattavansa kyseisiä sitoumuksia. Lisäksi edellytetään, että sitoumus ei ole ”pyrkimysluonteinen vaan vakaa ja todennettavissa oleva”⁵⁶⁰. On esitetty, että tässä voi kielenkäyttöön

markkinoinnin perussääntöjen ja osin omien periaatteidensa pohjalta antamiin suosituksiin siitä, onko mainonta eettisesti hyväksyttävää (HE 32/2008:12 ks. myös Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:13). Saksassa käytännesääntöjen käytön vähäisyyden on puolestaan katsottu johtuneen UWG - lain myötä vuonna 1896 alkaneesta mainonnan tiukasta sääntelystä. 1970-luvulta alkaen kuitenkin myös Saksassa on kehitetty alakohtaisia itsesääntelysääntöjä. Sittemmin myös kansainvälisen kauppakamarin markkinoinnin perussäännöillä ja ZAW:in (Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft) alakohtaisilla itsesääntelysäännöksillä on ollut merkitystä markkinoinnin sääntelyssä. (Ks. esim. Kolmsee 2008:45–47 ja myös Tews & Bokel 2009:30).

⁵⁵⁶ Howells ym. 2006:213 ja 2005/29/EY: 2 (h) Art.

⁵⁵⁷ Büllesbach 2008:46.

⁵⁵⁸ Tosin esimerkiksi Englannissa, jossa käytännesäännöillä on perinteisesti ollut merkitystä, myös direktiivin toimeenpanevaan säädökseen otettiin artiklaan 10 pohjautuva nimenomainen säännös, jolla kielletään kohtuuttomia kaupallisia menettelyjä sisältävien käytännesääntöjen edistäminen (SI 2008 No. 1277: Regulation 4 ja DTI 2005:19 sekä ks. myös 2005/29/EY:10 Art.).

⁵⁵⁹ Radeideh 2005:270.

⁵⁶⁰ 2005/29/EY:6 (2b) Art. Saksassa ja Suomessa artiklan toimeenpanoa voi pitää osin puutteellisenä, koska niistä puuttuu selkeä viittaus direktiivissä edellytetyyn vakaaseen ja todennetta-

liittyvien vaatimuksien osalta piillä porsaanreikä, koska usein käytännesäännöt on muotoiltu hieman epämääräisesti, esim. käyttäen juuri pyrkimysluonteisia termejä⁵⁶¹. Toisaalta voi olla, että sellaisen sitoumuksen hyödyntäminen kaupallisessa viestinnässä, joka ei ole ”vakaa ja todennettavissa oleva” voi jo sellaisenaan täyttää harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn kriteerit⁵⁶². Elinkeinonharjoittajan sitoutumisen määritelmän mahdollista epäselvyyttä on kuitenkin omiaan vähentämään se, että direktiivin liitteen I ensimmäisessä kohdassa pidetään aina sopimattomana tilannetta, jossa elinkeinonharjoittaja esittää perättömän väitteen käytännesääntöjen allekirjoittamisesta sekä luotettavuus- tai laatumerkinnän esittämistä ilman tarvittavaa lupaa⁵⁶³.

Säännöksen nojalla ongelmallisena voi pitää tilannetta, jossa kuluttaja ei ole saanut tietoa elinkeinonharjoittajan suorittamasta sitoumuksen peruuntumisesta. Esimerkiksi Internetissä vanhentunut käytännesääntöjä koskeva tieto saattaa säilyä palvelimilla pitkään muistissa. Kyseenalaista on, voiko tällaiseen tietoon vedota todennettavissa olevana sitoumuksena. Sanotussa artiklassa viitataan harhaanjohtamisen osalta toisaalta asiayhteyteen ja siihen liittyviin kaikkiin seikkoihin ja olosuhteisiin⁵⁶⁴. Tähän liittyen voisi katsoa, että säännöksessä käytännesääntöihin sitoutumisen osoittamisen osalta edellytettäisiin elinkeinonharjoittajalta tarkoituksellista harhaanjohtamista. Täten luultavaa on, että säännöksessä ei tarkoiteta asettaa tässä suhteessa elinkeinonharjoittajille ns. ankaraa vastuuta. Käytännesääntöjen noudattamatta jättämistä ei tältä pohjalta voine siten pitää sopimattomana kaupallisena menettelynä tällaisessa vanhentuneiden tietojen tapauksessa, mikäli kyse ei ole tarkoituksellisesta harhaanjohtamisesta.⁵⁶⁵ Tähän vaikuttaa myös se, että joka tapauksessa em. liitteen I ensimmäisen kohdan ankaran vastuun sisältävä säännös rajaa artiklan soveltamisalaa. Luultavaa täten onkin, kuten edellä on todettu, että puheena olevan kuudennen artiklan säännös koskenee vain tilanteita, joissa elinkeinonharjoittaja tarkoituksellisesti jättää noudattamatta käytännesääntöjä, joihin ilmoittaa sitoutuneensa edellyttäen, että tämä on omiaan

vissa olevaan elinkeinonharjoittajan sitoutumiseen käytännesääntöihin (ks. Saksan osalta § 5 (1)(6) UWG ja Gesetzentwurf 16/10145:24 sekä Keirsbilck 2009:520 ja 560 sekä Suomen osalta KSL 2:6(8) §). Kuluttajan kannalta toki Saksassa ja Suomessa toimeenpantua muotoa voi pitää hyödyllisempänä, koska tällöin huomio ei kiinnity samassa mitassa sitoutumisen muotoon.

⁵⁶¹ Barron 2009:292–293.

⁵⁶² Kocher 2008:77.

⁵⁶³ 2005/29/EY:liite I kohdat 1 ja 2. Lisäksi liitteessä määritellään sopimattomaksi myös perätön väite jonka mukaan julkinen tai muu taho on hyväksynyt käytännesäännöt (2005/29/EY:liite I kohta 3).

⁵⁶⁴ 2005/29/EY:6 (2) Art.

⁵⁶⁵ Ks. Barron 2009:291–292.

johtamaan keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun⁵⁶⁶. Tällainen tilanne voisi syntyä esimerkiksi silloin, jos kuluttaja päätyy kaupalliseen ratkaisuun siinä uskossa, että elinkeinonharjoittaja noudattaa ilmoittamiaan käytännesääntöjä⁵⁶⁷. Säännöksen perusteella elinkeinonharjoittajat ovat siis vapaat päättämään sitoutuvatko he noudattamaan käytännesääntöjä vai eivät, mutta sitouduttuaan noudattamaan käytännesääntöjä, eivät voi tarkoituksellisesti johtaa harhaan kuluttajia jättämällä noudattamasta niitä edellyttäen, että menettely on omiaan vaikuttamaan kuluttajien kaupallisiin ratkaisuihin⁵⁶⁸.

Kaikkiaan kuudennen artiklan kohdan 2 (b) säännöstä voi pitää kuluttajien kannalta hyödyllisenä tilanteissa, joissa käytännesäännöt ylittävät lainsäädännön vaatimustason⁵⁶⁹. Käytännesääntöjä tukevat säännökset hyödyttävät luonnollisesti eniten niiden jäsenvaltioiden kuluttajia, joissa käytännesäännöillä on entuudestaan ollut huomattavaa merkitystä kaupallisten menettelyjen sääntelyssä⁵⁷⁰.

4.3 Yhteenveto

Direktiivissä 2005/29/EY harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt on jaettu harhaanjohtaviin toimiin ja harhaanjohtaviin mainitsematta jättämissiin. Näistä harhaanjohtavien toimien määritelmä pohjautuu suurelta osin harhaanjohtavan mainonnan määritelmään direktiivin edeltäjässä, harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä 1984/450/ETY. Harhaanjohtavat toimet on määritelty direktiivin 2005/29/EY kuudennessa artiklassa. Harhaanjohtavat toimet voi katsoa kyseisessä artiklassa jaetun kahteen luokkaan: harhaanjohtavien ominaisuuksien vuoksi harhaanjohtaviin ja asiayhteydessään harhaanjohtaviin menettelyihin. Harhaanjohtavien ominaisuuksien vuoksi harhaanjohtavat menettelyt on edelleen jaettu artiklassa kahteen luokkaan: totuudenvastaisiin sekä harhauttaviin menettelyihin. Direktiivissä on lisäksi lueteltu tietoluokkia, kuten edeltäjässäänkin, joita koskevan tiedon harhaanjohtavuuteen kyseinen määritelmä liittyy. Asiayhteydessä harhaanjohtavat menettelyt on puolestaan määritelty vain kahden tietoluokan kautta: sekaannusta kilpailijoiden tunnusten kanssa aiheuttava markkinointi ja käytännesääntöjen noudattamatta jättäminen. Kaikkiaan edellytyksenä kaupallisen menettelyn harhaanjohtavuudelle on lisäksi, että menettely on omiaan saamaan keski-

⁵⁶⁶ Ks. Howells ym. 2006:207–208.

⁵⁶⁷ Wiczorek-Schwarz 2010:104.

⁵⁶⁸ Ks. yleisesti Geerts & Vollebregt 2009:29.

⁵⁶⁹ Abbamonte 2007:30.

⁵⁷⁰ Barron 2009:302–303.

vertokuluttajan tekemään sellaisen kaupallisen ratkaisun, jota hän ei olisi muuten tehnyt.

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin määritelmä on harhaanjohtamisen osalta samankaltainen kuin edeltäjässäänkin, harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä 1984/450/ETY. Edeltäjänsä nähden määritelmää selkeyttävänä, mutta sisällöltään lähes kosmeettisena muutoksena voi pitää sitä, että direktiivissä totuuden vastaisten kaupallisten menettelyjen kielto on tuotu selkeämmin osaksi harhaanjohtavia toimia. Lisäksi harhauttavat kaupalliset menettelyt on määritelty yleisellä tasolla laajemmin kuin direktiivissä 1984/450/ETY. Tämän voi katsoa olevan omiaan vaikuttamaan yhtenäistävästi harhaanjohtavien toimien arviointiin. Harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen määritelmä sisältää myös nimellisesti uuden harhaanjohtavan tiedon luokan, asiayhteydessä harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt, jonka toinen alaluokka tosin on osin tuttu harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevasta direktiivistä.⁵⁷¹ Kaikissa jäsenvaltioissa, kuten Saksassa ja osin Suomessa, ei ole katsottu em. pääluokan sisällöllisesti eroavan harhaanjohtavia ominaisuuksia sisältävistä kaupallisista menettelyistä, minkä vuoksi niitä ei ole siellä katsottu tarpeelliseksi toimeenpanna erillisinä luokkina.

Kuten todettua, harhaanjohtavia toimia käsittelevä artikla sisältää myös useampi-kohtaisen harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen arviointiluettelon, samankaltaisesti kuin edeltäjänsä direktiivi 1984/450/ETY. Tätä laaja-alaista luetteloa voi ehkä pitää artiklan huomattavampana piirteenä. Luettelon rooli suhteessa säännöksessä esiintuotuun harhaanjohtavien toimien määritelmään on kuitenkin jäänyt artiklassa epäselväksi. Keskeinen kysymys liittyy siihen, onko artiklassa lueteltu tyhjentävästi seikat, joita koskien kaupallisen menettelyn harhaanjohtavuutta tulisi arvioida. Tutkimuksen kohteena olevissa jäsenvaltioissa lainsäätäjät ovat päätyneet tässä suhteessa erilaisiin näkemyksiin⁵⁷². Tämä heijastuu myös tarkkuuteen, jolla luettelo on jäsenvaltioissa toimeenpanttu. Saksassa ja varsinkin Suomessa, jossa luetteloa pidetään esimerkinomaisena, luettelon toimeenpanossa on noudatettu melko suurpiirteistä linjaa. Sitä on mm. täydennetty direktiivin toimeenpaneavassa lainsäädännössä säännöksen ulkopuolisilla uusilla seikoilla. Direktiivin maksimiharmonisointitavoitteisiin nähden tällaista menettelyä voisi pitää

⁵⁷¹ Ks. 1984/450/ETY:2 (2) Art. ja 3 Art. ja 1997/55/EY:3a (d) Art. ja edelleen 2006/114/EY: 2 (b) Art., 3 Art. ja 4 (h) Art.

⁵⁷² Englannissa on tulkittu luettelo tyhjentäväksi, Saksassa ja Suomessa esimerkinomaiseksi artiklan soveltamisalueen kuvaukseksi (ks. Englannin osalta DTI 2005:33, Saksan osalta Gesetzentwurf 16/10145:23 ja ks. myös esim. Ekey 2009:85 sekä Suomen osalta KSL 2:6 §, HE 32/2008:24–25 ja Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:26).

hieman kyseenalaisena ratkaisuna erityisesti, mikäli luettelo olisi tarkoitettu täysin kattavaksi artiklan soveltamisalueen kuvaukseksi. Tässä tutkimuksessa kuitenkin kannatetaan varovaisesti puheena olevan artiklan kielellisen ulkoasun ja direktiivin rakenteen pohjalta myös kirjallisuudessa esitettyä näkemystä, että direktiivin luettelo on tarkoitettu esimerkinomaiseksi, ei-tyhjentäväksi artiklan soveltamisalueen kuvaukseksi.

Luettelon luonteesta riippumatta sen laaja-alaisuus on joka tapauksessa kuitenkin omiaan jossain määrin yhtenäistämään näiltä osin harhaanjohtavien toimien sääntelyä ja tukemaan jäsenvaltioissa toimivia elinkeinonharjoittajia varautumisessa huolelliseen tiedonantoon kaupallisia menettelyitä ja yleensäkin direktiivissä mainittuja tietoluokkia koskien⁵⁷³. Tämä vaikutus pohjautunee lähinnä direktiivin maksimiharmonisointiluonteesta johtuvaan luettelon kasvaneeseen painoarvoon direktiivin edeltäjään verrattuna. Tämä näkyy myös siinä, että se on jokaisessa kolmessa tutkimuksen kohteena olevassa jäsenvaltiossa jossain muodossa toimeenpantu kansallisessa lainsäädännössä. Näin on myös Suomessa, jossa ei harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin pohjalta katsottu tarpeelliseksi toimeenpanna kyseisen direktiivin esimerkinomaista harhaanjohtavien piirteiden arviointiluettelo lainsäädännössä. Ylipäänsä tällaisten arviointiseikkojen sisällyttämisen lainsäädäntöön, esimerkinomaisenakin, voi katsoa olevan omiaan lisäämään toimijoiden oikeusvarmuutta.

Puheena oleva luettelo koostuu, kuten edellä on todettu, seikoista, jotka ovat suurelta osin samankaltaisia kuin harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä 1984/450/ETY esiintuodussa harhaanjohtavan mainonnan arviointiperusteiden luettelossa⁵⁷⁴. Luettelo on täydennetty edeltäjänsä verrattuna lähinnä tuotteen olemassaoloon ja luonteeseen, myyntiprosessiin ja sitoumuksiin, tuotteen huoltoon ja kuluttajaoikeuksiin sekä riskeihin liittyvillä seikoilla⁵⁷⁵. Luettelo sisältää lisäksi useita monimerkityksellisiä ja myös päällekkäin tulkittavissa olevia arviointiseikkoja, jotka ovat sovellettavissa muualla direktiivissä yksityiskohtaisemmin kiellettyihin menettelyihin kuten esim. piilo- ja täkymainontaan. Näiltä osin säännöksillä lienee lähinnä tukirooli suhteessa direktiivin yksityiskohtaisempiin säännöksiin.

Rajat ylittävän kuluttajaverkkokaupan kannalta direktiivin kuudennen artiklan tuoma merkittävin muutos on ehkä harhaanjohtavien toimien arviointiperusteiden

⁵⁷³ Samankaltaisesti Svensson ym. 2010:306.

⁵⁷⁴ Ks. 1984/450/ETY:3 Art. ja edelleen 2006/114/EY:3 Art. sekä 2005/29/EY:6 Art. ja ks. myös de Groot & de Vulder 2007:33.

⁵⁷⁵ Ks. 2005/29/EY:6 (1) Art.

tarkentaminen ja merkityksen kasvaminen verrattuna aiempaan yhteisön tason sääntelyyn. Tätä voi sinänsä pitää hyödyllisenä kuluttajaverkkokaupan osapuolten kannalta. Harhaanjohtavien toimien arviointiseikkojen luettelon osalta muutos ei ole sisällöllisesti kovin suuri, sillä kuten todettua, luettelo muistuttaa suurelta osin direktiivin edeltäjän vastaavankaltaista luetteloa. Verkkokaupan kannalta tervetulleina voi pitää luettelon sisältämiä uusia tietoluokkia, kuten myyntiprosessin luonnetta ja laaja-alaista tuotteen luonnetta koskevaa kriteeriä, jota voi pitää tärkeänä tietoluokkana kaupankäynnissä, jossa kuluttajalla ei ole mahdollisuutta tutustua tuotteeseen etukäteen. Samoin käytäntöihin sitoutumista koskevien säännösten tehostamista voi pitää tärkeänä alueilla, jossa käytäntöjä on entuudestaan eniten käytetty. Harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin nähden uudet kaupallisen menettelyn harhaanjohtavuuden arviointikriteerit eivät kuitenkaan monin paikoin merkitse juurikaan uudenlaista sääntelyä kuluttajaverkkokaupan osalta, sillä monet niistä sijoittuvat suurelta osin alueille, joita koskien on jo olemassa kuluttajaverkkokauppaan liittyviä säännöksiä. Uusia tietoluokkia tärkeämpänä voinee kuitenkin pitää luettelon kasvanutta painoarvoa edeltäjäänsä verrattuna. Näiltä osin näiden uusien, kuten myös muiden arviointikriteerien osalta, merkityksellisempänä voi pitää luettelon kasvaneesta painoarvosta ja direktiivin puiteluonteesta johtuvaa tukea muille kuluttajaverkkokauppaan sovellettavissa oleviin direktiiveihin pohjautuville säännöksille tähän alaan liittyvissä kysymyksissä.

5 HARHAANJOHTAVAT MAINITSEMATTA JÄTTÄMISET

Harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt jakautuvat direktiivissä 2005/29/EY käsitteenä kahteen osaan, harhaanjohtaviin toimiin ja harhaanjohtaviin mainitsematta jättämisiin, kuten edellä on todettu. Direktiivin seitsemäs artikla muodostaa näistä harhaanjohtavien menettelyjen toisen puoliskon, harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset. Kuten aiemmassa luvussa on todettu, raja kuudennen artiklan harhaanjohtavien toimien ja seitsemännen artiklan harhaanjohtavien mainitsematta jättämisen välillä on kuitenkin epämääräinen. Seitsemännessä artiklassa käsiteltävät harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset olisi mahdollista täten tulkita myös pelkiksi ”mainitsematta jättämiseksi”, sillä direktiivin kuudennessa artiklassa käsiteltävien harhaanjohtavien toimien on katsottavissa sisältävän harhaanjohtavia toimia, joihin liittyy lisäksi myös ”mainitsematta jättämisiä”.⁵⁷⁶

Direktiivin seitsemännen artiklan samoin kuin kuudennen artiklan taustalla voi katsoa olevan oletuksen, jonka mukaisesti riittävän informaation ja avoimuuden avulla kuluttaja pystyy tekemään parempia valintoja⁵⁷⁷. Tällainen uusklassisen taloustieteen mukainen tehokkaan kulutuskäyttäytymisen taustaoletus käy seitsemännessä artiklassa ilmi riittävän informaation merkityksen korostamisessa perustellun kaupallisen ratkaisun tekemisessä, johon artiklassa määritellyt harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset liittyvät. Täten artiklan mukaan kaupallista menettelyä pidetään harhaanjohtavana, jos:

”sen asiayhteydessä, kun otetaan huomioon kaikki seikat ja olosuhteet sekä viestintävälineen rajoitukset, jätetään mainitsematta olennaisia tietoja, joita keskivertokuluttaja tarvitsee asiayhteyden mukaan perustellun kaupallisen ratkaisun tekemiseen, ja jos se näin saa tai todennäköisesti saa keskivertokuluttajan tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän ei muuten olisi tehnyt”.⁵⁷⁸

Säännöksessä asetetaan käytännössä ”olennaisia tietoja” koskeva informointivelvollisuus elinkeinonharjoittajille⁵⁷⁹. Tällaisen yleisen ”olennaisia tietoja” koske-

⁵⁷⁶ Ks. Howells ym. 2006:147–148 ja 150. Direktiivin johdannossa katsotaan tarkemmin yksilöimättä tällaisen jaon perustuvan jäsenvaltioiden lakeihin ja käytäntöihin (2005/29/EY:johdanto 14). Tällä viitattaneen Schulzen ja Schulte-Nölken (2003:32) jäsenvaltioiden alaan liittyvää lainsäädäntöä analysoineen tutkimuksen havaintoon, että useassa jäsenvaltiossa elinkeinonharjoittajille oli asetettu informointivelvollisuus käänteisessä muodossa määrittelemällä harhaanjohtavaksi edellytettyjen tietojen mainitsematta jättäminen.

⁵⁷⁷ Ks. Micklitz 2009 b:236.

⁵⁷⁸ 2005/29/EY:7 (1) Art.

⁵⁷⁹ Samansuuntaisesti Wieczorek-Schwarz 2010:107.

van informointivelvollisuuden asettamista verrattuna pelkkään harhaanjohtavan mainonnan kieltoon voi pitää merkittävänä muutoksena kuluttajalainsäädännössä erityisesti niiden valtioiden osalta, joissa tämänkaltaista säännöstä ei ole aiemmin ollut⁵⁸⁰.

Harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset on erillisenä käsitteenä uusi verrattuna harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin. Säännöksen kanssa sisällöltään samoja asioita on kuitenkin aiemmin käsitelty mm. edellä mainitussa harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä 1984/450/ETY harhaanjohtavan mainonnan käsitteen alla.⁵⁸¹ Erillisen mainitsematta jättämisiä koskevan kategorian luomistarvetta on perusteltu lähinnä elinkeinonharjoittajilta vaadittujen, mahdollisesti useaan lakiin sisällytettyjen, markkinointi-informaatiovelvollisuuksien selkeyttämistarpeella⁵⁸². Erillisen kategorian luomisen voi katsoa kuvastavan myös sitä, että yrityksillä ei ole aina riittäviä kannustimia auttaa kuluttajia tekemään perusteltuja päätöksiä ja että kuluttajien oma tiedonhankintakyky ja mahdollisuudet ovat monista syistä johtuen usein rajallisia⁵⁸³. Täten kyseen voi katsoa olevan myös siitä, että yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännössä rationaaliseksi

⁵⁸⁰ Ks. Micklitz 2009 b:235 ja Wellet 2010:255. Pohjoismaiden osalta säännöksen ei ole katsottu tuoneen huomattavaa muutosta sääntelyyn, joskin sanamuodot tulivat selkeämmiksi (Micklitz & Howells 2010:123). Esimerkiksi Suomessa aiemmin nimenomaisesti sopimattomana mainitsematta jättämisenä markkinoinnissa pidettiin sellaista menettelyä, joka ei sisältänyt kuluttajien terveyden ja taloudellisen turvallisuuden kannalta tarpeellisia tietoja. Näistä taloudellisen turvallisuuden kannalta tarpeellisia tietoja tulkittiin melko laajasti kattaen myös tilanteet, joissa kyse oli rationaalisen päätöksenteon kannalta tärkeistä tiedoista vähempiarvoisten tuotteiden (kuten koristepuhelimen osalta tapauksessa MT 1981:12) ostopäätöksissä (Howells ym. 2009:74 ja Micklitz & Howells 2010:124). Edellä mainittu säännös on terveys- ja turvallisuusnäkökohtien osalta direktiivin terveys- ja turvallisuusnäkökohtiin liittyvän poikkeuksen perusteella nykyään toimeenpantuna kuluttajansuojalain harhaanjohtavia mainitsematta jättämisiä koskevassa pykälässä (Ks. 2005/29/EY:3 (4) Art. ja KSL 2:7 §). Englantia koskien DTI (2005:34) puolestaan toteaa, että on yleisesti tunnustettu, että harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset ovat olleet kiellettyjä direktiivin 1984/450/EY toimeenpanneen säännöksen nojalla. Lisäksi Englannissa merkittävässä ASA:n itsesääntelyyn pohjautuvassa CAP Code (British Code of Advertising, Sales Promotion, and Direct Marketing) -säännöstössä on entuudestaan kielletty harhaanjohtava markkinointi mm. tietoa mainitsematta jättämällä (The British Code of Advertising, Sales Promotion, and Direct Marketing: 7 (1) Art. ja ks. myös Howells ym. 2009:72 ja Micklitz & Howells 2010:127 sekä Collins 2010:105). Myöskään Saksan osalta harhaanjohtavan mainitsematta jättämisen sääntelyn ei ole katsottu merkitsevän uudenlaista näkökulmaa entiseen nähden, joskin oikeuskäytännössä on aiemmin painotettu enemmän pääosin mainitsematta jättämisestä aiheutuvaa kokonaisvaikutelmaa (Howells ym. 2009:73–74 ja Micklitz & Howells 2010:125–126 sekä ks. myös Kolmsee 2008:50–51).

⁵⁸¹ Ks. myös Radeideh 2005:270 sekä Howells ym. 2006:164–165. Esimerkiksi yhteisöjen tuomioistuin on katsonut (tapauksessa C-373/1990), että uutena mainostettujen rinnakaistuotujen autojen osalta sen seikan kätkeminen, että autot olivat rekisteröity ennen maahantuontia, oli mahdollisesti direktiivin 1984/450/ETY mukaista harhaanjohtavaa mainontaa.

⁵⁸² Ks. esim. Schulze & Schulte-Nölke 2003: 95–96.

⁵⁸³ Ks. Willett 2010: 254.

määritelty keskivertokuluttaja ei pysty toimimaan määritelmänsä edellyttävällä tavalla ilman oikeutta päätöksenteon kannalta riittäviin tietoihin⁵⁸⁴. Tässä luvussa perehdytään näihin seitsemännessä artiklassa käsiteltyihin harhaanjohtaviin mainitsematta jättämissiin pääosin artiklan mukaisessa järjestyksessä.

5.1 Olennaiset tiedot yleisesti

Elinkeinonharjoittajan intresseissä on välittää mainonnassa tuotteesta yleensä valikoivasti mahdollisimman positiivinen kuva. Voisi ajatella, että suotavaa sen sijaan olisi, että mainonnassa välitettäisiin mahdollisimman tarkat ja laajat tiedot mainostettavasta kohteesta, jolloin kuluttajalla olisi kattavat mahdollisuudet itse arvioida tuotetta. Aina se ei ole kuitenkaan mahdollista eikä ehkä edes toivottavaa. Tähän vaikuttavat ajan ja kustannuksien asettamat rajoitteet ja toisaalta myös kuluttajan mahdollisuudet käsitellä laajoja tietomääriä johdonmukaisella tavalla.⁵⁸⁵ Rungas tietotulva saattaisi olla joissain tilanteissa pikemminkin omiaan hukkuttamaan tärkeän tiedon alle⁵⁸⁶. Sääntelyssä ei ole täten käytännöllistä aina vaatia markkinoinnissa muuta kuin vain oleellisten tietojen antamista. Näin on menetelty, kuten edellä on jo todettu, myös sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin seitsemännessä artiklassa asiayhteydessä perustellun kaupallisen ratkaisun kannalta oleellisten tietojen suhteen. Kaupallisen ratkaisun laajan määritelmän mukaisesti tämä velvoite tosin koskee elinkeinonharjoittajan menettelyjä kaikissa kaupalliseen ratkaisuun vaikuttavissa menettelyissä, kuten esim. jo ennen ostokehotuksen antamista ja myös asiakassuhteen aikana, kuten mm. rek-lamaatiotilanteissa⁵⁸⁷.

Artiklan soveltamisen kannalta keskeinen lähtökohta on se, millaista tietoa voidaan pitää olennaisena, jota keskivertokuluttaja tarvitsee asiayhteyden mukaisen perustellun kaupallisen ratkaisun tekemiseen ja jota siis ei sovi jättää mainitsematta⁵⁸⁸. Toisin sanoen artiklassa vaaditun tiedon tulee olla tärkeää kaupallisen ratkaisun kannalta ja sellaista, että sen antamatta jättäminen olisi omiaan vaikut-

⁵⁸⁴ Ks. myös Micklitz 2008: 95.

⁵⁸⁵ Nehf 2010:108.

⁵⁸⁶ Virtanen 2010:115.

⁵⁸⁷ Ks. 2005/29/EY:2 (k) Art. Artiklassa noudatetun määritelmän voi katsoa olevan laajempi kuin direktiivin valmisteluasiakirjana pidettävissä olevassa ensimmäisessä versioehdotuksessa, jossa harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset rajattiin ennen sopimuksen solmimista koskevien vaiheiden osalta ainoastaan elinkeinonharjoittajan tekemään ostokehotukseen (ks. Kom 2003/356 lopullinen: sivu 27).

⁵⁸⁸ Esim. Büllesbach 2008:27 ja Svensson ym. 2010:307.

tamaan keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun⁵⁸⁹. Kuluttajalle ei täten tarvitse antaa tietoa, jolla ei ole merkitystä kaupallisen ratkaisun kannalta⁵⁹⁰. Ennakolta ei luonnollisestikaan käytännössä ole mahdollista tyhjentävästi selvittää olennaisen tiedon sisältöä, sillä tämän tulkinnanvaraisen käsitteen sisältö vaihtelee tapauskohtaisesti⁵⁹¹. Tähän olennaisen tiedon käsitteeseen vaikuttavat täten esimerkiksi tuote, markkinoinnin kohderyhmä ja käsitys sen oletetusta keskivertokuluttajasta.⁵⁹² Informaatiovelvollisuuden lähtökohtana ovat kuitenkin keskivertokuluttajan informaatiotarpeet⁵⁹³. Olennaisen tiedon määritelmä muodostuu sitä laajemmaksi mitä vähäisempää tietotasoa kohderyhmän keskivertokuluttajalta voi katsoa edellytettävän ja päinvastoin. Kuluttajalle ei kuitenkaan tarvitse antaa tietoja, jotka hän jo entuudestaan tietää, sillä sellaisten tietojen antamatta jättämisellä ei voi katsoa olevan vaikutusta kaupalliseen ratkaisuun⁵⁹⁴. Kuluttajan tietotarpeiden voi katsoa myös vaihtelevan eri vaiheissa kaupallista menettelyä ja yleensäkin eri asiayhteyksissä⁵⁹⁵. Kirjallisuudessa on esitetty, että informaation sisällölle voidaan asettaa korkeammat vaatimukset lähellä sopimussuhdetta ja sen aikana, koska tällöin menettelyn todennäköinen vaikutus kaupalliseen ratkaisuun on myös suurempi kuin esimerkiksi kovin aikaisissa vaiheissa⁵⁹⁶. Vastaavasti elinkeinonharjoittajaa koskevassa yleisessä imagomarkkinoinnissa tiedonantovelvoite on yleensä suppeampi kuin yksilöidymässä tuotekohtaisessa markkinoinnissa⁵⁹⁷. Joka tapauksessa säännöksen pohjalta elinkeinonharjoittajan tulee itse ratkaista, mitkä tiedot ovat kulloinkin olennaisia kuluttajan perustellun päätöksenteon kannalta direktiivin määrittelemissä puitteissa⁵⁹⁸. Tapauksesta riippuen elinkeinon-

⁵⁸⁹ Boesche 2009:187.

⁵⁹⁰ Säännöksen voi katsoa näin tasapainottelevan myös kuluttajan informaatiotarpeiden ja mainostajan informaatiovelvollisuuden kasvattamisen välillä (Kolmsee 2008:51).

⁵⁹¹ Esim. Kolmsee 2008:51, Paloranta 2008:51, Svensson ym. 2010:307 ja Wieczorek-Schwarz 2010:115. Vastaavasti myös direktiivissä todetaan, että olennainen tieto on sidoksissa asiayhteyteen (2005/29/EY:7 (1) Art.).

⁵⁹² Esim. Büllsbach 2008:27–28, Melin 2009:69–70 ja Svensson ym. 2010:307.

⁵⁹³ Vrt. Boesche 2009:189–190. Harhaanjohtavia mainitsematta jättämisistä, kuten muitakin sopimattomaksi määriteltyjä kaupallisia menettelyjä, arvioidaan direktiivin pohjalta kohderyhmänsä keskivertokuluttajan näkökulmasta. Kuten vastaavasti muissakin sopimattomana pidettävissä kaupallisissa menettelyissä sopimattomuuden edellytyksenä on menettelyn vaikutus tai vähintään todennäköinen vaikutus kaupallisen ratkaisun syntymiseen. (Ks. 2005/29/EY:7 (1) Art.). Useissa jäsenvaltioissa, kuten esim. Suomessa, markkinoinnissa annettujen tietojen riittävyyden arvioiminen näistä ehdoista käsin on uutta (ks. esim. HE 32/2008:25). Toisaalta voidaan kuitenkin katsoa, kuten aiemmin on todettu, että useissa valtioissa sama ehto sisältyy menettelyn arvioinnissa hieman eri muodossa olevaan syy-yhteyden vaatimiseen menettelyn ja vahingon välillä (van Dam & Budaite 2007:137).

⁵⁹⁴ Willett 2010:255 ja ks. myös Boesche 2009:189.

⁵⁹⁵ Micklitz & Howells 2010:128.

⁵⁹⁶ Ks. Svensson ym. 2010:308.

⁵⁹⁷ HE 32/2008:25.

⁵⁹⁸ Ks. Svensson ym. 2010:306 ja 318.

harjoittajalle voi tulla velvollisuus hankkia lisää tietoa kuluttajalle annettavaksi, mikäli hänellä ei entuudestaan ole riittävästi tietoa esim. tarjoamistaan tuotteistaan⁵⁹⁹.

Seitsemännen artiklan kahden ensimmäisen kohdan perusteella voi katsoa, että olennaisen tiedon asiayhteysriippuvaisuus on omiaan jättämään lopulta tuomioistuimille huomattavan ratkaisuvallan sen arvioimisessa, mikä tieto kulloisessakin asiayhteydessä on ollut olennaista. Viitteitä olennaisista tietoluokista olisi mahdollisesti saatavilla artiklan neljännessä kohdasta, jossa on lueteltu ostokehottuksen yhteydessä oleellisia tietoluokkia⁶⁰⁰. Kuluttajan informaatiotarpeita laajasti tulkittuna olennaisen tiedon käsitteestä voi muodostua melko kattavat. Tällaisia voivat olla tavaran osalta esimerkiksi tiedot sen käytöstä ja siihen liittyvistä rajoituksista sekä tiedot huollosta ja säilytyksestä, jotta tavara ei kuluisi ennen aikojaan⁶⁰¹. Myös tieto siitä, jos tuotteen valmistus on lopetettu tai jos tavara on käytetty saattavat olla merkittäviä kaupallisen ratkaisun kannalta⁶⁰². Olennaista saattaa olla myös informaatio kuluttajan oikeuksista ja velvollisuuksista sekä niiden soveltamiseen liittyvistä käytännöistä eri liiketoimen vaiheissa. Samankaltaisesti perustellun kaupallisen ratkaisun kannalta olennaisia tietoja voivat olla myös tuotteeseen tai liiketoimeen mahdollisesti liittyvät riskit.⁶⁰³ Verkkokaupan osalta em. liiketoimeen liittyviin riskeihin voisi katsoa kuuluvan verkkosivuston ja maksamisen turvallisuutta koskevat tiedot, joita aiemmilla yhteisön tason säännöksillä ei suoranaisesti veloiteta tarjoamaan. Näitä tietoja kuluttajat ovat verkkokaupan osalta esim. Irlannissa vuonna 2005 tehdyssä kyselytutkimuksessa ja Suomessa 2010 Luottokunnan teettämässä paneelitutkimuksessa lähinnä rajat ylittävän verkkokaupan osalta pitäneet tärkeinä⁶⁰⁴. Olennaisen tiedon määrittelemisen yksittäisissä tapauksissa voi joka tapauksessa aiheuttaa melko vaikeitakin rajanvetoja ja johtaa kansallisesti erilaisiin painotuksiin esim. tuotteen ympäristövaikutuksia koskevien tietojen suhteen⁶⁰⁵. Seuraavaksi käydään läpi säännökseen pohjautuen oleellisen tiedon arviointipiirteitä kaikkia kaupallisia menettelyjä koskien.

⁵⁹⁹ Ks. myös Boesche 2009:189.

⁶⁰⁰ Ks. 2005/29/EY:7 (4) Art. ja Willett 2010:256.

⁶⁰¹ Paloranta 2008:51, Willett 2010:257 ja Virtanen 2010:115–116.

⁶⁰² OFT 2008:34 ja Wieczorek-Schwarz 2010:110.

⁶⁰³ Willett 2010:257–258 ja Virtanen 2010:115.

⁶⁰⁴ Ks. Donnelly & White 2007:286 ja Lehto 2010.

⁶⁰⁵ Collins 2010:106.

5.1.1 *Muihin säännöksiin pohjautuvat tiedot*

Käsityksiin olennaisen tiedon luonteesta vaikuttavat keskeisesti aiemmat olemassa olevat kansalliset säännökset⁶⁰⁶. Myös puheena olevan direktiivin seitsemännen artiklan viidennessä kohdassa säädetään, että yhteisön muussa lainsäädännössä vahvistettuja kaupallista viestintää koskevia tiedotusvaatimuksia pidetään artiklan merkityksessä olennaisina⁶⁰⁷. Käytännössä artiklassa voidaan katsoa täten tuettavan yhteisön muuta kaupallista viestintää koskevia säännöksiä ja mahdollistettavan ainakin rinnakkainen toimeenpanoperuste kyseisten yhteisön säännösten sisältämille tiedotusvaatimuksille⁶⁰⁸. Näiden tunnistamista helpottaa se, että tiedotusvaatimuksia määrittäviä säännöksiä on ei-tyhjentävästi lueteltu seitsemännen artiklan viidennen kohdan mukaisesti direktiivin liitteessä II. Nämä liitteessä lueteltujen artiklojen tiedotusvaatimukset liittyvät laajasti erilaisiin liiketoimiin ja myös eri liiketoimen vaiheisiin.⁶⁰⁹ Verkkokauppaan liittyvät näistä listatuista artikloista esim. etämyyntidirektiivin 4–5 artiklat ja sähköisen kaupankäynnin direktiivin 5–6 artiklat, joissa on säädetty erityisiä sähköiseen kaupankäyntiin liittyviä tiedotusvaatimuksia⁶¹⁰.

Liitteen II sisällöstä käy myös ilmi, että siinä käytännössä yhdistetään sopimusoi-keudellisia informaatiovaatimuksia markkinointiin liittyviin sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin siitä huolimatta, että sopimusoikeutta koskevat säännökset on rajattu direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Tämä on omiaan sumentamaan erilaisten informaatiovaatimusten välistä rajaa.⁶¹¹ Liitteen II ei-tyhjentävästä luonteesta johtuen sen sisältämää listaa säännöksistä tultaneen täydentämään tulevaisuudessa muilla vastaavilla tiedotusvaatimuksia sisältävillä direktiiveillä. Useimmat liitteessä luetelluista direktiiveistä ovat alakohtaisia minimidirektiivejä, joiden pohjalta jäsenvaltiot voivat säätää direktiiviä tiukempia tiedonantovaatimuksia. Monet liitteessä luetellut direktiivit onkin toimeenpantu jäsenvaltioissa keskenään eri tavoin⁶¹². Direktiivin (2005/29/EY) johdannossa kuitenkin todetaan, että artikla koskee ainoastaan vähimmäislausekkeiden mukaan toimeenpantua kansallista lainsäädäntöä⁶¹³. Näitä kyseisten direktiivien vaatimukset ylittäviä tiedotusvaatimuksia säännös ei siis nimenomaisesti koske⁶¹⁴. Sama koskenee

⁶⁰⁶ Howells ym. 2006:151–152.

⁶⁰⁷ 2005/29/EY:7 (5) Art.

⁶⁰⁸ Radeideh 2005:272.

⁶⁰⁹ Micklitz 2008:97.

⁶¹⁰ Ks. 2005/29/EY: 7 (5) Art. ja liite II.

⁶¹¹ Ks. 2005/29/EY: 3 (3) Art. ja liite II sekä Micklitz 2008:97 ja Micklitz & Howells 2010:130.

⁶¹² Esim. Micklitz & Howells 2010:130.

⁶¹³ Ks. 2005/29/EY: johdanto 15.

⁶¹⁴ Ks. 2005/29/EY: johdanto 15.

myös käytännössä muita kuin yhteisön lainsäädäntöön pohjautuvia tiedonantovaatimuksia⁶¹⁵. Tämä rajaus vain minimidirektiivien mukaisesti toimeenpantuihin tiedotusvaatimuksiin liitteen II osalta on omiaan (ehkä tarkoituksellisestikin) luomaan epäsuorasti paineita näiden tiedotusvaatimusten harmonisoinnille⁶¹⁶.

Liitteen II roolia voi pitää muutenkin epäselvänä, sillä direktiivissä ei määritellä siihen sisältyvän yhteisön lainsäädännön tiedonantovelvoitteiden suhdetta direktiivin seitsemännessä artiklassa esitettyihin muihin harhaanjohtavan mainitsematta jättämisen edellytyksiin⁶¹⁷. Tulkinnanvaraisena voi pitää erityisesti sitä, onko liitteessä olennaisiksi määriteltyjen tiedotusvaatimusten rikkominen sellaisenaan tulkittavissa harhaanjohtavaksi mainitsematta jättämiseksi vai edellytetäänkö lisäksi, kuten muunkin artiklan osalta, että menettelyn tulee olla omiaan vaikuttamaan keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Tässä suhteessa on olemassa ristiriitaisia näkemyksiä. Kirjallisuudessa on esimerkiksi esitetty, että yhteisön muun lainsäädännön tiedonantovaatimusten yleisen velvoittavuuden pohjalta olisi katsottavissa, että kyseisissä säännöksissä esitettyjen tiedonantovaatimusten rikkomista ei tarvitsisi tulkita artiklassa 7 esitettyjen kriteerien pohjalta, jotta ne muodostaisivat harhaanjohtavan mainitsematta jättämisen. Toisin sanoen liitteessä II lueteltujen yhteisön lainsäädäntöön sisältyvien tiedonantovaatimusten rikkominen jo sinänsä riittäisi muodostamaan direktiivin pohjalta sopimattoman kaupallisen menettelyn. Tällöin ei edellytettäisi menettelyllä olevan todennäköistä vaikutusta kohderyhmän keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun.⁶¹⁸ Toisaalta kirjallisuudessa on esitetty myös kriittisiä näkemyksiä siitä, että voivatko kaikki liitteessä listatuissa direktiiveissä vaaditut tiedot olla ylipäänsä oleellisia perustellun kaupallisen ratkaisun tekemiselle⁶¹⁹. Todennäköisenä voineekin pitää sitä, että mikäli oleellisiksi määritellyt tiedotusvaatimukset rinnastuvat täysin artiklan oleellisen tiedon käsitteeseen, harhaanjohtavan mainitsematta jättämisen määrittelyä täyttymiseen ei riittäisi sellaisenaan pelkkä oleellisten tietojen mainitsematta jättäminen. Täytyä tulisi myös muut artiklassa mainitut oleellisen tiedon mainitsematta jättämiseen liittyvät edellytykset, kuten menettelyn oletettu vaikutus keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun, jotta kyse olisi harhaanjohtavas-

⁶¹⁵ Howells ym. 2006:158.

⁶¹⁶ Micklitz 2008:97.

⁶¹⁷ Howells ym. 2006:157.

⁶¹⁸ Howells ym. 2006:157 ja ks. myös Tews & Bokel 2009:162. Samankaltaisena, mutta hieman eri tavoin ilmaistuna käsityksenä voisi pitää Ruotsin markkinatuomioistuimen esittämää näkemystä. Sen mukaan liitteessä II oleellisiksi määriteltyjen etämyyntidirektiiviin pohjautuvien tiedonantovaatimusten noudattamatta jättäminen on sellaisenaan tulkittavissa olevan automaattisesti omiaan vaikuttamaan keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun ja siten muodostavan harhaanjohtavan mainitsematta jättämisen (ks. MD 2009:8:5).

⁶¹⁹ Ks. esim. Kolmsee 2008:50

ta mainitsematta jättämisestä. Tätä näkemystä voi katsoa kannatettavan myös mm. Englannissa ja Saksassa, jossa ei lainsäädännössä ole direktiiviä toimeenpan- taessa suoraan viitattu liitteeseen II pohjautuviin säännöksiin, vaan yleisesti yhteisön lainsäädäntöön pohjautuviin vaatimuksiin⁶²⁰. Tosin em. kansallisten toimeenpanotapojen taustalla lienee myös liitteen II ei tyhjentävä luonne⁶²².

5.1.2 *Tiedon muoto ja ajankohta*

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin seitsemännen artiklan toisessa kohdassa laajennetaan harhaanjohtavia mainitsematta jättämisistä koskeva säännös koskemaan myös vajavaisesti tai vaikeaselkoisesti annettua tietoa:

”Harhaanjohtavana mainitsematta jättämisenä, ottaen huomioon 1 kohdassa kuvatut seikat, pidetään myös sitä, jos elinkeinonharjoittaja salaa tai antaa epäselvällä, käsittämättömällä tai moniselitteisellä tavalla tai väärään aikaan kyseisessä kohdassa tarkoitettua olennaista tietoa taikka jättää mainitsematta kaupallisen menettelyn kaupallisen tarkoituksen, ellei se ilmene asiayhteydestä, mikäli jommassakummassa tapauksessa se saa tai todennäköisesti saa keskivertokuluttajan tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän muuten ei olisi tehnyt.”⁶²³

Säännöksen voi katsoa olevan komission näkemyksen taustalla, jonka mukaan direktiivi yleensäkin vastaa siihen behavioristisen taloustieteen havaintoon, että informaation muodolla voi olla keskeinen merkitys informaation ymmärtämiselle

⁶²⁰ Ks. SI 2008 No. 1277: Regulation 6 (3) (b). Esimerkiksi Saksassa viittaus liitteeseen II tapahtuu ainoastaan lain esitöissä (ks. § 5a (4) UWG ja Gesetzentwurf 16/10145:26–27). Suomessa puolestaan viittaus liitteeseen II tapahtuu pelkästään epäsuorasti direktiivin toimeenpanevan lain esitöissä, jossa todetaan epämääräisemmin, että kansalliseen lainsäädäntöön toimeenpan- tuna nämä direktiivin seitsemännen artiklan säännökset täydentävät muihin säännöksiin sisältyviä tiedonantovelvoitteita ja ohimennen viitataan niiden voivan perustua myös muihin kuluttajansuojadirektiiveihin (HE 32/2008:14)

⁶²¹ Myös kirjallisuudessa on esitetty tämän korostavan kyseisten valtioiden lainsäädännössä sitä, että liitteessä II listattujen tiedotusvaatimusten täyttämättä jättäminen ei ole itsestään direktiivin vastaista, mikäli pystytään todistamaan, että sillä ei ole vaikutusta kaupalliseen ratkaisuun (ks. esim. Keirsbilck 2009:512–513, 522 ja 561).

⁶²² Ks. esim. Saksan osalta Tews & Bokel 2009:163–164.

⁶²³ 2005/29/EY:7 (2) Art. Saksan osalta voi pitää epäselvänä ratkaisuna sitä, että siellä ei katsottu tarpeelliseksi toimeenpanna tätä informaation selkeyttä ja oikea-aikaisuutta koskevaa säännöstä, koska lainsäätäjä katsoi hieman kyseenalaisesti sitä koskevien seikkojen sisältyvän jo direktiivin seitsemännen artiklan ensimmäiseen kohtaan, joka Saksassa on toimeenpantu. Täten viittaus informaation selkeyteen ja oikea-aikaisuuteen harhaanjohtavan mainitsematta jättämisen yhteydessä tapahtuu Saksassa nimenomaisesti vain lain esitöissä. (Ks. Gesetzentwurf 16/10145:17 ja § 5a (1) UWG).

⁶²⁴. Artiklassa esitetyt neljä ensimmäistä tiedon mainitsematta jättämisen muotoa eli tiedon salaaminen ja epäselvä, käsittämätön tai moniselitteinen ilmaisu menevät osittain toistensa kanssa päällekkäin. Niiden kaikkien voi katsoa viittaavan erilaisiin olennaisen tiedon kätkemisen muotoihin. Artiklan siteerauksessa esitetyn määritelmän pohjalta tätä kätettyä olennaista tietoa voidaan katsoa pidettävän yhtä haitallisena kuin kokonaan pois jätettyä vastaavaa tietoa⁶²⁵.

Artiklassa mainitut tiedon kätkemisen muodot voivat sisältää monenlaisia erilaisia menettelyjä. Kyse voi olla siitä, että tieto on jätetty antamatta kokonaan, se on muotoiltu vaikeasti havaittavaksi tai se on muotoiltu yksipuolisesta näkökulmasta käsin.⁶²⁶ Näistä tiedon salaamiseen voi katsoa liittyvän varsinaisen salaamisen lisäksi esimerkiksi myös erilaiset puolitotuudet yms., kuten esim. tilanteet, joissa annettu tieto on sinänsä totta, mutta vain viestissä mainitsemattomien edellytysten vallitessa⁶²⁷. Säännöksen nojalla viestinnän harhaanjohtavuus voi ilmetä myös esimerkiksi siten, että kokonaisvaltaisen ymmärtämisen edellyttämät tiedot on jätetty selkeällä tavalla mainitsematta. Myös monet muunlaiset seikat voivat vaikuttaa informaation käsitettävyyteen. Tiedon selkeyden ja ymmärrettävyyden arvioimiseen vaikuttaa säännöksen pohjalta joka tapauksessa myös näkemys siitä, millainen on kohderyhmän keskivertokuluttaja. Laajemmalti katsoen tähän voi katsoa taustalla vaikuttavan myös esimerkiksi kohderyhmän kansalliset kulttuurit ja kielelliset seikat, vaikkakaan näihin seikkoihin ei ole tässä, kuten monessa muussakaan direktiivissä juuri kiinnitetty huomiota⁶²⁸.

Verkkokaupan osalta säännöksen pohjalta tärkeänä voidaan pitää tapaa, jolla olennainen informaatio annetaan. Määritelmässä mainittu tiedon salaaminen on mahdollista toteuttaa Internetissä monella tavalla. Säännöksen vastaisena voidaan pitää oleellisen tiedon antamista verkkosivuilla esimerkiksi ponnahdusikkunoiden

⁶²⁴ SEC (2009) 1666:32. Laajemmaltikin tällaisia kuluttajan informaation käsittelykykyä rajoittavia seikkoja on käsitelty behavioristisen taloustieteen piirissä. Näitä behavioristisen taloustieteen havaintoja olisi mahdollista soveltaa myös kaupallisten menettelyjen vaikutusten tulkinassa (Willett 2010:258–259). Asiayhteydestä luonnollisesti riippuu millaisen painoarvon esim. juuri edellä mainitun tieteenalan yksityiskohtaisille teorioille voi asettaa. Ostokäyttäytymiseen liittyvät yksityiskohtaiset teorit voisivat antaa kaupallisten menettelyjen arvioinnille objektiivista pohjaa. Toisaalta voi kuitenkin olla elinkeinonharjoittajan oikeusturvan kannalta ongelmallista, mikäli heidän kaupallisten menettelyjensä sopimattomuutta arvioitaisiin yksinomaan teorioiden pohjalta, jotka saattavat olla vaikeasti todennettavia tai mahdollisesti testaamattomiakin. (ks. Willett 2010:258–259 ja siteeratut lähteet).

⁶²⁵ Howells ym. 2006:150.

⁶²⁶ Ks. esim. Howells ym. 2006:150. Tällaista voi ilmetä esimerkiksi siteerattaessa kaupallisessa viestinnässä tutkimustuloksia tai arvosteluja vain elinkeinonharjoittajan kannalta suotuisin osin (Svensson ym. 2010:309).

⁶²⁷ Svensson ym. 2010:313–314.

⁶²⁸ Ks. 2005/29/EY: johdanto 18 ja myös Howells ym. 2006:150–152 sekä Reich 2009:11.

kautta, koska useilla kuluttajilla saattaa olla ponnahtusikkunoiden estotoiminto käytössä verkkoselaimessa. Artiklassa käänteisesti esitettyyn selkeän ja yksiselitteisen olennaisen tiedon ilmaisutavan vaatimukseen pohjautuen tiedonannossa huomiota tulee kiinnittää selkeyteen usealla tasolla. Tärkeää on mm. informaation järjestelyn selkeys verkkosivuilla.⁶²⁹ Esimerkiksi Irlannissa vuonna 2005 tehdystä kyselytutkimuksessa vaikeasti järjestelty informaatio nousi verkkopalveluissa ongelmia kokeneiden kuluttajien yhdeksi suurimmaksi ongelmien aiheuttajaksi⁶³⁰. Epäselvänä tiedonantotapana ja mahdollisesti myös salaamisena verkkokaupan osalta voi pitää esim. oleellisen tiedon sijoittamista vaikeasti arvattavaan paikkaan Internet-sivuilla ja yhtäläillä myös oleelliseen tietoon johtavien hyperlinkkien sijoittamista vain harvoille sivustoille. Esimerkiksi Italian kilpailuviranomainen AGCM (Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato) on katsonut direktiiviin pohjautuvan kansallisen säädöksen nojalla sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi oleellisen sopimusehdon sijoittamisen yrityksen kotisivuille hyperlinkitettyihin ”usein kysytyt kysymykset” (englanniksi frequently asked questions, FAQ) -palstalle⁶³¹. Kyseenalaisena voisi pitää säännöksen nojalla myös esimerkiksi sopimusehtojen sijoittamista verkkosivun alaosaan. Tällöin kuluttaja ei välttämättä pysty heti sivulla ollessaan päättelemään ehtojen löytyvän kyseiseltä sivulta, vaan löytääkseen ehdot, hän joutuu rullamaan sivuja ehkä pitkänkin matkaa alas asti.⁶³² Vastaavasti säännöksen nojalla huomiota tulee kiinnittää myös informaation antotavan sekä siinä käytetyn kielen ja sen ulkoisen muotoilun selkeyteen verkkosivulla⁶³³. Esimerkiksi edellä mainitussa Irlannissa vuonna 2005 tehdystä kyselytutkimuksessa epäselvään kielenkäyttöön verkkokaupassa liittyvät kysy-

⁶²⁹ Internetiin usein liittyvästä liiallisesti koetusta informaatiotulvasta aiheutuvien ongelmien voi myös katsoa olevan sidoksissa informaation järjestelyyn liittyviin kysymyksiin (esim. Donnelly & White 2007:291).

⁶³⁰ Donnelly & White 2007:289.

⁶³¹ AGCM 2008 b. Tapauksessa oli kysymys Italian viidenneksi suurimman Internet palveluntarjoajan, Opitel S.P.A:n (entisen Tele2 Italia S.P.A:n) ruuhka-aikoina toteuttaman vertaisverkko liikenteen rajoittamista koskevan tiedon sijoittamisesta hyperlinkkien takana sijaitsevalle usein kysytyt kysymykset (engl. FAQ) palstalle yrityksen kotisivuilla. Direktiivin nojalla annettujen säädösten noudattamisen valvonnasta vastaava viranomainen, AGCM, katsoi kyseessä olevan olennainen tieto, jonka ilmoittamistavassa oli kyse harhaanjohtavasta kaupallisesta menettelystä ja harhaanjohtavasta mainitsematta jättämisestä sekä sopimattomasta kaupallisesta menettelystä, joka oli huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen ja omiaan vääristämään keskivertokuluttajan taloudellista käyttäytymistä tuotteeseen nähden. (AGCM 2008 b). Tosin on huomattava, että myös kuluttajasopimusten kohtuuttomia ehtoja koskevan direktiivin johdannon mukaan kuluttajalle tulee tarjota tosiasiallinen mahdollisuus tutustua tavanomaisiin sopimusehtoihin jo ennalta. Tällaisella tosiasiallisella saatavuudella ei todennäköisesti tarkoiteta vaikeasti löydettävissä olevia ehtoja. (1993/13/ETY: johdanto ja ks. myös yleisesti esim. Hemmo 2003:162–170).

⁶³² Tällaisia menettelyjä ovat havainneet esim. Donnelly ja White (2007:289 ja alaviite 84).

⁶³³ Täten huomiota tulee kiinnittää mm. olennaista tietoa sisältävän tekstin yhteensopivaan muotoiluun taustan kanssa.

mykset olivat verkkokaupassa ongelmia kokeneiden kuluttajien yksi ongelmien aiheuttajista⁶³⁴. Kaikkiaan tämä puheena olevassa artiklassa olennaisille tiedoille asetettu selkeyden vaatimus tukee käytännössä jo etämyyntidirektiivissä ja sähköisen kaupankäynnin direktiivissä ennakkotiedoille asetettua selvyys vaatimusta⁶³⁵.

Olellainen tieto tulee antaa artiklan mukaan myös oikeaan aikaan. Säännöksessä ei mainita milloin tiedot tulee antaa, joten ajankohta tulee käytännössä ratkaista tapauskohtaisesti⁶³⁶. Lähtökohtana voi pitää, että tiedot on annettava riittävän hyvissä ajoin, jotta niillä voisi olla vaikutusta kaupalliseen ratkaisuun⁶³⁷. Väärään aikaan sopimusehdot voi katsoa verkkokaupassa annetun mm. silloin, jos ne ovat luettavissa vasta viimeisessä vaiheessa sopimuksen solmimisprosessia, eli esimerkiksi vaiheessa, jossa sopimuksen syntyminen on lähetyksen painallusta vaille valmis. Tämä johtuu mm. siitä, että myöhäisessä vaiheessa kaupantekoprosessia annettulla olellaisella informaatiolla ei ole usein enää merkitystä yleensä jo kaupasta päättäneeseen kuluttajaan⁶³⁸. Lisäksi viimeiseen sopimuksen solmimisvaiheeseen mennessä kuluttaja on voinut käyttää jo runsaastikin aikaa sopimuksen solmimiseen liittyen ja halukkuus aloittaa koko kaupankäyntiprosessi uudelleen eri sivustolla voi olla tästä syystä vähäinen. Oikea-aikaisuus riippuu yleensä kuitenkin asiayhteydestä ja voi olla usein myös subjektiivinen käsite. Täten määritelmän voi katsoa olevan omiaan aiheuttamaan joka tapauksessa tulkinnan tarvetta. Erityisesti kaupallisen ratkaisun laaja-alaisen määritelmän pohjalta tapauskohtaista tulkintaa on kirjallisuudessa katsottu vaativan oikea-aikaisen informaation antoajankohdan määrittäminen sopimuksen solmimisen jälkeisissä kaupallisissa ratkaisussa⁶³⁹. Sopimuksen solmimista edeltävää vaihetta koskien verkkokaupassa tiedonantovelvollisuutta kuitenkin selkeyttää se, että etämyyntidirektiivin ja osittain myös sähköisen kaupankäynnin direktiivin nojalla elinkeinonharjoittaja velvoitetaan antamaan useimmat sopimuksen ehtoihin liittyvät tiedot jo hyvissä ajoin ennen sopimuksen syntymistä⁶⁴⁰.

⁶³⁴ Donnelly & White 2007:291.

⁶³⁵ Ks. 1997/7/EY:4 Art. sekä 2000/31/EY:10 Art.

⁶³⁶ Samankaltaisesti lähinnä Saksan osalta Wieczorek-Schwarz 2010:114.

⁶³⁷ Samansuuntaisesti Tews & Bokel 2009:159.

⁶³⁸ Howells ym. 2006:151 ja Willett 2010:258.

⁶³⁹ Ks. Boesche 2009:189.

⁶⁴⁰ Ks. 1997/7/EY:4 Art. sekä 2000/31/EY:10 Art. ja yleisesti Luhtasela 2007:127–132 sekä vrt. Donnelly & White 2007:289–290. Kuten edellä on todettu, nämä tiedotusvaatimukset on lisäksi määritelty myös direktiivin liitteessä II artiklan merkityksessä olennaisiksi.

5.1.3 *Kaupallisen menettelyn luonnetta koskeva tieto*

Yleisellä tasolla yksittäiseksi sopimattomaksi mainitsematta jättämiseksi direktiivin seitsemännessä artiklassa on määritelty erikseen menettelyn kaupallisen luonteen mainitsematta jättäminen. Tällöin edellytyksenä on, että se ei ilmene jo asiayhteydestä ja että mainitsematta jättäminen saa kuluttajan mahdollisesti tekemään kaupallisen ratkaisun.⁶⁴¹ Näissä puitteissa puutteet viestin kaupallisen luonteen tunnistettavuudessa merkitsevät viestinnän luonteen harhaanjohtavuutta⁶⁴². Kuten aiemmin on todettu, menettelyn kaupallisen luonteen kätkemistä voi katsoa pidettävän direktiivin nojalla harhaanjohtavana kaupallisena menettelynä myös kuudennen artiklan harhaanjohtavien piirteiden arviointiluettelossa mainittujen seikkojen perusteella. Lisäksi eräitä asiaan liittyviä yksittäisiä kaupallisia menettelyjä on määritelty sopimattomiksi myös liitteessä I.⁶⁴³ Menettelyn kaupallisen luonteen kätkemisen eli piilomainontaa estämään pyrkivien säännöksiens runsausta direktiivissä selittänee ehkä se, että piilomainonnasta on viime vuosikymmeninä tullut yhä yleisempi markkinoinnin muoto, vaikkakin piilomainonta on sinänsä samanikäistä kuin muu mainonta. Tällaiseen piiloviestinnän lisääntyneeseen käyttöön vaikuttaa mm. se, että ihmiset eivät aina suhtaudu positiivisesti markkinointiviestintään.⁶⁴⁴ Piilomainonta on kuitenkin haitallista kuluttajille, koska se omiaan estämään heitä saamasta tarpeellista tietoa perusteltujen ratkaisujen tekemistä varten, sillä se vaikuttaa kuluttajiin usein ilman, että he ovat siitä tietoisia⁶⁴⁵.

Piilomainontaan liittyvät kiellot eivät sinänsä ole uusia. Esimerkiksi kansainvälisen kauppakamarin (ICC) mainonnan perussäännöissä esiintuotu vaatimus mainonnan tunnistettavuudesta on jo vuosikymmeniä muodostanut pohjan hyvälle

⁶⁴¹ 2005/29/EY: 7 (2) Art.

⁶⁴² Ks. myös Svensson ym. 2010:216.

⁶⁴³ 2005/29/EY: 6 (1c) Art ja liite I kohdat 11 ja 22. Ks. tarkemmin näistä liitteessä I sopimattomaksi määritellyistä kaupallisista menettelyistä (elinkeinonharjoittajan esiintyminen kuluttajana ja piilomainonta toimituksellisen aineiston kautta) tämän tutkimuksen seitsemännestä luvusta. Saksan osalta epäselvänä ratkaisuna on kirjallisuudessa pidetty sitä, että menettelyn kaupallisen luonteen kätkeminen on sisällytetty UWG -laissa em. asiayhteyksistä erilliseen artiklaan 4, jossa luetellaan esimerkkejä sopimattomista kaupallisista menettelyistä, kun taas harhaanjohtaviin mainitsematta jättämisiin menettelyn kaupallisen luonteen kätkeminen mainitaan nimenomaisesti liittyvän vain lain esitöissä (§ 4(3) UWG, Gesetzentwurf 16/10145:25 ja ks. myös Keirsbilck 2009:521). Vastaavasti myöskään Suomessa menettelyn kaupallisen luonteen kätkemistä ei kytketä harhaanjohtaviin mainitsematta jättämisiin direktiivin toimeenpanevasa säännöksessä eikä Saksasta poiketen direktiivin toimeenpanevaa säännöstä koskien myöskään lain esitöissä. Sen sijaan aiempi markkinoinnin tunnistettavuutta koskeva erillinen säännös sisällytettiin muuttumattomana direktiivin toimeenpanon myötä uuteen KSL:n 2. lukuun. (Ks. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:17 ja KSL 2:4 §).

⁶⁴⁴ Virtanen 2010:97.

⁶⁴⁵ Wrona 2007:141.

markkinointitavalle ympäri maailman⁶⁴⁶. Vastaavasti myös Euroopan yhteisön tasolla mainonnan kaupallista alkuperää koskeviin tietoihin on tullut yleisellä tasolla kiinnittää huomiota mainonnan harhaanjohtavuutta arvioitaessa jo mm. harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin (1984/450/ETY) ja verkkokaupassa sähköisen kaupankäynnin direktiivin (2000/31/EY) perusteella⁶⁴⁷.

Markkinointi sähköisessä ympäristössä voi olla haastavaa, sillä mainonnan suuren määrän vuoksi kuluttajan huomion kiinnittäminen voi olla vaikeaa. Täten erottumisen tarve saattaa aiheuttaa paineita mainonnan kätkemiseksi muunlaiseksi viestinnäksi.⁶⁴⁸ Internetissä piilomainontaa on mahdollista harjoittaa monella tavalla. Tähän tarjoavat mahdollisuuden Internetin lukuisat erilaiset viestintämuodot, viiraalimarkkinoinnin muodot kuten yksityishenkilöiden väliseksi viestinnäksi naamioitu kerro kaverille -markkinointi ja blogit, keskustelu- ja arviointipalstat, pelit, sosiaalinen media, verkkolehdet, hyperlinkkien lyhennyspalvelut yms. Markkinoinnin ja muun viestinnän välinen raja onkin Internetissä usein epämääräinen.⁶⁴⁹ Sopimattomia kaupallisia menettelyitä koskevan direktiivin piiriin voi katsoa kuuluvan tietoverkossa esim. yksityishenkilöiden nimissä esitettyjen mainosviestien lähettämisen erilaisille verkkosivustoille⁶⁵⁰. Vastaavasti määritelmän voi katsoa kattavan myös mm. erilaiset banneri- eli mainospalkkimainokset, jotka on pyritty ulkoasua myöten naamioimaan tietokoneen käyttöjärjestelmän ilmoituksiksi⁶⁵¹. Yhtenä esimerkkinä direktiivin mukaisesta piilomainonnasta voisi Internetissä pitää myös erilaisia elinkeinonharjoittajan pyörittämiä hintavertailusivustoja, jos niitä käytetään pääosin saman elinkeinonharjoittajan omien tuotteiden mainostamiseen ja ellei sivustolta käy selvästi ilmi kyseessä olevan elinkeinonharjoittajan myyinnedistämissivusto⁶⁵².

⁶⁴⁶ Nykyään ICC 2006: Artiklat 9 ja 10. Madsen 2009:412 ja yleisesti Tiili 1979:120–121.

⁶⁴⁷ 1984/450/ETY:3 (a) Art. (kodifioituna 2006/114/EY:3 (a) Art.) sekä 2000/31/EY:6 Art.

⁶⁴⁸ Innanen & Saarimäki 2009:289.

⁶⁴⁹ Svensson ym. 2010:218. Kuten edellä on todettu, toimituksellisen aineiston käyttämistä myyinnedistämiseen käsitellään liitteen I yhteydessä tämän tutkimuksen luvussa 7.

⁶⁵⁰ Kyseinen kaupallinen menettely, eli elinkeinonharjoittajan esiintyminen kuluttajan nimissä myyinnedistämistarkoituksessa, on listattu aina sopimattomaksi direktiivin liitteessä I (2005/29/EY:liite I kohta 22). Vastaavasti jo aiemmin esimerkiksi Suomessa Mainonnan eettinen neuvosto (14/2004) katsoi, että yrityksen yleishyödyllisen yhdistyksen Internetsivuston vieraskirjaan yksityishenkilöiden nimissä lähettämät mainosviestit eivät olleet selkeästi tunnistettavissa mainoksiksi ja olivat siten mainonnan sääntöjen vastaisia.

⁶⁵¹ Nämä ilmoituksiksi naamioidut mainokset saattavat vedota käyttäjän pelkoon erilaisista tekaistuista uhkista käyttäjän tietokoneelle, esim. käyttäjän tietoturvan tai virustorjunnan puutteellisuudesta ja samalla tarjota ratkaisuja kyseisiin ongelmiin. Tällaisten mainosten katsomiseen saatetaan lisäksi houkutelua käyttöjärjestelmän ulkoasua jäljittelevillä kieltäytymis- ja hyväksymisnäppäimillä, joiden molempien näpäyttämisen johtaa mainostajan sivustolle. (Ks. tämän kaltaisista mainoksista esim. ASA 2002:25).

⁶⁵² Myös komissio on kiinnittänyt huomiota tämänkaltaiseen menettelyyn direktiiviä koskevassa ohjeistuksessa (ks. SEC (2009) 1666:8).

Kaikkiaan säännöksen pohjalta kauppiaan eri toimenpiteitä tulee arvioida kokonaisuutena. Puheena olevan säännöksen perusteella keskeistä on, että menettelyn kaupallinen tarkoitus käy ilmi niin hyvissä ajoin, että sitä koskeva tiedon puute ei pääse vaikuttamaan kaupallisen ratkaisuun⁶⁵³. Varsinaisen kaupallisen menettelyn osalta keskivertokuluttajan olisi siihen tarkemmin tutustumatta käytännössä voitava helposti tunnistaa sen kaupallinen luonne⁶⁵⁴. Usein tämä käy jo suoraan ilmi kaupallisesta menettelystä tai siihen sisältyvästä viestinnästä. Lisäksi verkkokaupassa Internetin lukuisat tiedon järjestelyn ja antamisen muodot helpottavat myös kaupallista menettelyä koskevien tietojen tarjoamista luontevalla tavalla. Esimerkiksi jo pelkästään hyperlinkityksen ansiosta kaupallista menettelyä koskevien tietojen antamista ei voi Internetissä pitää ylivoimaisena mainostajalle⁶⁵⁵. Epäselvissä tilanteissa kaupallisen viestinnän tunnistettavuus olisi mahdollista helposti toteuttaa tilanteesta riippuen myös esimerkiksi viestin muusta ympäristöstä poikkeavalla muotoilulla tai kielenkäytöllä tai muulla kaupallisen viestin erottamisella ympäristöstään, kuten esimerkiksi selkeän graafisen rajauksen avulla. Tunnistettavuus olisi mahdollista toteuttaa lisäksi esim. käyttäen selkeää viestinnän kaupallista luonnetta kuvaavaa merkintää.⁶⁵⁶ Tosin kaupallisen menettelyn tunnistettavuus -vaatimus liittyy artiklassa kaupallisen menettelyn kohderyhmään ja sen keskivertokuluttajan käsitteeseen⁶⁵⁷. Täten vähemmän kriittiselle kohdeyleisölle suunnatun kaupallisen menettelyn tunnistettavuutta tulee arvioida tiukemmin⁶⁵⁸. Esimerkiksi nuorille suunnatuilla sivustoilla ilmoituksen selkeyteen tulisi täten kiinnittää erityistä huomiota.

Toisaalta verkkokaupan osalta em. säännös ei kuitenkaan tuone huomattavia muutoksia sääntelyn kokonaisuuteen, sillä kuten todettua, verkkokauppaa koskien puheena olevaan direktiiviin nähden erityissäännöksenä pidettävissä olevassa sähköisen kaupankäynnin direktiivissä (2000/31/EY) on piilomainonnan estämi-

⁶⁵³ Sallitaksi voisi tiettyjen edellytysten vallitessa katsoa (samankaltaisesti kuin kansainvälisen kauppakamarin markkinointisäännöissä) kiinnostuksen herättämiseen tarkoitetun ns. teaser -mainonnan, joka ei välittömästi paljasta viestinnän tarkoitusta tai markkinoijaa, mutta jotka ilmenevät suoraan samassa mediassa mielenkiinnon herättämiseen tarkoitetun osion jälkeen. (Vastaavasti Suomessa toimeenpantua säännöstä koskien Koivumäki & Häkkänen 2010:36 ja ks. myös ICC 2006: artikla 10). Internetissä tällaisen mainonnan edellytyksenä voisi direktiivin nojalla pääsääntöisesti pitää sitä, että viestinnän kaupallinen tarkoitus ja markkinoija kävisivät ilmi mainonnan mielenkiinnon herättämiseen tarkoitetun osion jälkeen ilman kuluttajilta vaadittavia erillisiä toimenpiteitä (Vrt. Koivumäki & Häkkänen 2010:36).

⁶⁵⁴ Ks. vastaavasti lähinnä Suomessa toimeenpannun säännöksen osalta Paloranta 2008:35 ja Ruotsissa toimeenpannun osalta Svensson ym. 2010:216.

⁶⁵⁵ Esim. Kiviniemi 2009:81.

⁶⁵⁶ Svensson ym. 2010:216–217.

⁶⁵⁷ Ks. yleisellä tasolla vastaavasti Saine 2008:114.

⁶⁵⁸ Svensson ym. 2010:225.

seen tähtäviä säännöksiä. Sähköisen kaupankäynnin direktiivin mukaan kaikki kaupallinen viestintä on oltava tunnistettavissa sellaiseksi ja samoin se, kenen lukuun sitä harjoitetaan, on myös oltava selvästi tunnistettavissa⁶⁵⁹. Myös nimenomaisesti sähköpostimainonta on oltava jo sitä vastaanotettaessa suoraan tunnistettavissa kaupalliseksi viestinnäksi⁶⁶⁰. Sähköisen kaupankäynnin direktiivissä piilomainontaa koskevan sääntelyn voi täten katsoa laajuudeltaan olevan verkko-kaupan osalta yhtä kattavaa kuin direktiivin 2005/29/EY seitsemännen artiklan vastaavassa säännöksessä. Sähköisen kaupankäynnin direktiivin em. säännösten voi katsoa menevän siitä näkökulmasta vielä pidemmälle, että niissä piilomainonnan kieltö ei ole riippuvainen sen oletetusta vaikutuksesta keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun, toisin kuin direktiivin 2005/29/EY artiklojen 6–7 säännösten osalta. Toisaalta tämän eron merkityksen voi katsoa vaihtelevan tapauskohtaisesti, sillä myyninedistämiseen tähtäävässä markkinoinnissa tällaisen kaupalliseen ratkaisuun vaikuttamista koskevan oletuksen voinee useimmiten katsoa olevan lähtökohtaisesti läsnä.

5.1.4 *Viestintävälineen vaikutus tiedotusvelvollisuuteen*

Seitsemänten artiklaan liittyviin tiedonantovaatimuksiin on säädetty lievennyspuheena olevan artiklan kolmannessa kohdassa. Arvioitaessa, onko olennaisia tietoja jätetty antamatta, otetaan kyseisen kohdan mukaan lieventävänä seikkana huomioon viestintävälineeseen sidoksissa olevat ”aikaan tai paikkaan liittyvät rajoitukset” sekä tällaisten rajoitusten vallitessa elinkeinonharjoittajan toteuttama tietojen välittäminen muulla tavoin⁶⁶¹. Tällaisia rajoituksia voisi esiintyä esim. tuotteen kääreissä tapahtuvassa tiedonannossa, jossa mainostila yksityiskohtaiselle tiedolle on usein rajallista tai televisio- ja radiomainonnassa, jossa tilan lisäksi usein myös mainosaika on rajallista⁶⁶². Säännöksen tavoitteena voi katsoa olevan pyrkimys olla vaikeuttamatta tällaisissa medioissa tapahtuvaa mainontaa⁶⁶³. Säännöksen tarkoituksena ei ole kuitenkaan vapauttaa elinkeinonharjoittajaa pelkästään aikaan tai paikkaan liittyvillä edellytyksillä informointivelvollisuudesta tai luoda hyväksyttävää perustetta laiminlyödä tiedonantaminen⁶⁶⁴. Rajoitteita asettavien välineiden kautta välittyvä vaikutelma ei saa luonnollisesti sellaise-

⁶⁵⁹ 2000/31/EY: 6 Art. Ks. myös esim. Schaub 2004:57 sekä vrt. Wrona 2007:144.

⁶⁶⁰ 2000/31/EY: 7 (1) Art.

⁶⁶¹ 2005/29/EY: 7 (1) ja (3) Art. Esimerkiksi Suomen osalta tämän rajoituksen on katsottu kirjallisuudessa merkitsevän markkinoijien kannalta lievennystä kuluttajaviraston aiempaan melko tiukkaan tulkintalinjaan nähden (esim. Koivumäki & Häkkänen 2010:49 ja 61).

⁶⁶² Ks. esim. Howells ym. 2006:153 ja Griffiths 2007:201.

⁶⁶³ Esim. Svensson ym. 2010:316.

⁶⁶⁴ Ks. myös Willett 2010:255.

naankaan olla harhaanjohtava⁶⁶⁵. Rajoitusten vallitessa puuttuvat olennaiset tiedot tulee direktiivin mukaan välittää muulla tavoin kuten esimerkiksi kertomalla, mistä tiedot ovat saatavissa⁶⁶⁶. Lisäksi nämä tiedot tulee olla helposti saatavilla ja käytännössä myös viimeistään samanaikaisesti kuin täydennettävä viesti. Kaikkiin tällaisen muulla tavoin välitettäväksi jätetyn tiedon voisi katsoa koskevan lähinnä vain yksityiskohtaista tietoa.⁶⁶⁷ Euroopan yhteisöjen julkisasiamiehen näkemyksen mukaan puuttuvien olennaisten tietojen muulla tavoin saataville asettaminen on oltava lähinnä ostokehotusten osalta lisäksi pääosin elinkeinonharjoittajan oman toiminnan ansiota. Tällaisena omana toimintana julkisasiamies pitää käytännössä elinkeinonharjoittajan omilla Internet-sivuilla toteuttamaa tiedonantoa. Näkemyksen pohjalta kyseeseen ei tulisi täten esimerkiksi viittaaminen ulkopuolisilla verkkosivustoilla oleviin tietoihin.⁶⁶⁸ Tällaisen näkemyksen voi katsoa tiukentavan suhtautumista tiedonantovaatimusten toteuttamiseen Internetissä. Esimerkiksi kirjallisuudessa on esitetty aiempien verkkokauppaan liittyvien säännösten nojalla, kuten etämyyntidirektiivissä edellytettyjen ennakkotietojen osalta, sallivampia näkemyksiä hyperlinkityksen käytöstä tiedonantovaatimusten täyttämässä⁶⁶⁹.

Säännöksen pohjalta tiukimmat tiedonantovaatimukset koskevat medioita, jotka eivät aseta mainittuja rajoituksia⁶⁷⁰. Tällainen on verkkokaupassa käytettävä media, eli Internet, joka ei yleensäkään aseta näitä aikaa tai paikkaan liittyviä rajoituksia. Tähän vaikuttaa mm. se, että Internet-markkinoinnissa markkinointitila maksaa käytännössä vain murto-osan siitä, mitä se maksaa painetussa mediassa tai muissa joukkoviestimissä. Myöskään informaation määrän kasvattaminen verkkopalvelimella ei yleensä juurikaan nosta mainonnan hintaa sen enempää kuin mahdollinen lisätilan hankkiminen verkkopalvelimelta. Ehkä juuri Internet suhteellisen halpana ja helposti tavoitettavana täydentävänä mediana onkin omiaan mahdollistamaan tiedonantovaatimusten asettamisen myös sellaisiin medioihin, joihin sisältyy aikaa ja paikkaan liittyviä rajoituksia.

⁶⁶⁵ Esim. Suomen osalta HE 32/2008:26.

⁶⁶⁶ 2005/29/EY: 7 (3) Art.

⁶⁶⁷ Svensson ym. 2010:316–317.

⁶⁶⁸ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011: kohta 61. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut asiaan liittyvässä ratkaisussaan sen, että elinkeinonharjoittaja voi viitata näiltä osin omaan Internet-sivustoonsa (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010: 50, 56 ja 59). Valitettavasti tuomioistuin ei kuitenkaan samassa yhteydessä suoraan ottanut kantaa siihen, voiko elinkeinonharjoittaja viitata muihin verkkosivustoihin, sillä tuomioistuimelle esitetystä kysymyksestä viitattiin vain elinkeinonharjoittajan omaan sivustoon (Ks. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010:20 (6)).

⁶⁶⁹ Ks. esim. Schaub 2004:84–85 ja ks. myös 1997/7/EY:4 (1) Art.

⁶⁷⁰ Wiczorek-Schwarz 2010:109.

5.2 Olennaiset tiedot ostokehotuksen yhteydessä

Seitsemännen artiklan kolme ensimmäistä ja viides kohta kattavat yleisesti koko kaupallisen menettelyn. Artiklassa olennaisen tiedon käsitettä ei ole kuitenkaan jätetty kaikkien kaupallisten menettelyjen osalta pelkästään kansallisten tuomioistuintien yleisluontoisten säännösten pohjalta toteuttaman harkinnan varaan. Täten artiklan neljännessä kohdassa määritellään erityissäännöksenä suhteessa artiklan aiempiin kohtiin yhteensä viidessä alakohdassa tietoluokkia, jotka ovat säännöksen mukaan, elleivät ilmene jo asiayhteydestä, olennaisia direktiivin toisessa artiklassa määritellyn ostokehotuksen yhteydessä^{671 672}.

Seitsemännen artiklan merkittävimmän osan on katsottu sisältyvän olennaisen tiedon käsitteeseen ja erityisesti sen neljänteen kohtaan liittyvään määritelmään, joka olennaisia tietoluokkia listaamalla käytännössä muusta direktiivistä poiketen luo elinkeinonharjoittajille ainakin epäsuoran informointivelvoitteen⁶⁷³. Tosin komissio on nimenomaisesti katsonut, että seitsemännen artiklan sanamuoto on omiaan välttämään direktiivin valmistelun yhteydessä kritisoidun työläänä pidetyn ja kauppiaille kustannuksia aiheuttavan informointivelvollisuuden luomisen⁶⁷⁴. Voidaan kuitenkin pitää selvänä, että luettelemalla seitsemännen artiklan neljännessä kohdassa olennaisina pidettäviä seikkoja, joiden mainitsematta jättäminen katsotaan sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi, sisällytetään samalla epäsuora informointivelvollisuus kyseisiä seikkoja koskien⁶⁷⁵. Toisaalta artikla ei myöskään estä jäsenvaltioita luomasta suoraviivaisempaa informointivelvollisuutta elinkeinonharjoittajille, kunhan jäsenvaltiot eivät toimeenpane artiklan sisältöä velvoittavampia säännöksiä⁶⁷⁶.

Edellä mainitulla seitsemännen artiklan neljännessä kohdassa elinkeinonharjoittajalle säilytetyllä informointivelvollisuudella ei ole vastinetta harhaanjohtavaa mai-

⁶⁷¹ 2005/29/EY:7 (4) Art. ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010:28, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohta 22. Ks. myös Micklitz 2008:96. Suomessa tätä eroa tiedonantovaatimusten luonteessa on haluttu korostaa erottamalla ostokehotukseen liittyvät asiat omaksi pykäläkseen kuluttajansuojalakiin erilleen muista direktiivissä käsitellyistä harhaanjohtavista mainitsematta jättämisistä (ks. KSL 2:8 §).

⁶⁷² Ostokehotus -käsitteeseen viitataan myös direktiivin liitteessä I täkymainonnan ja -myynnin yhteydessä (ks. 2005/29/EY:liite I kohdat 5–6).

⁶⁷³ Radeideh 2005:271 ja ks. myös Howells 2005:352–353 sekä Kolmsee 2008:55. Tätä komission valitsemää epäsuorien informointivelvoitteiden luomista on toisaalta pidetty myös melko varovaisena linjana verrattuna kirjallisuudessa esitettyyn näkemykseen tarpeellisesta informointivelvollisuudesta (Micklitz & Howells 2010:122).

⁶⁷⁴ Kom 2003/356 lopullinen: 8.

⁶⁷⁵ Ks. Twigg-Flesner ym. 2005:54, Howells ym. 2006:148 ja Micklitz 2008:94.

⁶⁷⁶ Ks. Howells ym. 2006:148–149.

nontaa koskevassa direktiivissä (1984/450/ETY). Varsinkin näiltä osin sopimatonta kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin voi katsoa laajuudeltaan mehevän ohi sitä edeltävän harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin⁶⁷⁷. Vastaavankaltainen sääntely kaikkea kaupankäyntiä koskien on uutta myös monissa jäsenvaltioissa varsinkin sääntelyn yksityiskohtaisuuden puolesta⁶⁷⁸. Kuluttajan perustellun päätöksenteon avustaminen elinkeinonharjoittajalle asetetuilla informointivelvollisuuksilla ei ole kuitenkaan uutta yhteisön alakohtaisessa lainsäädännössä, sillä useissa muissa direktiiveissä on aiemmin säännelty elinkeinonharjoittajan informaatiovelvollisuuksia tiettyjä tuoteryhmiä, myyntimenetelmiä ja viestintävälineitä koskien⁶⁷⁹. Tällaista sääntelyä on alakohtaisissa direktiiveissä esim. kuluttajasopimuksia ja erityisesti verkkokauppaa koskien⁶⁸⁰. Kyseisenlaisessa sääntelyssä on yleensä pyrkimyksenä markkinaneutraalin sääntelyn ja kuluttajansuojan yhdistäminen⁶⁸¹. Direktiivin (2005/29/EY) puheena olevassa artikkelissa voidaan katsoa pyrittävän tällaisen sääntelyn selkeyttämiseen kokoomalla yhteen eri säännöksissä olevia tiedonantovaatimuksia. Tässä kääntöpuolena on toisaalta myös riski kaksinkertaisen sääntelyn syntymisestä, kun aiemmat säännökset jäävät samanaikaisesti voimaan.⁶⁸²

Puheena olevassa artikkelissa lueteltujen olennaisena pidettävien tietoluokkien soveltamisaluetta rajoittaa direktiivissä käyttöön otettu, sopimusoikeutta lähellä oleva ostokehottus-käsite. Käsite liittyy sopimusta edeltävään vaiheeseen. Se tiivistyy direktiivin toisen artiklan i-kohdan mukaan konkreettiseen viestiin, joka käytettyyn viestintävälineeseen nähden asianmukaisesti ilmaistun hinnan ja tuotteen ominaisuuksien pohjalta mahdollistaa vastaanottajalleen ostoksen tekemisen⁶⁸³.⁶⁸⁴ Nämä tiedot liittyvät, kuten säännöksessä käytetty ostoksen tekemisen käsi-

⁶⁷⁷ Howells ym. 2006:164–165.

⁶⁷⁸ Howells ym. 2006:85.

⁶⁷⁹ Ks. esim. Melin 2009:70 ja Svensson ym. 2010:306–307.

⁶⁸⁰ Ks. esimerkiksi 1997/7/EY:4–5 Art. ja 2000/31/EY:5 Art.

⁶⁸¹ Kirjallisuudessa on esitetty kyseenalaistavia näkemyksiä siitä, missä määrin kuluttajan informaationkäsittelyyn on mahdollista vaikuttaa informointivelvollisuuksien pohjalta annettavalla tiedolla ennen sopimuksen solmimista. On katsottu, että runsaat informointivaatimukset ja niihin pohjautuva runsas tiedonanto voi olla omiaan aiheuttamaan kuluttajalle ns. informaatio-ähkyn kaltaisen tilan, jolloin informaation tarjonnasta saadut hyödyt valuvat hukkaan (Esimerkiksi Incardona & Poncibo 2007:32 ja samankaltaisesti Kolmsee 2008:52). Runsaan informaationtarjonnan perustellun päätöksenteon tehostavaa vaikutusta saattavat vesittää myös muut seikat. Esimerkiksi riskin aliarviointi ja ylioptimismi voivat olla ennen sopimuksen solmimista keskeisiä vaikuttimia päätöksenteossa informaatioon pohjautuvaan ratkaisuun pyrkimisen sijaan. (Willett 2010:267 ja ks. myös esim. Reich 2009:8–9).

⁶⁸² Kolmsee 2008:62.

⁶⁸³ 2005/29/EY:2 (i) Art. ja 7 (4) Art. ja ks. myös Kolmsee 2008:56 sekä Micklitz & Howells 2010:128. Vaikka ostokehottuksen -käsitettä sanotaan direktiivin johdannossa (kohdassa 14) selkeästi määritellyksi, jäsenvaltioista esimerkiksi Saksa ei halunnut ottaa sitä sellaisenaan käyttöön, koska katsoi sen aiheuttavan sekaannusta kansallisen sopimusoikeuden käsitteiden

te viittaa, nimenomaan ostoa edeltävään vaiheeseen. Kyse on täten suppeammasta käsitteestä kuin artiklassa muulta osin kaupallisen menettelyn vaikutuksen mitta-
puuna käytetty kaupalliseen ratkaisuun vaikuttaminen -käsite, joka kattaa muita-
kin ratkaisuja, kuin ostopäätöksen.⁶⁸⁵ Näiden, säännöksen soveltamisen edellytyk-
senä olevien, kaupallisessa menettelyssä annettavien ostoksen tekemisen mahdol-
listavien tietojen tullee olla riittävän yksityiskohtaisia, että menettely voitaisiin
katsoa ostokehotukseksi⁶⁸⁶. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että
ostokehotuksen määritelmä on tulkittavissa siten, että tuotteen ominaisuudet voi-
daan määritelmän tarkoittamassa merkityksessä ilmoittaa sekä sanallisesti että
kuvallisesti, kunhan kuluttaja pystyy niiden kautta muodostamaan riittävän käsi-
tyksen tuotteen luonteesta ja ominaispiirteistä ostoksen tekemistä varten⁶⁸⁷. Vies-
tintävälineeseen nähden asianmukainen hinnan ja tuotteen ominaisuuksien ilmoit-
tamistapa riippuu käytännössä myös viestintävälineestä, minkä tähden sen määrit-
täminen vaatii tapauskohtaista arviointia⁶⁸⁸. Ostokehotuksen voitaneen katsoa
muodostuvan viestin pohjalta myös esimerkiksi vain osalle tuotteista, mikäli vies-

kanssa (Gesetzentwurf 16/10145:25–26). Vastaavasti myös Suomessa lainsäätäjä on pidättäy-
tynyt ostokehottus käsitteen käytöstä ja ottanut sen sijaan käyttöön hieman epämääräisen ”yk-
silöidyn kulutushyödykkeen tarjoaminen” -käsitteen (ks. KSL 2:8 §). Tämän käsitteen käyt-
töönotto perustuu Suomessa todennäköisesti tavoitteeseen yhtäläisten termien käyttämisestä
direktiiviin 1998/6/EY pohjautuvan hintamerkintäasetuksen kanssa, sillä kyseisessä asetuk-
sessa käytetään vastaavaa termiä hinnan merkintään velvoittavassa säännöksessä (ks. hinta-
merkintäasetus (1359/1999): 5 §). Samanlainen tausta on myös Ruotsissa samassa yhteydessä
käytettävällä ”bestämd produkt” termillä (ks. MFL: 12 § ja Prop. 2007/08:115:150 sekä ks.
myös Svensson ym. 2010:319).

⁶⁸⁴ Euroopan yhteisöjen julkisasiamies on katsonut, että vaikka säännöksessä ei sitä tässä yhtey-
dessä mainita, tuotteen ominaisuuksien ja hinnan lisäksi myös elinkeinonharjoittajan henkilö-
llisyys on tärkeä tieto siinä, että ostoksen tekeminen on ylipäänsä mahdollista (Euroopan yhtei-
söjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus
3.2.2011:kohdat 44–45). Toisaalta henkilöllisyyden ilmoittaminen ostokehottuksessa on jo
elinkeinonharjoittajan etujen mukaistakin ja sen voinee yleensä lähtökohtaisesti katsoa ilme-
nevän ostokehottuksessa jo asiayhteydessä. Varsinaisessa ostokehottuksessa säännöksen nojalla
henkilöllisyyttä kuitenkin pidetään oleellisena tietona (2005/29/EY:7 (4 b) Art.).

⁶⁸⁵ Ks. 2005/29/EY:2 (i ja k) Art. sekä julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:
kohta 42.

⁶⁸⁶ On esitetty, että hieman epämääräisetkin hintaa koskevat tiedot saattavat täyttää ostokehottuk-
sessa edellytettävän hintatiedon määritelmän, kunhan niistä pystyy päättämään tuotteen hin-
tatason (Svensson ym. 2010:320). Vastaavasti Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on katsonut,
että alkaen-hintaa käytettäessä tulee tapauskohtaisesti selvittää, voiko tällaista hintatietoa pitää
riittävänä tässä merkityksessä (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010:65 ja 72). Sen si-
jaan on katsottavissa, että maininnat, joista hintatasoa ei pysty päättämään, kuten esimerkik-
si ”päivän hintaan” tai ”halpaan hintaan” eivät täytä tässä merkityksessä asianmukaisen hin-
nan ilmoittamistavan määritelmää (ks. Melin 2009:75 ja Svensson ym. 2010:320).

⁶⁸⁷ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010:46 ja 49.

⁶⁸⁸ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010:41 ja ks. myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin
asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011: kohta 38.

tissä markkinoidaan useita tuotteita ja kaikkien osalta vaaditut edellytykset eivät täyty⁶⁸⁹.

Tulkinnat siitä, miten lähellä sopimuksen solmimisvaihetta ostokehottus -käsitteen on direktiivissä tarkoitettu olevan, vaihtelevat jäsenvaltioissa⁶⁹⁰. Saksassa näiltä osin lainsäätäjät kannattaa melko laajaa tulkintaa⁶⁹¹. Myös Suomessa artiklan toimeenpanevan lakipykälän tekstin ulkoasun perusteella hinnan ilmaiseminen yksilöityä kulutushyödykettä tarjottaessa on asetettu direktiivin määritelmän mukaisesti edellytykseksi sille, että artiklan mukainen tiedonantovelvollisuus syntyy⁶⁹². Sen sijaan Englannissa OFT katsoo, että markkinointikommunikaation pitää aina sisältää hinnan ja erityisesti Internetissä myös suoraan mahdollistaa ostosuorituksen, jotta kyse olisi direktiivin merkityksessä ostokehottuksesta⁶⁹³. Ostokehottuksen määritelmää suppeasti ostoksen mahdollistamisesta lähtien tulkiten ostokehottuksen kriteerit täytyisivätkin helpoiten juuri Internetin kaltaisessa mediassa suoritettussa mainonnassa, jossa ostoksen tekemistä koskeva tahdonilmaisu on helposti annettavissa⁶⁹⁴. Voi kuitenkin katsoa, kuten Euroopan yhteisöjen tuomioistuimien on todennut viittaamalla säännöksessä käytettyyn sanamuotoon ”näin mahdollistetaan”, että ostoksen tekemisen mahdollistaminen on seuraus säännöksessä mainittujen tietojen antamisesta, ei välttämätön edellytys⁶⁹⁵.

Säännöksen rajaamisesta koskemaan vain ostokehottukseen liittyviä olennaisia seikkoja seuraa, että artiklassa lueteltavat tietoluokat eivät ole välttämättä olennaisia yleisluontoisen mainosviestinnän, joka ei sellaisenaan mahdollista sopimuksen solmimista, osalta⁶⁹⁶. Tämä säännöksessä esiintunut ostoksen tekemisen mahdollistamisedellytys rajaa ostokehottusta koskevan säännöksen ulkopuolelle

⁶⁸⁹ Svensson ym. 2010:320.

⁶⁹⁰ Ks. esim. SOU 2006:76:223–224. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen julkisasiamies esittää, että suppean ja laajan tulkinnan väliltä olisi löydettävä keskitie, jotta säännöksen soveltamisala ei liikaa rajautuisi suppean tulkinnan vuoksi eivätkä toisaalta myöskään elinkeinonharjoittajat liian laajan tulkinnan vuoksi luopuisi tämän markkinointimuodon käytöstä (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohta 23).

⁶⁹¹ Gesetzentwurf 16/10145:25–26. Ks. myös Keirsbilck 2009:560–561.

⁶⁹² KSL 2:8 § ja 2005/29/EY:2 (i) Art.

⁶⁹³ OFT 2008:36. Ks. myös Keirsbilck 2009:560–561.

⁶⁹⁴ Ks. Boesche 2009:191.

⁶⁹⁵ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohdat 41, 43 ja 64 (3). Kirjallisuudessa on ennen yhteisöjen tuomioistuimen em. ratkaisua esitetty myös hieman suppeampia näkemyksiä direktiivissä tarkoitettua ostokehottuksen käsitteestä. Esim. Katharina Boesche (2009:191) katsoo hieman samankaltaisesti kuin OFT edellä, että viestin on käytännössä mahdollistettava kuluttajalle ostotarjouksen tai muun tahdon ilmaisun jättäminen, jotta kyse olisi esim. Saksassa direktiivin pohjalta annetun säännöksen mukaisesta ostokehottuksesta.

⁶⁹⁶ 2005/29/EY: johdanto 14 ja ks. myös Kom 2003/356 lopullinen: 15.

mm. tukkuportaan suorittaman mainonnan ja elinkeinonharjoittajan imago-mainonnan⁶⁹⁷. Ostokehotus -käsitteen selvärajainen määritelmä saattaa toisaalta mahdollistaa säännöksen kiertämisen ja lienee siten omiaan vähentämään markkinoijien halukkuutta ilmoittaa tuotteiden hinta mainonnassa, mikäli kyse on hivenenkään yleisluontoisesta mainonnasta. Euroopan lehdistön sekä televisio- ja radiomedian puolella näiden tiedonantovaatimusten laaja-alaisuuden pelättiin ennen direktiivin voimaantuloa kiihdyttävän mainostulojen siirtymistä Internetiin, jossa informaation tarjoaminen on helpompaa kuin kyseisissä medioissa⁶⁹⁸.

Puheena olevan seitsemännen artiklan neljännen kohdan luonne suhteessa seitsemännen artiklan muihin kohtiin on epämääräinen. Keskustelua on herättänyt mm. se, tuleeko artiklassa aiemmin asetettuja mainitsematta jättämisen käsitettä tarkentavia (kohdassa 2) ja osin lieventäviä (kohdassa 3) seikkoja soveltaa kohdassa lueteltujen tietoluokkien poisjättämisen arvioimiseen, vai onko yksittäisten artiklassa listattujen tietoluokkien mainitsematta jättäminen katsottava sellaisenaan joka tilanteessa sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi. Artiklan rakenteesta, kuten harhaanjohtavan mainitsematta jättämisen yleisen määritelmän sijoittamisesta ainoastaan artiklan ensimmäiseen kohtaan, voisi katsoa, että artiklan kolmessa ensimmäisessä kohdassa yleisesti määritellyt arviointikriteerit koskisivat koko artiklaa, myös tätä mainitsematta jättämisen erityismuotoa, eli ostokehotusta ja sen yhteydessä vaadittuja tietoluokkia. Esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on ratkaisussaan ja komissio direktiivin tulkintaa koskevissa ohjeissaan vahvistanut, että artiklan aiemmissa kohdissa, kuten toisessa kohdassa ilmaistut mainitsematta jättämisen määritelmää tarkentavat kriteerit koskevat myös ostokehotuksen yhteydessä olennaisia tietoja⁶⁹⁹. Vastaavasti on katsottavissa, että artiklan ensimmäisessä ja toisessa kohdassa esitetyn määritelmän mukaisesti tiedot tulee antaa vain, mikäli tiedon poisjättämisellä on ainakin oletettavasti vaikutusta

⁶⁹⁷ Ks. Micklitz 2008:96 ja myös Kolmsee 2008:56.

⁶⁹⁸ Tylee 2006:19.

⁶⁹⁹ SEC (2009) 1666:51 ja ks. myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohdat 52–53, 59 ja 64 (4) sekä säännöksen toimeenpanevan lain osalta Suomessa HE 32/2008:26. Ks. myös tätä näkemystä puoltava Suomen korkeimman oikeuden tulkinta KKO 2011:65. Erityisesti Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuun ja sen julkisasiamiehen edellä viitatussa ratkaisuehdotuksessaan esittämään näkemykseen nähden päinvastaisesti Ruotsissa viestintävälineeseen liittyviä rajoituksia koskeva lievennys (2005/29/EY:7 (3) Art.) on direktiivin toimeenpanevassa laissa rajattu ostokehotuksen ulkopuolelle (ks. MFL: 11 § ja ks. myös Svensson ym. 2010:317 ja 319). Tätä voi pitää direktiiviin nähden kyseenalaisena tulkintana.

ostokehotukseen perustuvaan kaupalliseen ratkaisuun⁷⁰⁰. Todellista vaikutusta kaupalliseen ratkaisuun voisi tietoluokkien merkittävyyden vuoksi olla vaikea todistaa⁷⁰¹. Toisaalta kaikkia seitsemännen artiklan kohdassa 4 mainittuja tietoja ei myöskään kyseisessä kohdassa käytetyn sanamuodon mukaan tarvitse aktiivisesti ilmoittaa, jos ne ilmenevät muulla tavoin asiayhteydestä⁷⁰². Riittävää on siis, että tieto on kuluttajan saatavilla jossain muodossa. Tarkoituksena direktiivissä on komission mukaan yleisestikin pyrkiä välttämään elinkeinonharjoittajien kuormittamista liiallisella informointivelvollisuustaa⁷⁰³. Verkkokaupassa tiedot olisi täten mahdollista tarjota esim. verkkokaupan sivuilla tai selkeän linkityksen avulla⁷⁰⁴. Voisi katsoa jopa, että Internetin mahdollistama helposti tavoitettavissa oleva ja suhteellisen halpa mediatila ovat edellytyksenä kyseisenlaisen säännöksen antamiselle.

Tulkinnanvaraista puheena olevassa direktiivin 7 (4) artiklan säännöksessä on myös se, että riittävätkö joka tilanteessa artiklassa mainitut tietoluokat vai tuleeko kauppiaan antaa muitakin tietoja. Eli toisin sanoen kysymys koskee sitä, onko luettelo tarkoitettu tyhjentäväksi. Luettelon määrittelemistä tyhjentäväksi voisi pitää melko kankeana ratkaisuna. On kyseenalaista, voisiko kaikkia tarpeellisia tietoluokkia ylipäänsä etukäteen kattavasti määritellä. Esimerkiksi verkkokaupan osalta olisi vaikea etukäteen ennakoida, millaisia tietoluokkia voidaan tulevaisuudessa pitää olennaisina ostoksen tekemisen kannalta. Toisaalta artikla on muutenkin luonteeltaan avoin, sillä artiklassa vaaditut tietoluokat, kuten tuotteen pää-

⁷⁰⁰ 2005/29/EY:7 (1) ja (2) Art. ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohdat 52–53, 62 ja 64 (4) sekä ks. myös esim. Tews & Bokel 2009:160.

⁷⁰¹ Howells ym. 2006:154–155.

⁷⁰² Ks. 2005/29/EY: 7 (4) Art. Informaatiovelvollisuuden kattavuuteen vaikuttanee myös tuotteen arvo, sillä sanotun artiklan ensimmäisen kohdan mukaan tuotteen pääominaisuudet tulee ilmoittaa siinä laajuudessa, kuin ”viestintävälineen ja tuotteen kannalta on asianmukaista” (2005/29/EY:7 (4 a) Art.). Täten voi katsoa, että halpahintaisista tuotteista ei tarvitse antaa yhtä paljon tietoa kuin ylellisyustuotteista (ks. Wieczorek-Schwarz 2010:110).

⁷⁰³ SEC (2003) 724:26–27.

⁷⁰⁴ Collins 2010:107. Kuten edellä on todettu, Euroopan yhteisöjen julkisasiamiehen näkemyksen mukaan puuttuvien olennaisten tietojen muulla tavoin saataville asettaminen on kuitenkin olta-va pääsääntöisesti elinkeinonharjoittajan oman toiminnan ansiota. Näkemyksen pohjalta ky-seeseen ei tulisi täten esimerkiksi viittaaminen ulkopuolisilla verkkosivustoilla oleviin tietoi-hin. (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkai-suehdotus 3.2.2011:kohta 61). Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut asiaan liitty-vässä ratkaisussaan sen, että elinkeinonharjoittaja voi viitata näiltä osin omaan Internet-sivustoonsa (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010: 50, 56 ja 59). Valitettavasti tuomio-istuin ei kuitenkaan samassa yhteydessä suoraan ottanut kantaa siihen, voiko elinkeinonhar-joittaja viitata muihin sivustoihin, sillä tuomioistuimelle esitettyssä kysymyksessä viitattiin vain elinkeinonharjoittajan omaan sivustoon (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010:20 (6)).

ominaisuudet, ovat melko epämääräinen käsite, jonka sisältö saattaa vaihdella tapauskohtaisesti⁷⁰⁵. Näkemystä listan esimerkinomaisesta luonteesta tukee myös se seikka, että direktiivin valmisteluasiakirjassa todetaan, että säännöksessä ei pyritä luomaan kattavaa luetteloa vaadittavista tiedoista⁷⁰⁶. Komissio on vahvistanut saman näkemyksen myös direktiiviä koskevassa ohjeistuksessaan⁷⁰⁷. Lisäksi on katsottavissa, että tietyissä tilanteissa tuomioistuimet voivat edellyttää tai jäsenvaltiot säätää annettavaksi muitakin kuin direktiivissä mainittuja tietoluokkia. Lisäsääntelyä voidaan perustella makuasioiden sekä kulttuurillisten ja kielellisten seikkojen aiheuttaman mahdollisen erityisinformaationtarpeen lisäksi myös sillä, että direktiivin johdannossa sallitaan yksittäisiä aloja koskien jäsenvaltioille mahdollisuus asettaa direktiiviä tiukempia informointivelvoitteita⁷⁰⁸. Voinee kuitenkin katsoa, että säännöksessä listatut tietoluokat ovat lähtökohtaisesti keskeisimpiä ostokehotuksen yhteydessä vaadittavia tietoja⁷⁰⁹.

Tutkimuksen kohteena olevissa jäsenvaltioissa on päädytty samankaltaiseen näkemykseen luettelon esimerkinomaisesta luonteesta⁷¹⁰. Luettelon luonteen tulkitseminen ei-tyhjentäväksi voi, kuten Saksassa UWG-lain esitöissä on todettu, katsoa jättävän tuomioistuimille tapauskohtaisesti ratkaisuvalltaa olennaisten tietoluokkien määrittämisessä⁷¹¹. Joka tapauksessa tällöin tulee kuitenkin jo seitsemännän artiklan ensimmäisen kohdan perusteella huomioida, että kuluttajalle tulee antaa ostokehotuksen yhteydessä riittävästi olennaisia tietoja perustellun kaupallisen ratkaisun tekemiseksi⁷¹². Seuraavaksi käsitellään pääpiirteittäin näitä ostokehotuksen yhteydessä olennaisiksi nimettyjä tietoluokkia artiklan mukaisessa järjestyksessä.

⁷⁰⁵ Ks. myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010:55.

⁷⁰⁶ Kom 2003/356 lopullinen: kohta 63. Vrt. Kolmsee 2008:62, Keirsbirck 2009:561 ja Svensson ym. 2010:322, jotka kannattavat näkemystä listan kattavasta luonteesta mm. elinkeinonharjoittajien oikeusvarmuuteen liittyvin perustein.

⁷⁰⁷ SEC (2009) 1666:51.

⁷⁰⁸ Howells ym. 2006:155 ja 2005/29/EY: johdanto 14.

⁷⁰⁹ Boesche 2009:190.

⁷¹⁰ Englannissa OFT katsoo, että listan rooli on lähinnä täydentää muuta informaatiotarjontaa, jota keskivertokuluttaja tarvitsee perustellun ratkaisun tekemiseen (OFT 2008:37). Toisin sanoen OFT ei ks. listaa tyhjentäväksi. Vastaavanlaisesti myös Suomessa todetaan direktiivin toimeenpanevan lain esitöissä, että tapauskohtaisesti elinkeinonharjoittajalla voi olla velvollisuus tarjota muita olennaisia tietoja (HE 32/2008:26.). Samankaltaisesti myös Saksassa nimenomaisesti todetaan direktiivin toimeenpanevan lain esitöissä, että kyse ei ole tyhjentävästä luettelosta. Tätä perustellaan Saksassa sillä, että direktiivin seitsemännän artiklan viidennessä kohdassa viitataan myös muun yhteisön lainsäädännön vaatimuksiin ja ei-tyhjentävään direktiivin liitteeseen II. (Gesetzentwurf 16/10145:25–26 ja 2005/29/EY: 7 (5) Art. Vrt. Keirsbilck 2009:522).

⁷¹¹ Ks. Gesetzentwurf 16/10145:27.

⁷¹² 2005/29/EY:7 (1) Art.

5.2.1 *Tuotteen pääominaisuudet*

Direktiivin seitsemännen artiklan kohdassa 4 (a), eli artiklan neljännen kohdan luettelossa ensimmäisenä, olennaiseksi tietoluokaksi säädetään tuotteen pääominaisuudet ”siinä laajuudessa kuin viestintävälineen ja tuotteen kannalta on asianmukaista”⁷¹³. Tuotteen pääominaisuudet riippuvat asiayhteydestä, eikä niitä myöskään artiklassa tarkemmin määritellä. Viitteitä tuotteen pääominaisuuksien sisällöstä voisi saada esim. saman direktiivin 6 (1 b) artiklasta, jossa nimenomaisesti luetellaan erilaisia pääominaisuuksiin kuuluvia tietoluokkia⁷¹⁴. Puheena olevassa seitsemännen artiklan säännöksessä ei kuitenkaan tarkoitettane yhtä laajaa pääominaisuuksien määritelmää kuin direktiivin kuudennessa artiklassa, sillä tiedonantovelvollisuutta tässä yhteydessä rajoittavat asiayhteys sekä tuotteeseen ja viestintävälineeseen liittyvä asianmukaisuus -edellytys⁷¹⁵. Mainitun tietoluokan merkitys on kuitenkin lähes itsestään selvä, sillä tuotteen pääominaisuuksien ilmoittamista voi jo ilman nimenomaista sääntelyäkin pitää myös elinkeinonharjoittajien etujen mukaisena⁷¹⁶. Säännöksessä tavoitteena lieneekin, että markkinoinnissa tulee antaa riittävästi tietoja, jotta kuluttaja pystyy arvioimaan tarjouksen sisältöä ostoehotuksen yhteydessä⁷¹⁷.

Verkkokauppaa koskien elinkeinonharjoittaja kuitenkin veloitetaan jo etämyyntidirektiivin nojalla antamaan tuotteen pääominaisuuksia koskevat tiedot viestintävälineeseen soveltuvalla tavalla hyvissä ajoin ennen sopimuksen solmimista, kuten edellä on jo todettu⁷¹⁸. Etämyyntidirektiivi menee verkkokaupan sääntelyssä näiltä osin direktiiviä 2005/29/EY hieman pidemmälle, sillä siinä tietojen antamisen tarpeellisuutta ei arvioida siitä näkökulmasta, onko sillä vaikutusta keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun ostoehotuksen yhteydessä. Etämyyntidirektiivissä ei myöskään mainita nimenomaisesti poikkeuksena tuotteen pääominaisuuksien ilmaisemisessa tuotteen luonteeseen liittyvää rajausta. Tällä rajauksella sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa direktiivissä tuodaan esille lähinnä se, että monimutkaisista tuotteista tulee kertoa enemmän tietoa kuin yk-

⁷¹³ 2005/29/EY: 7 (4 a) Art.

⁷¹⁴ Ks. 2005/29/EY:6 (1b) Art.

⁷¹⁵ 2005/29/EY: 7 (4) Art. Ks. vastaavasti Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohdat 50–53 ja 64 (4).

⁷¹⁶ Ks. samankaltaisesti myös Henderson & Poulter 2002:292 ja esim. Donnelly & White 2007:280–281.

⁷¹⁷ Ks. Svensson ym. 2010:320.

⁷¹⁸ 1997/7/EY: 4 (1 b) ja (2) Art. Etämyyntidirektiivissä ei tosin yksilöidä mitä tietoluokkia pääominaisuuksiin kuuluu. Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin kuudennessa artiklassa 1 (b) - kohdassa on, kuten edellä on todettu, luetteloitu esimerkinomaisesti tällaisia pääominaisuuksia (ks. tarkemmin tutkimuksen tämän tutkimuksen luvusta 4.1.3).

sinkertaisista ja tavanomaisista tuotteista⁷¹⁹. Saman voi katsoa koskevan myös hiljattain markkinoille tulleita tuotteita⁷²⁰. Tiedonantovelvoite ei direktiivin 2005/29/EY nojalla täten käytännössä koske tuotteen yleisesti tunnettuja ominaisuuksia, joiden ilmoittamatta jättämisellä ei ole oletettavasti myöskään vaikutusta ostokehotukseen pohjautuvaan kaupalliseen ratkaisuun⁷²¹. Verkkokaupassa tiedontarvetta voi kuitenkin pitää syvällisempänä kuin tavanomaisessa kaupankäynnissä, koska kuluttajalla ei ole mahdollisuutta fyysisesti tutustua tuotteeseen etukäteen⁷²². Käytännön syistä kaikista tuotteista ei verkkokaupassakaan ole tarvetta eikä mahdollisuutta antaa keskenään yhtä paljon tietoa. Kuitenkin myös tavanomaisista tuotteista tarvitaan verkkokaupassa yleensä enemmän kirjoitettua tietoa kuin verkon ulkopuolisessa kaupassa, joten em. nimenomaiselle rajaukselle ei vastaavassa määrin ole verkkokaupan sääntelyssä perustetta. Tosin joka tapauksessa myös etämyyntidirektiivin nojalla ilmoittamaan velvoitettavien tuotteen pääominaisuuksien laajuus on jossain määrin sidoksissa tuotteen monimutkaisuuteen.

5.2.2 Elinkeinonharjoittajan yhteystiedot ja henkilöllisyys

Direktiivin seitsemännen artiklan kohdassa 4 (b), eli artiklan neljännen kohdan luettelossa toisena, olennaisena tietoluokkana mainitaan ”elinkeinonharjoittajan maantieteellinen osoite ja henkilöllisyys, kuten esimerkiksi hänen toiminimensä ja tarvittaessa sen elinkeinonharjoittajan maantieteellinen osoite ja henkilöllisyys, jonka puolesta hän toimii”⁷²³. Tavanomaisessa tietoverkon ulkopuolisessa kaupankäynnissä, kuten asioitaessa ns. kivijalkakaupassa, nämä tiedot käyvät yleensä ilmi jo asiayhteydessä eikä niitä siten ole silloin tarvetta erikseen mainita⁷²⁴. Sen sijaan säännös saattaa tuoda muutoksia verkon ulkopuoliseen mediamainontaan,

⁷¹⁹ SEC (2009) 1666:49 ja ks. myös esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohta 50. Yksinkertaisista tuotteista, kuten esim. tavallisista pöydistä, pääominaisuudet saattavat käydä ilmi jo tuotteen valokuvasta. Sen sijaan monimutkaisemmista tuotteista, kuten esim. tietokoneista, pelkkä valokuva ei riitä, vaan tietoja tulee antaa enemmän (Svensson ym. 2010:320–321).

⁷²⁰ Ks. myös HE 32/2008:26.

⁷²¹ Yleisesti Esim. Paloranta 2008:52. Esimerkiksi matkapuhelinliittymien markkinointia koskien Suomen markkinaoikeuden (2009/461) mukaan: ”matkapuhelimella soittaminen tai viestittäminen on normaalisti maksullista, eikä sitä tarvitse nostaa erityiseen asemaan matkapuhelinliittymien markkinoinnissa. Lisäksi kun matkapuhelinliittymien ominaisuudet ovat pitkälti samanlaisia, matkapuhelinoperaattorien ei voida edellyttää keskittyvän markkinoinnissaan liittymien ominaisuuksista kertomiseen.”

⁷²² Ks. myös Henderson & Poulter 2002:294.

⁷²³ 2005/29/EY: 7 (4 b) Art.

⁷²⁴ SEC (2009) 1666:50 ja myös esim. HE 32/2008:26.

jossa näiden tietojen antaminen on ainakin Suomessa ollut harvinaista⁷²⁵. Toisaalta tähän tiedonantovelvollisuuteen vaikuttavat myös muut mainitsematta jättämisestä koskevat arviointikriteerit, kuten tietojen yleinen tunnettuus yms. Esimerkiksi isojen ketjujen paikallismyymälöiden osoitteiden voi katsoa olevan jo asiayhteydessä kuluttajien tiedossa.⁷²⁶ Verkkokaupassa, jossa yritykset toimivat usein pelkän verkkosivun takana, vakituisten yhteystietojen ilmoittaminen on sen sijaan erityisen tärkeää. Näitä tietoja tarvitaan, jotta kuluttajat pystyvät helposti varmentamaan yrityksen olemassaolon sekä osoitteen avulla myös pääättelemään, minkä valtion lainsäädäntöä mahdolliseen sopimukseen sovelletaan⁷²⁷.

Verkkokaupan osalta säännöksen voi katsoa lähinnä tukevan aiempaa sääntelyä, sillä elinkeinonharjoittajan henkilöllisyyden ilmoittamista säännellään verkkokauppaa koskien entuudestaan jo etämyyntidirektiivissä ja sähköisen kaupankäynnin direktiivissä. Näistä etämyyntidirektiivin nojalla elinkeinonharjoittaja veloitetaan ilmoittamaan kuluttajalle hyvissä ajoin ennen sopimuksen tekemistä henkilöllisyytensä ja ennakkomaksua edellyttävissä sopimuksissa osoitteensa sekä mahdollisen valituksen toimittamista varten käyntiosoitteensa⁷²⁸. Sähköisen kaupankäynnin direktiivissä elinkeinonharjoittaja puolestaan veloitetaan ilmoittamaan aina nimensä ja maantieteellinen osoitteensa sekä lisäksi myös mahdolliset rekisteri- ja tunnistetiedot sekä se, kenen lukuun kaupallinen viestintä suoritetaan⁷²⁹. Nämä säännökset menevät direktiiviä 2005/29/EY hieman pidemmälle, sillä niissäkään tietojen antamisen tarpeellisuutta ei arvioida siitä näkökulmasta, onko sillä vaikutusta kaupalliseen ratkaisuun ostokehotuksen yhteydessä, vaan esim. em. sähköisen kaupankäynnin direktiivin perusteella tiedot tulee antaa kaikissa tilanteissa⁷³⁰.

⁷²⁵ Ks. Koivumäki & Häkkänen 2010:52.

⁷²⁶ SEC (2009) 1666:50 ja ks. myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:alaviite 24. Tällaisessa tilanteessa, siis verkon ulkopuolisessa kaupankäynnissä, yhteystiedoksi saattaisi riittää jopa pelkästään ketjun mahdollisesti hyvin tunnettu liikemerkki edellyttäen, että kyseinen tarjous koskee kaikkia ketjun myyntipisteitä (Svensson ym. 2010:321). Joka tapauksessa tällöinkin olisi kuitenkin elinkeinonharjoittajan edun mukaista ilmoittaa yhteystiedot jossain muodossa, kuten esim. Internet-sivuillaan.

⁷²⁷ Ks. yleisesti esim. Schaub 2004:52–53, Carlén-Wendels 2000:230 ja Coteanu 2005:25. Verkkokaupan kannalta hyödyllistä voisi olla, että elinkeinonharjoittajiin liittyviä tietoja koskeva informaation antovelvollisuus ulotettaisiin laajemmalle ja myös muille tahoille kuin elinkeinonharjoittajille itselleen. Esimerkiksi julkisten tahojen ylläpitämät, helposti saatavilla olevat myyjiä koskevan negatiivisen informaation rekisterit, kuten esim. Suomessa kuluttajariitalautakunnan musta lista, voisivat olla omiaan lisäämään luottamusta näihin rekistereihin sisällyttömiin markkinatoimijoihin. (Ks. esim. Howells 2005:353).

⁷²⁸ 1997/77EY: 4 (1a) Art. ja 5 (1) Art.

⁷²⁹ 2000/31/EY: 5 (1) Art. ja 6 (b) Art.

⁷³⁰ Sähköisen kaupankäynnin direktiiviä sovelletaan useanlaisiin tietoverkossa toteutettaviin taloudellisiin toimintoihin, joten käytännössä nämä em. tiedot on annettava siitä riippumatta,

5.2.3 Tuotteen hinta

Kolmantena olennaisten tietoluokkien luettelossa, direktiivin seitsemännen artiklan kohdassa 4 (c), olennaiseksi tietoluokaksi säädetään tuotteen hinta veroineen tai jos sitä ei voida tuotteen luonteesta johtuen kohtuudella ilmoittaa, hinnan laskentatapaa sekä tilanteen mukaan kaikki muut toimituskustannukset. Mikäli em. tietoja ei ole kohtuudella mahdollista tuotteen luonteesta johtuen ilmoittaa, tulee artiklan mukaan kuluttajalle ilmoittaa lisämaksujen mahdollisuudesta.⁷³¹ Yleisesti ottaen hintaan liittyvien tietojen laajuuden voi katsoa olevan sidoksissa mm. tuotteen luonteeseen ja ominaispiirteisiin⁷³². Käytännössä säännöksen pohjalta elinkeinonharjoittajan tulee pyrkiä ilmoittamaan tuotteen kokonaishinta esimerkiksi useampiosaisen tuotteen kohdalla. Mikäli tuotteet ovat sellaisia, ettei elinkeinonharjoittaja pysty kohtuudella ilmoittamaan tuotteen kokonaishintaa, hänen tulee ilmoittaa hinnan, jonka kuluttaja joutuu maksamaan, laskentaperusteet. Tällaisia tuotteita, joiden kokonaishinnan määrittäminen saattaa olla vaikeaa etukäteen, voivat olla esimerkiksi monimutkaiset tuotteet, kuten tietokoneet tai erilaiset yhdistelmätuotteet, kuten matkat. Vastaavasti samankaltaisia tuotteita voivat olla tuotteet, joilla ei ole varsinaista hintaa tai se saattaa olla pieni suhteessa käyttökuuluihin. Tällaisia ovat esimerkiksi matkapuhelinliittymät. Näissä tuotteissa hinnan laskentaperusteissa tulee ottaa huomioon tuotteen käyttökulut, joista tuotteen varsinaisen hinta lopulta muodostuu.⁷³³

Kuten edellä on todettu, hintatietojen antaminen kaupallisen viestin yhteydessä muodostaa direktiivin pohjalta myös yhden edellytyksen sille, että ostokehotuksen määritelmä täyttyy⁷³⁴. On kuitenkin katsottavissa, että ostokehotuksen määritelmän täyttymisen edellyttämiä hintatietoja tulee arvioida erikseen ja laajemmin kuin ostokehotuksessa vaadittavia hintatietoja⁷³⁵. Hintatietoja yleensäkin voidaan

onko verkkosivuilla ylipäänsä mahdollista tehdä suoraan tilauksia (ks. 2000/31/EY: johdanto 18).

⁷³¹ 2005/29/EY: 7 (4c) Art.

⁷³² Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010:68.

⁷³³ Ks. yleisesti matkapuhelinliittymän hintatietojen osalta KKO 2011:65. Samaan kategoriaan, jossa käyttökulut nousevat samassa merkityksessä merkitsevään asemaan, voinee katsoa kuuluvan myös tuotteet, joissa noudatetaan ns. partakoneenterä (engl. razor and blade) hinnoittelumallia. Tällaisia ovat esim. mustesuihkutulostimet ja niiden patruunat. Näissä tuotteen kuluvi-
vien osien hinta on suhteettoman korkea verrattuna kestokulutushyödykkeeseen. Tällöin kuluvi-
vien osien, eli patruunojen, korkealla hinnalla pyritään kattamaan tuotantokustannukset alitta-
vaan hintaan myydyin kestokulutushyödykkeen, eli tulostimen, alhainen hinta. (Ks. tästä tar-
kemmin Laine 2009).

⁷³⁴ 2005/29/EY:2 (i) Art.

⁷³⁵ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisueh-
dotus 3.2.2011:kohta 33. Euroopan yhteisöjen julkisasiamies on katsonut, että ostokehotuksen
määritelmän kiertämisen estämiseksi ostokehotuksen edellytykseksi määriteltyä hintatietoa tu-

pitää lähtökohtaisesti keskeisinä perustellun kaupallisen ratkaisun kannalta⁷³⁶. Täten esimerkiksi ostokehotuksessa vaadittujen hintatietojen ilmoittamisen osalta kyseeseen ei tulle, kuten mahdollisesti ostokehotuksen määritelmän täyttymisen osalta, summittainen hintatasoa koskeva tieto, sillä kuluttajan pitää pystyä tekemään ostokehotuksessa annettujen tietojen perusteella perusteltu kaupallinen ratkaisu⁷³⁷.

Artiklan säännöstä voi katsoa tukevan se seikka, että tuotteen hinnan ilmoittamistapa määritellään yhdeksi harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn arviointikriteeriksi kaupallisen ratkaisun kannalta direktiivin kuudennessa artiklassa⁷³⁸. Lisäksi myös direktiivin liitteessä I on kielletty eräitä harhaanjohtavana pidettyjä yksittäisiä menettelyjä hintatietojen ilmoittamisessa⁷³⁹. Yleisellä tasolla hinnan merkintätapoja koskeva kansallinen sääntely pohjautuu jäsenvaltioissa entuudestaan direktiiviin 1998/6/EY (direktiivi kuluttajille tarjottavien tuotteiden hintojen ilmoittamisesta), jonka säännökset ovat direktiiviin nähden osin etusijalla. Kyseisen direktiivin hintamerkintöjä koskevat velvoitteet ovat samankaltaisia kuin puheena olevassa säännöksessä direktiivissä 2005/29/EY, mutta osin yksityiskohtaisempia.⁷⁴⁰

Verkkokaupan osalta myös etämyyntidirektiivissä elinkeinonharjoittaja velvoitetaan ilmoittamaan kuluttajalle tavarahan hinta veroineen, tarvittaessa toimituskustannukset sekä lisäksi maksua koskevat ehdot. Täten puheena olevan direktiivin 2005/29/EY säännös ei käytännössä muuta myöskään verkkokaupan osalta sään-

lisi tulkita laajentavasti (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohta 35).

⁷³⁶ Esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohta 62.

⁷³⁷ Svensson ym. 2010:321. Tällaisiin summittaisiin hintatietoihin voinee luokitella esimerkiksi alkaen - hinnat, mikäli lopullisen hinnan laskuperusteita ei selkeästi ilmoiteta (samansuuntaisesti Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010:65).

⁷³⁸ Ks. 2005/29/EY:6 (1d) Art. ja ks. myös tämän tutkimuksen luku 4.1.3.4.

⁷³⁹ Liitteessä I on kielletty esimerkiksi hinnan ilmoittaminen käyttäen termejä ”ilmainen” tai ”maksuton”, mikäli tuotteeseen liittyy muita kuin välittömiä nouto- tai toimituskuluja (ks. 2005/29/EY: Liite I kohta 20).

⁷⁴⁰ Ks. 1998/6/EY ja 2005/29/EY:7 (4c) ja liite II. Direktiivin 1998/6/EY pohjalta annetut hinnan ilmoittamista koskevat säännökset ovat vaihdelleet jonkin verran eri jäsenvaltioissa (Schulze & Schulte-Nölke 2003:29). Esimerkiksi Suomessa direktiivi 1998/6/EY on toimeenpantu asetuksella. Kuten myös korkein oikeus asiaan liittyen toteaa, perustuslain (1999/731) 107 § mukaan lakia alemmanasteisia asetuksia ei saa soveltaa niiltä osin, kuin ne ovat ristiriidassa lain kanssa. Täten direktiivin 1998/6/EY toimeenpanevaa hintamerkintäasetusta (1359/1999) ei voida Suomessa soveltaa niiltä osin, kuin se on ristiriidassa sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin toimeenpanevan kuluttajansuojalain kanssa. (Ks. KKO 2011:65:18 ja PL: 107 §).

telyn tilaa⁷⁴¹. Kaikkiaan yleisesti ja myös verkkokauppaa koskien tämän artiklan hinnan ilmoittamista koskevan säännöksen voi katsoa lähinnä tukevan jossain määrin aiempaa sääntelyä.

5.2.4 *Huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksista poikkeavat myynnin jälkeiset menettelyt*

Neljäntenä olennaisten tietoluokkien luettelossa, direktiivin seitsemännen artiklan kohdassa 4 (d), olennaiseksi tietoluokaksi säädetään ”maksujärjestelyt, toimitus, suorittaminen ja valitusten käsittelyihin sovellettava käytäntö, mikäli ne poikkeavat huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksista”⁷⁴². Kaikkiaan em. tietojen voi katsoa liittyvän maksamiseen ja siitä saatavaan vastineeseen⁷⁴³. Vastaavien tietoluokkien antotapaan, ilman säännöksessä mainittua huolelliseen ammatinharjoittamiseen liittyvää lievennystä, tulee kiinnittää huomiota myös kaupallisen menettelyn harhaanjohtavuutta arvioitaessa direktiivin kuudennen artiklan nojalla⁷⁴⁴.

Kuten säännöksen sanamuodosta käy ilmi, siihen sisältyy huomattava rajaus. Säännös koskee nimenomaan tietoa vain niistä em. käytännöistä, jotka poikkeavat direktiivin mukaisista huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksista⁷⁴⁵. Säännöksen voisi nähdä täten kannustimena elinkeinonharjoittajille järjestämään käytäntönsä siten, että niistä ei tarvitsisi erikseen ilmoittaa kuluttajille ja ylipäänsä täten myös pystyäkseen paremmin kilpailemaan markkinoilla⁷⁴⁶. Säännöksen pohjalta on tulkittavissa, että kuluttajan kannalta edullisia tietoja mainittuja tietoluokkia koskien ei tarvitse ilmoittaa, sillä niiden ei voi katsoa poikkeavan huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksista⁷⁴⁷. Tosin elinkeinonharjoittajan omien etujen mukaista saattaisi olla informoida näistäkin tiedoista⁷⁴⁸. Ongelmallista on, että tietääkseen koskeeko informointivelvollisuus häntä, elinkeinonharjoittajan pitäisi säännöksen myötä pystyä arvioimaan, poikkeavatko säännöksessä käsitellyt menettelynsä huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksista⁷⁴⁹.

⁷⁴¹ 1997/7/EY: 4 (1c, d ja e) Art. Ks. myös hinnan harhaanjohtavasta ilmoittamisesta tämän tutkimuksen luvusta 4.1.3.4.

⁷⁴² 2005/29/EY: 7 (4 d) Art.

⁷⁴³ Willett 2010:256.

⁷⁴⁴ 2005/29/EY: 6 (1 b ja 1 d) ja ks. myös tämän tutkimuksen luvut 4.1.3.2. ja 4.1.3.4.

⁷⁴⁵ ks. huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmä 2005/29/EY: 2 (h) Art.

⁷⁴⁶ Howells ym. 2009:71 ja 73.

⁷⁴⁷ Willett 2007:89 ja esim. Prop. 2007/08:115:93

⁷⁴⁸ Ks. vastaavasti lähinnä Ruotsissa toimeenpantua säännöstä koskien Svensson ym. 2010:322.

⁷⁴⁹ Ks. Boesche 2009:193.

Säännöksen yhtenäisen soveltamisen kannalta ongelmallisena voi pitää sitä, kuten edellä on jo osittain todettu, että säännös on kytketty moniselitteisenä pidettävissä olevaan huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimukseen⁷⁵⁰. Kuluttajan kannalta hyödyllisempi ratkaisu olisi ollut, kuten kirjallisuudessa on todettu, jos elinkeinonharjoittajille olisi suoraan asetettu velvollisuus kertoa, miten ovat kyseiset käytäntönsä järjestäneet⁷⁵¹. Yhtenä vaihtoehtona voisi olla tässä yhteydessä typistää huolellisen ammatinharjoittamisen käsite vastaamaan pelkästään määritelmänsä jompaakumpaa alakohtaa eli elinkeinonharjoittajalta kohtuudella odotettavaa huolellisuuden ja erikoistaidon tasoa tai elinkeinonharjoittajan toimialaan liittyvien käytäntöjen mukaisuutta⁷⁵². Näin on menetelty esimerkiksi Suomessa viittamalla säännöksessä huolellisen ammatinharjoittamisen sijasta kuluttajan tavantomaisiin odotuksiin elinkeinonharjoittajan toiminnasta⁷⁵³. Samankaltaisesti Ruotsissa artiklan toimeenpaneavassa säännöksessä viitataan tässä yhteydessä, tosin hieman epäsuoremmin, määritelmän jälkimmäiseen ehtoon, eli elinkeinonharjoittajan toimialan menettelyihin⁷⁵⁴. Säännöksen tulkitseminen jälkimmäisen huolelliseen ammatinharjoittamisen määritelmään sisältyvän edellytyksen, eli elinkeinonharjoittajan toimialasta poikkeavien käytäntöjen, kautta, voisi pitää hyödyllisenä, sillä tällöin tiedonantovelvollisuuden syntyminen voisi myös elinkeinonharjoittajan kannalta olla selkeämmin havaittavissa. Toisaalta kuten edellä luvussa 3.3 on todettu, erityisesti elinkeinonharjoittajan toimialaan liittyvä viittaus ei kata koko huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmää. Kaupallinen menettely voi olla hyväksytty elinkeinonharjoittajan toimialalla, mutta silti vastoin kuluttajan kohtuullisia odotuksia.⁷⁵⁵ Saman voisi katsoa koskevan joissain tilanteissa myös viittausta kuluttajien kohtuullisiin odotuksiin elinkeinonharjoittajan toiminnasta. Toisin sanoen joissain poikkeuksellisissa tilanteissa kuluttajien odotukset saattaisivat olla alempana, kuin mikä on yleinen käytäntö elinkeinonharjoittajan toimi-

⁷⁵⁰ Collins 2010:108.

⁷⁵¹ Esimerkiksi Willett 2010:257 ja ks. myös Collins 2010:108.

⁷⁵² Pelkästään määritelmän jompaankumpaan alakohtaan viittaamisen taustalla voisi katsoa olevan ajatus, että koska huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksen määritelmän molempien ehtojen tulee määritelmässä käytetyn ja -konjunktion myötä toteutua samanaikaisesti, määritelmä ei täyty jo silloin, kun pelkästään toinen ehdoista ei toteudu.

⁷⁵³ KSL 2:8 (4) §. Tällä voi katsoa viitattavan direktiivin huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmän ensimmäiseen ehtoon (kohtuulliset odotukset elinkeinonharjoittajan erikoistaidon ja huolellisuuden tasosta) (ks. 2005/29/EY:2 (h) Art.). Tosin Suomessa lainvalmisteluasiakirjassa erikseen todetaan, että menettelyistä ei tarvitse ilmoittaa, jos ne vastaavat yleistä käytäntöä alalla, eli käytännössä lainsäätäjä viittaa tässä myös huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksen direktiivissä mainittuun toiseen edellytykseen (ks. HE 32/2008:26 ja 2005/29/EY:2 (h) Art.).

⁷⁵⁴ Täten direktiivin 7 (4) artiklaa vastaavat tiedot tulee Ruotsissa ilmoittaa, mikäli ne poikkeavat normaalista menettelystä alalla tai tuotteen suhteen (ks. MFL: 12 (4) §).

⁷⁵⁵ Ks. myös 2005/29/EY:2 (h) Art.

alalla. Täten säännöstä sovellettaessa nämä edellytykset tulisi käytännössä pystyä jollain tavoin yhdistämään tai sitten pitäytyä huolellisen ammatinharjoittamisen määritelmässä.

Toisaalta direktiivissä pidetään entuudestaan sopimattomina huolellisen ammatinharjoittamisen vastaisia käytäntöjä, jotka vääristävät kohderyhmänsä keskivertokuluttajan taloudellista käyttäytymistä. Täten säännöksen rajausta tällaisiin huolellisen ammatinharjoittamisen vastaisiin käytäntöihin voi pitää epäloogisena. On epätodennäköistä, että elinkeinonharjoittajilla on mielenkiintoa nimenomaisesti informoida säännöksen vastaisista käytännöistä⁷⁵⁶. Toisaalta voi olla, ettei elinkeinonharjoittajilla ole välttämättä tietoakaan siitä, että menettely ei vastaa kyseisiä vaatimuksia⁷⁵⁷. On esitetty, että nykymuodossaan tämän säännöksen tarkoituksena lienee lähinnä tarjota viranomaisille epäsuora lisäperuste tällaisiin huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastaisiin menettelyihin puuttumiseksi.⁷⁵⁸ Voineekin katsoa, että tässä muodossa säännöksen merkitys kuluttajakaupan tiedonantovaatimuksiin lienee vähäinen.

Myöskään verkkokaupan osalta säännöksellä ei liene huomattavaa vaikutusta sääntelyn nykytilaan, sillä kolmeen kohdassa ensin mainittuun käytäntöön liittyvät menettelyt tulee etämyyntidirektiivin mukaan verkkokaupassa kertoa hyvissä ajoin ennen sopimuksen tekemistä, siitä riippumatta poikkeavatko menettelyt huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksista. Valituksien käsittelyjen osalta etämyyntidirektiivissä elinkeinonharjoittaja puolestaan veloitetaan ilmoittamaan eräitä valituskäytäntöihin liittyviä tietoja, kuten käyntiosoite, johon mahdollinen valitus tulee toimittaa.⁷⁵⁹ Verkkokauppaa koskien tämän puheena olevan 7 (4d) artiklan säännöksen voisi kuitenkin katsoa jossain määrin tukevan em. aiempaa sääntelyä, varsinkin jos säännöksen informaatiovelvoite olisi yksiselitteisempi.

5.2.5 *Irtisanomis- ja peruuttamisoikeutta koskeva tieto*

Viidentenä olennaisten tietoluokkien luettelossa, direktiivin seitsemännen artiklan kohdassa 4 (e), olennaiseksi tietoluokaksi säädetään tuotteisiin ja liiketoimiin mahdollisesti liittyvää irtisanomis- ja peruuttamisoikeutta koskeva tieto⁷⁶⁰. Näistä irtisanomisoikeus liittyy usein pitkäkestoisiin sopimuksiin ja peruutusosoikeus mm.

⁷⁵⁶ Collins 2010:108.

⁷⁵⁷ Willett 2010:257.

⁷⁵⁸ Ks. myös esim. Howells ym. 2006:156.

⁷⁵⁹ 1997/7/EY 4 (1e) Art. ja 5 Art.

⁷⁶⁰ 2005/29/EY: 7 (4 e) Art.

etä- ja kotimyyntiin. Verkkokaupan osalta elinkeinonharjoittajan on etämyyntidirektiivin kuudennen artiklan pohjalta myönnettävä useimmille tuotteille peruutus-oikeus⁷⁶¹. Lisäksi elinkeinonharjoittaja veloitetaan etämyyntidirektiivin nojalla hyvissä ajoin ennen sopimuksen solmimista ilmoittamaan kuluttajille tuotteilla olevasta peruutusoikeudesta. Tieto sen ehdoista sekä sen käyttämiseen liittyvistä menettelytavoista tulee puolestaan ilmoittaa viimeistään tavarantoimituksen luovutushetkellä⁷⁶². Vastaavasti myös pitkäkestoisien sopimusten osalta elinkeinonharjoittajan on etämyyntidirektiivin nojalla ilmoitettava kuluttajalle hyvissä ajoin sopimuksen vähimmäiskesto-aika ja tätä kautta myös käytännössä irtisanomisoikeutta koskeva tieto. Nimenomaisesti sopimuksen irtisanomisehdot veloitetaan ilmoittamaan etämyyntidirektiivin nojalla niiltä osin, kuin kyse on toistaiseksi voimassa olevista tai vähintään vuoden mittaisista sopimuksista.⁷⁶³ Verkkokaupan osalta puheena olevan direktiivin (2005/29/EY) seitsemännen artiklan voisi puitedirektiiviluonteesta voiksi katsoa osittain tukevan etämyyntidirektiiviin pohjautuvaa sääntelyä näiltäkin osin.

Etämyyntidirektiivin perusteella tieto peruutusoikeudesta tulee antaa hyvissä ajoin ennen sopimuksen solmimista. Tällä tarkoitetaan etämyyntidirektiivissä, että kuluttajalla tulee olla aikaa perehtyä annettuun tietoon. Luultavaa on, että tämä tarkoittaa, että tiedot on annettava jo markkinoinnissa.⁷⁶⁴ Tässä suhteessa sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin säännös on kuitenkin selkeämpi, sillä siinä käytetty ostokehoitus-termi liittyy selkeämmin nimenomaisesti markkinointiin. Alle vuoden mittaisten pitkäkestoisten sopimusten irtisanomisoikeuden osalta puheena olevan direktiivin seitsemännen artiklan säännöksen voi katsoa myös sisältävän etämyyntidirektiiviin nähden selkeämmän irtisanomisoikeutta koskevan ilmoittamisvelvollisuuden.

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin säännökset eivät toisaalta myöskään rajoitu pelkästään yhteisön lainsäädäntöön. Käytännössä varsinkin artiklan em. peruuttamisoikeuden ilmoittamisvelvollisuutta koskevalla säännöksellä voi olla enemmän merkitystä tilanteissa, joissa elinkeinonharjoittaja mahdollisesti myöntää vapaaehtoisesti peruutusoikeuden tuotteille, joita etämyyntidirektiivin mukainen peruutusoikeus ei koske ja tilanteissa, joissa peruutusoikeus perustuisi pelkästään kansalliseen lakiin.⁷⁶⁵ Säännöksen nojalla elinkeinonhar-

⁷⁶¹ 1997/7/EY:6 Art. Ks. sanottuun peruutusoikeuteen liittyvistä poikkeuksista 1997/7/EY:6 (3) Art.

⁷⁶² 1997/7/EY: 4 (1 f) Art. ja 5 Art.

⁷⁶³ 1997/7/EY: 4 (1 i) Art. ja 5 (1) Art.

⁷⁶⁴ 1997/7/EY: 4 (1 f ja i) Art. sekä 5 (i) Art. ja ks. myös Luhtasela 2007:130.

⁷⁶⁵ Ks. myös Howells ym. 2006:157.

joittajan tulee ilmoittaa myös tällaisissa tilanteissa tieto peruutusoikeudesta kuluttajalle. Tosin vapaaehtoisesti myönnetyn peruutusoikeuden osalta on jo elinkeinonharjoittajan omien intressien mukaista tiedottaa tällaisesta sanotusta lisäedusta.

5.3 Yhteenveto

Direktiivissä 2005/29/EY harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt on jaettu harhaanjohtaviin toimiin ja harhaanjohtaviin mainitsematta jättämissiin. Harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset on erillisenä käsitteenä uusi verrattuna harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin, vaikkakin sisällöltään samoja asioita on aiemmin käsitelty edellä mainitussa direktiivissä 1984/450/ETY harhaanjohtavan mainonnan käsitteen alla. Direktiivissä 2005/29/EY harhaanjohtavien mainitsematta jättämisten kieltä pohjautuu sen seitsemänten artiklaan, jossa heti ensimmäisessä kohdassa määritellään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi sellaisten asiayhteydessä olennaisten tietojen mainitsematta jättäminen, jotka mahdollisesti saavat keskivertokuluttajan tekemän kaupallisen ratkaisun, jota hän ei olisi muuten tehnyt. Artiklan toisessa kohdassa olennaisen tiedon mainitsematta jättämisen käsite ulotetaan mm. epäselvään tai väärään aikaan tapahtuvaan ilmaisuun. Artiklan kolmannessa kohdassa puolestaan lievennetään olennaisen tiedon ilmaisuvaatimusta säätämällä, että mainitsematta jättämisen arvioinnissa tulee ottaa huomioon myös aikaan ja paikkaan liittyvät rajoitteet sekä tällaisessa tilanteessa tietojen antaminen muulla keinoin. Artiklan soveltamisen kannalta keskeinen lähtökohta on kuitenkin olennaisen tiedon käsite. Muita olennaisia tietoluokkia ei artiklassa tosin yleisellä tasolla määritellä kuin kaupallisen menettelyn luonnetta koskeva tieto artiklan toisessa kohdassa (ja samalla käytännössä asetetaan myös piilomainonnan kieltä). Lisäksi artiklan viidennessä kohdassa määritellään olennaisiksi liitteessä II ei-tyhjentyvästi lueteltujen eräiden yhteisön minimidirektiivien, kuten esim. etämyyntidirektiivin ja sähköisen kaupankäynnin direktiivin, nimetyissä artikloissa vaaditut tiedot. Käytännössä seitsemäs artikla jättää yleisellä tasolla tuomioistuimelle runsaasti harkintavaltaa sen ratkaisemiseksi, mikä tieto on kulloisessakin asiayhteydessä ollut olennaista sekä siinä, että voiko kyseinen tieto katsoa jätetyn antamatta.

Olennaisen tiedon käsitettä ei ole kuitenkaan seitsemännessä artiklassa jätetty pelkästään yleisluontoisten, tuomioistuimille runsaasti harkintavaltaa antavien säännösten nojaan. Tähän liittyen artiklan neljännessä kohdassa määritellään erityissäännöksenä suhteessa artiklan aiempiin kohtiin viidessä alakohdassa tietoluokkia, jotka ovat säännöksen mukaan, elleivät ilmene jo asiayhteydestä, olennaisia direktiivin 2 (i) artiklassa määritellyn ostokehottuksen yhteydessä. Tämä

ostokehotuksen käsite kiteytyy em. toisen artiklan i-kohdan mukaan konkreettiseen viestiin, joka käytettyyn viestintävälineeseen nähden asianmukaisesti ilmaistun hinnan ja tuotteen ominaisuuksien pohjalta mahdollistaa vastaanottajalleen ostoksen tekemisen. Tällaisen ostokehotuksen yhteydessä olennaisina tietoluokkina artiklassa määritellään viisikohtaisessa luettelossa tuotteen pääominaisuudet viestintävälineen ja tuotteen kannalta asianmukaisessa laajuudessa, elinkeinonharjoittajan maantieteellinen osoite ja henkilöllisyys, tuotteen kokonaishinta tai sen laskentaperusteet, huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksista poikkeavat mm. maksamiseen, toimitukseen ja valitusten käsittelyyn liittyvät menettelyt sekä viimeisenä mahdolliset peruutus- ja irtisanomisoikeutta koskevat tiedot.

Seitsemännen artiklan harhaanjohtavia mainitsematta jättämisistä koskevan säännöksen merkittävimmän osan on katsottu sisältyvän olennaisen tiedon käsitteeseen ja erityisesti sen neljänteen kohtaan liittyvään määritelmään, joka ostokehotuksen yhteydessä olennaisia tietoluokkia listaamalla käytännössä muusta direktiivistä poiketen luo elinkeinonharjoittajille ainakin epäsuoran informaatiovelvoitteen⁷⁶⁶. Toisaalta ostokehotuksen yhteydessä olennaisia tietoluokkia koskevan luettelon rooli suhteessa yleisellä tasolla mainitsematta jättämisen määritelmää tarkentaviin säännöksiin artiklan aiemmissa kohdissa on kuitenkin jäänyt hieman epäselväksi. Artiklan rakenteesta on pääteltävissä ja myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin ratkaisussaan ja komissio sekä yhteisöjen julkisasiamies ovat katsooneet, että yleiset kaikkia kaupallisia menettelyitä koskevat harhaanjohtavien mainitsematta jättämisen arviointikriteerit koskevat myös ostokehotuksen yhteydessä harhaanjohtavia mainitsematta jättämisistä⁷⁶⁷. Tulkinnanvaraisena voi direktiivin pohjalta pitää lisäksi sitä, että ovatko ostokehotuksen osalta luetteloidut olennaiset tietoluokat tarkoitettu tyhjentäväksi vai esimerkinomaiseksi luetteloksi. Luettelon määrittäminen tyhjentäväksi olisi melko kankea ratkaisu, sillä esimerkiksi verkkokaupan osalta olisi vaikea etukäteen ennakoita, millaisia tietoluokkia voidaan tulevaisuudessa pitää olennaisina ostoksen tekemisen kannalta. Direktiivin esitöiden ja komission esittämän näkemyksen mukaan listaa ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi⁷⁶⁸. Täten harhaanjohtavien mainitsematta jättämisen arvioinnissa sekä yleisellä tasolla että myös ostokehotuksen yhteydessä ratkaisevana kysymyksenä voi pitää sitä, millainen vaikutus menettelyllä ja tiedon antamatta jättämisellä on keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Tietoluokkien merkitys myös ostoke-

⁷⁶⁶ Ks. esim. Radeideh 2005:271 ja ks. myös Howells 2005:352–353 sekä Kolmsee 2008:55.

⁷⁶⁷ SEC (2009) 1666:51, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 122/2010 ja ks. myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuin asia 122/2010, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011:kohdat 52–53, 59 ja 64 (4).

⁷⁶⁸ Kom 2003/356 lopullinen: kohta 63 ja SEC (2009) 1666:51.

hotuksen yhteydessä olennaisena pidettävälle tiedolle tulee siis käytännössä ratkaista tapauskohtaisesti.

Seitsemännen artiklan säännöksillä ja erityisesti sen neljännessä kohdassa elinkeinonharjoittajalle säilytetyllä informointivelvollisuudella ei ole suoraa vastinetta harhaanjohtavaa mainontaa käsittelevässä direktiivissä 1984/450/ETY. Näiden artiklaan sisältyvien tiedonantovaatimusten merkitystä ovat korostaneet mm. Geraint Howells ja Stephen Weatherill toteamalla, että niitä koskevia säännöksiä ei ole aiemmin Englannin oikeusjärjestyksessä ollut⁷⁶⁹. Kuluttajan perustellun päätöksen avustaminen elinkeinonharjoittajalle asetetuilla informointivelvollisuuksilla ei ole kuitenkaan uutta yhteisön alakohtaisessa lainsäädännössä, jossa on pyritty luomaan markkinaneutraaleja kuluttajansuojaa koskevia säännöksiä. Vastaavankaltainen sääntely kaikkea kaupankäyntiä koskien on kuitenkin yhteisön tasolla uutta, samoin myös monissa jäsenvaltioissa varsinkin sääntelyn yksityiskohtaisuuden puolesta⁷⁷⁰. Ehkä osittain artiklan velvoittavasta luonteesta johtuen, säännöksen toimeenpanossa ei ole huomattavia eroja jäsenvaltioiden välillä. Englannissa puheena oleva artikla, kuten muukin direktiivi, on toimeenpantu lähes kirjaimellisesti. Sen sijaan Suomessa ja Saksassa sääntelyssä on hieman enemmän eroja direktiivin tekstin ja toimeenpanevan säännöksen välillä. Esimerkiksi ostokehotuksen käsitettä ei kyseisissä jäsenvaltioissa ole toimeenpantu sanamuodoltaan vastaavana direktiivin kanssa. Saksassa katsottiin, että kyseinen käsite olisi mahdollisesti aiheuttanut sekaannusta kansallisen sopimusoikeuden käsitteiden kanssa. Suomessa ratkaisun taustalla oli ilmeisesti pyrkimys yhtäläisten termien käyttämiseen aiempien säännösten kanssa. Paikoin kyseenalaisiakin eroavuuksia direktiivin tekstin ja kansallisen säännöksen välillä Saksassa ja Suomessa on kuitenkin pyritty usein kohdin tasoittamaan direktiivin mukaisiksi lakien esitöissä niitä koskevilla direktiivin mukaisilla tulkinnoilla.

Verkkokaupan osalta direktiivin (2005/29/EY) seitsemännen artiklan olennaisen tiedon käsitteen sääntelyn ehkä huomattavin merkitys lienee siinä, että artiklan säännökset täsmentävät harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn säännöksiä sekä kiinnittävät huomiota myös tiedonantotapaan ja ajankohtaan. Erityisesti verkkokauppaa käyvien kuluttajien kannalta hyödyllisenä voi pitää sitä, että 7. artiklan 2. kohdan mukaisesti nimenomaisesti harhaanjohtavana pidetään erilaisia, Internetissäkin helposti toteutettavissa olevia tiedon kätkemisen muotoja, joissa sinänsä paikkansa pitävä olennainen tieto on annettu epäselvästi tai moniselitteisesti yms. vastaavalla tavalla. Hyödyllisenä voi pitää myös, että tätä arviointikriteeriä tullaan

⁷⁶⁹ Ks. Howells & Weatherill 2005:433.

⁷⁷⁰ Howells ym. 2006:85.

soveltamaan muidenkin verkkokauppaan liittyvien tiedonantovaatimusten pohjalta annettaviin tietoihin. Tämä on omiaan entisestään korostamaan verkkokauppasivustojen ja ylipäänsäkin verkkoviestinnän selkeän muotoilun tärkeyttä. Yhtälailla hyödyllisenä voi pitää säännöksessä asetettua olennaisen tiedon oikea-aikaisuuden vaatimusta.

Seitsemännen artiklan neljännessä kohdassa määriteltyjä olennaisia tietoluokkia koskevan informaatiovelvollisuuden suurin merkitys lienee kuitenkin tietoverkon ulkopuolisessa kaupankäynnissä⁷⁷¹. Näiltä osin tietoluokkien vaatimisen voi katsoa yleisesti parantavan kuluttajan asemaa markkinoilla⁷⁷². Toisaalta on myös elinkeinonharjoittajan oikeusvarmuuden kannalta hyödyllistä, että säännöksessä, jossa asetetaan velvollisuus olla mainitsematta olennaisia tietoluokkia, ainakin suunta-antavasti selvennetään, mitä kyseisellä olennaisen tiedon käsitteellä tarkoitetaan⁷⁷³. Sen sijaan tutkimuksen kohteena olevaan verkkokaupan sääntelyyn näitä tietoluokkia koskeva informointivelvollisuus ei tuo juurikaan muutoksia, sillä useimmat tietoluokissa olennaisina pidetyt tiedot on säädetty verkkokauppa koskien ilmoitettavaksi jo aiemmassa yhteisön alakohtaisessa lainsäädännössä, kuten etämyyntidirektiivissä ja sähköisen kaupankäynnin direktiivissä⁷⁷⁴. Nämä tiedonantovaatimukset tutkimuksen kohteena oleva direktiivi tunnustaa jo sellaisenaan artiklan merkityksessä olennaisiksi. Lisäksi etämyyntidirektiivi ja sähköisen kaupankäynnin direktiivi ovat jo sinänsä erityissäännöksinä etusijalla sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevaan direktiiviin nähden. Verkkokaupan osalta näiden em. seitsemännen artiklan neljännen kohdan tiedonantovaatimusten merkitys lieneekin käytännössä siinä, että ne direktiivin (2005/29/EY) puitedirektiiviluonteen vuoksi voivat mahdollisesti jossain määrin täydentää verkkokauppaan liittyvää sääntelyä. Lisäksi ne mahdollistavat etämyyntidirektiivissä ja sähköisen kaupankäynnin direktiivissä nimenomaisesti mainittujen tiedonantovelvollisuuksien laiminlyönteihin puuttumisen myös sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin pohjalta.

⁷⁷¹ Ks. myös Twigg-Flesner ym. 2005:54 ja Willett 2010:254.

⁷⁷² Ks. lähinnä Saksan osalta Kolmsee 2008:28–29 ja 50.

⁷⁷³ Kolmsee 2008:58, Melin 2009:75 ja Collins 2010:106.

⁷⁷⁴ Ks. 1997/7/EY:4–5 Art. ja 2000/31/EY:5 Art.

6 AGGRESSIIVISET KAUPALLISET MENETTELYT

Aggressiivisuus sosiaalisena ilmiönä on kulttuurisidonnainen ja subjektiivinen käsite. Myös käsitys siitä, mikä muodostaa aggressiivisen kaupallisen menettelyn, saattaa vaihdella eri jäsenvaltioiden ja yksilöidenkin välillä⁷⁷⁵. Katsontakulmasta riippuen voi tulkita esimerkiksi myös siten, että jokainen mainos on jossain mitassa aggressiivinen. Yrityksien toiminnan intensiivisyyteen ja mahdolliseen aggressiivisuuteen vaikuttaa usein kilpailun voimakkuus markkinoilla⁷⁷⁶. Lisäksi esim. uudet viestintävälineet, kuten sähköposti ja matkapuhelimet, osaltaan mahdollistavat kaupallisessa käytössä uudenlaisia aggressiivisina pidettävissä olevia menettelyjä⁷⁷⁷. Elinkeinonharjoittajien aggressiivinen toiminta markkinoilla voi ollakin tiettyyn mittaan myös kuluttajien etujen mukaista⁷⁷⁸. Kuluttajiin kohdistettuina aggressiivisina pidettävissä oleviin kaupallisiin menettelyihin liittyy kuitenkin toisinaan negatiivisia, ei-toivottuja piirteitä. Tämä käsitteeseen liittyvä määrittelyongelma on myös sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa direktiivissä lähinnä siinä, missä kulkee sallitun kaupallisen menettelyn ja sopimattoman aggressiivisen kaupallisen menettelyn raja⁷⁷⁹. Direktiivissä tätä rajaa pyritään täsmentämään määrittelemällä kahdeksannessa artiklassa yleisluontoisesti sopimattomien aggressiivisten kaupallisten menettelyjen pääpiirteet ja yhdeksännessä artiklassa luettelemalla näissä puitteissa arvioinnissa huomioon otettavia aggressiivisen kaupallisen menettelyn piirteitä. Yhtenä keskeisenä aggressiivisen kaupallisen menettelyn määrittävänä tekijänä direktiivissä pidetään erityisesti sitä, että kyseiset menettelyt rajoittavat kuluttajan valinnanvapautta.⁷⁸⁰ Täten voi katsoa, että siinä, missä harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen kiellolla direktiivissä pyritään takaamaan kuluttajalle mahdollisuus tehdä perusteltu kaupallinen ratkaisu, aggressiivisten kaupallisten menettelyjen kiellolla direktiivissä pyritään takaamaan kuluttajalle vapaus tehdä perusteltu kaupallinen ratkaisu⁷⁸¹.

⁷⁷⁵ Micklitz 2008:108.

⁷⁷⁶ Svensson ym. 2010:178.

⁷⁷⁷ Micklitz 2008:107–108.

⁷⁷⁸ Svensson ym. 2010:178.

⁷⁷⁹ Micklitz 2008:107 ja ks. myös Ekey 2009:56.

⁷⁸⁰ 2005/29/EY:8–9 Art. Tämä rajaus erityisesti valinnanvapautta rajoittaviin menettelyihin ilmentää myös rajanhakua sallittujen ja ei sallittujen aggressiivisten menettelyjen välillä (ks. 2005/29/EY:8 Art. sekä vastaavankaltaisesti Saksassa toimeenpantua säännöstä koskien Tews & Bokel 2009:47).

⁷⁸¹ Geerts & Vollebregt 2009:36.

Tätä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen yleistä sääntelyä voi pitää huomattavana laajenuksena direktiivin soveltamisalaan⁷⁸². Direktiivin johdannon mukaan kyseisiä menettelyjä ei ole säännelty aiemmin yhteisön tasolla⁷⁸³. Tämä ei kuitenkaan pidä täysin paikkaansa varsinkaan yksityiskohtaisella tasolla, sillä yksittäisiä puheena olevan direktiivissä liitteessä I aggressiivisina pidettyjä kaupallisia menettelyjä koskien on olemassa yhteisöntason säännöksiä, kuten esim. negatiiviseen sopimussidontaan ja ei-toivottuun sähköpostimainontaan liittyen⁷⁸⁴. Yhteisön tasolla tällaisessa direktiivissä sovellettavassa yleisessä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen sääntelyssä on vaikeutena se, että aggressiivisuus kaupallisten menettelyjen yhteydessä on, kuten todettua, hyvin kulttuurisidonnainen käsite, jonka merkitys vaihtelee eri jäsenvaltioissa⁷⁸⁵. Yhtenäistä merkitystä tulokinnanvaraisessa sääntelyssä voi olla täten vaikea aikaansaada direktiivin yhtenäisyyteen pyrkivistä tavoitteista huolimatta. Aggressiivisiä kaupallisia menettelyjä koskevien kysymysten sääntely ei ole perinteisesti muutenkaan ollut selvärajaista myöskään useissa jäsenvaltioissa, vaan kyseisiä asioita on usein käsitelty keskenään erilaisen termistön kautta⁷⁸⁶. Nämä säännökset ovat saattaneet vain pieneltä osalta sivuta varsinaisesti kaupallisia menettelyjä⁷⁸⁷. Nimenomaisesti kaupallisiin menettelyihin liittyvänä tällainen sääntely on jäsenvaltioissa ollut yleensä hajanaista ja tiettyihin yksittäisiin ongelmiin liittyvää⁷⁸⁸. Toisaalta on kuitenkin katsottu, että sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi on myös omiaan mahdollistamaan erilaisia aggressiivisiä kaupallisia menettelyjä velvoittaessaan direktiivissä sovellettavan maksimiharmonisointiperiaatteen myötä jäsenval-

⁷⁸² Micklitz 2008:107 ja ks. myös Howells ym. 2009:76. Kirjallisuudessa on esitetty esimerkiksi Englantia koskien aggressiivisiä kaupallisia menettelyjä koskevan sääntelyn olevan direktiivin huomattavin uutuus (ks. Collins 2010:108).

⁷⁸³ 2005/29/EY: johdanto 11.

⁷⁸⁴ Ks. esim. 1997/7/EY:9 Art. ja 2002/58/EY: 13 Art.

⁷⁸⁵ Micklitz 2008:108. Myös direktiivin johdannossa todetaan jäsenvaltioiden välillä olevan suuria eroavuuksia maku ja kulttuuriin seikkoihin pohjautuen suhtautumisessa kaupallisiin menettelyihin (ks. 2005/29/EY:johdanto 7).

⁷⁸⁶ Ks. Howells ym. 2006:85, 167 ja 171. Usein näitä asioita on käsitelty säännöksissä, jotka kuuluvat rikkomusperusteisen vahingonkorvauslainsäädännön (engl. tort law) tai sopimusoi-keuden alalle. Esim. Suomessa vastaavia asioita on käsitelty mm. oikeustoimilaissa. Kyseisessä laissa pykälät 28–29 käsittelevät pakottamista oikeustoimeen ja pykälä 31 koskee tilannetta, jossa on käytetty hyväksi toisen osapuolen ”pulaa, ymmärtämättömyyttä, kevytmielisyyttä tai hänestä riippuvaa asemaa” (ks. 228/1929:28–29 ja 31 § ja myös Hemmo 2003:351–368). Toisaalta direktiivin merkityksessä aggressiivisiin kaupallisiin menettelyihin olisi voitu puuttua aiemmin myös hyvän tavan vastaiset menettelyt kieltäneiden yleislausekkeiden, kuten Suomessa KSL:n 2 § yleislausekkeen nojalla (Virtanen 2010:99 ja vastaavankaltaisesti Ruotsia koskien Svensson ym. 2010:178).

⁷⁸⁷ Micklitz & Howells 2010:139.

⁷⁸⁸ Ks. Howells ym. 2009:77–79.

tiot kumoamaan tällaiset erilaiset yksityiskohtaiset kansalliset markkinointisäännökset⁷⁸⁹.

Yleisellä tasolla aggressiivisia kaupallisia menettelyjä ei ole määritelty direktiivissä (2005/29/EY) kovin tarkkarajaisesti. Direktiivin kahdeksannen artiklan säännöksen mukaisesti näitä menettelyjä tuleekin käytännössä arvioida asiayhteydessä⁷⁹⁰. Tosin, kuten todettua, direktiivin yhdeksännessä artiklassa täsmennetään hieman aggressiivisen kaupallisen menettelyn käsitteen sisältöä luettelemalla seikkoja, joita tulee ottaa huomioon kaupallisen menettelyn aggressiivisuutta arvioitaessa. Direktiivin liitteessä I on lisäksi lueteltu aggressiivisia kaupallisia menettelyjä, jotka eivät tarvitse erillistä tapauskohtaista analyysiä ja jotka siten voivat myös tarjota täsmennystä aggressiivisen kaupallisen menettelyn käsitteeseen⁷⁹¹. Seuraavaksi käydään ensin läpi aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muotoja ja sen jälkeen yhdeksännnen artiklan mukaisia aggressiivisten kaupallisten menettelyjen arviointikriteerejä.

6.1 Aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodot

Direktiivin kahdeksannen artiklan mukaan aggressiivisena pidetään sellaista kaupallista menettelyä, joka:

”[...] asiayhteydessä, kun otetaan huomioon kaikki seikat ja olosuhteet, häirinnän, pakottamisen, fyysinen voimankäyttö mukaan luettuna, tai sopimattoman vaikuttamisen keinoin merkittävästi heikentää tai on omiaan merkittävästi heikentämään keskivertokuluttajan valinnanvapautta tai käyttäytymistä suhteessa tuotteeseen ja näin saa tai todennäköisesti saa hänet tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän ei muuten olisi tehnyt.”⁷⁹²

⁷⁸⁹ Ks. Micklitz 2009 b:238–239.

⁷⁹⁰ 2005/29/EY:8 Art. ja ks. myös Howells ym. 2006:194.

⁷⁹¹ Toisaalta liitteen I aggressiivisten kaupallisten menettelyjen asema on tässä suhteessa kyseenalainen. Kirjallisuudessa on esitetty, että näitä liitteessä I lueteltuja kaupallisia menettelyjä ei voi pitää pelkästään direktiivin suppeiden yleislausekkeiden täsmentäjinä vaan pikemminkin niiden voi katsoa tarkoituksellisesti laajentavan määritelmän soveltamisalaa (ks. Collins 2010:110).

⁷⁹² 2005/29/EY 8. Art. Direktiivin valmisteluasiakirjan mukaan kahdeksannen artiklan ehdot täyttävät kaupalliset menettelyt ovat aina huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksien vastaisia, joten siksi huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimukseen ei artiklassa enää erikseen viitata. Direktiivin viidenteen artiklaan sisältyvä keskivertokuluttajan olennaista taloudellisen käyttäytymisen vääristämistä koskeva ehto sisältyy puolestaan kaupalliseen ratkaisun tekemistä koskevaan viittaukseen. (Kom 2003/356 lopullinen: 57).

Artiklan ja direktiivin johdannon pohjalta aggressiivisten kaupallisten menettelyiden keskeiseksi piirteeksi nousee se, että ne rajoittavat merkittävästi keskivertokuluttajan⁷⁹³ valinnanvapautta tai samankaltaisesti käyttäytymistä tuotteeseen nähden ja siten vaikuttavat kaupalliseen ratkaisuun.⁷⁹⁴ Täten määritelmän pohjalta aggressiivisen kaupallisen menettelyn voi katsoa estävän keskivertokuluttajaa vapaasti keräämästä ja käsittelemästä informaatiota ennen kaupallista ratkaisua sekä estävän rationaalista vapaata päätöksentekoa⁷⁹⁵. Suhtautumistapa on direktiivissä totutusta poikkeava, sillä yleensä tällaisiin kaupallisiin menettelyihin on katsottu aiheelliseksi puuttua muusta näkökulmasta kuin niiden keskivertokuluttajan valinnanvapaudelle aiheuttamien merkittävien rajoitusten vuoksi⁷⁹⁶.

Artiklan soveltamisaluetta rajaa se, että sen ulkopuolelle on suljettu vähäiset (vähemmän kuin merkittävästi) valinnanvapautta rajoittavat kaupalliset menettelyt sekä tekijät, jotka eivät liity kaupallisen ratkaisun syntymiseen. Direktiivin mukaan valinnanvapauden rajoittumisen tulee käytännössä olla siinä määrin merkittävää, että se saa tai todennäköisesti saa keskivertokuluttajan tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän ei olisi muuten tehnyt⁷⁹⁷. Tätä vaikutuksen merkittävyyttä on vaikea kuitenkin arvioida. Säännös onkin omiaan herättämään kysymyksen, milloin menettelyn voi katsoa artiklan merkityksessä merkittävästi rajoittavan keskivertokuluttajan valinnanvapautta? Merkitystä voi katsoa olevan ainakin menettelyn vaikutuksen laajuudella kuluttajan autonomiseen päätöksentekoprosessiin sekä kuluttajan mahdollisuuksilla tästä vaikutuksesta irtipääsemiseen⁷⁹⁸. Lisäksi ratkaisevaa on, että kuluttajan tulisi sanotun menettelyn seurauksena päätyä tekemään kaupallinen ratkaisu, jota hän ei muussa tapauksessa olisi tehnyt⁷⁹⁹.

⁷⁹³ Euroopan parlamentti (2009:4) on kehottanut komissiota tarkastelemaan, voisiko aggressiivisiä kaupallisia menettelyjä koskevan sääntelyn ulottaa suojaamaan kuluttajien lisäksi myös pieniä ja keskisuuria yrityksiä.

⁷⁹⁴ 2005/29/EY:8 Art. ja johdanto 16. Ks. myös Radeideh 2005:275 ja Willett 2010:259. Näiden molempien kriteerien voi katsoa liittyvän rajoituksiin kuluttajan vapaassa päätöksenteossa ja yleensäkin lähinnä valinnanvapaudessa.

⁷⁹⁵ Howells ym. 2009:77. Suomessa artiklan toimeenpanevan säännöksen määritelmässä on mainittu ainoastaan menettelyn vaikutus kaupalliseen ratkaisuun, mutta ei direktiivissä mainittua ”vaikutusmekanismia” valinnanvapauden (tai käyttäytymisen) heikentymisen kautta. Toisin sanoen Suomessa toimeenpannusta aggressiivisten kaupallisten menettelyiden määritelmästä puuttuu menettelyn vaikutus valinnanvapauden rajoittumiseen tai käyttäytymiseen tuotteeseen nähden, joka saa kuluttajan tekemään kaupallisen ratkaisun. (Tosin vastaavalla tavalla on menetetty myös Ruotsissa). Tällaista toimeenpanotapaa voi pitää puutteellisena direktiiviin nähden, koska erityisesti valinnanvapauden heikentymistä voi pitää direktiivin aggressiivisten kaupallisten menettelyiden määritelmässä keskeisenä kriteerinä. (Ks. KSL: 2:9 §, sekä Ruotsin osalta MFL: 7 § ja 2005/29/EY: 8 Art.).

⁷⁹⁶ Howells ym. 2006:85, 167–168 ja 171.

⁷⁹⁷ 2005/29/EY: 8 Art.

⁷⁹⁸ Howells ym. 2006:176.

⁷⁹⁹ 2005/29/EY: 8 Art.

Tämän tutkimuksen aihealueeseen liittyen voi pitää hieman kyseenalaisena sitä, miten keskivertokuluttajan valinnanvapautta on mahdollista merkittävästi rajoittaa epäsuorassa verkkokaupassa, jossa osapuolet eivät ole samanaikaisesti läsnä, artiklassa mainituin keinoin. Tätä arviointia vaikeuttavat edelleen kaupankäyntiin liittyvän tekniikan nopea kehitys yms. seikat.⁸⁰⁰

Keskivertokuluttajaan viittaaminen artiklassa luo objektiivisen arviointistandardin, jonka mukaisesti kaupallista menettelyä ei tule arvioida sille altistuneen tietyn kuluttajan, vaan oletetun keskivertokuluttajan näkökulmasta⁸⁰¹. Tuomioistuimien lienee silti melko vaikea ennustaa keskivertokuluttajan oletettua käyttäytymistä erilaisissa tämänkaltaisissa tilanteissa ja sitä, millaiseen ratkaisuun keskivertokuluttaja mahdollisesti päätyisi ilman elinkeinonharjoittajan tiettyä kaupallista menettelyä⁸⁰². Toisaalta viittaus keskivertokuluttajaan on myös omiaan luomaan kuluttajan kannalta tiukemman arviointikriteerin kuin vastaavankaltaisia termejä sisältävissä sopimusoikeudellisissa pätemättömyysperusteissa, joissa yleensä selkeämmin menettelyn arvioinnin lähtökohtana on sille altistunut kuluttaja⁸⁰³.

Direktiivin kahdeksannessa artiklassa nimetään ohimennen myös kolme erilaista aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muotoa. Nämä ovat häiritä, pakottaminen ja sopimaton vaikuttaminen.⁸⁰⁴ Nämä artiklassa käytetyt termit ovat edel-

⁸⁰⁰ Myös Christina Hultmark on jo vuonna 1998 katsonut, että Internetissä on vaikeampi painostaa kuluttajia ostamaan tuotteita kuin esim. kotimyyntissä. Esimerkiksi pelkät mainokset on Internetissä helpompi sammuttaa kuin pyytää kotimyyjää poistumaan (Hultmark 1998:79). Uudenlaiset suoramyntitekniikat yms. välittömämmän kontaktin mahdollistavat tekniikat voivat kuitenkin muuttaa tilannetta (ks. Enkvist-Gauffin 2006:106).

⁸⁰¹ Käytännössä voinee kuitenkin katsoa, että aggressiivisille kaupallisille menettelyille ovat alttiita erityisesti suojaa tarvitsevien, vaikutukselle alttiiden ryhmien keskivertokuluttajat (esim. Howells ym. 2009:77 sekä Caruso 2010:95 ja 101–102).

⁸⁰² Kuten aiemmin on todettu, kaupallisen menettelyn ei tarvitse direktiivin pohjalta varsinaisesti vääristää kuluttajan taloudellista käyttäytymistä, vaan riittää, että menettely olisi omiaan vaikuttamaan vääristävästi kuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen (ks. tarkemmin kaupallisesta ratkaisusta tämän tutkimuksen luvusta 3).

⁸⁰³ Ks. esim. Englannin common law -oikeudessa pakottamisen ja sopimattoman vaikuttamisen osalta Twigg-Flesner ym. 2005:58 ja 61–62.

⁸⁰⁴ 2005/29/EY.8 Art. Saksassa sen sijaan viitataan esimerkkinä näistä aggressiivisista kaupallisista menettelyistä ainoastaan menettelyihin, joissa käytetään painostusta tai muuta sopimattontta vaikuttamista (saks. ”durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen”) (§ 4(1) UWG). Näistä painostuksen on katsottavissa viittaavan pakottamiseen (Keirsbilck 2009:523). Kolmesta direktiivissä mainitusta aggressiivisen kaupallisen menettelyn muodosta häirinnän kieltä ei ole suoraan johdettavista em. UWG -lain artiklasta. Tosin samankaltaisia häirinnän kieltäön viittaavia termejä käytetään UWG -lain 7 (1) artiklassa, mutta niiden on katsottavissa liittyvän lähinnä häiritsevään mainontaan ja direktiivin liitteen I toimeenpanoon. Muiltakaan osin em. 7 (1) artiklan kiellon ei ole katsottu täyttävän direktiivin kahdeksannen artiklan vaatimuk-

leen yleistermejä erilaisille aggressiivisten kaupallisten menettelyjen yksittäisille muodoille⁸⁰⁵. Näistä aggressiivisten kaupallisten menettelyiden muodoista direktiivissä ei ole määritelty kuin sopimaton vaikuttaminen. Direktiivin toisen artiklan mukaan sillä tarkoitetaan valta-aseman käyttämistä suhteessa kuluttajaan painostamistarkoituksessa rajoittaen täten merkittävästi hänen kykyä tehdä perusteltu ratkaisu⁸⁰⁶. Määritelmä on melko yleisluonteinen. Sen sijaan kahden muun em. aggressiivisen kaupallisen menettelyn käsitteen määrittelemättä jättämisellä lienee pyritty antamaan kansallisille laintulkitijoille mahdollisuus määritellä artiklan puitteissa niiden sisältö⁸⁰⁷. Kyseisten kaupallisten menettelyiden tyystin määrittelemättä jättäminen saattaa kuitenkin luonnollisesti johtaa näiden ja yleisestikin aggressiivisena pidettävien kaupallisten menettelyiden, joiden on mahdollista katsoa olevan suurelta osin myös kulttuurisidonnaisia, keskenään erilaisiin kansallisiin määritelmiin⁸⁰⁸. Näiden käsitteiden määrittelemättä jättämisestä on kritisoitu kirjallisuudessa⁸⁰⁹. Toisaalta on pääteltävissä, että sanotut kaupalliset menettelyt menevät monin paikoin toistensa kanssa päällekkäin erilaisten sopimattoman vaikuttamisen ja painostuksen muotojen muodossa⁸¹⁰. Käytännössä menettelyjen yksittäisten kohtien sisällön määrittelemättä jättäminen ei ole siinä mielessä merkittävää, koska kyseisiltä menettelyiltä ei edellytetä tietyn kynnyksarvon täyttymistä. Ongelmallista on toisaalta myös se, että häirinnän, pakottamisen ja erityisesti sopimattoman vaikuttamisen ja laillisena pidettävissä olevan kuluttajan ostokäytännön täyttymiseen vaikuttamaan pyrkivän markkinoinnin raja voi olla toisinaan epämääräinen. Säännöksen puutteena on pidetty, että tätä rajaa samoin kuin muuta säännöksen soveltamisaluetta ei ole direktiivissä käytännössä tarkemmin määritelty⁸¹¹. Kaikkiaan keskeisenä direktiivissä esitetyle aggressiivisen kaupallisen menette-

sia. Edellä mainitun UWG -lain seitsemännen artiklan on katsottu kuuluvan pikemminkin direktiivin mahdollistaman makuasioihin ja säädyllyisyyskysymyksiin liittyvän poikkeuksen alaan sen lisäksi, että sanotussa artiklassa on (kohdasta 2 eteenpäin) kyse myös sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin (2002/58/EY) ja direktiivin liitteen I toimeenpanosta (Ks. Gesetzentwurf 16/10145:29 ja Keirsbilck 2009:523–524. Vrt. Ekey 2009:110, Tews & Bokel 2009:49 ja Wiczorek-Schwarz 2010:120–121). Sen sijaan UWG-lain valmisteluasiakirjan mukaan häirinnän kielto on johdettavissa alussa mainitusta UWG:n neljännessä artiklasta, mikäli artiklaa tulkitaan direktiivin pohjalta (Gesetzentwurf 16/10145:18). Tällaisen sääntelyn voi kuitenkin katsoa olevan edellä aiemmin siteeratun Euroopan yhteisön tuomioistuimen oikeustapauksen (144/1999:21) valossa riittämätöntä, jotta se täyttäisi oikeusvarmuuden vaatimukset. Mm. näiltä osin tilannetta Saksassa ei voi pitää direktiivin toimeenpanon kannalta tyydyttävänä.

⁸⁰⁵ Esim. Schulze & Schulte-Nölke 2003:36.

⁸⁰⁶ 2005/29/EY:2 (j) Art.

⁸⁰⁷ Ks. myös Cendon 2010:272.

⁸⁰⁸ Howells ym. 2006:169–170.

⁸⁰⁹ Esim. Micklitz 2008:110 ja Howells ym. 2009:77.

⁸¹⁰ Verkade 2009:62.

⁸¹¹ Esim. Howells ym. 2006:169–170.

lyn määritelmälle voi, edellä siteeratun kahdeksannen artiklan määritelmän mukaisesti, pitää tiivistetysti kyseisten menettelyjen käytöstä aiheutuva yhteisvaikutusta keskivertokuluttajan valinnanvapauden rajoittumiseen.⁸¹² Seuraavaksi käsitellään hieman tarkemmin direktiivissä nimettyjä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muotoja.

6.1.1 Häirintä

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin kahdeksannessa artiklassa nimetään yhdeksi aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodoksi lähes ohimennen häirintä. Tämän termin sisältöä ei ole suoranaisesti määritelty direktiivissä. Lähtökohtaisesti häirintää voisi pitää laajana käsitteenä⁸¹³. Käsitteeseen liittyen epäselvänä voi pitää ensinnäkin sitä, missä menevät direktiivissä tarkoitettun häirinnän ja muun kaupallisen vaikuttamisen rajat. Todennäköisesti häirinnässä on nimensä mukaisesti kyse kaupallisesta menettelystä, jonka keskivertokuluttaja kokee selvästi häiritseväksi tai rasittavaksi.⁸¹⁴ Häirinnän voisi täten katsoa liittyvän tilanteisiin, jotka sivuavat yksityiselämän loukkaamista⁸¹⁵. Toisaalta kuten edellä on todettu, direktiivissä aggressiivisen kaupallisen menettelyn määritelmän lähtökohtaisena edellytyksenä on, että se on omiaan heikentämään keskivertokuluttajan valinnanvapautta ja siten saa tai todennäköisesti saa hänet tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän ei olisi muuten tehnyt⁸¹⁶. Tämä vaikuttamisedellytys suppeasti tulkittuna rajaa huomattavasti säännöksen soveltamisalaa. Kovin yleisiä eivät lienekään tapaukset, joissa kuluttaja tekee nimenomaisesti em. tavoin tulkitun häirinnän seurauksena kaupallisen ratkaisun⁸¹⁷. Tällainen häirin-

⁸¹² Howells ym. 2006:173 ja 193.

⁸¹³ Howells ym. 2006:194.

⁸¹⁴ Svensson ym. 2010:180.

⁸¹⁵ Howells ym. 2006:178 ja Caruso 2010:93. Häirinnän osalta kaupallisen menettelyn arvioinnissa voivat tähän liittyen merkityksellisiä olla direktiivin yhdeksännessä artiklassa listatuista aggressiivisten kaupallisten menettelyjen arvioinnissa huomioon otettavista seikoista menettelyn ajoitus, kesto ja paikka (2005/29/EY:9 (a) Art. ja ks. myös Caruso 2010:95).

⁸¹⁶ 2005/29/EY: 8 Art. Eritoten häirinnän osalta tämä on aiempaan lähinnä kaupallisia menettelyitä laajempialaiseen, mutta myös niitäkin koskeneeseen, vastaavanlaisia käsitteitä sisältävään sääntelyyn verrattuna uusi lisävelvoite. Yleensä näissä erilaisista lähtökohdista annetuissa säännöksissä häirintä on jo itsessään ollut kiellettyä muiden ehtojen täytyessä ilman, että sillä olisi suoraan vaikutusta kuluttajan (taloudelliseen) käyttäytymiseen. (Ks. esim. Englannin osalta PHA 1997 ja ks. myös Twigg-Flesner ym. 2005:62 ja 64). Häirinnän sitominen taloudelliseen tai oletettuun taloudelliseen vaikutukseen voi täten katsoa olevan heikennys kuluttajansuojaan (Twigg-Flesner ym. 2005:64).

⁸¹⁷ Howells ym. 2006:178 ja 194 sekä Caruco 2010:93. Mahdollisesti esimerkkinä tällaisesta voisi olla puhelin- tai kotimyynti hyvin myöhään illalla tai todella aikaisin aamulla (ks. HE 32/2008:27).

nän vaikutus lienee kuitenkin osin myös tapaus- ja yksilökohtainen⁸¹⁸. Sen sijaan valinnanvapauden rajoittamisen -käsitettä laajemmin tulkittuna direktiivissä tarkoitettuna häirintänä kyseeseen voisivat tulla myös esim. erilaiset epäsuotuisia ominaisuuksia sisältävät suoramarkkinoinnin muodot⁸¹⁹.

Verkkokaupan osalta on ongelmallista yleisellä tasolla määritellä uudenlaisia häirinnän muotoja, joita ei ole aiemmin kielletty. Tätä vaikeuttaa aiemmin mainittu menettelyltä edellytetty vaikutusmekanismi valinnanvapauden rajoittumisen kautta taloudelliseen käyttäytymiseen erityisesti, mikäli sitä tulkitaan rajoittavasti. Esimerkiksi direktiivin liitteessä I aggressiiviseksi kaupalliseksi menettelyksi määritelty ei-toivottu sähköpostimainonta voisi olla tulkittavissa yhdeksi häirinnän muodoksi. Se tosin on käytännössä kielletty jo aiemmin sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivillä.⁸²⁰ Tosin em. direktiivin lähtökohdista tarkasteltuna sähköpostimainonnan mahdollisuudet merkittävästi heikentää vastaanottajiensa valinnanvapautta ja siten vaikuttaa vastaanottajiensa kaupallisiin ratkaisuihin, lienevät melko vähäiset. Pikemminkin sähköpostimainontaan liittyvä kielteinen julkisuus saattaa olla haitaksi mainostavalle yritykselle.⁸²¹ Tietoverkossa direktiivin määritelmän voisi sen sijaan täyttää esimerkiksi häiritsevä markkinointi, joka perustuu ylenmääräiseen näytön päälle aktiivisena avautuvilla ponnahdusikkunoilla (engl. pop-up window) toteutettuihin mainoksiin⁸²². Ylenpalttisesti käytettynä tällaisten mainoksien tarkoituksena on mahdollisesti pakottaa käyttäjä reagoimaan avautu-

⁸¹⁸ Tarvittaessa näitä yksilötasolla vaikuttavia syitä olisi mahdollista johtaa esim. sosiaalipsykologian tutkimuksista (Caruso 2010:93–94).

⁸¹⁹ Ks. myös Caruso 2010:98.

⁸²⁰ 2005/29/EY: liite I kohta 26 ja johdanto 14 sekä 2002/58/EY:13 (3) Art. Esimerkiksi Suomessa lainsäätäjällä on direktiivin toimeenpanevan lain valmisteluasiakirjassa katsonut, että tämän sähköpostimainontaa koskevan säännöksen vastainen menettely sellaisenaan saattaisi täyttää myös häirinnän tunnusmerkit (ks. HE 32/2008:27). Tällöin ei kuitenkaan todennäköisesti voitaisi vaatia menettelyltä direktiivissä edellytettyä vaikutusta valinnanvapauden rajoittumiseen ja siten kaupalliseen ratkaisuun. Saman on mahdollista katsoa pätevän samassa yhteydessä lainsäätäjän esittämään näkökulmaan, jonka mukaisesti häirintänä voitaisiin pitää henkilötietojen käsittelyä suoramarkkinointiin henkilötietodirektiiviin pohjautuvan henkilötietolain vastaisesti silloin, kun henkilö on vastustanut tietojensa käyttöä sellaiseen tarkoitukseen. (1995/46/EY: 14 (b) Art. ja HTL: 30 §).

⁸²¹ Ks. Luhtasela 2007:90–93 ja viitatus lähteet.

⁸²² Tämän televisiomainonnasta lainatun markkinointimenetelmän periaatteena on, että käyttäjän saapuessa sivuille, joille ponnahdusmainos on asetettu tai suorittaessa muun toiminnon kyseisillä sivuilla, tietty mainossivu tai mahdollisesti mainostavan yrityksen kotisivu avautuu automaattisesti ilman käyttäjän erillistä mainoksen katsomiseen tähtäävää toimenpiteitä. Näissä ponnahdusikkunamainoksissa mainoksen ilmestymismenetelmänä on käytetty joko oman aktiivisen ikkunan aukaisemista tai aktiivisen ikkunan alle ponnahtavaa ikkunaa (engl. pop-under window), jonka tarkoituksena on tulla näkyviin vasta, kun muut ikkunat suljetaan. Yleensä häiritsevämpänä voidaan pitää näytön päälle aktiivisena avautuvia ikkunoita, koska niitä voidaan käyttää selkeämmin käyttäjän verkkoselailun keskeyttämiseen esim. luomalla mainosikkunat siten, että ne täytyy sulkea tms. verkkoselailun jatkamiseksi.

neisiin ikkunoihin sulkemalla ne päästäkseen näkemään haluamansa verkkosisälön tai vaikeuttaa tai jopa estää käyttäjää poistumasta avautuneita mainoksia sisälteiltä Internet-sivuilta esimerkiksi estämällä niiden sulkemismahdollisuus. Näihin menettelyihin saattavat liittyä myös tietyin välein itsestään avautumaan ohjelmoitua uudet mainosikkunat. Tällaisesta käyttäjän poistumisen estämiseen verkkosivustolta tähtäävästä menettelystä on käytetty englanninkielistä termiä ”mouse trapping”, jolla viitataan siihen, että pelkän tietokoneen hiiren avulla avautuvista ikkunoista on normaalista poiketen vaikea tai mahdoton päästä eroon. Sanotun menettelyn seurauksena vähäisen kokemuksen omaava tietokoneen käyttäjä voi joutua jopa sammuttamaan tietokoneensa päästäkseen eroon näyttönsä vallanneista mainoksista.⁸²³ Esimerkiksi Englannissa OFT puuttui vastaavaan menettelyyn aikuisviihdesivustolla jo ennen direktiivin toimeenpanoa. OFT pääsi sovintoon em. sivuston kanssa, joka käytti lukittuja ponnahdusikkunoita muistuttamaan palvelujensa maksamisesta, tällaisen menettelyn hillitsemisestä⁸²⁴. Myös Pohjoismaiset kuluttaja-asiamiehet ovat suoraan ilmaisseet pitävänsä menettelyjä, jotka estävät kuluttajaa hallitsemasta laitteistoa tai lukitsevat tietyille Internet-sivuille, kiellettyinä⁸²⁵. Yleensäkin ponnahdusikkuna mainonta on joka tapauksessa vähentymässä, koska Internet-käyttäjät pitävät sitä yleisesti verkkoselailua häi-

⁸²³ Enkvist-Gauffin 2006:103–104.

⁸²⁴ OFT 2008 b.

⁸²⁵ Pohjoismaiset kuluttaja-asiamiehet 2009:5. Myös esim. Yhdysvalloissa tällainen menettely on kielletty vuonna 2002 oikeustapauksessa FTC v. John Zuccarini. Menettely määriteltiin kyseisessä oikeustapauksessa seuraavasti:

”Obstructing” is the practice of impeding or preventing consumers from exiting Web sites or Web pages by means of disseminating to the public on the Internet or World Wide Web, Web sites, or Web pages that include code, programs commands or directions of any kind, executed on or through consumers’ computers or the Web server’s computer that impede or block consumers’ ability to exit those pages or sites, including but not limited to: 1) directing, instructing, or causing multiple browser windows, pop-up windows, Web pages, Web sites, or multiple copies of consumers’ browser software to launch or open when a consumer types a domain name or URL in the address bar of a browser, or functional equivalent thereof; 2) directing, instructing, or causing windows, Web pages, or Web sites to open, pop up, launch or otherwise appear on consumers’ screen as a result of consumers’ selection of the “Close,” “Exit,” “X,” or “Back” button(s), or any functional equivalent thereof; 3) directing, instructing, or causing windows, Web sites or Web pages to open that cannot be viewed by consumers using standard browser software functions, including, but not limited to, the “right click” function of maximizing a window; or 4) directing, instructing or causing consumers’ browser software to open or launch new windows, Web pages or Web sites or additional copies of consumers’ browser software without any action on the part of consumers.”

ritsevänä ja ennen kaikkea, koska uusimmissa verkkoselaimissa on mahdollista automaattisesti estää useimmat ponnahdusikkunat⁸²⁶.

Kirjallisuudessa on esitetty, että voi olla mahdollista, että myös direktiivin yhdeksännen artiklan perusteella häirintänä pidettäisiin tapauskohtaisesti suoraan taloudelliseen käyttäytymiseen vaikuttamattomia kaupallisia menettelyjä. Näin voisi tämän tulkinnan mukaan olla, mikäli kaupallisessa menettelyssä olisi mukana epätoivottavia tai sopimattomana pidettävissä olevia piirteitä tai mikäli kaupallisen menettelyn ajankohta, luonne ja muut ominaisuudet osaltaan tuottaisivat kaupalliseen menettelyyn yleisesti häiritsevänä pidettäviä ominaisuuksia.⁸²⁷ Christina Coteanu katsoo, että direktiivin merkityksessä häirintänä voitaisiin pitää täten esimerkiksi elinkeinonharjoittajan kuluttajalle suuntaamaa toimintaa, joka aiheuttaa tarpeetonta mielipahaa ilman suoraa vaikutusta kaupalliseen ratkaisuun⁸²⁸. Tätä näkemystä voi pitää kyseenalaisena direktiivin sanamuodon pohjalta. Toisaalta mielipahaa aiheuttava toiminta voinee epäsuorasti vaikuttaa kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun ottaen huomioon kaupallisen ratkaisun laajan määritelmän⁸²⁹. Direktiivin sanamuodon pohjalta tulkittuna menettelyltä voi katsoa kuitenkin edellytettävän ainakin jossain määrin vaikutusta kuluttajan valinnanvapauden rajoittumiseen ja sitä kautta kaupalliseen ratkaisuun⁸³⁰. Kaupallisiin menettelyihin sisältyvät häiritseväksi tulkittavissa olevat menettelyt, jotka eivät vaikuta laajasti-kaan tulkittuna kuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen, on mahdollista joka tapauksessa kieltää direktiivissä mahdollistetun kansallisiin maku- ja kulttuurisiin kysymyksiin liittyvän poikkeuksen nojalla⁸³¹. Nimenomaisesti verkkokauppaa koskien tällaisia kansallisia mieltymyksiä ei liene kuitenkaan todennäköisesti vielä ehtinyt kehittyä. Joka tapauksessa mahdollisen häirinnän arvioinnin tulee kuitenkin tapahtua asiayhteydessä ottaen huomioon myös tapaukseen liittyvät kaikki muut seikat.

⁸²⁶ Neff 2003:2, O'Guinn ym. 2006:576–577 ja Sweeney ym. 2006:5 sekä 42.

⁸²⁷ Ks. Howells ym. 2006:194 ja ks. 2005/29/EY: 9 Art.

⁸²⁸ Coteanu 2005:187.

⁸²⁹ Menettely voisi johtaa esimerkiksi pidättäytymiseen elinkeinonharjoittajan tarjoamien tuotteiden tai palveluiden käytöstä. Toisaalta tällöin voisi pitää kyseenalaisena sitä, olisiko tällaisessa menettelyssä kyse direktiivissä tarkoitettusta kuluttajan taloudellisen käyttäytymisen olennaisesta vääristymisestä. Tällainen ratkaisu voisi olla pikemminkin elinkeinonharjoittajan etujen vastainen.

⁸³⁰ 2005/29/EY:8 Art. Artiklassa viitataan tässä yhteydessä merkittävään vaikutukseen.

⁸³¹ Ks. 2005/29/EY: johdanto 7.

6.1.2 Sopimaton vaikuttaminen

Kahdeksannessa artiklassa nimetyistä aggressiivisten kaupallisten menettelyiden muodoista ainoastaan sopimaton vaikuttaminen on direktiivissä erikseen määritelty, kuten aiemmin on todettu. Direktiivin toisen artiklan mukaan sillä tarkoitetaan:

”[...] valta-aseman käyttämistä suhteessa kuluttajaan painostamistarkoituksessa, ilman että välttämättä käytettäisiin tai uhattaisiin käyttää fyysistä voimaa, tavalla, joka merkittävästi rajoittaa kuluttajan kykyä tehdä perusteltu ratkaisu;”⁸³²

Edellä siteeratusta sopimattoman vaikuttamisen määritelmästä puuttuu viittaus menettelyn arvioinnin osalta keskivertokuluttajaan. Täten voisi tulkita, että sopimattoman vaikuttamisen arvioinnissa tulisi poikkeuksellisesti olla lähtökohtana se, miten menettely vaikuttaa sille suoraan altistuneeseen kuluttajaan. Vasta tämän jälkeen, tämän tulkinnan pohjalta, kahdeksannen artiklan mukaisesti tulisi arvioida, miten kyseinen kaupallinen menettely vaikuttaisi keskivertokuluttajan valinnanvapauteen tai käyttäytymiseen suhteessa tuotteeseen. Tämä tulkinta ei kuitenkaan liene säännöksen mukainen, sillä em. kahdeksas artikla koskee kaikkia direktiivissä tarkoitettuja aggressiivisiä kaupallisia menettelyitä ja siinä myös viitataan menettelyn vaikutukseen keskivertokuluttajaan.⁸³³

6.1.2.1 Valta-asema

Keskeisenä sopimattoman vaikuttamisen määrittelemisen kannalta voi pitää sen määritelmässä mainittua valta-asemaa ja sen väärinkäyttämistä. Valta-aseman väärinkäyttämisen voikin katsoa selkeimmin erottavan sopimattoman vaikuttamisen muista aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodoista eli pakottamisesta ja häirinnästä. Näissä puolestaan voi katsoa olevan kyse elinkeinonharjoittajan käyttäytymisestä yleensä ja valinnanvapauden rajoittamisesta ilman valta-aseman käyttöön liittyvää aspektia⁸³⁴. Direktiivissä esitetyn määritelmän pohjalta sopimattoman vaikuttamisen voi katsoa täten eroavan muista aggressiivisten kaupallisten menettelyjen lajeista siinä, että sopimattomassa vaikuttamisessa menettelyn katsotaan elinkeinonharjoittajan valta-asemaansa hyväksikäyttävän painostamisen

⁸³² 2005/29/EY: 2 (j) Art. Suomessa termi sopimaton vaikuttaminen on korvattu direktiiviä toimeenpantaessa hieman epämääräisellä painostaminen -käsitteellä (KSL 2:9 §). Tämä liittyyne sopimattoman vaikuttamisen määritelmään sisältyvään painostaminen -termiin.

⁸³³ Twigg-Flesner ym. 2005:47.

⁸³⁴ Howells ym. 2006:193 ja Willett 2010:261. Valta-aseman väärinkäyttämiseen liittyvä näkökulma on usein uusi vastaavia termejä käyttävissä sopimusoikeudellisissa säännöksissä, kuten esim. Englannissa, jossa pikemminkin on painotettu osapuolten väliseen luottamussuhteeseen liittyvien kysymysten väärinkäyttämistä (ks. Twigg-Flesner ym. 2005:60).

kautta vaikuttavan kuluttajan valinnanvapauteen ja kykyyn tehdä perusteltu päätös. Toisin sanoen sopimattomassa vaikuttamisessa voi katsoa olevan kyse lähinnä päätöksentekoon vaikuttavasta menettelystä.⁸³⁵ Sopimattoman vaikuttamisen alaan kuuluvien kaupallisten menettelyjen voi katsoa olevan hienovaraisempia ja usein myös myyjän kannalta tehokkaampia kuin edellä mainitut kaksi muuta näkyvämmiin aggressiivista kaupallisten menettelyjen lajia⁸³⁶.

Säännöksen soveltamisen kannalta keskeisen elinkeinonharjoittajan valta-aseman perusteita ei pysty päättelemään suoranaisesti direktiivistä tai sen liitteessä I määritellyistä kaikissa tilanteissa aggressiivisina pidettävistä kaupallisista menettelyistä. Täten sen sisältö tulee päätellä lähinnä asiayhteydessä ja esim. yleisesti kuluttajakauppaan liittyvistä olosuhteista. Lähtökohtaisesti kuluttajakauppaan on tavanomaisesti katsottavissa kuuluvan osapuolten välinen epätasapaino⁸³⁷. Tähän epätasapainoon pohjautuvaan valta-asemaan liittyviä seikkoja tullee tulkita tästä syystä rajoittavasti⁸³⁸. Sen sijaan säännöksessä tarkoitettu valta-asema voi olla myös elinkeinonharjoittajan itse synnyttämää⁸³⁹. Sen voi katsoa aiheutuvan esim. elinkeinonharjoittajalla olevasta erityisestä valtasuhteesta tiettyyn kuluttajaan nähden. Valta-asema voi perustua taloudellisten seikkojen lisäksi myös sosiaaliseen, henkiseen tai ammatilliseen valta-asemaan.⁸⁴⁰ Valta-asema voi aiheutua myös esim. olosuhteiden synnyttämänä. Kyseeseen voivat tulla täten myös direktiivin 9 (c) artiklassa listattujen aggressiivisten kaupallisten menettelyjen arvioinnissa huomioon otettavien seikkojen luettelon mukainen elinkeinonharjoittajan tiedossa olevien kuluttajan arvostelukykyä heikentävien vastoinkäymisien hyödyntäminen⁸⁴¹. Verkkokaupassa elinkeinonharjoittajalta ei yleensä kuitenkaan liene mahdollista odottaa tietoisuutta kuluttajan perusteltua päätöksenkäytystä rajoittavista olosuhteista, ellei kuluttaja tarkoituksellisesti niitä ilmoita.

⁸³⁵ Ks. Willett 2010:259–261.

⁸³⁶ Ks. Schulze & Schulte-Nölke 2003:37. Suomessa, jossa sopimattoman vaikuttamisen (johon Suomessa viitataan painostaminen -termillä) määritelmä on kirjattu vain lain esitöissä, esitetään samassa yhteydessä, että tällainen menettely liittyy tyypillisesti esim. kuluttajan väsymyksen, sairauden tai vanhuuden heikkouden hyväksikäyttämiseen (ks. HE 32/2008:27).

⁸³⁷ Howells ym. 2009:77.

⁸³⁸ Ks. Howells ym. 2006:184–185 ja Micklitz & Howells 2010:146.

⁸³⁹ Svensson ym. 2010:179.

⁸⁴⁰ Ks. Howells ym. 2006:188 ja 193 ja Caruso 2010:104.

⁸⁴¹ 2005/29/EY: 9 (c) Art.

6.1.2.2 Valta-aseman käyttäminen

Pelkkä elinkeinonharjoittajan valta-asema sinänsä ei tee kaupallisesta menettelystä aggressiivista. Aggressiivisen kaupallisen menettelyn yleisen määritelmän täyttymiseksi valta-asemaa tulisi nimenomaisesti hyödyntää siten, että kuluttajan valinnanvapaus *merkittävästi* rajoittuisi, jonka seurauksena kuluttaja mahdollisesti päätyisi ratkaisuun, jota hän ei olisi muuten tehnyt⁸⁴². Määritelmän täyttävä kaupallinen menettely voi käytännössä täten jättää jonkin verran kuluttajalle valinnanvapautta. Tämä valinnanvapauden rajoittuminen riippuu myös menettelyn kohderyhmästä. Erityisesti suojaa tarvitsevilla ryhmillä kynnyks voi olla tässä suhteessa matalampi.⁸⁴³

Sopimatonta vaikuttamista voi direktiivin laajan ajallisen ulottuvuuden mukaisesti esiintyä ennen sopimusta ja sopimuksen teon jälkeen. Ennen sopimuksen syntymistä sopimattomaan vaikuttamiseen liittyvä valta-asema voisi perustua esimerkiksi suurempaan markkinoiden ymmärtämiseen ja parempaan neuvottelutaitoon kuin kuluttajalla⁸⁴⁴. Kyse voi olla täten mm. tilanteesta, jossa elinkeinonharjoittaja hyödyntää kuluttajan heikompaan tiedollista asemaa⁸⁴⁵. Tällaisena määritelmään liittyvänä painostavana tilanteena voisi pitää myös esimerkiksi erittäin lyhyen harkinta-ajan antamista kuluttajalle ostopäätöksen tekoa varten⁸⁴⁶. Sopimattoman vaikuttamisen määritelmän täyttymisen yhtenä edellytyksenä olevalle em. valta-asemalle ja sen väärin käyttämiselle otollisin aika lienee kuitenkin sopimussuhteiden piirissä, jolloin kuluttaja saattaa olla alttiimpana elinkeinonharjoittajan vaikutukselle⁸⁴⁷. Tämä voi johtua esimerkiksi siitä, että elinkeinonharjoittajalla saattaa olla tällöin mahdollisuus tehdä ratkaisuja, jotka ovat kuluttajalle epämieluisia. Tällainen tilanne voi syntyä esimerkiksi taloudellisessa liikesuhteessa, jonka toteutuminen ja jatkuminen ja täten yhteistyön toimiminen on kuluttajalle tärkeämpää kuin elinkeinonharjoittajalle⁸⁴⁸. Tällä tavoin kyseeseen voi tulla myös direk-

⁸⁴² 2005/29/EY:2 (j) Art. ja 8 Art.

⁸⁴³ Ks. Caruso 2010:104.

⁸⁴⁴ Willett 2010:260.

⁸⁴⁵ Svensson ym. 2010:179.

⁸⁴⁶ Ks. Schulze & Schulte-Nölke 2003:37, Boesche 2009:229–230, Tews & Bokel 2009:54 ja 2005/29/EY:9 (a) Art. Toisaalta direktiivin liitteessä I (kohdassa 7) pidetään vastaavankaltaista menettelyä kaikissa tilanteissa kiellettyinä harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn muotona.

⁸⁴⁷ Ks. Howells ym. 2006:185 ja 188 ja myös Willett 2010:260.

⁸⁴⁸ Howells ym. 2006:188 ja ks. myös Willett 2010:260. Samankaltaisesti kyse voi olla myös psykologisesta valta-asemasta, esim. kuluttajalle luulotellusta ystävytyksestä elinkeinonharjoittajan kanssa, jonka jatkumisen kuluttaja kokee tärkeäksi ja elinkeinonharjoittaja puolestaan keinoksi kannustaa kuluttajaa auttamaan elinkeinonharjoittajaa tai ostamaan tuotteita tämän kuvitellun ystävytyksen ylläpitämiseksi. Tällöin sopimattoman vaikuttamisen edellytyksenä tu-

tiivin 9 (d) artiklassa arviointikriteerinä mainittu elinkeinonharjoittajan pyrkimys kohtuuttomasti vaikeuttaa kuluttajan oikeuksien käyttämistä⁸⁴⁹. Tällaisena sopimattomana vaikuttamisena olisi mahdollista pitää mm. kuluttajan uhkaamista perusteettomilla oikeustoimilla esim. reklamaation yhteydessä⁸⁵⁰.

Ongelmallisena voidaan pitää myös sen määrittelemistä, missä määrin sopimattomaan vaikuttamiseen liittyvänä valta-aseman väärinkäyttönä voidaan pitää kuluttajille ja erityisesti suojaa tarvitseville kuluttajille tärkeiden kolmansien tahojen, kuten esim. opettajien käyttämistä tuotteiden mainostamisessa⁸⁵¹. Kolmansiiin tahoihin liittyvään ongelmalliseen kategoriaan voitaneen luokitella esimerkiksi pyrkimys hyödyntää vertaispainetta markkinoinnissa⁸⁵². Sen sijaan kynns elinkeinonharjoittajan henkilökunnan tai mainostoimiston ym. vastaavan elinkeinonharjoittajaa lähellä olevan tahon luokittelemiseksi tällaiseksi merkittäväksi kolmanneksi tahoksi lienee korkeampi. Esimerkiksi direktiivin ensimmäisessä versioehdotuksessa esitettyjen perustelujen mukaan mm. mainostamisen tai ostosten teon yhteydessä tarjottavat virvokkeet, vaikkakin saattavat vaikuttaa kuluttajaan, eivät vielä sinänsä heikennä kuluttajan mahdollisuutta tehdä perusteltu ratkaisu, eivätkä siten kuulu direktiivin alaan⁸⁵³.

Tietoverkossa käytävässä kuluttajakaupassa mahdollisuuksia kolmansien tahojen hyödyntämiseen sanotussa merkityksessä on voinut pitää vähäisinä. Tähän on vaikuttanut se, että tällaisia em. kaltaisia sosiaalisesti tärkeitä kolmansia tahoja on ollut vaikeampi löytää. Nykyään tilanne on kuitenkin näiltä osin osittain muuttumassa erilaisten viraalimarkkinoinnin muotojen myötä. Tällaisia ovat esim. yksityishenkilöiden väliseksi viestinnäksi naamioitu kerro kaverille -markkinointi ja

lisi mahdollisesti olla myös jonkinlaisen psykologisen riippuvuussuhteen syntyminen. (Micklitz & Howells 2010:148).

⁸⁴⁹ Ks. 2005/29/EY:9 (d) Art. Määritelmän voisi täyttää esim. asiakasvalituksen tekemisen vaikeuttaminen (ks. HE 32/2008:27).

⁸⁵⁰ Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:31.

⁸⁵¹ Ks. Schulze & Schulte-Nölke 2003:38, Howells ym. 2006:189 ja Caruso 2010:101.

⁸⁵² Esimerkkinä tällaisesta vertaispaineen hyödyntämisestä voisi pitää menettelyä, jossa aamiaismurojen valmistaja kehotti Saksassa lapsia keräämään arvopisteitä, joista koululuokka saisi tiettyjä palkintoja (ks. tarkemmin BGH 2007).

⁸⁵³ Kom 2003/356 lopullinen: 16. Twigg-Flesner ym. (2005:11) katsovat, että useissa aggressiivisina pidettävissä kaupallisissa menettelyissä jätetään kuluttajille samankaltaisesti enemmän tai vähemmän teoreettisesti vapaus tehdä itse perusteltu kaupallinen ratkaisu. Vaikka tällaiset kaupalliset menettelyt eivät usein luultavasti vaikuta kuluttajan päätöksentekokykyyn, näitä menettelyjä ei tulisi kuitenkaan esimerkkien kautta suoraan rajata direktiivin ulkopuolelle ilman mahdollisuutta tapauskohtaiseen arviointiin.

blogit, eli erilaiset helposti päivitettävät henkilökohtaiset verkkosivut⁸⁵⁴. Tällainen direktiivissä tarkoitettu vaikutusmahdollisuus keskivertokuluttajien perustelun kaupallisen ratkaisun tekokykyyn voisi olla juuri erilaisten blogienpitäjillä, kuten esim. muotiblogien kirjoittajilla⁸⁵⁵. Näillä blogeilla saattaa olla kymmeniä tuhansia lukijoita viikossa. Lukijat samaistuvat usein tuotteista kirjoittaviin bloggaajiin, kuten muihin julkisuuden henkilöihin ja haluavat jäljitellä heidän valintoihin⁸⁵⁶. Tunnettujen bloggaajien sanaan myös luotetaan. Heitä voikin pitää Internetin mielipidevaikuttajina. Toisinaan bloginpitäjät saavat myös palkkioina tuotteita yrityksiltä siinä toivossa, että he kirjoittaisivat niistä positiivisessa sävyssä. Tämänkaltaista bloggaajille suunnattua lahjontaa on harjoitettu tekstiilituotteiden lisäksi muidenkin tuoteryhmien yhteydessä, kuten esim. Nokia eräiden uusien puhelimien lanseerauksen yhteydessä.⁸⁵⁷ Tällainen palkkiosuhde on ongelmallinen. Erityisesti näin on, mikäli sitä ei tuoda esiin. Toisaalta tällöin, kuten yleensäkin blogimainonnassa, voi olla kyse sopimattoman vaikuttamiseen sijaan pikemmin direktiivin 6–7 artikloissa ja liitteessä I kaikissa hieman eri sanamuodoin sopimattomaksi määritellystä menettelyn kaupallisen tarkoituksen kätkemisestä⁸⁵⁸.

Kaikkiaan sopimaton vaikuttaminen on käsitteenä määritelty laajasti siten, että se on omiaan kattamaan useanlaisia kaupallisia menettelyjä⁸⁵⁹. Tästä kuitenkin seuraa, että sopimatonta vaikuttamista voi pitää melko tulkinnanvaraisena käsitteenä, joka on omiaan jättämään tuomioistuimille tapauskohtaisesti tulkinnanvaraa. Käsitteen rajojen vakiintuminen saattaakin edellyttää huomattavasti oikeuskäytännön pohjautuvaa tulkintaa.

6.1.3 Pakottaminen

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin kahdeksannessa artiklassa nimetään yhdeksi aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodoksi myös

⁸⁵⁴ Ks. myös SEC (2009) 1666:8. Blogien suosio perustuu lähinnä niiden helppoon perustamiseen ja ylläpitämiseen, löydettävyyteen ja viestinnän nopeuteen sekä mahdollisuuteen kommentoida sisältöä (Enkvist-Gauffin 2006:106 ja Salmenkivi & Nyman 2007:145–149).

⁸⁵⁵ Esimerkiksi Sanoma Newsin ylläpitämällä blogien seuraamiseen tarkoitettulla blogilista - palvelulla (www.blogilista.fi) 50 suosituinta blogia olivat kesäkuussa 2011 pääsääntöisesti muotiin keskittyneitä blogeja.

⁸⁵⁶ Kuvaja & Taljavaara 2010:41–42 ja ks. myös Kuningaskuluttaja 2009.

⁸⁵⁷ Salmenkivi & Nyman 2007:174–175.

⁸⁵⁸ Ks. 2005/29/EY:6 (1b) ja 7 (2) Art. sekä liite 1 kohdat 11 ja 22. Ks. myös tämän tutkimuksen luvuista 4, 5 ja 7.

⁸⁵⁹ Esim. Guerinoni 2010:129. Caruso (2010:103) katsoo, että sopimaton vaikuttaminen on todennäköisesti yleisin aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muoto.

lähes ohimennen pakottaminen. Pakottamisen -käsitteenkään sisältöä ei ole suoranaisesti määritelty direktiivissä. Ehkä termin on katsottu sivuavan siinä mitassa yleiskielessä käytettyä pakottamisen käsitettä, että sen määrittelemistä ei ole katsottu tarpeelliseksi yhteisön tasolla. Toisaalta pakottamisen käsitteenä voi katsoa sivuavan myös sopimusoikeudellista oikeustoimien pätemättömyysperustetta, jossa toisen osapuolen vapaa tahto oikeustoimeen puuttuu⁸⁶⁰.

Pakottamisen käsitteenä voinee kuitenkin katsoa tarkoittavan laajinta direktiivissä mainittua aggressiivisten kaupallisten menettelyjen alalajia. Se kattanee kaikki muut sellaiset aggressiiviset kaupalliset menettelyt, jotka eivät ole häirintää ja joissa ei ole kyse sopimattomaan vaikuttamiseen määritelmällisesti kuuluvasta valta-aseman väärinkäyttämistä. Tosin nämä erilaisia aggressiivisiä kaupallisia menettelyjä kuvaavat termit eivät ole kovin selkeärajaisia⁸⁶¹. Lähtökohtaisesti pakottamiseen kuuluvat direktiivin pohjalta menettelyt, joihin liittyy fyysistä voimankäyttöä⁸⁶². Fyysisen voimankäytön muodot eivät tule kyseeseen verkko-kaupassa, jossa osapuolet eivät ole samanaikaisesti läsnä, joten niiltä osin pakottamisen muodot rajautuvat suoraan tutkimuksen ulkopuolelle.

Direktiivissä tarkoitettu pakottaminen kattaa kuitenkin suoranaista voimankäyttöä sisältävän painostuksen lisäksi muitakin, lähinnä henkisesti kuluttajaa painostamaan pyrkiviä aggressiivisiä kaupallisia menettelyjä⁸⁶³. Todennäköisesti määritelmän täyttävät ainakin sellaiset kaupalliset menettelyt, joihin liittyy esimerkiksi uhkaavaa käytöstä tai direktiivin yhdeksännessä artiklassa aggressiivisten kaupallisten menettelyjen arviointipiirteenä listattua kuluttajaan kohdistetusta uhkailua ryhtyä laittomiin toimiin tarkoituksena saada kuluttaja menettelemään elinkeinonharjoittajan haluamalla tavalla⁸⁶⁴. Kyse voisi ehkä mahdollisesti olla hyvin epämääräisestäkin uhkailusta, kuten taikauskoon tai uskontoon sekä niihin liitty-

⁸⁶⁰ Ks. Esim. Suomen osalta HE 2008/32:27 ja 228/1929:28–29 § sekä myös Hemmo 2003:351–359.

⁸⁶¹ Esim. Caruso 2010:100.

⁸⁶² 2005/29/EY: 8 Art. Fyysinen voimankäyttö on direktiivissä sisällytetty myös sopimattomaan vaikuttamiseen (ks. 2005/29/EY: 2 (j) Art.) Tapaa, jolla fyysinen voimankäyttö on sisällytetty aggressiivisiin kaupallisiin menettelyihin kahdessa eri kohtaa direktiiviä, on kritisoitu kirjallisuudessa sekavaksi, koska sen on katsottu tekevän vaikeaksi arvioida fyysisen voimankäytön merkitystä eri aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodoille (ks. esim. Howells ym. 2006:187). Joka tapauksessa voi pitää selvänä, että toiseen osapuoleen kohdistuvaa luvaton fyysistä voimankäyttöä kaupallisessa menettelyssä ei voida ainakaan länsimaisissa oikeusvaltioissa muutenkaan pitää missään muodossa hyväksyttävänä vaan aina sopimattomana kaupallisenä menettelynä.

⁸⁶³ Ks. myös Ekey 2009:56, Caruso 2010:100 ja Cendon 2010:273. Kyse voi olla täten myös hyvin hienovaraisestakin pakottamisesta.

⁸⁶⁴ Ks. 2005/29/EY:9 (e) Art.

viin esineisiin kuuluvasta uhkailusta⁸⁶⁵. Luultavaa kuitenkin on, että uhkailun tulee olla konkreettisempaa, jotta sillä voisi katsoa olevan vaikutusta kuluttajan käyttäytymiseen. Tällaista voi olla verkon ulkopuolella esimerkiksi liitteessä I sopimattomaksi määritelty kaupallinen menettely, johon liittyy sellaisen vaikutelman luominen, että kuluttaja ei voi poistua ennen kuin sopimus on tehty⁸⁶⁶. Myös laillisilla toimilla uhkaileminen voi täyttää pakottamisen määritelmän⁸⁶⁷. Laillisilla toimilla uhkailuihin voisi kuulua esimerkiksi maksamiseen ja maksun vaatimiseen liittyvä uhkailu⁸⁶⁸. Verkkokaupassa pakottamiseen liittyvää uhkailua voisi olla esimerkiksi verkkokauppiaan kieltäytyminen toimittamasta tilattuja tuotteita lakisääteistä peruutusosoikeutta toistuvasti käyttäneelle asiakkaalle, ellei asiakkaan käytös tässä suhteessa muuttuisi⁸⁶⁹. Tämän lisäksi artikkelissa kyse voi olla myös esimerkiksi erilaisista psykologisista pakottamisen muodoista, kuten lähinnä verkon ulkopuoliseen kaupankäyntiin liittyen myös sopimattoman vaikuttamisen yhteydessä mainitusta vertaispaineen hyväksikäytöstä tai ostamaan velvoittavien sosiaalisten normien hyödyntämisestä⁸⁷⁰.

Kuten edellä on todettu, esimerkkejä tällaisista yleisellä tasolla sopimattomaksi määrittelyistä aggressiivisista kaupallisista menettelyistä on lueteltu direktiivin liitteessä I. Näihin aggressiivisina pidettäviin kaupallisiin menettelyihin voi liittyä myös tunteiden kuten pelon, luottamuksen ja kiitollisuuden hyödyntämistä⁸⁷¹. Liitteessä I määritellyt aggressiiviset kaupalliset menettelyt saattavat olla jossain määrin suuntaa-antavia myös pakottamisen käsitteen määrittelemisessä.

Kuten aiemmin on todettu, artikkelissa aggressiivisen kaupallisen menettelyn määritelmän ehtojen täyttymisen edellytyksenä on, että menettely *merkittävästi* hei-

⁸⁶⁵ Ks. esim. Caruso 2010:100–101.

⁸⁶⁶ 2005/29/EY:liite 1 kohta 24.

⁸⁶⁷ Twigg-Flesner ym. 2005:46 ja 58, Willett 2010:264 sekä Suomen osalta HE 32/2008:27. Esimerkiksi Suomessa direktiivin toimeenpanevan lain valmisteluasiakirjassa on puolestaan katsottu, että kuluttajan perusteeton uhkaaminen oikeustoimilla saattaisi täyttää sopimattoman vaikuttamisen määritelmän (ks. HE 32/2008:27). Tämän voi katsoa kuvastavan käsitteiden välisen rajan epämääräisyyttä. Toisaalta valta-aseman määrittelemiseen liittyvien ongelmien vuoksi sopimattoman vaikuttamisen alaan kuuluvia menettelyjä voisi olla helpompi tulkita pakottamisena (Micklitz & Howells 2010:145–146). Muilta osin, kuten edellä on todettu, merkitystä ei ole niinkään sillä, minkä aggressiivisen kaupallisen menettelyn alalajin alle menettely luokitellaan, sillä niiltä ei edellytetä erillisten raja-arvojen täyttymistä. Tärkeämpää sen sijaan on menettelyn yhteisvaikutus aggressiivisen kaupallisen menettelyn määritelmään kuuluvaan kuluttajan valinnanvapauden rajoittumiseen tai käyttäytymiseen suhteessa tuotteeseen.

⁸⁶⁸ Micklitz & Howells 2010:145.

⁸⁶⁹ Tämänkaltaista menettelyä pidettiin hyväksyttävänä Saksassa vuonna 2004 ennen direktiivin toimeenpanoa oikeustapauksessa Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (2004), 5 U 22/04.

⁸⁷⁰ Tews & Bokel 2009:48 ja ks. myös Boesche 2009:229.

⁸⁷¹ Micklitz & Howells 2010:146.

kentää tai todennäköisesti heikentää keskivertokuluttajan valinnanvapautta tai käyttäytymistä suhteessa tuotteeseen ja näin saa tai todennäköisesti saa hänet tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän ei muuten olisi tehnyt⁸⁷². Aggressiivisen kaupallisen menettelyn ei siis tarvinne kokonaan poistaa kuluttajan valinnanvapautta, vaan riittänee että valinnanvapaus vähenee menettelyn seurauksena siinä määrin, että se on omiaan vaikuttamaan kuluttajan päätymiseen erilaiseen kaupalliseen ratkaisuun, kuin ilman menettelyä. Tällaisesta voi olla kyse esimerkiksi, jos pakottamisesta johtuen tarjottu ratkaisu on omiaan nousemaan kuluttajan kannalta muita mahdollisia ratkaisuvaihtoehtoja paremmaksi⁸⁷³. Yhtenä mahdollisena esimerkkinä tällaisesta pakottamisesta voisi olla esimerkiksi tuotteiden laitton sitominen (eli myyntimenetelmä, jossa jonkin tuotteen myynnin ehtona on lisätuotteen hankinta), missä kuluttajan valinnanvapautta ostaa muu kuin sidottu tuote rajoitetaan huomattavasti⁸⁷⁴.

Joka tapauksessa myös markkinoinnissa voi katsoa olevan kyse eräänlaisesta elinkeinonharjoittajan suorittamasta painostamisesta. Täten mikäli aggressiivisiin kaupallisiin menettelyihin kuuluvan pakottamisen käytön arvioinnissa ei kiinnitetä niinkään huomiota säännöksessä edellytettyihin aggressiivisten kaupallisten menettelyjen erityispiirteisiin, kuten kuluttajan valinnanvapauden heikentymiseen, ongelmalliseksi saattaa tällöin muodostua sallittujen kuluttajaan vaikuttamisen muotojen, kuten juuri markkinoinnin ja erilaisten pakottamisen muotojen välisen rajan määrittäminen eurooppalaisella tasolla.⁸⁷⁵

6.2 Arviointikriteerit

Aggressiiviset kaupalliset menettelyt on määritelty direktiivin kahdeksannessa artiklassa melko ylimalkaisesti, eritoten menettelyjen yksittäiset muodot, kuten edellä on todettu. Yleistä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määrittelyä pyritään helpottamaan direktiivin yhdeksännessä artiklassa listaamalla luettelonomaisesti seikkoja, joita tulee ottaa huomioon arvioitaessa, onko menettelyssä kyse jostain aggressiivisen kaupallisen menettelyn muodosta. Puheena olevassa yhdeksännessä artiklassa on edelleen pitäydytty melko yleisellä tasolla, kytkettä-

⁸⁷² Ks. 2005/29/EY: 8 Art.

⁸⁷³ Howells ym. 2006:185. Kyse voi olla myös esimerkiksi tapauksesta, jossa menettely ei poista kuluttajan valinnanvapautta, mutta jossa aggressiivisen menettelyn seurauksena kuluttaja katsoo valintamahdollisuuksien vähenevän elinkeinonharjoittajan eduksi (Howells ym. 2006: 184).

⁸⁷⁴ Coteanu 2005:186–187.

⁸⁷⁵ Katso. Howells ym. 2006:184–185 ja 193 ja Micklitz & Howells 2010:146.

mättä yksityiskohtaisempiakaan luettelossa listattuja seikkoja mihinkään yksittäiseen aggressiivisen kaupallisen menettelyn muotoon, vaikkakin myös tässä artikkelissa listataan nimeltä em. kolme aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muotoa. Käytännössä säännöksen voi katsoa korostavan sitä, että kaupallisen menettelyn aggressiivisuutta tulee arvioida kokonaisuutena asiayhteydessä⁸⁷⁶. Tällaisia puheena olevia kaupallisen menettelyn aggressiivisuuden arvioinnissa huomioon otettavia seikkoja ovat direktiivin mukaan:

- ”a) sen ajoitus, tapahtumapaikka, luonne ja kesto;
- b) uhkaava tai halventava kielenkäyttö tai käyttäytyminen;
- c) elinkeinonharjoittajan vaikuttaminen tuotetta koskevaan kuluttajan ratkaisuun käyttämällä tiedossaan olevia vastoinkäymisiä tai seikkoja, jotka ovat niin vakavia, että ne heikentävät kuluttajan arvostelukykyä;
- d) elinkeinonharjoittajan asettamat vaikeat ja kohtuuttomat sopimuksen ulkopuoliset esteet, kun kuluttaja haluaa käyttää sopimukseen sisältyviä oikeuksiaan, mukaan lukien oikeutta päättää sopimus tai vaihtaa tuotetta tai elinkeinonharjoittajaa;
- e) uhkaus ryhtyä toimiin, jotka eivät ole laillisesti mahdollisia.”⁸⁷⁷

Edellä siteeratun luettelon voi tulkita lähinnä täsmennykseksi kahdeksannessa artikkelissa määriteltyihin aggressiivisen kaupallisen menettelyn arvioinnissa asiayhteydessä huomioon otettaviin seikkoihin ja olosuhteisiin. Luettelon yksittäisten kohtien painoarvo on täten tapauksesta ja asian käsittelijästä riippuvainen.⁸⁷⁸ Luetteloa ei voi pitää sen heterogeenisestä luonteesta johtuen kumulatiivisena eikä myöskään tyhjentävänä, sillä direktiivin kahdeksannessa artikkelissa ei rajata määritelmää yhdeksännessä artikkelissa listattuihin tekijöihin⁸⁷⁹. Joka tapauksessa luetteloa voi pitää laaja-alaisena kattava useita erilaisia kaupallisia menetteilyitä ja niihin liittyviä arviointipiirteitä⁸⁸⁰. Siinä listatut arviointiseikat ja menetteilyt puhuvat sellaisenaan jo paljon puolestaan, joten seuraavaksi käydään lähinnä pääpiirteittäin läpi em. luetteloa.

⁸⁷⁶ Svensson ym. 2010:180 ja ks. myös Caruso 2010:101.

⁸⁷⁷ 2005/29/EY:9 Art.

⁸⁷⁸ Howells ym. 2006:190. Saksassa aggressiivisen kaupallisten menettelyjen piirteiden määrittely on jätetty UWG-lain lainvalmisteluasiakirjan mukaan lähinnä UWG-lain 4 § (2) varaan (Gesetzentwurf 16/10145:18). Kyseisessä kohdassa viitataan sopimattomana lähinnä erilaisten kuluttajan heikkouksien, iän, kokemuksen puutteen ja hyväuskoisuuden hyväksikäyttämiseen. Näiden voi katsoa liittyvän lähinnä direktiivin yhdeksännen artiklan c-kohtaan. Sen sijaan muilta osin artiklan toimeenpanoa voi pitää Saksan osalta puutteellisenä. Vastaavasti myös kirjallisuudessa on kritisoitu artiklan toimeenpanoa Saksassa (ks. esim. Keirsbilck 2009:524).

⁸⁷⁹ Ks. Twigg-Flesner ym. 2005:46. Kuten Twigg-Flesner ym. (2005:46) esimerkiksi myös Englannissa OFT (2008:42) nimenomaisesti toteaa, että kaikkien tekijöiden ei tarvitse olla yhtä aikaa läsnä, jotta kyse olisi aggressiivisesta menettelystä.

⁸⁸⁰ Guerinoni 2010:127–128.

6.2.1 *Menettelyn pääpiirteet sekä kesto ja paikka*

Direktiivin yhdeksännen artiklan ensimmäisessä kohdassa (a) mainitaan arvioinnissa huomioon otettavana seikkana kaupallisen menettelyn ajoitus, tapahtumapaikka, luonne ja kesto. Näitä piirteitä voikin pitää merkityksellisenä arvioitaessa kaupallisen menettelyn aggressiivisuutta ja erityisesti sitä, onko menettelyssä kyse häirinnästä⁸⁸¹. Tietoverkon ulkopuolella ajankohta voi liittyä esimerkiksi menettelyn poikkeuksellisiin ajankohtiin vuorokaudesta⁸⁸². Tapahtumapaikka kuvannee puolestaan kaupallista menettelyä tavanomaisesta poikkeavissa paikoissa, vähintäänkin jossain muualla kuin myyjän toimitiloissa. Esimerkiksi ”hiljaisessa paikassa” erityisesti painostamisella lienee todennäköisesti suurempi vaikutus kuluttajaan kuin julkisessa tilassa. Toisaalta yleisön läsnäollessa lievempien painostuksen muotojen vaikutusta saattaisi tehostaa pelko julkisesta nolaamisesta.⁸⁸³ Verkkokaupassa, joka tavanomaisesti ei ole sidottu aikaan tai paikkaan, ei näillä seikoilla kuitenkaan juurikaan liene merkitystä kaupallisen menettelyn aggressiivisuutta arvioitaessa.

Samassa artiklan kohdassa arviointipiirteenä suomenkielisessä versiossa mainitun ”keston” vastineena käytetään artiklan ranskankielisessä versiossa *persistence*-sanaa ja englanninkielisessä versiossa *persistence* -sanaa. Näiden molempien voi katsoa suomenkielisessä versiossa käytetyn keston sijaan viittaavan selvemmin menettelyn (itsepintaiseen) jatkuvuuteen. Tämä tarkoittanee mahdollisesti menettelyn jatkumista kuluttajan kielloista huolimatta⁸⁸⁴. Internetissä tällainen sitkeäpintainen menettelyn jatkuminen kuluttajan kielloista huolimatta olisi mahdollista katsoa liittyvän esim. kuluttajalle kohdistettuun suoramarkkinointiin. Verkkokaupan osalta tosin näitä asioita on säännelty jo ei-toivotun sähköpostitse tapahtuvan kaupallisen viestinnän osalta direktiivillä 2002/58/EY, joten tämän arviointikriteerin itsenäinen merkitys lienee vähäinen verkkokaupassa. Edelleen samassa alakohdassa mainittu menettelyn luonne arviointikriteerinä on ongelmallisempi, koska kyse on neutraalista termistä. Tällä tarkoitettaneen joka tapauksessa sen arvioimista, onko kaupallinen menettely aggressiivinen⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ Caruso 2010:95.

⁸⁸² Lisäksi on esitetty, että ajoitus voisi liittyä laajempaan tuotteen ja menettelyn kohderyhmän väliseen suuntaamiseen tai ajoitukseen, kuten hautauspalvelujen mainonnan suuntaamiseen vanhuksille (Virtanen 2010:100).

⁸⁸³ Verkade 2009:64.

⁸⁸⁴ Ks. myös Howells ym. 2006:190. Esimerkiksi kotimyynnin osalta onkin liitteessä I kielletty kyseisessä kaupankäynnissä poistumiskehotuksen huomioimatta jättäminen (2005/29/EY:Liite 1 kohta 25).

⁸⁸⁵ Howells ym. 2006:190.

Kaupallisen menettelyn avoimeen aggressiivisuuteen liittyvät myös yhdeksännen artiklan b-kohdassa arviointikriteerinä listatut uhkaava tai halventava kielenkäyttö ja käyttäytyminen kaupallisen menettelyn yhteydessä⁸⁸⁶. Sähköisessä kaupankäynnissä tällaista voisi esiintyä esim. elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisessä keskinäisessä viestinnässä. Verkkokaupassa tällainen menettely suoraan kuluttajaan kohdistettuna vaatinee tuekseen elinkeinonharjoittajalle mahdollisuuden tehdä kuluttajalle epämieluisia ratkaisuja, jotta sillä voisi olla vaikutusta kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Täten tällaisen painostavan menettelyn vaikutusmahdollisuudet elinkeinonharjoittajan eduksi kuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen lienevät rajalliset verkkokaupassa erityisesti sopimusta edeltävässä vaiheessa. Pikemmin tällainen menettely voi olla tällöin omiaan karkottamaan mahdollisia asiakkaita. Sen sijaan sopimuksen syntymisen jälkeisessä vaiheessa tällaisella avoimesti painostavalla menettelyllä voi olla suuremmat mahdollisuudet vaikuttaa kuluttajan taloudellisiin ratkaisuihin. Uhkaava ja halventava kielenkäyttö- ja käyttäytyminen ovat kuitenkin myös jossain määrin kulttuurisidonnaisia käsitteitä. Täten tämän arviointikriteerin voisi katsoa sivuavan myös maku- ja säädyllisyyskysymyksiin liittyvää poikkeusta direktiivin soveltamisalasta⁸⁸⁷.

6.2.2 Vastoinkäymisten hyödyntäminen

Direktiivin yhdeksännessä artiklassa listatussa kaupallisten menettelyjen aggressiivisten piirteiden arviointiluettelossa yksityiskohtaisuus kasvaa aakkosissa e-kirjainta kohden edetessä. Tämä käy ilmi myös artiklan c-kohdassa, jonka mukaan kaupallisen menettelyn aggressiivisuutta arvioitaessa tulee ottaa huomioon:

”elinkeinonharjoittajan vaikuttaminen tuotetta koskevaan kuluttajan ratkaisuun käyttämällä tiedossaan olevia vastoinkäymisiä tai seikkoja, jotka ovat niin vakavia, että ne heikentävät kuluttajan arvostelukykyä.”⁸⁸⁸

⁸⁸⁶ 2005/29/EY:9 (b) Art.

⁸⁸⁷ Ks. tästä poikkeuksesta 2005/29/EY:johdanto 7. Esimerkiksi Suomessa on direktiivin mahdollistaman yllä mainitun poikkeuksen nojalla kielletty vastaavankaltaisia piirteitä sisältäviä kaupallisia menettelyjä markkinoinnissa hyvän tavan vastaisina ilman liittymää kuluttajan mahdolliseen kaupalliseen ratkaisuun (ks. KSL 2:2 §).

⁸⁸⁸ Suomessa säännöksen voi näiltä osin katsoa olevan puutteellisesti toimeenpantu, sillä säännöksen toimeenpanevassa momentissa kuluttajansuojalaissa ja lain esitöissä puhutaan vastoinkäymisten hyväksikäytöstä, mutta ilman nimenomaista viittausta elinkeinonharjoittajan tietoisuuteen vastoinkäymisistä (ks. KSL 9 (3) § ja HE 32/2008:27). Elinkeinonharjoittajien oikeusvarmuuden kannalta olisi suotavaa, että säännös toimeenpantaisiin direktiivissä käytetty elinkeinonharjoittajan vastuuta selkeästi rajoittavaa sanamuotoa hyväksi käyttäen. Toisaalta kuluttajien kannalta Suomessa toimeenpantua laajempaa määritelmää voi pitää suotavampana, vaikkakin kyseenalaista on, voiko vastuuta soveltaa kovin tiukasti ja liekö se ollut edes tarkoituksenakaan lainsäätäjällä.

Säännöksessä ei näitä siinä mainittuja vastoinkäymisiä tai arvostelukykä heikentäviä seikkoja tarkemmin määritellä. Tällaisia olosuhteita voisivat olla esim. vakavat taloudelliset vaikeudet, kuluttajan vakava sairaus, läheisen kuolema yms. vastaavat olosuhteet, joista elinkeinonharjoittaja on tietoinen. Artiklassa lienee täten tarkoitettu mm. ns. ambulanssin jahtaamisilmiötä (engl. ambulance chasing) vastaavia tilanteita⁸⁸⁹. Kirjallisuudessa on esitetty, että kyseeseen voisi tulla elinkeinonharjoittajan tietoisuuden lisäksi myös tieto, jota häneltä olisi perusteltua odottaa⁸⁹⁰. Kaikkiaan säännöksen voi katsoa kieltävän elinkeinonharjoittajaa hyödyntämistä kuluttajan ahdinkoa erityisesti sopimuksen solmimistarkoituksessa⁸⁹¹.

Luonnollisestikaan tavanomainen kaupankäynti vakavia vastoinkäymisiä ym. vastaavia seikkoja kokeneiden kuluttajien kanssa ei vielä sinänsä tee kaupallisesta menettelystä aggressiivista. Aggressiivisuuden edellytyksenä on säännöksen mukaan vasta se, että elinkeinonharjoittaja pyrkii nimenomaisesti käyttämään hyväkseen näiden seikkojen vuoksi heikentynyttä arvostelukykä.⁸⁹² Säännöksen voi katsoa joka tapauksessa vaativan elinkeinonharjoittajilta harkintaa, mikäli he aikovat suunnata tällaisia vaikeuksia kokeneille kuluttajaryhmille markkinointia, joka sivuaa kyseisiä vastoinkäymisiä. Säännös toimineekin tavanomaisessa kaupankäynnissä eräänlaisena turvaverkkona kattaen kohtuuttomana pidettävissä olevia kaupallisia menettelyjä, jotka mahdollisesti ovat jääneet sääntelemättä aiemmassa kuluttajaoikeudessa tai jotka on kumottu puheena olevan direktiivin johdosta⁸⁹³.

Verkkokaupan osalta on katsottavissa, että jo lähtökohtaisesti erityisesti taloudellisiin olosuhteisiin liittymättömien seikkojen tietoinen hyödyntäminen vaatii yleensä jossain määrin perusteellisempaa kuluttajan olosuhteiden tuntemusta kuin, mitä tavanomaisessa verkkokaupassa voi elinkeinonharjoittajalta odottaa. Tämän arviointikriteerin merkitys lieneekin verkkokaupassa vähäinen. Käytännössä verkkokaupassa kyseeseen voisivat säännöksen pohjalta tulla lähinnä tilanteet, joissa kuluttaja nimenomaisesti tiedottaisi tällaisista olosuhteista elinkeinonharjoittajalle tai jossa kuluttajan valitsevat tuotteet yms. kielisivät säännöksessä tarkoitettusta kuluttajan ahdingosta. Elinkeinonharjoittajan tulisi puolestaan pyrkiä tämän tiedon pohjalta huomattavan aktiivisesti vaikuttamaan omaksi edukseen

⁸⁸⁹ Ks. esim. Virtanen 2010:100–101 ja Tews & Bokel 2009:49.

⁸⁹⁰ Ks. Howells ym. 2006:191.

⁸⁹¹ Ks. vastaavasti lähinnä Englannissa toimeenpantua säännöstä koskien Collins 2010:109. Tosin kaupallisen menettelyn laajan määritelmän vuoksi säännös koskee myös muunkinlaisia kaupallisia ratkaisuja liiketoimen eri vaiheissa.

⁸⁹² Ks. myös Howells ym. 2006:191 ja Verkade 2009:64.

⁸⁹³ Ks. Englannin osalta Collins 2010:109.

kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Esimerkiksi erilaisia terveystuotteita myyvissä verkkokaupoissa elinkeinonharjoittajalle saattaisi avautua tilaisuus hyödyntää kaupankäyntitapahtumassa saamiaan tietoja kuluttajalle suunnatussa markkinoinnissa. Raja tavanomaisen kaupallisen vaikuttamisen ja aggressiivisen kaupallisen menettelyn välillä on kuitenkin tällaisissa tilanteissa häilyvä.

6.2.3 Oikeuksien käytön vaikeuttaminen

Direktiivin yhdeksännen artiklan d-kohdan säännöksessä säädetään, kuten edellä on viitattu, että kaupallisen menettelyn aggressiivisuutta arvioitaessa tulee ottaa huomioon myös

”elinkeinonharjoittajan asettamat vaikeat ja kohtuuttomat sopimuksen ulkopuoliset esteet, kun kuluttaja haluaa käyttää sopimukseen sisältyviä oikeuksiaan, mukaan lukien oikeutta päättää sopimus tai vaihtaa tuotetta tai elinkeinonharjoittajaa;”⁸⁹⁴

Edellä siteeratussa säännöksessä tarkoitettujen esteiden tulee direktiivin suomenkielisessä versiossa käytetyn sanamuotonsa mukaan olla vaikeita ja kohtuuttomia⁸⁹⁵. Useissa direktiivin kieliversioissa, kuten esim. englannin-, saksan-, ranskan- ja ruotsinkielisissä versioissa ja -sanana sijaan on käytetty em. laatusanojen välillä tai -sanaa. On kuitenkin katsottavissa, että tai -sana ei vaikuttane ja -sanana sijaan käytettynä sellaisenaan huomattavasti artiklan käytännön soveltamiseen, sillä todennäköisesti esteiden tulee joka tapauksessa olla kumpaakin laatua (vaikeita ja kohtuuttomia), jotta kyseinen menettely voitaisiin katsoa aggressiiviseksi⁸⁹⁶.

Säännöksessä tarkoitetut vaikeat ja kohtuuttomat esteet riippuvat asiayhteydestä. Tämän määritelmän voisivat täyttää esimerkiksi monimutkaisten, aikaa ja rahaa vaativien viestintämenetelmien käyttämisen asettaminen edellytykseksi sille, että kuluttaja pystyisi käyttämään sopimukseen kuuluvia oikeuksia. Tällainen voisi olla kalliiden ja ruuhkaisten palvelunumeroiden tarjoaminen sopimuksen synty-

⁸⁹⁴ 2005/29/EY: 9 (d) Art.

⁸⁹⁵ 2005/29/EY: 9 (d) Art.

⁸⁹⁶ Howells ym. 2006:191. Suomessa säännös on toimeenpantu ilman viittausta esteiden luonteeseen. Kuluttajansuojalain (2:9 (4) §) mukaan menettelyn aggressiivisuutta arvioitaessa tulee ottaa huomioon: ”sopimukseen tai lakiin perustuvien kuluttajan oikeuksien käytön hankaloittaminen”. Kuluttajan kannalta tätä voi pitää suotavampana sanamuotona kuin direktiivissä käytettyä. Direktiiviin sanamuotoon nähden tällaista toimeenpanoa voinee kuitenkin pitää puutteellisenä.

misen jälkeiseksi yhteydenpitokeinoksi.⁸⁹⁷ Myös erilaisten uusien toimenpiteiden, kuten esim. lukuisten asiaankuulumattomien tai vaikeasti saatavilla olevien lisäasiakirjojen edellyttäminen tai asiakirjojen vaikeasti toteutettavassa muodossa edellytettävän toimittamisen, jotta kuluttaja voisi toteuttaa sopimukseen pohjautuvia oikeuksia, voisi katsoa täyttävän artiklan määritelmän⁸⁹⁸. Myös kuluttajan asiallisien sopimukseen sisältyvien oikeuksien käyttöön liittyvien pyyntöjen täysin huomioimatta jättämisen voinee katsoa kuuluvan säännöksen alaan⁸⁹⁹. Nimenomaisesti sopimusoikeuteen liittyvät säännöt on, kuten aiemmin on todettu, kuitenkin rajattu direktiivin ulkopuolelle⁹⁰⁰. Sopimusehtojen kohtuuttomuutta kuluttajakaupassa koskee sen sijaan direktiiviin 1993/13/ETY pohjautuva sääntely.

Kuten todettua, säännöksessä mainitaan esimerkkeinä sopimukseen kuuluvista oikeuksista myös tilanteet, joissa kuluttaja pyrkii vaihtamaan tuotetta tai toimittajaa⁹⁰¹. Tuotteen tai toimittajan vaihtaminen kesken sopimussuhteen saattaa tosin purkaa sopimuksen. Säännöksen kohteena lieneekin lähinnä elinkeinonharjoittajan suhtautuminen tällaiseen tilanteeseen⁹⁰². Joka tapauksessa säännöksen voi katsoa täten kattavan melko laajasti tulkittavissa olevat sopimukseen liittyvät oikeudet aina sen purkamiseen saakka. Kaikkiaan säännöksen voi katsoa ilmentävän direktiivissä huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksiin sisällytettyä velvoitetta noudattaa rehellistä kauppatapaa ja vilpittömän mielen periaatetta myös sopimuksen toimeenpanovaiheessa.⁹⁰³

6.2.4 *Uhkailu laittomilla toimilla*

Direktiivin yhdeksännen artiklan viimeisenä olevassa e-kohdassa säädetään huomioon otettavaksi seikaksi kaupallisen menettelyn aggressiivisuutta arvioitaessa elinkeinonharjoittajan ”uhkaus ryhtyä toimiin, jotka eivät ole laillisesti mahdolli-

⁸⁹⁷ Willett 2010:263. Tällaisen menettelyn voisi katsoa kuvastavan aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodoista sopimatonta vaikuttamista (HE 2008/32:27). Toisaalta sähköisen kaupankäynnin direktiivin pohjalta tietoverkossa toteutettavia taloudellisia toimintoja koskien elinkeinonharjoittajalta joka tapauksessa edellytetään nopean ja tehokkaan yhteydenoton mahdollistavien yhteystietojen, kuten sähköpostiosoitteen antamista (2000/31/EY:5 (1c) Art.).

⁸⁹⁸ Howells ym. 2006:191 ja Guerinoni 2010:131. Vastaavankaltaisesti myös direktiivin liitteessä I säädetään kaikissa tilanteissa sopimattomaksi kaupallinen menettely, jossa vakuutusyhtiö pyrkii estämään kuluttajan oikeuksiensa käyttämisen asettamalla em. kaltaisia kohtuuttomana pidettävissä olevia esteitä (2005/29/EY:liite I:kohta 27).

⁸⁹⁹ Guerinoni 2010:131.

⁹⁰⁰ 2005/29/EY: 3 (2) Art.

⁹⁰¹ 2005/29/EY:9 (d) Art.

⁹⁰² Howells ym. 2006:191.

⁹⁰³ Cendon 2010:275 ja ks. myös 2005/29/EY:2 (h) Art.

sia”. Tämän menettelyn voi katsoa sivuavan saman artiklan b -kohdassa arviointikriteerinä mainittua uhkaavaa kielenkäyttöä. Puheena olevan artiklan e-kohdan säännös koskee ensinnäkin luonnollisesti uhkailua tavanomaisesti laittomilla toimilla. Tämän lisäksi säännös koskee käytännössä sanamuotonsa pohjalta myös uhkailua ryhtymisestä toimenpiteisiin, jotka ovat mahdollisia vain sellaisten ehtojen vallitessa, jotka eivät kyseisessä tilanteessa ole toteutuneet. Määritelmän voisi täten täyttää esim. kuluttajan perusteeton uhkailu oikeustoimilla.⁹⁰⁴

Säännöksessä tarkoitettujen uhkailujen tulisi käytännössä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmän mukaisesti olla sellaisia, että ne olisivat omiaan merkittävästi heikentämään keskivertokuluttajan valinnanvapautta ja siten omiaan vaikuttamaan hänen kaupalliseen ratkaisuunsa⁹⁰⁵. Samankaltaisesti kuin artiklan b-kohdassa mainitun uhkaavan kielenkäytön osalta, verkkokaupassa tällainen kaupallinen menettely suoraan kuluttajaan kohdistettuna vaatii tuekseen elinkeinonharjoittajalle mahdollisuuden tehdä kuluttajalle epämieluisia ratkaisuja, jotta sillä voisi olla vaikutusta kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Täten tällaisen menettelyn vaikutusmahdollisuudet verkkokaupassa, jossa osapuolet eivät ole samanaikaisesti läsnä, rajoittunevat lähinnä sopimussuhteeseen liittyvään vaiheeseen, jossa pyritään hyödyntämään mainituin keinoin kuluttajan heikompaan asemaan. Verkkokaupassa määritelmän voisivat täten täyttää esim. uhkaus pidättäytyä peruutusosoikeuden myöntämisestä tai peruutusosoikeutta käyttäen palautetun tuotteen hinnan hyvittämisestä lainmukaisen määräajan kuluessa ilman laillista edellytystä.

Kaikkiaan tämän arviointikriteerin etuna voi pitää sitä, että se käytännössä osaltaan mahdollistaa puuttumisen muussa lainsäädännössä kiellettyihin menettelyihin ja niillä uhkailemiseen jo aikaisessa vaiheessa siitä riippumatta, onko menettelyä ylipäänsä ollut tarkoitus jatkaa uhkailua pidemmälle. Lisäksi tämän arviointikriteerin voi katsoa samalla korostavan direktiivissä huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimuksiin sisällytettyä elinkeinonharjoittajan velvollisuutta rehellisen markkinatavan ja vilpittömän mielen periaatteen noudattamiseen ja ylipäänsä kuluttajan päätöksentekoon vaikuttamiseen perusteettomilla uhkailuilla⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Esim. Guerinoni 2010:132–133.

⁹⁰⁵ 2005/29/EY:8 Art. ja ks. esim. Griffiths 2007:202 ja Willett 2010:264.

⁹⁰⁶ Ks. 2005/29/EY:2 (h) Art.

6.3 Yhteenveto

Direktiivissä 2005/29/EY mainitaan 5. artiklassa yhtenä sopimattomien kaupallisten menettelyjen muotona aggressiiviset kaupalliset menettelyt. Kyseisiä menettelyjä ei ole yhteisön tasolla aiemmin säännelty yleisesti. Aggressiiviset kaupalliset menettelyt on erillisenä käsitteenä uusi myös verrattuna harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin 1984/450/ETY.

Aggressiivisten kaupallisten menettelyjen piirteiksi määritellään direktiivin 2005/29/EY kahdeksannessa artiklassa keskivertokuluttajan valinnanvapauden tai käyttäytymisen merkittävä heikentäminen suhteessa tuotteeseen, jonka seurauksena kuluttaja ainakin todennäköisesti tekee kaupallisen ratkaisun, jota hän ei muuten olisi tehnyt. Aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodoista lähes ohimennen samassa artiklassa mainitaan häirintä, pakottaminen ja sopimaton vaikuttaminen. Direktiivin yhtenäisen soveltamisen kannalta voi pitää epäsuotuisana ratkaisuna sitä, että näistä ainoastaan sopimaton vaikuttaminen on määritelty direktiivissä tarkemmin. Direktiivin 2 (j) artiklan mukaan sen katsotaan liittyvän lähinnä valta-aseman käyttämiseen painostustarkoituksessa suhteessa kuluttajaan tämän perustellun kaupallisen ratkaisun tekoon vaikuttavalla tavalla. Hieman yleistäen kahdesta muusta artiklassa nimetystä aggressiivisen kaupallisen menettelyn muodosta häirinnän voi tulkita liittyvän lähinnä yksityiselämän loukkauksen kaltaisiin tilanteisiin kaupallisen menettelyn pohjalta sekä pakottamisen kattavan puolestaan loput aggressiiviset kaupalliset menettelyt.

Lisäksi sen määrittämiseksi, onko kaupallisessa menettelyssä kyse aggressiivisen kaupallisen menettelyn muodoista, direktiivin yhdeksännessä artiklassa on lueteltu esimerkinomaisesti tässä arvioinnissa erikseen huomioon otettavia seikkoja. Kyseisen luettelon yksityiskohtaisuus kasvaa alusta loppua kohden; ensimmäiset luettelossa listatuista arviointipiirteistä ovat melko yleisluontoisia, kuten tapahtumapaikka (9 (a) artiklassa) ja viimeiset yksityiskohtaisempia kuten elinkeinonharjoittajan asettamat vaikeat ja kohtuuttomat esteet sopimuksen sisältämien oikeuksien käytölle (9 (e) artiklassa). Kaikkiaan aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muotojen melko vähäinen määrittely on omiaan johtamaan siihen, että direktiivissä tarkoitettujen aggressiivisten kaupallisten menettelyjen käsitteiden rajoista muodostunee epämääräiset. Tästä seuraa, että näiden termien sisään mahtuu hyvin erilaisia kaupallisia menettelyjä ja kaupallisten menettelyjen yhtenäisestä luokittelusta aggressiivisten menettelyjen käsitteiden alle voi muodostua ongelmallista yhteisön alueella.

Aggressiivisia kaupallisia menettelyjä koskevan säännöksen toimeenpanossa on havaittavissa myös kansallisia eroavuuksia suhteessa direktiivin määritelmiin tut-

kimuksen kohteena olevista jäsenvaltioista Suomen ja Saksan osalta. Suomen osalta huomattavampina näistä voi pitää sitä, että aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmä on jäänyt vajaaksi, sillä Suomessa ei ole toimeenpantu direktiivissä edellytettyä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen vaikutusmekanismia kuluttajan valinnanvapauden heikentymisen kautta, vaan säännöksessä viitataan vain menettelyn vaikutukseen kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Lisäksi Suomessa on toimeenpantu aggressiivisten kaupallisten menettelyjen esimerkinomainen arviointipiirteiden luettelo sinänsä direktiivin mukaisessa järjestyksessä, mutta luettelossa listatut arviointiseikat on toimeenpantu lyhennyksessä muodossa. Tämä on omiaan aiheuttamaan kirjaimellisesti tulkittuna eräisiin kohtiin kuluttajan kannalta suotuisia merkityseroja direktiiviin nähden, sillä kyseisten arviointipiirteiden tulkinta-alaa rajoittavia kriteereitä on jäänyt puuttumaan lakitekstistä ja myös lainvalmisteluasiakirjasta. Saksassa puolestaan aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodoista lainsäädännössä on tulkittavissa nimetyin vain sopimaton vaikuttaminen ja pakottaminen. Häirintä sen sijaan on lainesitöiden mukaan johdettavissa sisältyvän direktiivin toimeenpanevaan säännökseen tulkitsamalla sitä direktiivin valossa. Myöskään yhdeksännen artiklan aggressiivisten kaupallisten menettelyjen arviointipiirteiden luettelosta voi katsoa toimeenpannun ainoastaan yhden (eli direktiivin 9 (c) artiklan mukaisen) kohdan. Muilta osin myös tätä säännöstä tulisi lain esitöiden mukaan tulkita direktiivin valossa. Kaikkiaan em. syistä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmän toimeenpanotapaa voi pitää myös Saksassa puutteellisenä.

Direktiivin liitteessä I esitettyjen aggressiivisten kaupallisten menettelyjen esimerkkien perusteella on pääteltävissä, että aggressiiviset kaupalliset menettelyt ovat melko laaja-alainen luokka. On kuitenkin kyseenalaista, missä määrin sopimattomien aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määrittelemisen tuo uutta verkkokaupan sääntelyyn. Liitteessä I listatuista aggressiivisista kaupallisista menettelyistä osa, eli negatiivinen sopimussidonta ja ei-toivottu sähköpostimainonta on jo entuudestaan kielletty verkkokaupan osalta. Lisäksi aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmän ja sitä täydentävän huomioon otettavien seikkojen luettelon perusteella on pääteltävissä, että monet aggressiivisena pidettävät kaupalliset menettelyt ovat sellaisia, että ne edellyttävät molempien osapuolten samanaikaista läsnäoloa. Tämä käy ilmi esimerkiksi aggressiivisen kaupallisen menettelyn määritelmässä käytetystä viittauksesta mahdolliseen fyysiseen voimankäyttöön menettelyn yhteydessä sekä arviointipiirteenä esitetystä kohdasta (artiklassa 9 (c)), jossa elinkeinonharjoittajalta edellytetään huomattavaa tietoisuutta kuluttajan olosuhteista. Tosin kuluttajan olosuhteista voi päästä perille myös muuten kuin fyysisen kohtaamisen kautta. Joka tapauksessa epäsuoran verkkokaupan osalta tämä osapuolten samanaikaista läsnäoloa koskeva edellytys ei tutkimuksessa käytettävän epäsuoran verkkokaupan määritelmän mukaisesti

toteudu, joten tämä rajoittaa edelleen säännöksen soveltamisalaa tässä tutkimuksessa käsiteltävän verkkokaupan osalta. Tietoverkossa, kuten sen ulkopuolellakin, aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määrittelemistä vaikeuttaa myös se, että kyseisten menettelyjen tulisi määritelmänsä mukaisesti merkittävästi rajoittaa keskivertokuluttajan valinnanvapautta ja siten olla omiaan johtamaan erilaiseen kaupalliseen ratkaisuun. Merkitystä on luonnollisesti sillä, miten suurta valinnanvapauden rajoittamista säännöksessä käytetyllä merkittävää rajoittamista koskevalla termillä tarkoitetaan. Esimerkiksi direktiivin liitteessä I esitetystä yksittäisten aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmästä on pääteltävissä, että tämä valinnanvapauden rajoittuminen voidaan tulkita melko laajasti⁹⁰⁷. Artiklan määritelmässä käytetystä sanamuodosta, jossa viitataan valinnanvapauden merkittävään (mutta ei täydelliseen) rajoittumiseen ja myös direktiivin liitteen I pohjalta on katsottavissa, että tällaisissa kaupallisissa menettelyissä kuluttajille voi jäädä jossain määrin valinnanvapautta. Toisaalta tämä huomioon ottaen kirjallisuudessa on esitetty hieman kyseenalaisesti, että kaikissa sopimattomissa menettelyissä ei olisi niinkään kyse valinnanvapauden rajoittumisesta vaan pelkästään menettelyn häiritsevyydestä tai rasittavuudesta tai ylipäänsä epätoivottavuudesta⁹⁰⁸. Kaikkiaan tämä tulkinnanvarainen valinnanvapauden rajoittamisen ehto osana aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmää on kuitenkin edelleen omiaan johtamaan erilaisiin kansallisiin tulkintoihin⁹⁰⁹.

Verkkokaupassa sopimattomat aggressiiviset kaupalliset menettelyt määrittelevän säännöksen merkityksenä lienee ensinnäkin se, että se tarjoaa mahdollisuuden puuttua räikeimpiin häiritseviin aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muotoihin, jotka eivät sinänsä sisällä harhaanjohtavaa mainontaa tai mainitsematta jättämisää. Tällaisiin menettelyihin voisi katsoa kuuluvan esimerkiksi artiklassa mainittuihin häirinnän muotoihin mahdollisesti kuuluvat mainontamenettelyt, joissa käytetään runsaassa mitassa ponnahdusikkunoita tai pyritään estämään käyttäjää poistumasta verkkokaupan Internetsivustolta. Sopimattoman vaikuttamisen osalta säännös puolestaan mahdollistaa myös puuttumisen erilaisiin valta-aseman väärinkäyttämisiin kaupallisiin tarkoituksiin. Verkkokaupassa tämä saattanee mahdollistaa puuttumisen esimerkiksi räikeimpiin viraalimarkkinoinnin muotoihin, jotka voivat sivuta myös piilomainontaa. Pakottamisen osalta puolestaan säännöksen pohjalta lienee mahdollista puuttua verkkokaupassa myös erilai-

⁹⁰⁷ Liitteessä I säädetään aggressiiviseksi kaupalliseksi menettelyksi esimerkiksi suoraan lapsille mainonnassa kohdistetut ostoehotukset (kohta 28), vetoaminen kuluttajan omaantuntoon (kohta 30) ja perättömän vaikutelman luominen palkinnon voittamisesta (kohta 31).

⁹⁰⁸ Ks. Howells ym. 2009:76–77.

⁹⁰⁹ Samankaltaisesti Collins 2010:110.

siin kuluttajan painostusmenetelmiin, kuten perusteettomaan uhkailuun, joilla pyritään vaikuttamaan kuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen.

7 AINA SOPIMATTOMAT KAUPALLISET MENETTELYT

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin 5. (5) artiklan mukaan tietyt kaupalliset menettelyt ovat kaikissa tilanteissa sopimattomia. Näiden menettelyiden määrittelyn osalta em. artiklassa viitataan direktiivin liitteeseen I, jossa on luetteloitu erikseen ja osin melko yksityiskohtaisesti 31 tällaista kaikissa tilanteissa sopimatonta kaupallista menettelyä⁹¹⁰. Näiden sopimattomana kiellettyjen kaupallisten menettelyjen kokonaisuutta kutsutaan myös ns. ”mustaksi listaksi”⁹¹¹. Tällaisen melko yksityiskohtaisen sääntelyn taustalla on oletus, että kyseiset kaupalliset menettelyt ovat luonteeltaan niin sopimattomia, että niiden käyttö tulee olla yhteisön alueella kaikissa tilanteissa sopimatonta, siitä riippumatta onko niillä oletettavaa vaikutusta kuluttajien kaupallisiin ratkaisuihin⁹¹². Tällainen yksityiskohtainen sopimattomien kaupallisten menettelyjen luettelointi säännöksessä pohjautuu Sveitsin, Espanjan ja Saksan lainsäädäntömenetelmiin⁹¹³. Tätä sääntelymenetelmää on pidetty hyödyllisenä erityisesti niiden jäsenvaltioiden kannalta, joissa ei ole aiempaa kokemusta laajojen yleislausekkeiden käytöstä kaupallisten menettelyiden sääntelyssä⁹¹⁴. Yhteisön tasolla vastaavankaltaista yksityiskohtaista sääntelyä on kuluttajakauppaa koskevissa direktiiveissä sovellettu aiemmin myös kuluttajasopimusten kohtuuttomia ehtoja koskevassa direktiivissä vuodelta 1993. Kyseisessä direktiivissä on lueteltu kohtuuttomina pidettävissä olevia vakiosopimusehtoja, tosin ohjeellisesti ja ei-tyhjentävästi, eräänlaisena ns. ”harmaana listana”⁹¹⁵. Eräät kirjoittajat ovat katsoneet, että yhteisön tasolla tällainen yksityiskohtainen sääntely on tyyppillistä paternalistisina pidettävissä oleville kuluttajansuojadirektiiveille⁹¹⁶. Kuluttajien ja myös elinkeinonharjoittajien oikeusvarmuuden ja toisaalta sääntelyn yhtenäisyyden kannalta kuitenkin pitkää ja osin yksityiskohtaisesti kiellettyjä menettelyjä luetteloivaa sääntelyä voi kuitenkin pitää hyödyllisenä⁹¹⁷. Myös EU:n ulkopuolella vastaavanlainen yksityiskohtainen sääntelymene-

⁹¹⁰ 2005/29/EY:5 (5) Art. ja liite I.

⁹¹¹ Kom 2003/356 lopullinen: kohta 30 ja yleisesti SEC (2009) 1666.

⁹¹² Esim. Svensson ym. 2010:128. Tämä voi toisaalta olla omiaan luomaan sellaisen (virheellisen) käsityksen, että kaupalliset menettelyt, joita ei ole listalla, olisivat automaattisesti sallittuja (Micklitz 2008:111).

⁹¹³ Collins 2010:96.

⁹¹⁴ Micklitz 2008:110.

⁹¹⁵ 1993/13/ETY:Liite. Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin lainsäädäntötekniikasta tämä eroaa siinä, että viimeksi mainitun direktiivin luettelo on luonteeltaan tyhjentävä ja ehdoton.

⁹¹⁶ Ks. esim. Stuyck ym. 2006:144.

⁹¹⁷ SEC (2009) 1666:53, Stuyck ym. 2006:131, Micklitz 2008:89, Tews & Bokel 2009:221, Guerini 2010:123 ja Nehf 2010:111. Sääntelyn oikeusvarmuutta edistävinä piirteinä pidetään yleensä mm. sääntelyn yksityiskohtaisuutta (ks. Peczenik 1995:11 sekä Nuotio 1999:937).

telmä on yleinen esim. Yhdysvaltojen osavaltioiden lainsäädännössä⁹¹⁸. Sen sijaan tällainen sääntelymenetelmä on uusi kaupallisten menettelyjen sääntelyn osalta monessa yhteisön jäsenvaltiossa. Näin on mm. Suomessa, jossa tällaisten yksittäisten kysymysten sääntely on perustunut suurelta osin markkinaoikeuden suorittamaan kuluttajansuojalain yleislausekkeiden tulkintaan.⁹¹⁹

Direktiivin liite I pohjautuu useiden eri jäsenvaltioiden kokemuksiin erilaisista sopimattomista kaupallisista menettelyistä. Tästä syystä sen rakennetta on mahdollista pitää epäyhtenäisenä ja vailla järjestystä olevana.⁹²⁰ Tämä vaikeuttaa liitteen I sopimattomien kaupallisten menettelyjen luettelon arvioimista yleisellä tasolla. Toisaalta se, että tällainen sopimattomien kaupallisten menettelyjen luettelo ylipäänsä pystyttiin luomaan, on sinänsä merkittävä saavutus ottaen huomioon jäsenvaltioiden keskinäisen erilaisuuden⁹²¹. Joka tapauksessa liitteen I luettelon tarkoituksena on tarjota jäsenvaltiosta toiseen samanlainen sopimattomina kiellettävien kaupallisten menettelyjen lista. Täten luettelossa listattuja sopimattomina pidettäviä kaupallisia menettelyjä tulisi tarkastella yksittäin irrallaan kansallisista juuristaan, kuten yleensäkin EU-oikeutta, vaikkakin usean liitteessä I listatun sopimattoman kaupallisen menettelyn tulkinnassa kansallisen taustan tietäminen olisi hyödyllistä. Toisaalta näiden liitteessä I listattujen kaupallisten menettelyjen voi katsoa erityissäännöksenä konkretisoivan direktiivin artiklojen sisältöä. Täten liitteen I säännöksiä ei tule tulkita irrallaan direktiivin muista säännöksistä. Luettelossa määriteltyjä sopimattomia kaupallisia menettelyjä tulisi pikemminkin käytännössä tarkastella lähinnä direktiivin taustaa vasten.⁹²² Toisaalta tulkintaa monimutkaistaa se, että osan liitteen I kaupallisista menettelyistä voi katsoa myös tarkoituksellisesti menevän pidemmälle kuin direktiivin yleislausek-

Sääntelyn yksityiskohtaisuuden katsotaan usein liittyvän myös sääntelyn voimakkuuteen (Neuvonen 2006:406).

⁹¹⁸ Nehf 2010:112.

⁹¹⁹ Ks. esim. Majuri 2003:16.

⁹²⁰ Ks. Howells ym. 2006:160 ja esim. Kolmsee 2008:65. Tätä listaa on myös kirjallisuudessa arvioitu sekalaiseksi kokoonpanoksi mm. koska siinä ei ole käsitelty erikseen kaikkia direktiivin mukaisia sopimattomien kaupallisten menettelyjen lajeja ja koska siitä puuttuu tyystin direktiivin viidennen artiklan mukainen yleisten sopimattomien kaupallisten menettelyiden kategoria. (Ks. myös esim. Howells ym. 2006:22 sekä 121–122 ja Bakardjieva Engelbrekt 2007:84). Luokittelua on kirjallisuudessa kritisoitu epäjohdonmukaiseksi myös siksi, että eräitä kaupallisia menettelyitä on katsottu sijoitetun väärin otsikoiden alle (ks. Howells ym. 2006:160 ja Howells 2007:107). Esimerkiksi Englannissa ja Saksassa (toisin kuin Suomessa) direktiiviä toimeenpantaessa onkin luovuttu tästä otsikoinnista (ks. SI 2008: Schedule 1 ja UWG: Anhang (zu § 3 Abs. 3)).

⁹²¹ Collins 2010:96. Kirjallisuudessa on myös esitetty, että kyseiset kaupalliset menettelyt olisi tullut olla jo aiemmin kiellettyjä yhteisön tasolla (ks. Svantesson & Clarke 2010:32).

⁹²² Howells ym. 2006:160–161 ja ks. myös Büllsbach 2008:37.

keet⁹²³. Kirjallisuudessa on mm. kritisoitu sitä, että kaikkiin liitteen I kaupallisiin menettelyihin sisältyvä kuluttajakuva ei ole yhdenmukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tulkinnan mukaisen huolellisen keskivertokuluttajakäsitteen kanssa⁹²⁴.

Direktiivin liite I on luonteeltaan melko ehdoton, sillä siinä lueteltuja kaupallisia menettelyitä pidetään direktiivissä suoraan sopimattomina ilman, että ne tarvitsisivat enää erillistä artikloihin 5–9 pohjautuvaa tapauskohtaista arviointia⁹²⁵. Direktiivin pohjalta tapahtuva kaupallisten menettelyjen arviointi tuleeekin, kuten edellä on todettu, lähtee liitteestä I käsin⁹²⁶. Tällöin mikäli elinkeinonharjoittaja katsotaan tapauksen yksityiskohtien perusteella harjoittavan jotain kyseisistä liitteeseen I kirjatusta kaupallisista menettelyistä, ei menettelyn sopimattomuuden arvioimiseksi tarvitse enää erikseen arvioida sen vaikutuksia keskivertokuluttajiin⁹²⁷. Toisaalta kirjallisuudessa on herättänyt ihmetystä luettelon ehdottomuus ilman lieventäviä seikkoja⁹²⁸. Kritiikkiä on aiheuttanut edellä mainittuun liittyen mm. se, että useita liitteessä I lueteltuja kaupallisia menettelyjä voi pitää luonteeltaan sellaisina, että niiden vaikutusta keskivertokuluttajien kaupallisiin ratkaisuihin voi pitää vähäisinä tai lähes olemattomina⁹²⁹. Toisaalta tämä ehdottomuus on kuitenkin omiaan mahdollistamaan sen, että sääntelyn piiriin voi tulla myös sellaisia kaupallisia menettelyitä, jotka muuten välttäisivät direktiivin laajan ja suppeiden yleislausekkeiden seulat⁹³⁰. Esimerkiksi monet liitteessä I listatut kaupalliset menettelyt saattavat helpommin vedota juuri direktiivin 5 (3) artiklassa esiintuotuihin vaikutukselle alttiisiin ns. suojaa tarvitseviin ryhmiin. Liitteen I luettelon voi katsoa hyödylliseksi etenkin kyseisten ryhmien suojan parantamisen kannalta.

⁹²³ Collins 2010:110 ja 117.

⁹²⁴ Ks. Kolmsee 2008:65–66. Täten on epäilty, lähinnä direktiiviä viidennestä artiklasta lähtien luettaessa, että voiko kaikkia liitteessä I lueteltuja kaupallisia menettelyjä pitää direktiivin merkityksessä sopimattomina (Kolmsee 2008:65–66). Toisaalta tällainen laajan yleislausekkeen suurta painoarvoa korostava tulkinta ei ole vakiintuneen näkemyksen mukainen (ks. tarkemmin tämän tutkimuksen luvusta 2).

⁹²⁵ 2005/29/EY:johdanto 17 ja SEC (2009) 1666:53.

⁹²⁶ Ks. tämän tutkimuksen luku 2. Ks. myös esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tulkinta direktiivin soveltamisesta esim. yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007 sekä komission asiaa koskeva näkemys direktiivin soveltamista koskevasta ohjeistuksesta SEC (2009) 1666:53 ja Annex I.

⁹²⁷ SEC (2009) 1666:53. On huomattava, että tapauksen ja liitteen I yksityiskohtien vastaavuuden osalta ei kuitenkaan ole tässä suhteessa juurikaan liikkumavaraa (Wieczorek-Schwarz 2010:95).

⁹²⁸ Esim. Twigg-Flesner ym. 2005:48 ja Stuyck ym. 2006:130–131.

⁹²⁹ Stuyck ym. 2006:131 ja 149 ja Keirsbilck 2009 b:84 sekä samansuuntaisesti esim. Wieczorek-Schwarz 2010:95.

⁹³⁰ Anagnostaras 2010:162–163.

Direktiivin liitteen I merkitystä kaupallisten menettelyjen sääntelyssä korostaa edelleen se, että jäsenvaltiot eivät voi yksipuolisesti suoraan kieltää, kuten myös yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut, ilman direktiivissä olevaa poikkeusperustetta, muunlaisia direktiivin alaan kuuluvia kaupallisia menettelyitä⁹³¹. Liitteessä I luetellut kaupalliset menettelyt jäsenvaltioiden tulee sen sijaan kieltää sellaiseenaan⁹³². Liitteessä I on täten kyse ikään kuin sitovista Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisusta⁹³³. Liitteen I merkitys sääntelyn yhtenäistymiseen lieneekin täten huomattavampi kuin (vielä) tulkinnanvaraisempien yleislausekkeiden⁹³⁴. Liitteen I asemaa korostaa myös sen jäykkyys muutoksille; sen täydentäminen tai muuttaminen on mahdollista vain muuttamalla koko direktiiviä⁹³⁵. Tällä tavoin on käytännössä pyritty suurempaan oikeusvarmuuteen, koska liitettä ei voi muuttaa toisella direktiivillä⁹³⁶. Vastaavasti täten on myös katsottavissa, että liitteen I sisältöä ei tule laajentaa myöskään oikeudellisella tulkinnalla sen yli, mikä on välttämätöntä liitteen soveltamiseksi⁹³⁷. Liitteen I jäykkyyttä muutoksille on myös kritisoitu kirjallisuudessa, koska jäsenvaltioilta on täten katsottu viedyn pois mahdollisuus puuttua yksipuolisesti muunlaisiin sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin lainsäädännön avulla⁹³⁸. Tähän liittyen kritiikkiä on aiheuttanut myös se, että liitteen I sopimattomien kaupallisten menettelyjen luettelo on direktiivin johdannossa määritelty ”täydelliseksi”. Tätä on, ehkä hieman kärjistetysti, pidetty harhaanjohtavana erilaisten lukuisten muiden vastenmielisten kaupallisten menettelyiden valossa.⁹³⁹ Lisäksi, kuten jäljempänä todetaan, osa liitteen I eri kohtien käsitteistä ja arviointiperusteista ovat tulkinnanvaraisia. Liitteen I luettelon jäykkyys muutoksille ei kuitenkaan käytännössä estä tuomioistuimia laajentavasti tulkitsemaasta ja soveltamasta listan kieltoja tuottaessaan laajempaa sisältöä näille usein yleisluontoisille kielloille kansallisissa oikeusjärjestyksissä ilmenevien tapauksien valossa⁹⁴⁰. Tulkinnanvaraisuus yhdistettynä kaikissa olosuhteissa sopimattomiksi määriteltyihin kaupallisiin menettelyihin voi aiheuttaa käytännön

⁹³¹ 2005/29/EY:johdanto 17 sekä esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007.

⁹³² 2005/29/EY:5 (5) Art. ja Liite I sekä esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007.

⁹³³ Collins 2010:110.

⁹³⁴ Collins 2010:118.

⁹³⁵ 2005/29/EY:5 (5) Art. ja johdanto 17 ja ks. myös Micklitz 2008:112.

⁹³⁶ 2005/29/EY:johdanto 17 ja Schuhmacher 2007:130 sekä ks. myös Kolmsee 2008:64 sekä Collins 2010:111.

⁹³⁷ Ks. myös esim. marknadsdomstolen (2009:33:8).

⁹³⁸ Howells & Twigg-Flesner 2005:172 ja ks. myös Stuyck ym. 2006:147.

⁹³⁹ Ks. 2005/29/EY:johdanto 17 ja Howells ym. 2006:159. Vrt. Collins 2010:96–97.

⁹⁴⁰ Coteanu 2005:187–188 ja ks. myös Wiczorek-Schwarz 2010:95.

soveltamisongelmia⁹⁴¹. Tämä on omiaan johtamaan siihen, että direktiivin pohjalta annettujen käsitteiden merkitykset eriytyvät eri jäsenvaltioissa.

Direktiivin liitteen I luonteen vuoksi olisi tärkeää, että liite olisi selkeästi toimeenpantu jäsenvaltioiden lainsäädännössä⁹⁴². Tutkimuksen kohteena olevista jäsenvaltioista Englannissa ja Saksassa liitteeseen I on viitattu, kuten direktiivissäkin, sopimattomat kaupalliset menettelyt määrittelevässä artiklassa ja liite on toimeenpantu osana direktiivin toimeenpanevaa säännöstä⁹⁴³. Sen sijaan Suomessa liitteen I toimeenpanomekanismia ei voi pitää selkeänä, sillä erillisellä asetuksella toimeenpantua liitettä ei ole kytketty kuluttajansuojalaissa, jolla direktiivi on toimeenpantu, sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin. Itse asiassa kyseisessä laissa ei ole sopimattomien kaupallisten menettelyjen yhteydessä lainkaan viitasta liitteessä I luetteloituihin kaupallisiin menettelyihin. Liitteen I kytkeminen sopimattomien kaupallisten menettelyjen järjestelmään on Suomessa jätetty pelkästään lainvalmisteluasiakirjan varaan⁹⁴⁴. Täten tiedon näiden kaupallisten menettelyiden sopimattomuuden luonteesta kuluttaja joutuu lakiin perehtymisen sijaan selvittämään lainvalmisteluasiakirjasta, asianomaisesta direktiivistä tai muista lähteistä, sillä myöskään liitteen I toimeenpanevasta asetuksesta ei käy suoraan ilmi liitteessä lueteltujen kaupallisten menettelyjen kiellon ehdoton luonne⁹⁴⁵.

Suurin osa liitteessä I luetelluista kaupallisista menettelyistä, jotka ovat pääosin keskenään heterogeenisiä, on toisaalta kielletty useimmissa jäsenvaltioissa jo en-tuudestaan⁹⁴⁶. Tärkeää olisi erityisesti, että liite I olisi kuitenkin toimeenpantu samankaltaisena eri jäsenvaltioissa. Kansallisissa laeissa yhtenäisesti toimeenpan-tuna se hyödyttäisi myös jäsenvaltioiden toimijoita parhaiten, kuten Euroopan parlamentti on katsonut⁹⁴⁷. Tutkimuksen kohteena olevissa jäsenvaltioissa näiltä osin erityisesti Suomessa ja Saksassa ei ole kuitenkaan toimeenpanossa pitäydytty täysin liitteen I mukaisessa järjestyksessä⁹⁴⁸. Lisäksi em. jäsenvaltioissa toimeen-

⁹⁴¹ Stuyck ym. 2006:131 ja 148.

⁹⁴² Ks. Stuyck ym. 2006:135 ja Kolmsee 2008:66.

⁹⁴³ Englannin osalta 2008 No. 1277: Regulation 3 (4)(d) ja Schedule 1 sekä Saksan osalta § 3 (3) UWG ja Anhang (zu § 3 Abs. 3)).

⁹⁴⁴ Ks. KSL 2:3 §, valtioneuvoston asetus 601/2008 ja HE 32/2008. Kuluttajansuojalaissa on maininta vain siitä, että liite I voidaan toimeenpanna valtioneuvoston asetuksella (ks. KSL 2:15 §).

⁹⁴⁵ Ks. valtioneuvoston asetus 601/2008.

⁹⁴⁶ Ks. myös Stuyck ym. 2006:130 ja esim. Saksan osalta Tews & Bokel 2009:45–46.

⁹⁴⁷ Euroopan parlamentti 2009:8.

⁹⁴⁸ Esimerkiksi Saksassa on direktiiviä toimeenpantaessa yhdeltä osin muutettu direktiivin toimeenpanevassa säännöksessä liitteen järjestystä (siirtämällä liitteen I menettely numero 31 Saksassa toimeenpannun liitteen kohtaan numero 17) siksi, että sitä pidettiin epäsystemaattisena (ks. Gesetzentwurf 16/10145:40–41). Tosin voi pitää kyseenalaisena, vaikuttaako näin pieni muutos vielä liitteen systemaattisuuteen. Suomessa toimeenpantuna puolestaan liitteen I

pantuna liitteen keskenään erilaiseen numerointiin vaikuttaa se, että liitteen I sisältöä on jaettu eri lakeihin, jolloin kaikkia menettelyjä ei ole toimeenpantu liitteen yhteydessä⁹⁴⁹.

Liitteessä I sopimattomia kaupallisia menettelyjä luetellaan erikseen kahden otsikon alla: harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt ja aggressiiviset kaupalliset menettelyt. Liitteessä luetelluista menettelyistä suurin osa on sijoitettu ensiksi mainitun otsikon alle. Useisiin liitteessä I lueteltuihin sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin on tutkimuksessa jo ohimennen viitattu hyödyntäen kyseisen otsikoinnin mukaista kaupallisten menettelyjen luokittelua. Liitteen menettelyt on tarkoitettu, kuten edellä on todettu, lähinnä erikoistapauksiksi otsikkojensa sääntelemiltä alueilta⁹⁵⁰. Seuraavaksi käsitellään hieman tarkemmin näitä liitteessä I sopimattomiksi määriteltyjä kaupallisia menettelyjä osittain direktiivissä noudatetun luokittelun mukaisesti.

7.1 Harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt

Ensimmäiset 23 direktiivin 2005/29/EY liitteessä I lueteltua sopimatonta kaupallista menettelyä on luokiteltu otsikkonsa pohjalta harhaanjohtaviksi kaupallisiksi menettelyiksi⁹⁵¹. Ne koskevat yksittäisiä ja ilmeisesti erityisen paheksuttavana pidettyjä kaupallisia menettelyitä. Informaation avoimuuden merkitys käy korostuneesti esille näissä kaupallisissa menettelyissä, joista useat liittyvät paikkansa pitämättömiin lausuntoihin tai vihjailuihin myynninedistämisen yhteydessä. Nämä liitteessä I harhaanjohtaviksi otsikoidut kaupalliset menettelyt ovat kuitenkin keskenään hyvin heterogeenisiä ja epäyhtenäisesti lueteltu vailla sisäistä aihekohtaista järjestystä⁹⁵².

Tässä luvussa perehdytään lyhyesti liitteessä I harhaanjohtavina lueteltuihin kaupallisiin menettelyihin. Nämä liitteen I em. kaupalliset menettelyt olisi selvyuden parantamiseksi mahdollista niputtaa edelleen erilaisiin pienempiin luokkiin. Osa

menettelyjä on yhdistetty (kohdat 3 ja 4) ja osin järjestystä on muutettu (siirtämällä liitteen I menettely numero 2 Suomessa toimeenpantuna kohtaan numero 3 ja liitteen I menettelyt numero 3 ja 4 kohtaan 2) (ks. valtioneuvoston asetus 601/2008).

⁹⁴⁹ Euroopan parlamentti on kritisoinut juuri kyseisenlaista liitteen I toimeenpanoa, jossa liitteen I sisältöä on jaettu eri lakeihin (ks. Euroopan parlamentti 2009:8).

⁹⁵⁰ Ks. myös Svensson ym. 2010:161.

⁹⁵¹ 2005/29/EY:liite I. Kuten edellä on jo todettu, esimerkiksi Englannissa ja Saksassa (toisin kuin Suomessa) direktiiviä toimeenpantaessa on luovuttu tästä otsikoinnista (ks. SI 2008: Schedule 1 ja UWG: Anhang (zu § 3 Abs. 3)).

⁹⁵² Ks. myös Howells ym. 2006:160 ja esim. Kolmsee 2008:65.

puheena olevan otsikon mukaisista kaupallisista menettelyistä on mahdollista katsoa koostuvan esimerkiksi paikkansa pitämättömistä lausunnoista⁹⁵³ ja osa sopimattomista markkinointimenetelmistä⁹⁵⁴. Tällaisen luokittelun raja on kuitenkin häilyvä ja tulkinnanvarainen. Lisäksi, kuten edellä on todettu, liitteessä I nämä kaupalliset menettelyt eivät ole järjestyksessä vaan hajallaan useassa eri kohdassa. Samankaltaisia sopimattomia kaupallisia menettelyjä on listattuna myös samassa liitteessä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen otsikon alla. Liitteessä I listattujen harhaanjohtavaksi otsikoitujen kaupallisten menettelyjen lukumäärän ja heterogeenisyyden vuoksi useat muunlaiset jaottelut ovat luonnollisesti mahdollisia. Liitteessä I lueteltujen kaupallisten menettelyjen sekalaisuus ja epäyhtenäisyys heijastunevat joka tapauksessa jossain määrin niitä koskeviin kattaviin esityksiin käytetyistä luokitteluista huolimatta. Tässä esityksessä pyritään liitteen ja myös esityksen sisällön systematisoimiseksi löysästi noudattamaan em. jaottelua pyrkien luokittelemaan samankaltaiset sopimattomat kaupalliset menettelyt saman otsikon alle riippumatta siitä, miten ne sijoittuvat liitteeseen I hyödyntäen kuitenkin samalla jossain määrin liitteen mukaista järjestystä. Samalla myös paikoin ylitetään liitteen I mukainen jako harhaanjohtaviin ja aggressiivisiin kaupallisiin menettelyihin.

7.1.1 *Sopimattomat perättömät lausunnot*

7.1.1.1 *Käytännesäännöt ja hyväksyntä*

Direktiivin 2005/29/EY liitteessä I järjestyksessä ensimmäisenä ja kolmantena listatut sopimattomat kaupalliset menettelyt liittyvät perättömiin väitteisiin käytännesääntöjen⁹⁵⁵ allekirjoittamisesta (kohta 1) ja käytännesääntöjen ulkopuoliseen julkisen tai muun tahon hyväksyntään (kohta 3)⁹⁵⁶. Tällaisten em. asioita

⁹⁵³ 2005/29/EY-liite I kohdat 1–4, 7,9–10, 12 ja 15–18, 21 ja 23.

⁹⁵⁴ 2005/29/EY-liite I kohdat 5–6, 8, 11, 13–14, 19–20 ja 22.

⁹⁵⁵ Direktiivissä käytännesäännöillä tarkoitetaan mm. sopimusta tai jäsenvaltioiden lainsäädännöstä, asetuksista ja määräyksistä riippumatonta sitä noudattamaan sitoutuvien elinkeinonharjoittajien käyttäytymisen määrittelevää sääntöä yhden tai useamman liiketoimen osalle (2005/29/EY: 2 (f) Art. ja ks. käytännesäännöistä myös yleisesti Schulze & Schulte-Nölke 2003:21, 23 ja 40–41 sekä ks. myös tämän tutkimuksen luku 4.2.2). Täten määritelmän tarkoituksena lienee, että sen ulkopuolelle jäävät pääasiassa esim. muut kuin yksityisten tahojen keskenään sopimat säännöt, vaikkakaan kovin tiukkarajaista määritelmää ei tässä suhteessa liene tarkoitettu noudatettavan (ks. tarkemmin Howells ym. 2006:204–205).

⁹⁵⁶ 2005/29/EY-liite I kohdat 1 ja 3. Liitteen kolmannen kohdan säännöksessä mainituilla muilla tahoilla tarkoitettaneen puolestaan muita vastaavanlaisia luotettavana pidettäviä tahoja kuin ensin mainitut julkiset tahot. Tällaisia voivat olla esim. kauppakamari, kuluttajaviranomaiset yms. (Büllesbach 2008:52–53).

koskevien perättömien tietojen antamisen tarkoituksena voi katsoa olevan esim. elinkeinonharjoittajan pyrkimys luottamuksen lisäämiseen harhaanjohtamalla kuluttajaa uskomaan, että hän on allekirjoittamalla sitoutunut ulkopuolisen tahon hyväksymien käytännesääntöjen noudattamiseen ja sitä koskevaan valvontaan sekä mahdollisiin sanktioihin⁹⁵⁷.

Edellä mainituissa säännöksissä tarkoitettujen tiedonantojen ei tarvinne noudattaa tiettyä muotoa⁹⁵⁸. Täten verkkokaupassa em. direktiivin liitteessä I sopimattomiksi määriteltyjen kaupallisten menettelyjen voi katsoa koskevan esimerkiksi verkkokaupan kotisivuille sijoitettuja käytännesääntöjä kuvaavia tunnuksia tai logoja, jotka viittaavat perusteettomasti kyseisten sääntöjen noudattamiseen⁹⁵⁹. Puheena olevien liitteen I säännöksiin yhdessä direktiivin artiklan 6 (2b) säännöksiin (jotka koskevat käytännesääntöjen noudattamatta jättämiseen liittyvää harhaanjohtamista)⁹⁶⁰ kanssa voi katsoa tukevan ja täydentävän mahdollisuuksia käytännesääntöjen hyödyntämiseen yhtenä kaupallisten menettelyjen sääntelymuotona erityisesti niissä jäsenvaltioissa, joissa niillä on tähänkin asti ollut huomattavaa merkitystä⁹⁶¹. Verkkokaupan osalta erityisesti liitteen I ensimmäisen säännöksen voi katsoa tukevan myös sähköisen kaupankäynnin direktiivissä elinkeinonharjoittajalle asetettua velvollisuutta ilmoittaa noudattamansa käytännesäännöt⁹⁶². Yleisesti sanottujen säännöksiin tavoitteena voi katsoa olevan käytännesääntöjen noudattamiseen ja hyväksymiseen liittyvän kuluttajan luottamuksen suojaaminen.

Direktiivin liitteessä I järjestyksessä toisena ja neljäntenä luetellut sopimattomaksi säädetty kaupalliset menettelyt koskevat eräänlaista akkreditointiin liittyvien tietojen vääristelyä ja luvaton käyttöä. Liitteen I toisessa kohdassa säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi: ”luotettavuus- tai laatumerkinnän tai vastaavan esittäminen ilman tarvittavaa lupaa”⁹⁶³. Neljännessä kohdassa puolestaan säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi perätön väite, jonka mukaan: ”[...] julkinen tai yksityinen elin on hyväksynyt tai sallinut elinkeinonhar-

⁹⁵⁷ Büllesbach 2008:39–40 ja 50–51.

⁹⁵⁸ Esim. Boesche 2009:363. Esimerkiksi liitteen I kohdassa 1 viitataan pelkästään perättömiin väitteisiin käytännesääntöjen allekirjoittamisesta. Todennäköisesti tämän voinee katsoa merkitsevän yleistä käytännesääntöjen noudattamiseen sitoutumista käytetyistä termeistä ja menettelytavoista riippumatta (ks. myös Büllesbach 2008:52–53 ja Tews & Bokel 2009:222). Myös liitteen I kohdassa 3 viitataan ilmoittamistapana perättömään väitteeseen.

⁹⁵⁹ Ks. myös SEC (2009) 1666:42.

⁹⁶⁰ Ks. 2005/9/EY:6 (2 b) Art. ja ks. myös lisää tämän tutkimuksen luvusta 4.2.2.

⁹⁶¹ Vastaavasti myös Büllesbach 2008:51–52 ja samansuuntaisesti Tews & Bokel 2009:222. Käytännesääntöjä on perinteisesti hyödynnetty esim. Englannissa, jossa OFT on hyväksynyt EA -lain nojalla erilaisia käytännesääntöjä (Büllesbach 2008:52 ja ks. EA: Sec. 8).

⁹⁶² Ks. 2000/31/EY:10 (2) Art.

⁹⁶³ 2005/29/EY:liite I kohta 2.

joittajan toiminnan (tämän kaupalliset menettelyt mukaan lukien) tai tuotteen tai antanut tälle/sille luvan taikka tällaisen väitteen esittäminen ilman, että noudatetaan hyväksymiseen, sallimiseen tai luvan antamiseen liittyviä ehtoja⁹⁶⁴. Myöskään puheena olevissa säännöksissä ei mainita, missä muodossa yllämainitut tiedot tulee säännöksen merkityksessä antaa. Käytännössä ne voidaan täten antaa myös esim. epäsuorasti.⁹⁶⁵ Sanamuotonsa ja laajasti tulkittavien termiensä perusteella varsinkin viimeksi mainitun säännöksen soveltamisalaa on mahdollista pitää melko laajana⁹⁶⁶.

Kuten edellä siteerauksesta käy ilmi, liitteen I neljännessä kohdassa viitataan elinkeinonharjoittajan toiminnan tai tuotteen varmentajina ja hyväksyjinä julkisiin ja yksityisiin elimiin. Tällä tarkoitetaan puolueettomia ulkopuolisia yksikköjä erotuksena yksilöistä. Liitteen I toisessa kohdassa viitataan puolestaan esim. tuotteita koskeviin merkintöihin. Kyseisten merkintöjen antajilla ja varmentajilla tarkoitettaneen vastaavasti (tosin ilman nimenomaista mainintaa) ulkopuolisia julkisia tai yksityisiä puolueettomia elimiä. Tällaisten elimien tavoitteena on yleensä luoda yhtenäinen tuotteita kuvaava termistö⁹⁶⁷.

Liitteen I toisessa kohdassa viitataan nimenomaisesti mainittujen merkintöjen luvattomaan käyttöön. Säännöksen soveltamisen kannalta merkitystä ei täten ole sillä täyttyvätkö merkintöjen käytössä niille esitetyt kriteerit vaan sillä, jos olemassa olevaa säännöksessä tarkoitettua merkintää käytetään luvatta.⁹⁶⁸ Liitteen I neljännessä kohdassa sen sijaan määritellään sopimattomaksi myös kaupalliset

⁹⁶⁴ 2005/29/EY:liite I kohta 4. Kyseisen menettelyn voi katsoa sijoittuvan direktiivin kuudennessa artiklassa harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn arviointipiirteenä listattujen tietoluokkien "[elinkeinonharjoittajan] pätevyys ja hyväksyntä" alaan (ks. 2005/29/EY:6 (1 f) Art. ja ks. myös harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin osalta 1984/450/ETY:3 (c) Art.).

⁹⁶⁵ Svensson ym. 2010:162.

⁹⁶⁶ Säännöksessä käytettyjen termien "hyväksyminen", "salliminen" ja "luvan antaminen" voi katsoa viittaavan laajaan soveltamisalaa ja esimerkiksi salliminen -termin myös epäviralliseen hyväksynnän muotoihin. Edelleen soveltamisalaa laajentavana voi pitää sitä, että säännös koskee myös laaja-alaisena pidettävissä olevia kaupallisten menettelyjen hyväksymistä koskevia väitteitä. (Büllesbach 2008:54–55).

⁹⁶⁷ Svensson ym. 2010: 254 ja 257. Ongelmallinen on tilanne, jossa elinkeinonharjoittaja käyttää markkinoinnissaan itse luomiaan laatu- tai luotettavuusmerkintöjä, jotka vihjaavat ulkopuolisten tahojen suorittamaan tuotteiden testaukseen. Tällaiseen menettelyyn liittyy usein pyrkimys kuluttajan harhaanjohtamiseen, koska kyse ei ole puolueettoman tahon luomasta objektiivisiin kriteereihin perustuvasta merkinnästä. Kyseisen menettelyn ei voi kuitenkaan katsoa kuuluvan liitteen I toisen kohdan alaan, koska liitteen säännös liittyy ulkopuolisten tahojen myöntämiin merkintöihin. Sanottu menettely voi sen sijaan direktiivin kuudennen artiklan lisäksi sivuta liitteen I neljännen kohdan säännöstä, joka koskee, kuten todettua, hyväksyntään liittyvää harhaanjohtamista. Lisäksi myös direktiivin kuudennessa artiklassa mainitaan tuotteen hyväksyntää koskevat tiedot tietoluokkana, jonka harhaanjohtavuuteen tulee kiinnittää huomiota. (2005/29/EY:6 (1 c) Art. ja liite I kohta 4 sekä ks. myös Büllesbach 2008:50).

⁹⁶⁸ Tews & Bokel 2009:223.

menettelyt, joissa sanottuja merkintöjä käytetään, vaikka niille täytetyt kriteerit eivät toteudu⁹⁶⁹. Puheena olevien säännöksiä on katsottavissa menevän osittain keskenään päällekkäin. Tuotteiden osalta em. säännöksissä tarkoitettu merkintöjen luvattomaan käyttöön, perättömään hyväksyntää koskevaan väitteeseen tai ehtojen noudattamatta jättämiseen liittyvät menettelyt voisivat kattaa esim. erilaisten ympäristö- ja alkuperämerkkien yms., kuten CE-merkin, Eu:n ympäristö- tai energiamerkin tai Suomessa avainlippumerkin luvattoman käytön⁹⁷⁰. Tällais- ten edellä mainittujen ja vastaavien merkintöjen käyttö on omiaan erottamaan tuotteet muista tuotteista ja toimimaan kuluttajille valintaperusteena⁹⁷¹. Elinkeinonharjoittajan toimintaa koskevien vastaavankaltaisten tunnusten ja tietojen antamisen tarkoituksena on puolestaan yleensäkin antaa vaikutelma henkilön koulutuksesta, osaamisesta, ammattipätevyydestä ja ylipäänsä luotettavuudesta⁹⁷². Tämänkaltaisilla molemmilla em. säännöksissä mainituilla tiedoilla on huomattava mainosarvo, sillä ne voivat toimia verkkokaupassa valintaperusteina tilanteissa, joissa toimijat ovat kuluttajille entuudestaan tuntemattomia. Kolikon käänttöpuole- lena tästä seuraa, että puheena olevissa säännöksissä mainittujen tietojen harhaan- johtavalle käytölle on olemassa kysyntää elinkeinonharjoittajien taholta⁹⁷³. Täten kyseisten kaupallisten menettelyjen luokitteluun kaikissa tilanteissa sopimat- tomaksi voi katsoa hyödyttävän verkkokauppaa käyvää kuluttajaa kaupallisen ratkaisun tekemisessä.

Toisaalta sanottua liitteen I neljännen kohdassa sopimattomaksi määriteltyä kau- pallista menettelyä voi katsoa sivuavan myös sähköisen kaupankäynnin direktii- vin säännös, jonka mukaan elinkeinonharjoittajan mahdollista julkiseen rekisteriin kuulumista koskevat tiedot on oltava helposti saatavilla. Lisäksi myös tutkimuk- sen kohteena olevan direktiivin kuudennessa artiklassa, kuten aiemmin on todettu, mainitaan mm. elinkeinonharjoittajan julkiseen hyväksyntään liittyvät tiedot esi- merkkinä tietoluokasta, jonka harhaanjohtavuuteen tulee kaupallisessa menette- lyssä kiinnittää huomiota.⁹⁷⁴ Näiltä osin direktiivin (2005/29/EY) kuudennen arti- klan mainittu säännös ja liitteen I neljännen kohdan säännös, tarjoavat verkko- kaupan osalta täten mahdollisuuden puuttua siihen, mikäli esim. nämä em. säh-

⁹⁶⁹ 2005/29/EY:liite I kohta 4.

⁹⁷⁰ SEC (2009) 1666:42 ja Koivumäki & Häkkänen 2010:45.

⁹⁷¹ Vastaavasti Bülllesbach 2008:47 ja Tews & Bokel 2009:145.

⁹⁷² Svensson ym. 2010:254 ja ks. myös Cendon 2010:245. Tällaisia voivat olla elinkeinonharjoit- tajan saamaksi väitetyt palkinnot ja tunnustukset. Kyseiset tietoluokat on määritelty harhaan- johtavaa mainontaa koskevaan direktiivin pohjautuen myös puheena olevassa direktiivissä harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn yhdeksi arviointipiirteeksi (ks. 1984/450/ETY:3 (c) Art. ja 2005/29/EY:6 (1 f) Art.

⁹⁷³ Bülllesbach 2008:53.

⁹⁷⁴ 2005/29/EY:6 (1f) Art. ja 2000/31/EY: 5 (1d) Art.

köisen kaupankäynnin direktiivin perusteella elinkeinonharjoittajan annettaviksi velvoitetut tiedot on annettu perättömästi.

7.1.1.2 *Kuluttajan oikeusasemaa koskeva harhaanjohtaminen*

Direktiivin 2005/29/EY liitteessä I säädetään kohdassa 10 sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi: ”kuluttajille lainsäädännössä annettujen oikeuksien esittäminen eräänä elinkeinonharjoittajan tarjouksenominaisena piirteenä”.⁹⁷⁵ Tällaiset säännöksessä tarkoitetut oikeudet koskevat ensinnäkin kuluttajan oikeuksia kaupankäyntitapahtumassa suhteessa elinkeinonharjoittajaan. Nämä oikeudet liittyvät lähinnä kuluttajille suoraan lainsäädännön pohjalta muodostuviin oikeuksiin. Verkkokaupassa ne voivat liittyä esimerkiksi peruutus-oikeuteen ja tuotteen sopimuksen mukaisuuteen liittyviin oikeuksiin. Esimerkkinä mainitusta menettelystä, jossa elinkeinonharjoittaja markkinoi kyseisiä oikeuksia tarjouksen omaisena piirteenä, voisi pitää erään suuren monikansallisen Internet-kenkäkaupan Suomen sivuliikkeen verkkosivustolla tuotteiden hintatietojen yhteydessä kesällä 2011 ollutta mainintaa ”[hinta] sisältää ilmaisen toimituksen ja palautuksen.” Suomessa elinkeinonharjoittaja on lain mukaan velvollinen maksamaan etämyynnissä postitse palautettujen tuotteiden palautuskulut, joten palautusoikeuden mainostamista osana elinkeinonharjoittajan tarjoamaa hintaa voi pitää puheena olevan säännöksen näkökulmasta kyseenalaisena menettelynä.⁹⁷⁶

Joka tapauksessa se, onko kuluttajan oikeudet ilmaistu säännöksen vastaisesti, tulee arvioida tapauskohtaisesti. Huomioon otettavia seikkoja ovat esimerkiksi ne, miten kyseisiä oikeuksia on painotettu mainonnassa ja missä muodossa ne on ilmaistu yms. Elinkeinonharjoittaja voi luonnollisestikin kuvailla sopimukseen sovellettavaa lainsäädäntöä ja kuluttajanoikeuksia. Keskeistä kuitenkin on, että keskivertokuluttajalle ei tule käsitystä, että kyseiset oikeudet ovat osa elinkeinonharjoittajan tarjousta.⁹⁷⁷

Kuluttajan oikeusasemasta harhaanjohtavan kuvan antaviin menettelyihin on jo entuudestaan voitu puuttua harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin jostavan harhaanjohtavuuden määritelmän ja siihen pohjautuvan lainsäädännön pe-

⁹⁷⁵ 2005/29/EY:liite I kohta 10. Kuten todettua, myös yhtenä tietoluokkana, jota koskien harhaanjohtavuutta tulee direktiivin kuudennen artiklan pohjalta arvioida, mainitaan kuudennessa artiklassa kuluttajan oikeuksia koskevat tiedot (2005/29/EY:6 (1g) Art.). Puheena oleva liitteen I säännös ei sen sijaan niinkään koske harhaanjohtavaa tietoa kuluttajan oikeuksista vaan tapaa, jolla oikeudet esitetään ja sitä kautta kuvaa kuluttajan oikeusasemasta.

⁹⁷⁶ Ks. KSL:6:17 §.

⁹⁷⁷ Vastaavasti Büllersbach 2008:78–79.

rusteella. Esimerkiksi Suomessa on olemassa asiaa koskevaa oikeuskäytäntöä.⁹⁷⁸ Puheena oleva direktiivin liitteen I säännös käytännössä täsmentää sääntelyn tilaa näiltä osin yhteisön tasolla.

7.1.1.3 Tuotteen laillista myyntiä koskeva harhaanjohtaminen

Puheena olevan direktiivin (2005/29/EY) liitteessä I yhdeksännessä kohdassa säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi ”perätön ilmoitus tai sellaisen perättömän vaikutelman luominen, että tuotetta voidaan myydä laillisesti.”⁹⁷⁹ Tällä tavoin nimenomaisesti ilmaistuna säännöstä voi pitää uutena verrattuna aiempaan markkinoinnin sääntelyyn yhteisön tasolla. Säännöksen voi katsoa käytännössä myös tuovan ilmi jäsenvaltioiden oikeuden jatkaa edelleen erilaisia tuoteryhmäkohtaisia myyntirajoituksia tavanomaisten tuotteidenkin osalta⁹⁸⁰.

Puheena olevassa säännöksessä mainittu tuotteen laillista myyntiä koskevan harhaanjohtamisen voi katsoa liittyvän ainakin neljään jossain määrin erilaiseen tilanteeseen. Ensinnäkin säännöksen voi katsoa koskevan tilannetta, jossa tuotteen myyminen on kokonaan kiellettyä. Tuotteita, joille on asetettu tällaisia kieltoja, voivat olla esimerkiksi harvinaiset eläinlajit, tekijänoikeutta loukkaavat tuotteet ja huumaavat aineet. Toisekseen säännöksen alaan voi katsoa kuuluvan tilanteet, joissa tuotteen myyminen on sallittua vain tiettyjen edellytysten voimassa ollessa, jotka eivät kuitenkaan vallitsevassa tilanteessa toteudu. Tällaisia voivat olla esim. myyntipaikkaan, -kanavaan ja -aikaan tai kohderyhmään liittyvät rajoitukset.⁹⁸¹ Tavanomaisessa verkkokaupassa em. tuoteryhmiä voivat olla esimerkiksi direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle rajatut tuotteet, joihin liittyy turvallisuus- tai terveystarkoituksia⁹⁸². Tällaisia voivat olla esim. erilaiset lääketuotteet ja aseet. Kolmantena ja osittain päällekkäisenä aiemmin mainitun luokan kanssa säännöksen voi katsoa koskevan myös yleisesti luvanvaraisten tuotteiden myyntiä ilman lupaa. Viimeisenä muotona säännöksen voi katsoa liittyvän tilanteeseen, jossa tuotteiden myyminen sinänsä olisi sallittua, mutta elinkeinonharjoittajan oma säännösten vastainen toiminta tekee kaupankäynnistä laitonta⁹⁸³.

⁹⁷⁸ 1984/450/ETY: 4 Art. (nykyään kodifioituna 2006/114/EY:5 Art.). Suomessa markkinatuomioistuimien on pitänyt sopimattomana mm. lakisääteisen peruutusosoikeuden markkinoimista lehden myöntämänä ”tyytyväisyystakuuna” (MT 1995:14).

⁹⁷⁹ 2005/29/EY:liite I kohta 9.

⁹⁸⁰ Twigg-Flesner ym. 2005:71.

⁹⁸¹ Ks. myös esim. MD 2009:33:8 ja Svensson ym. 2010:164–165 sekä Büllsbach 2008:74–76.

⁹⁸² 2005/29/EY:3 (3) Art.

⁹⁸³ Esimerkiksi Ruotsissa marknadsdomstolen (2009:17) on katsonut, että pakettimatkoja Internetissä markkinoiva matkatoimisto, joka ei ollut asettanut laissa vaadittua vakuutta, syyllistyi kyseisenlaiseen sopimattomaan kaupalliseen menettelyyn.

Säännöksessä perättömän ilmoituksen ohella sopimattomana on mainittu perättömän vaikutelman luominen siitä, että tuotetta voidaan myydä laillisesti⁹⁸⁴. Vaikutelman luominen kattaa useanlaisia menettelyitä. Sanottu vaikutelma voi olla mahdollista luoda esim. kuvin tai tekstein. Ehkä yleisin vaikutelman luomismenetelmä on kuitenkin pelkästään asiaa koskeva mainitseminen jättäminen markkinoinnissa.⁹⁸⁵ Se, onko kaupallisessa menettelyssä kyse tällaisesta säännöksessä mainitusta vaikutelman luomisesta, tulee arvioida tapauskohtaisesti keskivertokuluttajan näkökulmasta⁹⁸⁶.

Kuluttajan kannalta puheena olevan säännöksen voi katsoa lisäävän oikeusvarmuutta rajat ylittävissä verkkokaupassa. Toisaalta juuri rajat ylittävissä verkkokaupassa säännöstä voi pitää elinkeinonharjoittajien kannalta ongelmallisena, sillä tuotteiden myyntirajoitukset ovat monissa jäsenvaltioissa kansallisia. Direktiivissä ei, kuten edellä on todettu, myöskään noudateta sisämarkkinaperiaatetta. Täten kyseenalaista on, tulisiko tiettyyn valtioon tuotteita markkinoivan verkkokauppiiaan olla markkinointia toteuttaessaan tietoinen kaikista kyseisen valtion kansallisista myyntirajoituksista. Tämän tiedon hankkiminen ja ylläpitäminen voisivat muodostua laajaa useaan valtioon suuntautuvaa rajat ylittävää verkkokauppaa harjoittavalle elinkeinonharjoittajalle työlääksi. Vastaavanlaiset tilanteet ovat harvinaisempia toimittaessa sellaisten direktiivien pohjalta, joissa noudatetaan sisämarkkinaperiaatetta, kuten esimerkiksi sähköisen kaupankäynnin direktiivissä, jolloin huomio kohdistuu pääosin elinkeinonharjoittajan sijoittautumisjäsenvaltion lainsäädäntöön. Joka tapauksessa, mikäli elinkeinonharjoittaja ei ole tietoinen kuluttajan asuinvaltion mahdollisista myyntirajoituksista, hänen ei ainakaan tule antaa asiaa koskevaa perätöntä ilmoitusta eikä luoda perätöntä vaikutelmaa. Toisaalta jo pelkästään tuotteiden aktiivinen markkinoiminen useaan eri jäsenvaltioon on omiaan luomaan vaikutelman, että niiden kaupankäynti on laillista kaikissa kyseisissä jäsenvaltioissa. Tällaisissa rajat ylittävän verkkokaupan tilanteissa elinkeinonharjoittajan tulisi nimenomaisesti pyrkiä kumoamaan mahdollisesti syntyvä perätön vaikutelma. Näin on erityisesti kyseenalaisten tuoteryhmien markkinoinnin osalta. Tällöin vähimmäisvaatimuksena voisi säännöksen pohjalta pitää, että elinkeinonharjoittajan tulisi verkkokaupassa ainakin ilmoittaa, että kyseisiin tuoteryhmiin kuuluvien tuotteiden myyminen ei ole mahdollisesti sallittua kaikissa jäsenvaltioissa.⁹⁸⁷ Säännöksen voisi näin tulkittuna katsoa aavistuksen verran lisäävän verkkokauppioiden tiedonantovelvollisuuksia.

⁹⁸⁴ 2005/29/EY:liite I kohta 9.

⁹⁸⁵ Ks. SEC (2009) 1666:53 ja myös Bülsbach 2008:75.

⁹⁸⁶ Ks. myös Bülsbach 2008:75.

⁹⁸⁷ Ks. Bülsbach 2008:75–76.

7.1.1.4 Markkinatilanne sekä toiminta markkinoilla

Direktiivin 2005/29/EY liitteessä I on säädetty sopimattomaksi eräitä markkinatilannetta ja toimintaa markkinoilla koskevia perättömiä väitteitä. Tällaisia ovat perättömät väitteet markkinatilanteesta tai mahdollisuudesta löytää tuote, perättömät väitteet tuotteen saatavuudesta tai tarjouksen kestosta sekä perättömät väitteet elinkeinonharjoittajan muuttamisesta tai toiminnan lakkauttamisesta.⁹⁸⁸ Pääasiassa näiden edellä mainittujen kaupallisten menettelyjen tavoitteena on lähinnä uudelleen suunnata kuluttajan kysyntää ja siten heikentää hänen mahdollisuuttaan tehdä perusteltu valinta. Edellä mainittuihin säännöksiin sisältyvän tuotteen saatavuuteen liittyvän harhaanjohtamisen osalta säännöksen voi katsoa täydentävän aiempaa jo direktiiviin 1984/450/ETY pohjautuvaa sääntelyä⁹⁸⁹. Elinkeinonharjoittajan muuttamista ja toiminnan lakkauttamista koskevien perättömien väitteiden kohdalla puolestaan tavoitteena voi katsoa olevan harhaanjohtaa kuluttajaa elinkeinonharjoittajan toiminnan kestosta sekä sitä kautta vaikuttaa kuluttajan päätöksentekoon. Tässä alaluvussa perehdytään hieman tarkemmin näihin liitteen I kolmessa eri kohdassa harhaanjohtavina sopimattomiksi listattuihin kaupallisiin menettelyihin.

Direktiivin (2005/29/EY) liitteen I kohdassa 18 säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi ”sellaisten sisällöllisesti virheellisten tietojen levittäminen, jotka koskevat markkinatilannetta tai mahdollisuutta löytää tuote ja joiden tarkoituksena on saada kuluttaja hankkimaan tuote huonommilla edellytyksillä kuin normaali markkinatilanne mahdollistaa.”⁹⁹⁰. Säännöksessä toisin sanoen käytännössä kielletään elinkeinonharjoittajaa virheellisillä markkinatiedoilla ohjaamasta kysyntää omiin valikoimiinsa ja pyritään suojaamaan kuluttajan mahdollisuuksia toimia rationaalisesti markkinoilla. Markkinatilanteeseen vaikuttavat tekijät ovat yleensä monimutkaisia. Säännöksessä mainitut virheelliset markkinatilannetta koskevat tiedot voivat liittyä esim. paikkansapitämättömiin tietoihin markkinoilla myynnissä olevien tuotteiden hinnoista tai niihin vaikuttavista seikoista, kuten erillisistä lisäkustannuksista. Säännöksessä toisena virheellisenä tietoluokkana

⁹⁸⁸ 2005/29/EY:liite I kohdat 7, 15 ja 18.

⁹⁸⁹ Tuotteen saatavuus on mainittu yhtenä harhaanjohtavan mainonnan arviointipiirteenä jo direktiivissä 1984/450/ETY ja myös tutkimuksen kohteena olevan direktiivin kuudennessa artiklassa yhtenä tietoluokkana, jota koskevaan harhaanjohtavuuteen tulee kaupallista menettelyä arvioitaessa kiinnittää huomiota (1984/450/ETY:3 (a) Art. ja 2005/29/EY: 6 (1 b) Art.).

⁹⁹⁰ 2005/29/EY: liite I kohta 18. Säännöksen voi katsoa sijoittuvan jo harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä harhaanjohtavan mainonnan arviointipiirteenä mainitun ja edelleen myös puheena olevan direktiivin kuudennen artiklan harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen arviointipiirteenä mainitun tietoluokan ”[tuotteen] saatavuus” alaan (ks. 1984/450/ETY:3 (a) Art. ja 2005/29/EY:6 (1 b) Art.).

mainitut tuotteen löytömahdollisuutta koskevat virheelliset tiedot koskenevat puolestaan lähinnä tuotteen saatavuuteen markkinoilla liittyviä virheellisiä tietoja.⁹⁹¹

Puheena olevassa säännöksessä vertailukohtana ovat kuitenkin keskiwertokuluttajalle normaalit markkinatilanteet, eivät esimerkiksi erityisen halpaan hintaan liittyvä tarjonta⁹⁹². Säännöksen ongelmana voidaankin pitää juuri normaalin markkinatilanteen määritelmän täsmentämättömyyttä. Laajasti määriteltynä rajat ylittävässä verkkokaupassa markkinoita voisi pitää ulottuvuudeltaan usein maailmanlaajuisina, jolloin markkinatilanteen normaalitasoa olisi vaikea määritellä. Säännöksen soveltamisessa verkkokaupassa ei täten voitane käyttää edellä mainitun kaltaista laajaa normaalin markkinatilanteen määritelmää. Normaali markkinatilanne jouduttaneen pikemmin määrittelemään tapauskohtaisesti ottaen huomioon tuotteen, markkinointiväylän, kohderyhmän yms. seikat.

Määritelmästä riippumatta liitteen I kohdan 18 säännöksessä markkinatilanteella tarkoitetaan tilannetta, joka koskee kaikkia samoilla markkinoilla olevia markkinatoimijoita. Säännöksen voi katsoa kuluttajien lisäksi täten myös epäsuorasti suojaavan rehellisesti toimivia elinkeinonharjoittajia, joiden toiminnalle olisivat haitallisia säännöksessä tarkoitetut kysynnän poisohjaamiseen pyrkivät menettelyt.⁹⁹³

Puheena olevan säännöksen soveltamisalaa supistaa kuitenkin se, että siinä pidetään sopimattomana ainoastaan tarkoituksellista pyrkimystä säännöksessä mainituin keinoin saada kuluttaja hankkimaan tuote normaalia markkinatilannetta huomommilla edellytyksillä. Säännöksen nojalla ei täten pidetä sopimattomana sellaisten virheellisten tietojen antamista, joissa elinkeinonharjoittajan subjektiivisena tarkoituksena ei ole heikentää kuluttajan mahdollisuuksia hyödyntää normaalia markkinatilannetta, eli toimia rationaalisesti markkinoilla. Täten säännös ei kiellä tarkoituksetonta kyseisten virheellisten tietojen antamista tai muiden vastaavien perättömien tietojen antamista, jotka muulla tavoin olisivat omiaan vaikuttamaan kuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Tällaisten tietojen antamista tulee sen sijaan arvioida direktiivin muiden artiklojen pohjalta. Puheena olevan liitteen I säännöksen soveltamisen kannalta keskeistä elinkeinonharjoittajan toiminnan tarkoituksellisuutta ei liene kaikissa tilanteissa mahdollista helposti toteennäyttää.

Samankaltaista markkinatilanteen sopimatonta hyödyntämistä käsitellään myös liitteen I kohdassa 7. Kyseisen säännöksen mukaan sopimattomana pidetään sel-

⁹⁹¹ Büllesbach 2008:126–127.

⁹⁹² Büllesbach 2008:125.

⁹⁹³ Büllesbach 2008:125–126.

laista perätöntä ilmoitusta: ”[...] että tuote on saatavilla vain hyvin rajoitetun ajan tai että se on saatavilla tietyillä ehdoilla vain hyvin rajoitetun ajan, jotta kuluttajat tekisivät päätöksen välittömästi eikä heille jäisi riittävää tilaisuutta tai riittävästi aikaa tehdä perusteltu valinta.”⁹⁹⁴ Puheena oleva säännös on listattuna liitteessä I harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen otsikon alle, mutta yhtä hyvin säännös voisi olla listattuna kuluttajaa psykologisesti painostamaan pyrkivien elementtiensä vuoksi aggressiiviseksi kaupalliseksi menettelyksi, sillä sen voisi tulkitella myös yhdeksi sopimattoman vaikuttamisen muodoksi.

Sanotussa liitteen I kohdan 7 säännöksessä mainittu perätön ilmoitus on mahdollista antaa monella tavalla. Kyse voi olla myös epäsuorasta ilmoittamisesta. Ratkaisevaa arvioinnin kannalta on, millaisen käsityksen keskivertokuluttaja saa elinkeinonharjoittajan menettelystä. Säännöksessä viitataan tarjouksen keston ohella perättömiin tietoihin koskien hyvin rajatun ajan voimassa olevia ehtoja⁹⁹⁵. Näillä tarkoitetaan kuluttajan kannalta suotuisia ehtoja. Tällaiset ehdot voivat koskea esim. toimituskustannuksia tai -aikaa yms. seikkoja⁹⁹⁶.

Keskeistä koko puheena olevan säännöksen soveltamisen kannalta kuitenkin on, että annetut tiedot ovat perättömiä ja ne on annettu kuluttajan hoputtamistarkoituksessa siten, että ne ovat omiaan vaikuttamaan kuluttajan perusteltuun valintaan. Säännös koskee esimerkiksi perättömän ilmoituksen antamista kuluttajan hoputtamistarkoituksessa loppuunmyynnistä tai erikoistarjouksesta, mutta ei luonnollisestikaan estä paikkansapitävän ilmoituksen antamista tuotteiden rajoituksesta myyntiajasta⁹⁹⁷. Säännöksen soveltamisen kannalta merkittävää on myös se, millaisen perättömästi ilmaistun tarjouksen kestoajan voi katsoa täyttävän sanotun kuluttajan perusteltuun valintaan vaikuttavan hoputtamispyrkimyksen. Esimerkiksi halpahintaisissa hyvin saatavilla olevissa päivittäistavaroissa yms. lyhyt, perättömästi ilmaistukaan, tarjouksen kesto-aika ei vielä vaikuttane kuluttajan perusteltuun päätöksentekokykyyn⁹⁹⁸. Käytännössä arviointi keskivertokuluttajan mahdollisuuksista perehtyä perättömän aikarajan puitteissa tarjouksiin on tehtävä tapauskohtaisesti⁹⁹⁹.

⁹⁹⁴ 2005/29/EY:liite I kohta 7. Myös tämän säännöksen voi katsoa sijoittuvan jo harhaanjohtavaa mainontaa koskevassa direktiivissä harhaanjohtavan mainonnan arviointipiirteensä mainitun ja edelleen myös puheena olevan direktiivin kuudennen artiklan harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen arviointipiirteensä mainitun tietoluokan ”[tuotteen] saatavuus” alaan (ks. 1984/450/ETY:3 (a) Art. ja 2005/29/EY:6 (1 b) Art.).

⁹⁹⁵ 2005/29/EY:liite I kohta 7.

⁹⁹⁶ Büllesbach 2008:69.

⁹⁹⁷ Toisin sanoen säännös ei käytännössä estä paikkansa pitävää lyhyellä tarjouksen kestolla tapahtuvaa kuluttajan painostusta nopeaan kaupalliseen ratkaisuun.

⁹⁹⁸ Tews & Bokel 2009:227 ja myös Boesche 2009:370.

⁹⁹⁹ Büllesbach 2008:68.

Myös puheena olevan liitteen I kohdan 7 säännöksen soveltamisalaa rajoittaa se, että säännöksen sanamuodosta käy ilmi siinä edellytettävän elinkeinonharjoittajan toimia tarkoituksellisesti kuluttajan perusteltua päätöksentekokykyä heikentävissä hoputtamistarkoituksessa. Tämä elinkeinonharjoittajan oletettu pyrkimys ei liene aina kuitenkaan helposti todennettavissa¹⁰⁰⁰.

Markkinatilannetta koskevaa harhaanjohtamista voi katsoa sivuavan myös lähinnä elinkeinonharjoittajan toiminnan jatkumista koskeviin tietoihin liittyvä liitteen I kohdassa 15 sopimattomaksi säädetty kaupallinen menettely. Kyseisessä kohdassa sopimattomaksi säädetään elinkeinonharjoittajan: ”perätön väite, jonka mukaan elinkeinonharjoittaja aikoo lopettaa kaupankäynnin tai muuttaa pois tiloista”¹⁰⁰¹.¹⁰⁰² Tällaisten väitteiden sopimattomaksi luokittelemisen tarkoituksena voi katsoa olevan pyrkimys estää erilaiset perättömät loppuunmyyntiä tai muutto- myyntiä koskevat mainoskampanjat, joissa halutaan yleensä antaa myös vaikutelma tuotteiden erityisen halvasta hintatasosta ja mahdollisesti myös hintatason lyhytkestoisuudesta. Tässä säännöksessä ei tosin nimenomaisesti edellytetä tällaisen käsityksen antamista¹⁰⁰³. Säännös ei myöskään vastaavasti koske mahdollista alhaista hintatasoa koskevien vihjailujen paikkansapitävyyttä¹⁰⁰⁴.

Liitteen I kohdassa 15 sopimattomaksi säädetyn kaupallisen menettelyn yhtenä keskeisenä piirteenä voi katsoa olevan, samankaltaisesti kuin edellä mainitun liitteen I kohdan 7 menettelyssä, että siinä pyritään väärin perustein hoputtamaan kuluttajaa nopeaan päätöksentekoon. Kohdassa 7 tällaiselta menettelyltä edellytetään tarkoituksellisuutta¹⁰⁰⁵. Osittain tähän liittyen voisi katsoa, vaikka säännök-

¹⁰⁰⁰ Voisi ajatella, että mikäli elinkeinonharjoittajan voidaan katsoa tietoisesti virheellisesti ilmoittaneen tarjouksen kestävän lyhyen aikaa, että menettelyn taustalla on ollut pyrkimys painostaa kuluttajaa nopeampaan päätöksentekoon ja samalla estää häntä perehtymästä riittävästi markkinatilanteeseen ennen päätöksentekoa. Toisaalta elinkeinonharjoittajan oletettua painostuspyrkimystä voi olla kuitenkin tällöinkin vaikea todentaa, sillä elinkeinonharjoittaja voinee perustella sanottua menettelyä esim. varautumisella varastojen ennakoitua nopeampaan tyhjenemiseen yms. seikoilla. (Büllesbach 2008:70).

¹⁰⁰¹ 2005/29/EY:liite I kohta 15. Säännöksen voi katsoa sivuavan direktiivin kuudennessa artiklassa harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn arviointipiirteinä listattua ”myyntiprosessin luonnetta” (ks. 2005/29/EY:6 (1 c) Art.).

¹⁰⁰² Säännöksen ulkopuolelle jäävät muunlaiset loppuunmyyntiä koskevat perättömät väittämät, jotka liittyvät esim. erilaisiin erityisolosuhteisiin, kuten tuotteiden pilaantumisen vaaraan ja myyntihuoneiston korjaamiseen (esimerkiksi Suomessa kuluttaja-asiamies (2010:2) on antanut ohjeita tällaisissa tilanteissa loppuunmyynti -sanana käytöstä).

¹⁰⁰³ Ks. esimerkiksi Boesche 2009:374–375.

¹⁰⁰⁴ Büllesbach 2008:113, Tews & Bokel 2009:235. Hintatasoon liittyvien paikkansapitämättömiin vihjailujen harhaanjohtavuutta on sen sijaan mahdollista arvioida direktiivin kuudennen artiklan perusteella, jossa yhtenä harhaanjohtavan menettelyn arvioinnissa huomioonotettavana piirteenä listataan ”erityinen hintaetu” (ks. 2005/29/EY:6 (1d) Art.).

¹⁰⁰⁵ 2005/29/EY:liite I kohta 7.

sessä ei tätä nimenomaisesti mainitakaan, että myös puheena olevan säännöksen soveltamisala kattaisi, samankaltaisesti kuin sanotussa liitteen I kohdassa 7, pääosin vain tarkoituksellisesti perättömänä annetut väitteet. Tätä tulkintaa tukee se, että tällainen tarkoituksellisuus -edellytys käy ilmi liitteen I kohdan 15 säännöksen osalta myös direktiivin ensimmäisestä luonnosversiosta¹⁰⁰⁶. Näin tulkittuna esimerkiksi tilanteet, joissa kaupankäynnin lopetus tai muutto keskeytyisi esimerkiksi elinkeinonharjoittajan saaman lykkäyksen tai muun vastaavan ulkoisen syyn vuoksi, rajautuisivat tapauskohtaisesti säännöksen ulkopuolelle. Edellytyksenä tällöin olisi, että menettelyssä ei olisi ollut tarkoitus harhaanjohtaa kuluttajaa kaupankäynnin lopettamisesta tai poismuutosta.¹⁰⁰⁷

Ongelmana puheena olevassa säännöksen soveltamisen kannalta voi pitää myös sitä, että siitä puuttuvat aikarajat siitä, kuinka paljon ennen loppuunmyyntiä tai uusiin tiloihin muuttamista elinkeinonharjoittaja voi aloittaa mainonnan, jossa viitataan kyseisiin seikkoihin¹⁰⁰⁸. Käytännössä nämä aikarajat joudutaan täten ratkaisemaan tapauskohtaisesti ottaen huomioon loppuun- tai muuttomyynnin luonteen yms. seikat.

7.1.1.5 Eräät tuotteen yksittäiset ominaisuudet ja vaikutukset

Direktiivin 2005/29/EY liitteessä I luokitellaan sopimattomaksi myös erilaisia tuotteiden yksittäisiä ominaisuuksia ja vaikutuksia koskevia väittämiä. Tällaisia ovat perättömät tuotteen turvallisuusvaikutuksia koskevat väittämät sekä perättömät väitteet tuotteen parantavista vaikutuksista sairauksiin, toimintahäiriöihin tai epämuodostumiin ja väitteet tuotteen kyvystä helpottaa rahapeleissä voittamista.¹⁰⁰⁹ Yleisesti ottaen ensin mainitut säännökset liikkuvat direktiivin raja-alueella, koska direktiivin ulkopuolelle on rajattu tuotteiden terveys- ja turvallisuusnäkökohtiin liittyvät säännökset¹⁰¹⁰. Toisaalta edellä mainitut menettelyt lienevät lähinnä paikkansapitämättömyytensä ja kuluttajan perustellun päätöksentekokykyyn vaikuttavien ominaisuuksiensa pohjalta säädetty direktiivissä sopimattomiksi, eivätkä niinkään siksi, että direktiivillä haluttaisiin puuttua tuotteiden

¹⁰⁰⁶ Kyseisessä versiossa viitataan elinkeinonharjoittajan subjektiiviseen aikomukseen. Versioehdotuksen mukaan kyseistä kaupallista menettelyä pidetään sopimattomana, jos annetusta ilmaisusta huolimatta elinkeinonharjoittaja ei aio lopettaa kaupankäyntiä (ks. Kom 2003/356 lopullinen: Liite I kohta 12).

¹⁰⁰⁷ Ks. Cendon 2010:255.

¹⁰⁰⁸ Esimerkiksi Suomessa kuluttaja-asiamies ohjeissaan toteaa, että loppuunmyyntiä (ja samaa tarkoittava muuttomyyntiä) koskeva mainonta saavat kestää enintään kaksi kuukautta ja yrityksen tai kauppapaikan lopettamistilanteessa enintään puoli vuotta (kuluttaja-asiamies 2010:2–3).

¹⁰⁰⁹ 2005/29/EY:liite I kohdat 12 ja 16–17.

¹⁰¹⁰ 2005/29/EY:3 (3) Art. ja johdanto 9.

terveys- ja turvallisuusnäkökohtia koskevaan sääntelyyn. Tässä aluvussa perehdytään hieman tarkemmin edellä mainittuihin säännöksiin.

Liitteen I kohdassa 12 säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi: ”sällöllisesti perättömän väitteen esittäminen sellaisen riskin luonteesta ja laajuudesta, joka kohdistuu kuluttajan henkilökohtaiseen tai hänen perheensä turvallisuuteen, jollei hän osta tuotetta”.¹⁰¹¹ Puheena oleva säännös on listattuna liitteessä I harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen otsikon alle, mutta perusteeton turvallisuuden liittyvien riskien luonteeseen ja laajuuteen vetoaminen tuotteiden myynnin edistämistarkoituksessa voi katsoa sivuvaavan myös aggressiivisia kaupallisia menettelyitä. Puheena oleva säännös ei kuitenkaan aggressiivista kaupallisista menettelyistä poiketen niinkään liity tilanteeseen, jossa virheelliset turvallisuuden liittyvät tiedot rajoittaisivat keskivertokuluttajan valinnanvapautta. Sanottu menettely on virheellisen sisältönsä myötä pikemminkin omiaan vaikuttamaan harhaanjohtaville kaupallisille menettelyille tyypillisesti keskivertokuluttajan mahdollisuuden tehdä perusteltu päätös¹⁰¹². Tosin aggressiivisille kaupallisille menettelyille ominaisesti myös puheena olevassa kaupallisessa menettelyssä pelosta voi tulla motivoiva tekijä kaupalliselle ratkaisulle¹⁰¹³.

Direktiivissä ei määritellä puheena olevassa säännöksessä viitattua turvallisuuden käsitettä. Direktiivin korkeaan kuluttajansuojaan tähtäävien tavoitteiden pohjalta on pääteltävissä, että turvallisuuskäsite on tarkoitettu tulkittavaksi laajasti kattaen yleisen, taloudellisen ja henkilökohtaisen turvallisuuden¹⁰¹⁴. Kaikkiaan edellä mainitun säännöksen pohjalla voitaneen puuttua perättömiin tuotteen ostamiseen kytkettyihin turvallisuuden liittyvien riskien luonnetta tai laajuutta koskeviin väittämiin esim. vakuutusmyynnin ja erilaisten turvalaitteiden myynnin yhteydessä¹⁰¹⁵.

¹⁰¹¹ 2005/29/EY:liite I kohta 12. Vaikka puheena olevassa säännöksessä käytetään ja -sanaa riskien luonteen ja laajuuden välillä, kirjaimellinen tulkinta johtaisi määritelmän huomattavaan rajoittumiseen, mikäli edellytettäisiin, että perusteettoman väitteen tulisi koskea molempia seikkoja turvallisuusriskistä. Tämä ei liene tällaisessa kuluttajansuojadirektiivissä tarkoituksena. Voinee katsoa, että tapauskohtaisesti riittänee, että perusteettomat väitteet koskevat ainakin jompaakumpaa em. osa-aluetta, jotta menettelyä voitaisiin pitää sopimattomana. (Ks. myös Büllsbach 2008:91).

¹⁰¹² Ks. Cendon 2010:253.

¹⁰¹³ Büllsbach 2008:88–89. Säännöksellä ei luonnollisestikaan estetä perusteltujen tuotteen ostamatta jättämiseen liittyvien turvallisuusriskien esiintuomista markkinoinnissa. Toisaalta tällöinkin menettelyä tulee arvioida tapauskohtaisesti. Mikäli tuolloin esimerkiksi vedotaan erityisesti kuluttajien pelkoon, voi kyse olla yleisesti aggressiivisesta kaupallisesta menettelystä (ks. 2005/29/EY:8 ja 9 Art.).

¹⁰¹⁴ Büllsbach 2008:90–91.

¹⁰¹⁵ Koivumäki & Häkkänen 2010:46 ja Svensson ym. 2010:166. Kirjallisuudessa on esitetty, että turvallisuutta koskevat riskit saattaisivat liittyä myös esimerkiksi taikauskon hyödyntämisen

Liitteen I kohdassa 17 säädetään sopimattomaksi elinkeinonharjoittajan sellainen: ”perätön väite, että tuotteella voidaan parantaa sairauksia, toimintahäiriöitä tai epämuodostumia.”¹⁰¹⁶ Puheena ovat sopimattomaksi määritellyt perättömät väitteet on em. liitteen I säännöksessä määritelty laajasti parantavana mainostetun ominaisuuden kautta¹⁰¹⁷. Säännöksen painottumisesta parantavia vaikutuksia koskeviin väitteisiin puolestaan seuraa se, että säännöksen ulkopuolelle jäävät muut perättömät terveystväittämät, kuten väitteet mainostettujen tuotteiden terveyttä edistävistä ja sairauksien oireiden lievittämistä koskevista vaikutuksista¹⁰¹⁸. Raja-tapauksina säännöksen soveltamisen kannalta voi pitää tuotteiden parantavia vaikutuksia koskevia väitteitä, jotka tutkimustulosten valossa ovat ristiriitaisia. Tällaisten väitteiden sijoittuminen säännöksen alaan voisi katsoa riippuvan tapauskohtaisesti siitä, millä tavoin niitä on markkinoissa painotettu.¹⁰¹⁹ Säännöksen ulkopuolelle rajattuja perättömiä tuotteiden terveystväitteitä tulee puolestaan arvioida direktiivin muiden artiklojen pohjalta¹⁰²⁰. Toisaalta yksiselitteisenä ei voida pitää sitäkään, mitä tarkoitetaan sairauksilla, toimintahäiriöillä ja epämuodostumilla, joihin säännöksessä mainitut parantamisväitteet liittyvät. Tämä määrittely on tehtävä tapauskohtaisesti.¹⁰²¹

Säännöksen soveltamisalaa rajoittaa edelleen se, että tuotteiden terveystväitteitä koskien on olemassa erillistä yhteisön tason sääntelyä, joka on pääosin direktiiviin nähden etusijalla¹⁰²². Toisaalta puheena olevaa liitteen I säännöstä ei liene tarkoitettu jo laaja-alaisen määritelmän pohjalta pääteltynä sovellettavan kovin suppeasti. Myös Komissio on katsonut säännöksen olevan luonteeltaan sellainen, jotta se edellyttäisi, että elinkeinonharjoittajille tulisi asettaa direktiivin 12. artiklassa mahdollistetuin tavoin näyttövelvollisuus käyttämiensä terveystväittämien paikkansapitävyydestä, jotta he välttyisivät sanotun säännöksen soveltamiselta¹⁰²³.

markkinoinnissa (ks. Howells ym. 2006:163 alaviite 150). Toisaalta tällainen menettely saataisi lähennellä jo aggressiivisena pidettävissä olevaa menettelyä.

¹⁰¹⁶ 2005/29/EY:liite 1 kohta 17.

¹⁰¹⁷ Ks. 2005/29/EY:liite I kohta 17.

¹⁰¹⁸ Ks. myös Büllsbach 2008:123.

¹⁰¹⁹ Büllsbach 2008:121–122.

¹⁰²⁰ Direktiivin kuudennen artiklan mukaan, kuten harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin mukaan harhaanjohtavaa mainontaa koskien, harhaanjohtavuutta arvioitaessa tulee kiinnittää huomiota esimerkiksi mainintoihin tuotteen käyttökelpoisuudesta, käyttötarkoituksesta ja tuloksista, joita sitä käyttämällä odotetaan saavutettavan (1984/450/ETY:3 (a) Art. ja 2005/29/EY:6 (1b) Art.).

¹⁰²¹ Tews & Bokel 2009:238. Esimerkiksi liikalihavuutta voinee pitää tapauskohtaisesti tulkintaa edellyttävänä tilanteena (Tews & Bokel 2009:238).

¹⁰²² Ks. tarkemmin SEC (2009) 1666:54–55.

¹⁰²³ SEC (2009) 1666:55.

Kaikkiaan sanotun säännöksen voi katsoa koskevan lähinnä mm. vaihtoehtoislääketieteen tuotteiden, luontaistuotteiden ja yleensäkin muiden kiistanalaisina pidettyjen lääkkeinä mainostettujen tuotteiden markkinointia. Tämän lisäksi säännöksen voi katsoa sivuavan myös erilaisten väitetyjä parantavia vaikutuksia omaavien ”taikaesineiden” yms. epämääräisten hyödykkeiden, kuten esim. magneettikettujen, markkinointia säännöksessä mainituilla tavoilla. Tällaisilla tuotteilla, joilla väitetään olevan parantavia terveysvaikutuksia, on arvioitu olevan suuret markkinat. Esimerkiksi OFT arvioi, että joka vuosi Iso-Britanniassa 200 000 ihmistä käyttää rahojaan perättömillä terveysväitteillä rahastaviin tuotteisiin¹⁰²⁴. Lähtökohtaisesti tuotteiden parantavia vaikutuksia koskevan argumentoinnin voi katsoa vetoavan erityisesti sairaisiin kuluttajiin, joiden voi olettaa olevan keskimääräistä vähemmän kriittinen kuluttajaryhmä¹⁰²⁵. Täten säännöksen voi tulkita ilmentävän direktiivin 5 (3) artiklassa esiintuotua pyrkimystä turvata erityistä suojaa tarvitsevien, vaikutukselle alttiiden kuluttajaryhmien etuja¹⁰²⁶.

Perättömien turvallisuus- ja terveysväitteiden lisäksi liitteessä I sopimattomaksi on säädetty markkinointiväite, jonka mukaan: ”tuotteet voivat helpottaa rahapeleissä voittamista”¹⁰²⁷. Tällaisten väitteiden luokittelemista yksioikoisesti sopimattomaksi voi pitää ongelmallisena, sillä rahapelien -käsitettä ei ole määritelty yhteisön tasolla¹⁰²⁸. Siitä ei kuitenkaan liene epäilystä, että rahapelit käsitteenä voi katsoa rajaavan säännöksen ulkopuolelle ainakin markkinointiarvonnat yms. palkintoja sisältävät pelit, joihin osallistuminen ei vaadi rahallista panosta¹⁰²⁹.

Säännöksen sanamuodosta ja rahapelit -käsitteen määrittelemättömyydestä johtuen voisi katsoa, että säännöksessä säädetään sopimattomiksi kaikki väitteet, jotka koskevat tuotteiden mahdollisuutta helpottaa voittamista erilaisissa rahamääräisiä panoksia edellyttävissä peleissä siitä riippumatta, ovatko väitteet perättömiä. Näin tulkittuna säännöksen voisi katsoa kieltävän myös erilaisissa taitoa vaativissa rahapeleissä voittamista helpottavien tuotteiden markkinoinnin. Esimerkiksi rahapeleihin, joista on laskettavissa matemaattisia todennäköisyyksiä, tällaisia voittamis-

¹⁰²⁴ OFT 2009 b.

¹⁰²⁵ Yleisesti Svensson ym. 2010:585.

¹⁰²⁶ Ks. myös 2005/29/EY:johdanto 18.

¹⁰²⁷ 2005/29/EY:liite I kohta 16. Säännöksen voi katsoa sijoittuvan jo harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin harhaanjohtavan mainonnan ja edelleen puheena olevan direktiivin kuudennen artiklan harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen arviointipiirteenä mainittujen tietoluokkien ”käyttökelpoisuus ja tulokset, joita sitä [tuotetta] käyttämällä odotetaan saavuttavan” alaan (ks. 1984/450/ETY:3 (a) Art. ja 2005/29/EY:6 (1 b) Art.).

¹⁰²⁸ Esim Tews & Bokel 2009:235 sekä ks. myös Boesche 2009:375.

¹⁰²⁹ Gesetzentwurf 16/10145:33.

ta helpottavia tuotteita on mahdollista jonkinlaisella luotettavuudella kehittää¹⁰³⁰. Säännöksessä kyse lienee kuitenkin täysin sattumaan pohjautuvista rahapeleistä, joissa voittamisessa ei ole taidolla minkäänlaista osuutta, kuten direktiivin englanninkielisessä versiossa vastaavassa yhteydessä käytetystä onnenpeli-termistä (engl. game of chance) käy hieman selkeämmin ilmi¹⁰³¹. Tällaisissa peleissä ei ole loogisesti todellista mahdollisuutta, ainakaan puuttumatta pelin toimintaan, erilaisilla hyödykkeillä vaikuttaa pelin lopputulokseen¹⁰³². Täten säännöksen voi katsoa kieltävän ainakin väitteet siitä, että joillakin kulutushyödykkeillä olisi mahdollista helpottaa kyseisenlaisissa täysin sattumaan perustuvissa rahapeleissä voittamista. Esimerkkinä tällaisesta mainonnasta voisi pitää lottopelien voitonumeroiden myymistä verkkosivustolla¹⁰³³.

Joka tapauksessa olisi ollut suotavampaa, mikäli säännöksessä mainittu kiello olisi järjestetty viittaamalla suoraan väitteiden perättömyyteen, jollaista muotoilua Saksa yritti tuloksetta direktiivin valmisteluvaiheessa. Nykymuodossaan säännös kuitenkin kirjaimellisesti tulkittuna vähentänee mahdollisia todisteluongelmia, (mikäli sellaisia ylipäänsä voi syntyä), koska säännöksessä tarkoitettujen tuotteiden markkinointiväitteiden harhaanjohtavuutta ei tarvitse erikseen arvioida.¹⁰³⁴ Voi katsoa, että ylipäänsä edellä mainitun kaltaisten rahapeleissä voittamista helpottavien tuotteiden markkinointiväitteiden luokittelu sopimattomaksi johtuu niiden luonteen vuoksi lähinnä direktiivissä esiintuodusta pyrkimyksestä suojella erityistä suojaa tarvitsevia, vaikutukselle alttiita kuluttajaryhmiä, kuten esim. lapsia¹⁰³⁵.

7.1.1.6 *Myynninjälkeisten palvelujen saatavuus ja kieli*

Direktiivin 2005/29/EY liitteessä I luokitellaan aina sopimattomaksi myös eräitä rajat ylittävän kaupankäynnin myynninjälkeisiä palveluja koskevia harhaanjohtavia kaupallisia menettelyjä. Tällaisia ovat liitteen I kohdassa 23 perättömän vaikutelman luominen myynninjälkeisten palvelujen saatavuudesta ja kohdassa 8

¹⁰³⁰ Tällaisia ovat esimerkiksi pokeripelaamiseen Internetissä tarkoitetut erilaisia todennäköisyyksiä laskevat ja/tai pelaamissuosituksia antavat apuohjelmat (ks. näistä esim. Bärboianu 2007:305–308). Tosin tällaisten apuvälineiden käyttö ei ole välttämättä aina sallittua.

¹⁰³¹ Bragg 2007:344 ja samankaltaisesti Tews & Bokel 2009:235. Tosin tällainenkaan määritelmä ei silti välttämättä sulje pois pelejä, joissa taidolla on osuutta voittamisessa.

¹⁰³² Ks. myös Cendon 2010:241 ja 255–256.

¹⁰³³ Esimerkiksi Italian kilpailuviranomainen AGCM (Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato) on katsonut direktiivin puheena olevaan säännökseen pohjautuvan kansallisen säädöksen nojalla sopimattomaksi menettelyn, jossa satelliittitelevisiokanavalla mainostettiin maksullista puhelinpalvelua, jossa ennustettiin loton voitonumeroita (AGCM 2008).

¹⁰³⁴ Büllsbach 2008:114.

¹⁰³⁵ Ks. Lähteenmäki-Uutela 2009:175 ja ks. myös 2005/29/EY: 5 (3) Art.

harhauttaminen myynnin jälkeen käytettävästä kielestä¹⁰³⁶. Kyseisten säännösten voi katsoa yleisesti vastaavan direktiivin pyrkimykseen lisätä luottamusta rajat ylittävään kaupankäyntiin¹⁰³⁷. Tässä alaluvussa perehdytään hieman tarkemmin kyseisiin säännöksiin.

Näistä edellä mainituista liitteen I säännöksistä kohdan 23 säännöksen voi katsoa täydentävän puheena olevan direktiivin kuudennen artiklan jo alkujaan direktiiviin 1984/450/ETY pohjautuvaa sääntelyä¹⁰³⁸. Kyseisessä kohdassa 23 säädetään sopimattomaksi ”perättömän vaikutelman luominen siitä, että tuotteeseen liittyvät myynninjälkeiset palvelut ovat saatavilla muussa jäsenvaltiossa kuin siinä, jossa tuote myydään.”¹⁰³⁹ Edellä mainittu säännös koskee sanamuotonsa mukaisesti ainoastaan rajat ylittävää kaupankäyntiä¹⁰⁴⁰. Säännökseen sanamuotoon keskeisesti liittyvästä tuotteen myyntivaltioista on mahdollista esittää verkkokauppaa koskien erilaisia tulkintoja. Kyse on lähinnä siitä, katsotaanko liiketoimi säännöksen merkityksessä tapahtuvan elinkeinonharjoittajan vai kuluttajan sijoittautumisvaltiossa. Säännöksen merkitys jäisi tosin melko vähäiseksi, jos tosiasiallisesti rajat ylittävän verkkokaupan liiketoimi katsottaisiin tapahtuvan kuluttajan asuinvaltiossa (esim. tavaran vastaanotto paikan pohjalta) siitä riippumatta, mihin jäsenvaltioon liiketoimen vastapuolena oleva elinkeinonharjoittaja on sijoittautunut. Tämä ei liene säännöksessä tarkoituksena. Direktiivin sisämarkkinoita ja kuluttajansuojaa edistämään pyrkivän tarkoituksen pohjalta voinee sen sijaan katsoa, että säännöksessä myyntipaikan määrittämisessä ratkaisevaa on kyseiseen liiketoimeen liittyvän elinkeinonharjoittajan sijoittautumisvaltio¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ 2005/29/EY:liite I kohdat 8 ja 23. Suomessa liitteessä I käytetty myynninjälkeiset palvelut -termi on korvattu direktiiviä toimeenpantaessa termillä asiakastuki (ks. valtioneuvoston asetus 601/2008:1 (7 ja 21) §). Kirjaimellisesti tulkittuna tämä käsite ei kattane kuitenkaan kaikkia direktiivissä tarkoitettuja myynninjälkeisiä palveluita, kuten takuita. Direktiivin yhtenäisen soveltamisen kannalta olisi suotavampaa käyttää samoja termejä kuin direktiivissä on käytetty, varsinkin kun kyse on direktiivin liitteestä, joka on luonteeltaan tarkoitettu vaikeasti muutettavaksi ja sellaisenaan sovellettavaksi (ks. myös 2005/29/EY:5 (5) Art.).

¹⁰³⁷ 2005/29/EY:johdanto 3–5 ja Büllesbach 2008:141.

¹⁰³⁸ Palvelun saatavuus on mainittu yhtenä harhaanjohtavan mainonnan arviointipiirteenä jo direktiivissä 1984/450/ETY ja tutkimuksen kohteena olevan direktiivin kuudennessa artiklassa se sisältyy tuotteen saatavuutta koskevaan tietoluokkaan, jota koskevaan harhaanjohtavuuteen tulee kaupallista menettelyä arvioitaessa kiinnittää huomiota (1984/450/ETY:3 (a) Art. ja 2005/29/EY: 2 (c) Art. ja 6 (1 b) Art.).

¹⁰³⁹ 2005/29/EY:liite I kohta 23.

¹⁰⁴⁰ Rajat ylittävään kaupankäyntiin säännöksessä viitataan siten, että jäsenvaltio, jossa tuote myydään, on säännöksen mukaan eri kuin missä tuotteeseen liittyviä myynninjälkeisiä palveluita vihjataan perättömästi olevan saatavilla (2005/29/EY:liite I kohta 23).

¹⁰⁴¹ Ks. vastaavasti Büllesbach 2008:144 sekä direktiivin tarkoituksesta esim. 2005/29/EY: johdanto 4–6.

Säännös koskee sanamuotonsa mukaan perusteettoman vaikutelman luomista myynninjälkeisten palveluiden saatavuudesta rajat ylittävässä kaupankäynnissä toisessa jäsenvaltiossa¹⁰⁴². Tällaisia palveluita ovat esimerkiksi tuotteen takuu, huolto, korjaus ja asiakaspalvelu¹⁰⁴³. Puheena olevan liitteen I kohdan 23 voikin katsoa heijastavan direktiivin pyrkimystä lisätä kuluttajien luottamusta rajat ylittävään kaupankäyntiin erityisesti teknisesti monimutkaisten ja arvokkaiden tuotteiden osalta, sillä niiden osalta kyseiset palvelut lienevät merkityksellisimpiä¹⁰⁴⁴. Kaikkiaan säännöksen voi katsoa myös epäsuoran verkkokaupan osalta tukevan, niiltä osin kuin on kyse rajat ylittävästä kaupankäynnistä, etämyyntidirektiivissä elinkeinonharjoittajalle asetettua velvollisuutta ilmoittaa kuluttajalle kaikissa tapauksissa, mutta viimeistään tavaran luovutushetkellä, myynnin jälkeen olemassa olevista palveluista¹⁰⁴⁵.

Myynninjälkeisten palvelujen saatavuutta koskevan harhaanjohtamisen lisäksi liitteessä I kohdassa 8 kiinnitetään huomiota myös myynninjälkeisten palveluiden kieltä koskevaan harhauttamiseen. Säännöksessä säädetään hieman vaikeaselkoisesti sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi elinkeinonharjoittajan ”sitoutuminen tarjoamaan myynninjälkeisiä palveluita kuluttajille, joihin elinkeinonharjoittaja on ollut yhteydessä myyntiä edeltäneessä viestinnässä kielellä, joka ei ole sen jäsenvaltion virallinen kieli, jossa elinkeinonharjoittaja sijaitsee, ja tällaisen palvelun tarjoaminen jälkeenpäin ainoastaan jollain muulla kielellä, ilman että tästä ilmoitetaan selvästi kuluttajalle ennen tämän sitoutumista liiketoimeen.”¹⁰⁴⁶ Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa direktiivissä, kuten muissakaan verkkokauppaan liittyvissä direktiiveissä, kielikysymyksiin ei ole juurikaan kiinnitetty huomiota, sillä vierasta kieltä koskevat kielikysymykset ovat kuuluneet pääsääntöisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan¹⁰⁴⁷. Puheena olevaa direktiiviä valmisteltaessakin katsottiin pikemminkin, että kielellisten seikkojen merkitys vähennee kuluttajien lisääntyneen kielitaidon ansiosta¹⁰⁴⁸. Verkkokaupan kielikysymyksiä koskevan sääntelyn kannalta sanottu säännös ei juurikaan tuo muutosta aiempaan tilanteeseen. Puheena olevassa säännöksessä kielikysymys liittyy lähinnä käytettävää kieltä koskevaan harhaanjohtamiseen myynninjälkeisten palveluiden osalta rajat ylittävässä kaupankäynnissä, ei niinkään kielen asemaan kaupankäynnissä sinänsä.

¹⁰⁴² 2005/29/EY:liite I kohta 23.

¹⁰⁴³ Svensson ym. 2010:167.

¹⁰⁴⁴ Büllesbach 2008:141.

¹⁰⁴⁵ 1997/7/EY: 5 (1) Art.

¹⁰⁴⁶ 2005/29/EY:liite I kohta 8.

¹⁰⁴⁷ Ks. esim. 1997/7/EY:johdanto 8. ja 2000/31/EY: johdanto 63 ja 1 (6) Art.

¹⁰⁴⁸ SEC (2003) 724:5–6.

Myynninjälkeisiä palveluita laajemmaltikin kielimuurin voi kuitenkin edelleen, lisääntyneestä kielitaidosta huolimatta, usein katsoa vaikuttavan rajat ylittävään kaupankäyntiin. Tuttu kieli on omiaan helpottamaan kuluttajien ostosten tekoa rajat ylittävässä verkkokaupassa ja houkuttelemaan heitä myös ulkomaisen verkkokaupan asiakkaisiksi. Tutun kielen käyttäminen saattaa siten olla omiaan toimimaan valintaperusteena rajat ylittävässä verkkokaupassa tilanteessa, jossa sama tuote on saatavilla usealta elinkeinonharjoittajalta¹⁰⁴⁹. Vastaavasti ennen sopimuksen solmimista käytetty kieli sinänsä on omiaan luomaan kuluttajalle luottamuksen siitä, että elinkeinonharjoittaja on sitoutunut tarjoamaan samalla kielellä palveluita sopimuksen solmimisen jälkeenkin¹⁰⁵⁰. Säännöksen voi katsoa pyrkivän lisäämään luottamusta rajat ylittävään kaupankäyntiin suojaamalla kuluttajia nimenomaisesti odottamattomalta kielenvaihdolta myös sopimuksen syntymisen jälkeen.¹⁰⁵¹ Käytännössä puheena olevan liitteen I säännöksen mukaisesti elinkeinonharjoittajan, joka harjoittaa rajat ylittävää verkkokauppaa, tulee jo sopimusehdoissaan selkeästi ilmoittaa, millä kielellä tarjoaa sopimuksen syntymisen jälkeisiä palveluita, ellei tarjoa niitä verkkokaupassaan käyttämällä kielillä¹⁰⁵². Sanotun säännöksen voi katsoa epäsuoran rajat ylittävän verkkokaupan osalta osittain tukevan aiemmin mainittua etämyyntidirektiivissä elinkeinonharjoittajalle asettua velvollisuutta ilmoittaa kaupanteon jälkeisistä palveluista¹⁰⁵³. Liitteen I säännöksen mukaisen myynnin jälkeen käytettävän kielen voi katsoa nivoutuvan näihin kaupanteon jälkeisiin palveluihin osana kyseisten palveluiden luonnetta.

¹⁰⁴⁹ Ks. myös Cendon 2010:248.

¹⁰⁵⁰ Vastaavasti Büllersbach 2008:72.

¹⁰⁵¹ Büllersbach 2008:71–72.

¹⁰⁵² Tosin säännös ei, hieman moniselitteisen sanamuotonsa mukaisesti, koske tilanteita, joissa elinkeinonharjoittaja ei tarjoa aiemmin käyttämällään sijoittautumisvaltion virallisella kielellä myynnin jälkeisiä palveluita (2005/29/EY:liite I kohta 8). Tällaisia hieman epätodennäköisiä tilanteita tulee arvioida direktiivin kuudennen artiklan pohjalta. Liitteen kieltojen sellaisenaan sovellettavaksi tarkoitetun luonteen vuoksi suotavampana ja selkeämpänä ratkaisuna olisi voinut kuitenkin pitää sitä, että puheena oleva säännös olisi koskenut kaikkea myynnin jälkeisissä palveluissa käytettäviä kieltä koskevia perättömiä lausumia siitä riippumatta, mikä on kielen virallinen asema elinkeinonharjoittajan sijaintivaltiossa.

¹⁰⁵³ Ks. 1997/7/EY:5 (1) Art. Lisäksi tämänkin säännöksen voi katsoa liittyvän direktiivin kuudennen artiklan, harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin pohjautuvaan, harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn arviointipiirteensä direktiivissä 2005/29/EY listattuun tuotteen saatavuutta koskevaan tietoluokkaan (1984/450/ETY:3 (a) Art. ja 2005/29/EY: 2 (c) Art. ja 6 (1 b) Art.).

7.1.2 Sopimattomat markkinointimenetelmät

7.1.2.1 Täkymainonta ja -myynti

Direktiivin 2005/29/EY liitteessä I säädetään sopimattomiksi kaupallisiksi menettelyiksi useita myynti- ja myynninedistämismenetelmiä alkaen viidentenä ja kuudentena liitteen I luettelossa listatuista täkymainonnasta ja -myynnistä. Molemmat mainitut kaupalliset menettelyt on kytketty direktiivissä ostokehoutuksen yhteyteen. Toisin sanoen menettelyt liittyvät direktiivin toisen artiklan i-kohdan mukaiseen konkreettiseen kaupalliseen viestintään, joka käytettyyn viestintävälineeseen nähden asianmukaisesti ilmaistun hinnan ja tuotteen ominaisuuksien pohjalta mahdollistaa kuluttajalle ostoksen tekemisen.¹⁰⁵⁴ Edellä mainituissa sopimattomiksi säädettyissä kaupallisissa menettelyissä keskeistä on pyrkimys joko houkuttaa kuluttaja harhauttavalla tiedolla kauppapaikalle (täkymainonta) tai ostamaan muu tuote, kuin jota on mainostettu (täkymyynti). Kyseiset kaupalliset menettelyt sopimattomaksi määrittelevien liitteen I säännöksiä tarkoitusena voi katsoa olevan lisätä markkinoinnin läpinäkyvyyttä estämällä tällaiset kuluttajien perustellun ratkaisuntekokykyyn vaikuttamaan pyrkivät kaupalliset menettelyt. Täkymainontaa ja -myyntiä voi katsoa sivuttavan epäsuorasti jo myös direktiivissä 1984/450/ETY ja puheena olevan direktiivin kuudennessa artiklassa; molemmissa mainitaan tietoluokkina, joiden harhaanjohtavuuteen tulee kiinnittää huomiota tuotteen saatavuus ja määrä sekä tuotteen olemassaoloa koskevat tiedot¹⁰⁵⁵. Liitteen I säännökset menevät niiden erityissäännösluonteen vuoksi tässä suhteessa kuitenkin etusijalle, kuten aiemmin on todettu. Seuraavaksi käydään hieman tarkemmin läpi em. kaupallisia menettelyjä direktiiviin 2005/29/EY liitteen I valossa.

Täkymainontana direktiivissä pidetään hintatiedon sisältävää tuotteiden mainontaa ilmoittamatta, että elinkeinonharjoittajalla: ”on kohtuullisia perusteita uskoa, ettei hän kykene toimittamaan tai järjestämään toista elinkeinonharjoittajaa toimittamaan näitä tai vastaavia tuotteita kyseiseen hintaan sellaisen ajan ja sellaisia määriä, jotka ovat kohtuullisia, tuote, sen myynninedistämiseksi toteutettujen toimien laajuus ja tarjottu hinta huomioon ottaen.”¹⁰⁵⁶. Sanotunlaisen täkymainonnan määrittelemine sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi ei sinänsä ole uutta, sillä täkymainonta on entuudestaan kiellettyä useissa jäsenvaltioissa¹⁰⁵⁷. Täkymainonnan kielto juontaa siihen usein liittyvästä epäsuorasta pyrkimyksestä

¹⁰⁵⁴ 2005/29/EY: 2(i) Art. ja liite I kohdat 5–6 sekä ks. myös SEC (2009) 1666:48.

¹⁰⁵⁵ 2005/29/EY:6 (1b) Art. ja ks. myös 1984/450/ETY:3 (a) Art.

¹⁰⁵⁶ 2005/29/EY:liite I kohta 5.

¹⁰⁵⁷ Howells ym. 2006:162.

edistää toisen tai toisten tuotteiden myyntiä houkuttelemalla kuluttaja kaupap paikalle harhaanjohtavilla tuotteiden saatavuutta koskevilla tiedoilla. Puheena olevan kaupallisen menettelyn kieltävä sääntely toisin sanoen velvoittaa mainonnan suunnittelun vastaamaan logistiikan mahdollisuuksia¹⁰⁵⁸.

Välttääkseen kaupallisen menettelynsä, johon saattaa liittyä tuotteiden riittävyysongelmia, mahdollisen luokittelamisen täkymainonnaksi, elinkeinonharjoittajan on liitteen I säännöksen perusteella ilmoitettava näistä mahdollisista saatavuusrajoitteista etukäteen kaupallisessa viestinnässään. Edellytyksenä on, että hänellä on kohtuullisia perusteita uskoa sellaisten syntyminen.¹⁰⁵⁹ Elinkeinonharjoittaja voisi täten esimerkiksi suoraan ilmoittaa mainonnassaan rajoituksista tarjouksen ajalliseen keston tai tietyin edellytyksin rajoituksista tarjottujen tuotteen määrässä¹⁰⁶⁰. Verkkokaupassa tuotteen riittävyteen liittyvien tietojen antaminen voisi puolestaan olla toteutettavissa esimerkiksi käyttäen hyväksi kaupan varastotietokantaa, mikäli se on kytketty kuluttajien nähtäväksi verkkokaupan sivustolle.

Ratkaisevaa säännöksen soveltamisen kannalta on, miten tietyllä hinnalla mainostetuilta tuotteilta vaadittava toimitusmäärä kohtuullisen ajan ja määrän mukaan määritellään tilanteessa, jossa mainonnassa ei ole esitetty niitä koskevia rajoituksia¹⁰⁶¹. Säännöksessä kohtuullinen määrä ja aika ovat kytketty myynninedistämistoimien laajuuteen, tuotteeseen ja tuotteen hintaan. Täten arvioinnissa huomioon otettavia seikkoja voivat tuotteen osalta olla mm. tuotteen laji, laatu ja käyttötarkoitus sekä tuotteen varastoimiskelpoisuus¹⁰⁶². Lisäksi arvioinnissa voi katsoa vaikuttavan esim. tuotteen säilyvyys ja se, onko kyse kesto- vai kertakulutushyö-

¹⁰⁵⁸ Vastaavasti Saine 2008:166.

¹⁰⁵⁹ Ks. 2005/29/EY:liite 1 kohta 5.

¹⁰⁶⁰ Samankaltaisesti Tews & Bokel 2009:224.

¹⁰⁶¹ Saksassa, jossa täkymainonnan kieltö oli ennen direktiiviä tiukempi, lisättiin direktiivin toimeenpanevaan kansalliseen säännökseen elinkeinonharjoittajalle kumotun UWG -lain 5 (5) §:n mukainen velvoite pystyä tarvittaessa osoittamaan, että mainonnan jälkeen loppuunmyytyä tuotetta on ollut mainontahetkellä varastossa kahden päivän varasto (§ UWG: Anhang zu § 3 Abs. 3 (5) ja Gesetzentwurf 16/10145:31). Maksimiharmonisointidirektiiviin kuulumattoman määräajan sisällyttämistä kansalliseen säännökseen lainsäätäjä on perustellut sillä, että direktiivin johdannon (kohta 21) ja artiklan 12 mukaan todistustaakkaa koskevat säännökset (jollaiseksi lainsäätäjä kahden päivän aikarajan tulkitsee) tulee määritellä kansallisessa lainsäädännössä (Gesetzentwurf 16/10145:31 sekä 2005/29/EY:12 Art. ja johdanto 21). Kahden päivän hieman moniselitteisen aikarajan lisääminen suoraan säännökseen lienee kuluttajien kannalta edullista, kuten Saksan lainsäätäjä toteaa (ks. Gesetzentwurf 16/10145:31). Sen sijaan se, mahdollistaako direktiivi ja siinä noudatettu pyrkimys täysharmonisointiin, liitteen I kohtaan kuulumattoman aikarajan lisäämisen kansalliseen säännökseen, on herättänyt Saksassa keskustelua puolesta ja vastaan (ks. tästä keskustelusta Keirsbilck 2009:524–525 ja alaviite 142).

¹⁰⁶² Esim. Ekey 2009:102–103.

dykkeestä¹⁰⁶³. Myynninedistämistoimien osalta keskeisenä puolestaan voi pitää niiden laajuutta; mitä laajempia myynninedistämistoimet ovat, sitä suurempaa tarjouksen ajallista ja määrällistä kestoa voi katsoa olevan perusteltua odottaa tarjoukselta. Muilta osin kohtuullisen tarjouksen keston määrittely on käytännössä tehtävä tapauskohtaisesti ottaen huomioon keskivertokuluttajan mahdolliset odotukset. Esimerkiksi suoraan kuluttajaverkkokauppaan liittyvien lentolippujen mainoskampanjoissa on Internetissä voinut katsoa olevan piirteitä, jotka ovat lähenneet täkymainontaa. Tässä tyypillistä on ollut lentojen mainostaminen hinnoilla, joita ei ole ollut saatavilla kuin harvoin ja huonoina ajankohtina tai, jotka ovat kohdistuneet vain muutamaankin istuinpaikkaan lentokoneessa.¹⁰⁶⁴

Puheena olevan säännöksen menettely liittyy usein verkon ulkopuoliseen kaupankäyntiin, jossa elinkeinonharjoittajat mainostavat pienikokoisia halpoja tuote-eriä pyrkimyksenään saada asiakkaita liikkeisiinsä. Nämä tuotteet ovat yleensä sellaisia, jotka kuluttajat tuntevat hyvin ja joiden hintatasoa on helppo verrata muiden tarjoajien tuotteisiin¹⁰⁶⁵. Tällainen mainonta on usein selkeärajaista. Kohtuulliseen aikaan liittyvä kysymys on sinänsä pulmallinen myös siitä näkökulmasta, että ilman nimenomaista asiaa koskevaa ilmoitusta, esim. verkossa, kuluttajan on vaikea päätellä, milloin mainostaminen on aloitettu, eli mistä hetkestä kohtuullinen aika tulee laskea. Täten sanoen säännös tuo esiin esim. etämyyntidirektiivissä verkkokauppaa harjoittavalle elinkeinonharjoittajille asetetun tarjouksen voimassaoloajan ilmoittamisvelvoitteen noudattamisen tärkeyden¹⁰⁶⁶.

Jos elinkeinonharjoittajan ei ole katsottavissa toimittaneen kohtuullista aikaa ja kohtuullisia määriä mainostettuja tuotteita, on säännöksen pohjalta arvioitava, olisiko huolellisesti toimineella elinkeinonharjoittajalla ollut kohtuullisia perusteita uskoa sanotussa tilanteessa toimitusmahdollisuuksiin. Toisin sanoen on selvittävä, onko menettelyssä kyse huolellisesti toimivan elinkeinonharjoittajan näkökulmasta tahallisesta harhaanjohtamisesta. Huolellisesti toimivan elinkeinonharjoittajan näkökulmasta esimerkiksi vaikeasti ennakoitavat esteet saattaisivat muodostaa perusteen, joka voisi oikeuttaa tuotteiden riittämättömän tarjonnan. Tällaisia saattaisivat olla esimerkiksi epätavallisen suuri kysyntä ja ylivoimaiset ns. force majeure esteet, joihin elinkeinonharjoittajan on vaikea ennakoita varautua.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶³ Büllesbach 2008:60. Näistä esimerkiksi huonosti säilyvän tuotteen osalta tarjouksen ei voi olettaa olevan kovin pitkä ajalliselta kestoaltaan.

¹⁰⁶⁴ Ks. myös Coteanu 2005:21–22.

¹⁰⁶⁵ Ks. myös Aaltonen 1985:47.

¹⁰⁶⁶ Ks. 1997/7/EY:4 (1 h) Art.

¹⁰⁶⁷ Büllesbach 2008:59–60 ja Boesche 2009:365.

Toisaalta säännöksen tavoitteeseen nähden voi kritisoida sitä, että säännös ei velvoita tarjoamaan riittävästi mainostettua tuotetta, vaan riittää myös, jos elinkeinonharjoittaja tarjoaa riittävästi vastaavanlaista tuotetta. On katsottavissa, että tämä on ristiriidassa säännöksen tavoitteiden kannalta.¹⁰⁶⁸ Tästä syystä suotavaa on, että säännöksessä käytettyä vastaavan tuotteen käsitettä tulkitaan supistavasti¹⁰⁶⁹. Säännöksen merkityksessä vastaaviksi tuotteiksi voisi lukea täten ominaisuuksiltaan ja käyttötarkoituksiltaan vastaavat, hinnaltaan samantasoiset mutta laadultaan vähintään vastaavat tuotteet. Arvioinnin tukena voisi käyttää myös etämyyntidirektiiviä, jossa korvaavalla tuotteella tarkoitetaan vastaavankaltaista tuotetta hinnan ja laadun suhteen¹⁰⁷⁰. Epäsuoran verkkokaupan osalta tämän säännöksen voikin katsoa jossain määrin tukevan edellä viitatussa etämyyntidirektiivissä korvaavan tuotteen toimittamismahdollisuutta koskevan säännöksen tarkoituksenmukaista soveltamista.

Liitteen I kuudennessa kohdassa säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi myös täkymyynti. Täkymyyntillä sanotussa liitteessä tarkoitetaan kolmea tilannetta. Tällaisia ovat tilanteet, (a) joissa myyjä ei suostu näyttämään kuluttajalle mainostamaansa tuotetta, (b) ei suostu ottamaan tilauksia tai toimittamaan mainostettua tuotetta kohtuullisessa ajassa tai (c) näyttää viallisen tuotteen tarkoituksenaan muiden tuotteiden myyminen¹⁰⁷¹. Toisin sanoen tällaisessa kaupankäynnissä elinkeinonharjoittaja tarjoaa tarkoituksellisesti menettelyn englanninkielisen nimityksen mukaisesti ”syöttinä” (engl. bait) kuluttajaa houkuttelevaa, yleensä halpahintaista tuotetta ja tämän jälkeen pyrkii tarkoituksella kääntämään (engl. switch) kuluttajan huomion kalliimpaan ja elinkeinonharjoittajalle suuremman tuoton tarjoavaan tuotteeseen¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁸ Büllesbach 2008:61–62 ja 2005/29/EY:liite I kohta 5. Suomessa tämä huomioitiin säännöksen toimeenpanossa jättämällä luettelon toimeenpanevesta asetuksesta pois maininta muista vastaavista tuotteista viittaamalla ainoastaan kyseisiin hyödykkeisiin, joita on mainostettu. (ks. valtioneuvoston asetus 601/2008:1 (4) §). Näin kirjaimellisesti luettuna Suomessa toimeenpantu säännös on tosin elinkeinonharjoittajan kannalta tiukempi kuin direktiivissä edellytetään.

¹⁰⁶⁹ Samansuuntaisesti myös Boesche 2009:364–365.

¹⁰⁷⁰ Etämyyntidirektiivin pohjalta jäsenvaltiot voivat säätää elinkeinonharjoittajalle mahdollisuuden toimittaa korvaavan tuotteen siinä tilanteessa, että hän ei kykene toimittamaan tilattua tuotetta vaaditussa ajassa ja tästä mahdollisuudesta on kuluttajalle etukäteen selkeästi ja ymmärrettävästi ilmoitettu (ks. 1997/7EY:7(3) Art.).

¹⁰⁷¹ 2005/29/EY:liite I kohta 6. Komission alkuperäisessä esityksessä yhtenä täkymyyntiin liittyvänä piirteenä mainittiin myös tarjotun ”tuotteen parhaaminen” (Kom 2003/356 lopullinen: Liite 1 kohta 4 (c)). Tällaisten muiden mahdollisesti täkymyyntiin pyrkivien kaupallisten menettelyjen arviointi on täten tehtävä direktiivin muiden artiklojen nojalla.

¹⁰⁷² Büllesbach 2008:63–64 ja 66.

Säännöksessä esitetyistä täkymyynnin muodoista verkkokauppaa voi katsoa si-
vuavan menettely, jossa elinkeinonharjoittaja ei suostu ottamaan tilauksia tai toi-
mittamaan mainostettua tuotetta kohtuullisessa ajassa¹⁰⁷³. Kohdassa mainittu koh-
tuullinen toimitusaika on epämääräinen ja tulkinnanvarainen käsite myös verkko-
kaupan osalta¹⁰⁷⁴. Suuntaa-antavana voisi yleisellä tasolla pitää etämyyntidirektiiv-
in säännöstä, jossa edellytetään, että mikäli toimitusaikaa ei ilmoiteta, tuote tulee
toimittaa viimeistään sitä päivää seuraavana päivänä, jolloin 30 päivää on kulunut
siitä, kun kuluttaja on antanut tilauksen kauppiaille¹⁰⁷⁵. Mekaaniset aikarajat eivät
tule aina kyseeseen. Yleisesti ottaen tuotteiden kohtuullisen toimitusajan voi kat-
soa vaihtelevan myös tuotekohtaisesti. Joka tapauksessa liitteen I säännöksessä
lienee tarkoitettu yleiseen tasoon verrattuna tavanomaista huomattavasti pidempiä
toimitusaikoja¹⁰⁷⁶. Toisaalta pelkkä pitkä toimitusaika tai kieltäytyminen sopi-
muksen solmimisesta eivät sinänsä tee menettelystä täkymyyntiä, ellei niihin liity
selvää säännöksessä mainittua subjektiivista tarkoituksellista pyrkimystä edistää
sen varjolla muiden tuotteiden menekkiä. Tämä pyrkimys voi tosin olla vaikeasti
todistettavissa.

7.1.2.2 *Negatiivinen sopimussidonta*

Negatiivisena sopimussidontana pidetään sellaista kuluttajalle epäsuotuisaa tilan-
netta, jossa kuluttajalle lähetetään tuotteita ilman, että hän on niitä oma-
aloitteisesti tilannut tai muulla tavoin sitoutunut niitä vastaanottamaan. Kuluttajan
odotettaisiin tällaisessa tilanteessa, jos menettely olisi sallittu, joko palauttavan
tilaamatta lähetetyt tuotteet tai muussa tapauksessa sopimus katsottaisiin synty-
neeksi ja kuluttaja joutuisi maksamaan tuotteet. Negatiivisena sopimussidontana
ei luonnollisestikaan pidetä kuluttajan solmimia pitkä-aikaisia tai määräaika-
sopimuksia, jotka liittyvät tuotteiden tai palveluiden toimittamiseen tiettyinä ai-
koina ja joissa kuluttajan passiivisuus yleensä merkitsee sopimusehtojen mukaan
sitoutumista tilaukseen. Negatiivista sopimussidontaa ei ole myöskään ilmaisnäyt-
teiden ja tutustumiskappaleiden avulla tapahtuva markkinointi. Kyse on negatiivi-
sista sopimussidonnasta vasta kun vaaditaan maksua tai suoritusta tällaisista ti-

¹⁰⁷³ Muut listatut täkymyynnin piirteet (kohta a ja c) viittaavat tilanteisiin, jossa myyjä ja elinkei-
nonharjoittaja ovat samanaikaisesti läsnä (sanotuissa menettelyissä elinkeinonharjoittaja ei
suostu näyttämään tai näyttää viallisen version mainostetusta tuotteesta kuluttajalle)
(2005/29/EY:liite I kohta 6 (a ja c)). Näiltä osin säännöksen voi katsoa rajauksensa pohjalta
liittyvän lähinnä verkkokaupan ulkopuoliseen markkinointiin, kuten esim. elinkeinonharjoitta-
jan myymälässä harjoittamaan suulliseen markkinointiin tai myynti-ikkunamarkkinointiin (ks.
yleisesti Koivumäki & Häkkänen 2010:46 ja Wieczorek-Schwarz 2010:165).

¹⁰⁷⁴ Boesche 2009:370.

¹⁰⁷⁵ 1997/7/EY: 7 (1) Art.

¹⁰⁷⁶ Büllersbach 2008:65–66.

laamatta lähetetyistä tuotteista.¹⁰⁷⁷ Tällaista negatiivista sopimussidontaa sivuavia kaupallisia menettelyjä käsitellään direktiivin 2005/29/EY liitteessä I kohdissa 21 ja 29.

Negatiiviseen sopimussidontaan liittyen ensimmäisenä liitteen I kohdassa 21 säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi ”laskun tai vastaavan maksua koskevan asiakirjan sisällyttäminen markkinointiaineistoon siten, että kuluttajalle annetaan perätön vaikutelma, että hän on jo tilannut markkinoidun tuotteen”¹⁰⁷⁸. Toisin sanoen säännöksen voi katsoa liittyvän sellaiseen kaupalliseen menettelyyn, jossa kuluttajalle pyritään antamaan harhaanjohtava käsitys siitä, että liike-toimi on jo päätetty, jolloin kuluttaja saattaisi päätyä menettelyn seurauksena maksamaan tuotteen, jota ei ole tilannut¹⁰⁷⁹. Liitteen I kohdan 21 säännöksellä pyritään täten estämään kaupalliset menettelyt, joissa menettelyn luonne negatiivisena sopimussidontana yritetään peittää.

Puheena olevan säännöksen mukaan harhaanjohtava käsitys tilauksesta voidaan laskun lisäksi antaa myös muulla aineistolla. Tällaista kuluttajalle osoitettua muuta maksuun liittyvää aineistoa voivat olla esim. tarjoukset, tilausvahvistukset yms.¹⁰⁸⁰. Ratkaisevaa kuitenkin on, että aineisto liittyy tuotteen maksamiseen edes jollain tavoin¹⁰⁸¹. Säännöksen merkityksessä aiheettomien laskujen ym. vastaavien aineistojen ei tarvinne pelkästään ”sisältyä” markkinointiaineistoon, vaan riittäänee myös, jos tällaista aineistoa sellaisenaan käytetään markkinointiaineistona¹⁰⁸². Harhaanjohtamisen vaaraa voinee pitää jopa suurempana, mikäli tällaista aineistoa käytetään sellaisenaan yksistään markkinointiaineistona¹⁰⁸³. Joka tapauksessa, koska säännös koskee vaikutelman luomista, ratkaisevaa tässä suhteessa on, millainen kokonaiskuva menettelystä objektiivisesti katsoen aiheutuu keski-vertokuluttajalle. Esimerkiksi aineiston konkreettisuutta, kuten markkinointiaineistoon sisällytettyjä tai markkinointiaineistona käytettyjä yksityiskohtaisia laskuja, voi pitää merkittävänä, jotta kuluttajalle voisi syntyä säännöksessä mainittu perätön vaikutelma siitä, että hän on tilannut tietyn tuotteen. Sanottu säännös sinänsä ei kuitenkaan estä laskujen yms. aineistojen käyttämistä markkinointiai-

¹⁰⁷⁷ Paloranta 2008:56 ja Svensson ym. 2010:182.

¹⁰⁷⁸ 2005/29/EY:liite I kohta 21.

¹⁰⁷⁹ Büllsbach 2008:135.

¹⁰⁸⁰ Svensson ym. 2010:186.

¹⁰⁸¹ Büllsbach 2008:135–136.

¹⁰⁸² Ruotsin markkinatuomioistuimien päätös vastaavanlaisen tulkintaan (ks. MD 2009:36:7).

¹⁰⁸³ Büllsbach 2008:136. Puheena oleva säännös olisi sovellettavissa myös selkeisiin laskutushuijauksiin, joissa tavoitteena on laskuttaa tavaroista ja palveluista, joita ei ole tarkoitus lähettää tai suorittaa tai jotka ovat lähes arvottomia vastaanottajalle. Tällaisia kaupallisia menettelyjä on tosin yleensä suunnattu lähinnä suoraan elinkeinonharjoittajille (Svensson ym. 2010:186).

neistossa, kunhan tällöin ei anneta perätöntä vaikutelmaa kuluttajalle siitä, että hän olisi jo tilannut markkinoidun tuotteen ja että maksuvelvollisuus olisi syntynyt¹⁰⁸⁴.

Negatiiviseen sopimussidontaan liittyy, kuten edellä on todettu, myös liitteen I kohdan 29 säännös. Kyseisessä säännöksessä säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi ”maksun vaatiminen heti tai myöhemmin elinkeinonharjoittajan toimittamista tuotteista, joita kuluttaja ei ole tilannut, tai tällaisten tuotteiden palautuksen tai säilyttämisen vaatiminen, paitsi jos tuote on direktiivin 97/7/EY 7 artiklan 3 kohdan mukaisesti toimitettu korvaava tuote (toimitus, jota ei ole tilattu)”¹⁰⁸⁵. Edellä mainittu negatiiviseen sopimussidontaan liittyvä kaupallinen menettely on listattu liitteessä I aggressiiviseksi kaupalliseksi menettelyksi. Toisaalta yhtäläillä menettelyssä voisi katsoa olevan kyse harhaanjohtavasta kaupallisesta menettelystä, sillä säännöksen voi katsoa pyrkivän estämään kaupalliset menettelyt, joissa pyritään antamaan harhaanjohtava kuva sopimussuhteen syntymisestä¹⁰⁸⁶.

Viimeksi mainitun säännöksen voi osaltaan katsoa, yhdessä muiden samansuuntaisten säännösten kanssa, estävän myös sen seikan hyödyntämisen, että jo vastaanotettujen tavaroiden takaisin toimittaminen voi tuntua kuluttajista vaikealta tai epämiellyttävältä¹⁰⁸⁷. Kuitenkin selvyuden vuoksi suotavaa olisi, että markkinoinnissa, jossa tuotteita lähetetään tilaamatta, mainittaisiin tuotteen ilmaisuudesta. Ongelmallista on, jos tuote on vahingossa toimitettu väärään osoitteeseen. Selkeä tuotteen ilmaisuudesta ilmoittaminen säästäisi myös kuluttajan aikaa ja vaihua. Ilman tarkempaa tietoa tilaamatta lähetetyn tuotteen toimituksen taustoista ja

¹⁰⁸⁴ Esim. Koivumäki & Häkkänen 2010:48. Esimerkiksi tilisiirtolomakkeita käytettäessä markkinointiaineistoissa tulee huolehtia siitä, ettei keskivertokuluttaja saa sellaista käsitystä, että kyseessä olisi velvoittava lasku (Koivumäki & Häkkänen 2010:37). Suomessa Asiakkuusmarkkinointiliitto on vuonna 2005 julkaissut omat ohjeet tilisiirron käyttämisestä markkinoinnissa. Niissä ohjeistetaan, millä tavoin markkinoinnissa mahdollisesti käytettävä tilisiirtolomake tulisi muotoilla, että siitä ei välittyisi vaikutelmaa velvoittavasta laskusta. Tällaisia muotoiluseikkoja ovat em. suosituksen mukaan mm. eräpäivän ja lasku-sanan käytön välttäminen ja tarjous-sanan esille tuominen tilisiirtolomakkeessa. (ks. tarkemmin Asiakkuusmarkkinointiliitto 2005). Tätä aiemmin, vuonna 2003, markkinaoikeus piti sopimattomana autokatsastusyrityksen menettelyä, jossa se kirjeitse markkinoi palveluaan sisällyttämällä aineistoon kaksi esitetyttä tilisiirtolomaketta. Markkinaoikeus katsoi sanotun menettelyn antaneen epäselvän kuvan markkinointiaineiston luonteesta. (MAO 2003/18).

¹⁰⁸⁵ 2005/29/EY:liite I kohta 29.

¹⁰⁸⁶ Svensson ym. 2010:181. Aggressiiviseksi sanotun kaupallisen menettelyn voisi katsoa siinä vaiheessa, jossa kuluttajalta sinnikkäästi vaaditaan tällä tavoin markkinoitujen tuotteiden maksamista ja varsinkin, jos vaatimusta vielä tehostetaan erilaisin uhkailuin tai oikeustoimin (vastaavasti Svensson ym. 2010:186).

¹⁰⁸⁷ Boesche 2009:386, Tews & Bokel 2009:246 ja Cendon 2010:285

erityisesti mikäli kyseessä on arvokas tuote, voisi kohtuullisena pitää, että kuluttaja ennen tuotteen mahdollista hävittämistä kuitenkin selvittäisi, mistä tilaamatta lähetetyn tuotteen saapuminen johtuu, ellei pyrkimys negatiiviseen sopimussidontaan tai erehdys käy selkeästi ilmi. Puheena olevat säännökset ja toisen tavaraan liittyvän huolenpitovelvollisuuden kumoutuminen eivät välttämättä koske erehdyksessä lähetettyjä tuotteita.¹⁰⁸⁸

Molemmat em. negatiiviseen sopimussidontaan liittyvät säännökset menevät osittain päällekkäin ja myös niiden sääntelemät menettelyt voivat tapahtua samankaltaisesti¹⁰⁸⁹. Viimeksi mainittu säännös koskee lähinnä tilannetta, jossa elinkeinonharjoittaja pyrkii tarjoamansa tuotteet lähettämällä luomaan perättömän vaikutelman tehdystä tilauksesta, kun taas ensin mainittu säännös koskee menettelyä, jossa elinkeinonharjoittaja yrittää luoda muulla markkinointiaineistolla kuin tarjoamallaan tuotteella vaikutelman tehdystä tilauksesta¹⁰⁹⁰. Yleisesti ottaen molemmissa em. kaupallisissa menettelyissä on tarkoituksena käyttää hyväksi kuluttajan mahdollisesti puutteellisia tietoja sitovan sopimuksen syntymekanismista¹⁰⁹¹. Tarkoituksena on täten harhaanjohtaa kuluttaja uskomaan, että hän on jo tehnyt tai että hänen tulee tehdä ostosopimus¹⁰⁹². Puheena olevilla säännöksillä pyritään täten yhdessä muiden säännöksiensä kanssa turvaamaan kuluttajan oikeus vapaaehtoisesti päättää, ostaako hän markkinoidun tuotteen vai ei¹⁰⁹³. Elinkeinonharjoittaja ei täten voi ilman etukäteissopimusta sitoa kuluttajaa sopimukseen pelkästään sillä, että tämä jättää vastaamatta elinkeinonharjoittajan myyntitarjoukseen¹⁰⁹⁴. Keskeistä on sen sijaan, että osapuolilla tulee olla yhteisymmärrys sopimuksen solmimisesta¹⁰⁹⁵.

Negatiivinen sopimussidonta on verkkokaupan osalta kielletty yhteisön tasolla jo entuudestaan etämyyntidirektiivillä¹⁰⁹⁶. Verkkokaupan kannalta kuitenkin direktiivin 2005/29/EY liitteen I kohdan 29 säännös merkitsee hienoista tiukennusta yhteisön tason sääntely-ympäristöön, sillä siinä kielletään nimenomaisesti, myös

¹⁰⁸⁸ Ks. myös Virtanen 2010:102.

¹⁰⁸⁹ Ks. myös esim. Cendon 2010:259.

¹⁰⁹⁰ 2005/29/EY-liite I kohdat 21 ja 29. Edelleen vielä hieman yksinkertaistettuna ensin mainitussa kaupallisessa menettelyssä lasku liitetään väärän vaikutelman synnyttämiseksi markkinointiaineiston joukkoon ja jälkimmäisessä menettelyssä väärän vaikutelman synnyttämiseksi lasku toimitetaan tavaran mukana, jota kuluttaja ei ole tilannut.

¹⁰⁹¹ Melin 2009:84 ja Svensson ym. 2010:181 ja yleisesti negatiivista sopimussidontaa koskien Aaltonen 1985:43-44.

¹⁰⁹² Virtanen 2010:102.

¹⁰⁹³ Yleisesti Koivumäki & Häkkänen 2010:56.

¹⁰⁹⁴ Vastaavasti Paloranta 2008: 56.

¹⁰⁹⁵ Ks. Vainio 2005:16.

¹⁰⁹⁶ 1997/7/EY: 9 Art.

etämyyntidirektiivistä poiketen, tilaamatta lähetettyjen tuotteiden säilytyksen vaatiminen, ellei kyse ole etämyyntidirektiivin 7 (3) artiklan mukaisesta korvaavasta tuotteesta¹⁰⁹⁷.¹⁰⁹⁸ Negatiiviseen sopimussidontaan liittyvät kiellot eivät sinänsä ole uusia yhteisön ulkopuolellakaan. Myös esimerkiksi Yhdysvalloissa negatiivinen sopimussidonta on kielletty kuluttajakaupassa¹⁰⁹⁹. Myös kansainvälisen kauppakamarin (ICC) mainonnan perussääntöjen mukaan markkinoijan tulee ainakin ”välttää” kyseistä menettelytapaa¹¹⁰⁰. Negatiivisen sopimussidonnin salliminen olisikin monesta syystä mahdotonta¹¹⁰¹. Kuluttajat joutuisivat erittäin epäedulliseen asemaan elinkeinonharjoittajiin nähden, mikäli negatiivinen sopimussidonta olisi sallittua. Nykyisellään sitä koskevien kieltojen vallitessa negatiivinen sopimussidonta on riskialtis kaupankäyntimenetelmä elinkeinonharjoittajan kannalta. Sen lisäksi, että se on kielletty menetelmä, sen käyttäminen on omiaan aiheuttamaan elinkeinonharjoittajalle huonoa mainetta. Lisäksi elinkeinonharjoittajan kannalta on olemassa suuri riski, että tilaamatta lähetetyt tuotteet jäävät maksamatta ja myös palautumatta elinkeinonharjoittajalle.¹¹⁰²

7.1.2.3 Pyramidijärjestelmät

Direktiivin 2005/29/EY Liitteen I kohta 14 koskee pyramidimyyntijärjestelmiä. Pyramidimyyntijärjestelmiä voi pitää yhtenä monitasomarkkinoinnin eli verkostomarkkinoinnin muotona. Yleisesti verkostomarkkinoinnille tyypillisenä piirteenä voi pitää sitä, että verkostomarkkinointiyrityksellä ei ole kiinteää toimipaikkaa, vaan markkinoinnin hoitaa itsenäisistä jälleenmyyjistä koostuva verkosto¹¹⁰³. Sama koskee myös pyramidimyyntijärjestelmiä. Sanottu säännös koskee pyramidijärjestelmiä, joissa tuotteen myynti on kuitenkin toissijaisessa asemassa. Kyseisessä säännöksessä säädetään nimittäin sopimattomaksi ”pyramidimyyntijärjes-

¹⁰⁹⁷ Ks. 1997/7/EY: 7 (3) Art. ja 9 Art. Lisäksi direktiivillä liitetään etämyyntidirektiivin negatiivista sopimussidontaa koskevaan artiklaan viittaus sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevaan direktiiviin (2005/29/EY:15 Art.).

¹⁰⁹⁸ Suomessa viimeksi mainittu säännös jätettiin toimeenpanematta liitteen I yhteydessä, sillä vastaavankaltainen säännös, jossa myös säilytyksen tai muun toimenpiteen vaatiminen tilaamatta jätetyistä tuotteista kielletään, sisällytettiin erikseen kuluttajansuojalain uudistettuun 2. lukuun (ks. HE 32/2008:16 ja KSL 2:10 §).

¹⁰⁹⁹ Yhdysvalloissa tilaamatta lähetetyistä tuotteista yritykset eivät saa lähettää tuotteiden yhteydessä eivätkä jälkikäteen laskua. Tilaamatta lähetettyjä tuotteita vastaanottajat saavat puolestaan pitää lahjoina. Edellä mainittujen tuotteiden mukaan tulee lisäksi olla liitettynä viesti, jossa kerrotaan tästä, että tuotteita voidaan pitää lahjoina. (Yhdysvalloissa postin kautta lähetetyissä tuotteissa: 39 USC Chap. 30 Sec. 3009 ja yleisellä tasolla FTC 2002 sekä Barnes ym. 2003:121).

¹¹⁰⁰ ICC 2006: Artikla 21.

¹¹⁰¹ Ks. esim. Adlercreutz 2000:28.

¹¹⁰² Melin 2009:83–84.

¹¹⁰³ Kuluttajavirasto 2002:1.

telmän luominen, käyttäminen tai edistäminen; järjestelmässä kuluttajan tekemän suorituksen vastineena on mahdollisuus saada korvausta etupäässä muiden kuluttajien värväämisestä järjestelmään eikä tuotteiden myynnistä tai kulutuksesta”.¹¹⁰⁴ Säännöksessä kielletään kaikki em. määritelmän täyttävät kaupalliset menettelyt sen nimestä ja siitä riippumatta, ovatko ne omiaan harhaanjohtamaan kuluttajaa menettelystä ja sen luonteesta. Tosin on kyseenalaista, onko kyseistä myyntimenetelmää mahdollista onnistuneesti markkinoida varsinkaan alemmille portaille sijoittuville osallistujille ilman jonkinasteista harhaanjohtamista.

Säännöksessä mainitun kaltaisille pyramidimyyntijärjestelmille keskeistä on yleensä moniportainen jakeluketju ja se, että suurin osa järjestelmän tuloista tulee jäsenten liittymismaksuista. Verkoston ulkopuolisille asiakkaille myydään puolestaan vain vähän tuotteita. Sanotussa järjestelmässä ketjun yläosat hyötyvät tyypillisesti eniten. Alaspäin ketjua mentäessä ansiomahdollisuudet pienenevät ja harvoin vastaavat mainostettua. Tällöin alaportailta sijaitsevan osallistujan kannalta pikemminkin vaarana on järjestelmään erilaisten aloituspakettien yms. sisäänpääsymaksujen muodossa sijoitettujen rahojen menettäminen. Tämän estämiseksi osallistujan tulee rekrytoida yhä enemmän väkeä järjestelmään, mikä järjestelmän alaspäin usein eksponentiaalisesti laajenemaan pyrkivän luonteen vuoksi muodostuu vähitellen yhä vaikeammaksi. Näistä syistä tarpeeksi monta porrasta alaspäin laajennuttuaan puheena olevan kaltaisen järjestelmän pystyssä pitäminen saattaa olla vaikeaa. Kyseisen menetelmän luokitteluun harhaanjohtavaksi vaikuttaa siihen usein liittyvän harhaanjohtavan mainonnan lisäksi se, että tällaiseen myyntimenetelmään liittyy yleensä värväysvaiheessa pyrkimys hyödyntää kuluttajien hyväuskoisuutta ja tietämättömyyttä järjestelmän logiikasta.¹¹⁰⁵

Säännöstä voi pitää melko laaja-alaisena, sillä myös pyramidijärjestelmän edistämisen mainitaan kuuluvan sen alaan. Säännöksen tarkoituksena lienee täten yltää sanottuihin menettelyihin kaikilla tasoilla¹¹⁰⁶. Direktiivissä järjestelmän edistämällä tarkoitetaan menetelmän edistämistä mainonnan keinoin. Lisäksi edistämällä tarkoitettaneen myös elinkeinonharjoittajien osallistumista järjestelmään kaupallisessa tarkoituksessa.¹¹⁰⁷ Suotavaa olisi, että säännöksessä olisi kuitenkin

¹¹⁰⁴ 2005/29/EY:liite I kohta 14. Kirjallisuudessa on kritisoitu sitä, että Saksassa jätettiin voimaan UWG-lakiin myös yksityiskohtaisempi ja pidemmälle menevä pyramidijärjestelmän luomisen kielto (ks. § 16 (2) UWG ja Keirsbilck 2009:524–525). Myös Suomessa jätettiin voimaan rahankeräyslain ”pyramidipelin” järjestämiskieltoa koskeva säännös, jossa ”pyramidipeliä” käsitellään rahankeräysmuotona. Säännös on tosin asiallisesti samansisältöinen liitteen I säännöksen (ks. RahankeräysL: 4(5) § ja 9 (3) §).

¹¹⁰⁵ Ks. Büllsbach 2008:101–103 ja Cendon 2010:254–255 sekä yleisesti Taylor 2006.

¹¹⁰⁶ Büllsbach 2008:106.

¹¹⁰⁷ Büllsbach 2008:107.

täsmällisemmin määritelty soveltamisalueen rajat. Joka tapauksessa direktiivissä tarkoitettussa pyramidijärjestelmässä ei ole kyse tavanomaisesta kuluttajaverkko-kaupasta, vaan pikemminkin lähinnä rahankeräyksen muodosta, jossa lisäksi osallistujien asema kuluttajina on, kuten verkostomarkkinoinnissa yleensäkin, kyseenalainen¹¹⁰⁸. Täten säännöksen merkitys tämän tutkimuksen aihealueen kannalta on vähäinen.

7.1.2.4 Tuotteen alkuperää koskeva harhauttaminen

Tuotteen kaupallista alkuperää koskevat tiedot ovat kuluttajan näkökulmasta merkittäviä, sillä niillä pyritään usein luomaan kuvaa tuotteen laadusta yms. tuotteen valintaan vaikuttavista tekijöistä¹¹⁰⁹. Kuluttajan kannalta tuotteen alkuperän kätkeminen voi täten johtaa erehdykseen tuotteesta ja siten estää perustellun valinnan tekemisen. Harhaanjohtavan käsityksen luominen tuotteen kaupallisesta alkuperästä on kuitenkin yleensä haitallista myös erityisesti valmistajalle, jonka tuotteita jäljitellään ja tarjotaan mahdollisesti halvemmalla hinnalla.¹¹¹⁰

Direktiivin kuudennessa artiklassa säädetään, harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin pohjautuen kuten aiemmin on todettu, harhaanjohtavaksi sellainen tuotteen markkinointi, joka oletettavasti aiheuttaa sekaannusvaaran mm. kilpailijan tuotteiden kanssa ja siten on omiaan vaikuttamaan keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Lisäksi samassa kuudennessa artiklassa, edelleen harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiivin pohjautuen, tuotteen kaupallista alkuperää koskevat tiedot on listattu yhtenä tietoluokkana, jonka harhaanjohtavuuteen tulee kiinnittää huomiota kaupallisen menettelyn harhaanjohtavuutta arvioitaessa.¹¹¹¹ Tällaiset sekaannusvaaran aiheuttavat ja sanottuja seikkoja harhaanjohtavasti esittävät kaupalliset menettelyt sivuavat usein myös tekijänoikeuskysymyksiä¹¹¹². Direktiivin liitteessä I jatketaan edelleen tätä sekaannusvaarasta aiheutuvaa harhaanjohtavuutta koskevaa sääntelyä yksityiskohtaisemmalla ja rajoitummalla alueella. Liitteen I kohdassa 13 säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi ”tietyn valmistajan tuotetta muistuttavan tuotteen myynnin edistäminen harhaanjohtamalla kuluttajaa tarkoituksellisesti uskomaan, että se on kyseisen valmistajan tekemä, vaikka tämä ei pidä paikkaansa”.¹¹¹³ Puheena olevaa

¹¹⁰⁸ Ks. myös Howells ym. 2006:163 ja alaviite 151 sekä Cendon 2010:254.

¹¹⁰⁹ Bülllesbach 2008:92.

¹¹¹⁰ Wadlow 2007:184–189 ja yleisesti Rissanen 2006:84.

¹¹¹¹ 2005/29/EY:6 (1b ja 2a) Art. ja ks. myös 1984/450/ETY:3 (a) Art. ja 3a Art. Toisen elinkeinonharjoittajan tuotteiden jäljittelyyn usein liittyviä immateriaalioikeuden alaan kuuluvia kysymyksiä ei kuitenkaan liene tarkoitettu käsiteltävän tässä kuluttajansuojadirektiivissä.

¹¹¹² Boesche 2009:170.

¹¹¹³ 2005/29/EY:liite I kohta 13.

säännöstä voi pitää erityissäännöksenä em. direktiivin kuudennen artiklan sääntöihin nähden. Täten voitaneen katsoa, kuten myös Ruotsin lainsäätäjä on todennut säännöksen rajauksen pohjalta, että säännöstä tulee soveltaa selkeimpiin jäljittelemällä tapahtuviin tarkoituksellisiin harhaanjohtamisiin, kun taas muunlaisia jäljittelytapauksia tulee arvioida direktiivin kuudennen artiklan pohjalta.¹¹¹⁴

Kuten direktiivin liitteen I kohdan 13 säännöksestä käy ilmi, se koskee lähtökohdaisesti sellaisten tuotteiden markkinointia, jotka ovat siinä määrin samanlaisia, että sekaannusvaara voi syntyä direktiivissä mittapuuna käytetylle keskivertokuluttajalle. Täten käytännössä mitä suurempi samankaltaisuus tuotteiden välillä on, sitä tärkeämmäksi muodostuu se, millä tavoin tuotteen markkinoinnissa on kiinnitetty huomiota tuotteen yksilöllisiin, muista erottaviin tekijöihin¹¹¹⁵. Yksinkertaisimmin sekaannusvaara olisi torjuttavissa, mikäli elinkeinonharjoittaja käyttäisi omaa tai muiden tuotteita markkinoidessaan keskivertokuluttajan kannalta riittävän erottuvaa toiminimeä tai tavaramerkkiä tuotteen kaupallisen alkuperän osoittamiseksi. Myös tuotteiden pakkauksessa yms. muotoilussa tulisi käytännössä kiinnittää huomiota riittävään erottumiseen kilpailijoiden tuotteista.¹¹¹⁶ Jotta todellinen sekaannusvaara voisi syntyä, jäljittelyn kohteen tulee olla myös riittävän tunnettu. Verkkokaupassa, jossa markkinat ovat maailmanlaajuiset, on olemassa suurempi riski, että elinkeinonharjoittajan tuotteelle on samankaltaisia vastineita olemassa jossain päin tätä laajaa markkinapaikkaa. Säännöksessä nimenomaisesti edellytetty harhaanjohtamisen tarkoituksellisuus rajoittaa kuitenkin säännöksen soveltamisalaa ja lisää samalla sen tulkinnanvaraisuutta¹¹¹⁷. Tästä sanamuodosta seuraa, että säännöksen soveltamisessa huomiota tulee kiinnittää subjektiivisiin seikkoihin, kuten elinkeinonharjoittajan oletettavissa olevaan tarkoitukseen ja mahdollisesti hänen alaa koskeviin tietoihin liittyviin seikkoihin, kuten esim. tietoisuuteen mahdollisesta sekaannusvaarasta¹¹¹⁸. Jäljittelyn mahdollisen kohteen tulee kuitenkin olla yleisesti tunnettu ja muista erottuva markkinoilla, jotta olisi

¹¹¹⁴ Prop. 2007/08:115:102.

¹¹¹⁵ Vastaavasti Büllesbach 2008:94 ja 96–97.

¹¹¹⁶ Ks. Paloranta 2008:146.

¹¹¹⁷ Suomessa säännös toimeenpantiin ilman vaatimusta menettelyn tarkoituksellisuudesta (valtioneuvoston asetus 601/2008:1 (11) §). Tätä voi pitää ehkä tahattomana tiukennuksena direktiivissä edellytettyyn sääntelyyn, koska lainvalmisteluasiakirjassa direktiivin vastaavaa kohtaa referoidaan samankaltaisesti, ilman tarkoituksellisuus -edellytystä, kuin se on myös Suomessa toimeenpantu (ks. HE 32/2008:8). Puheena olevan liitteen I toimeenpanoa ottaen huomioon direktiivin täysharmonisointiin pyrkivän luonteen voi pitää näiltä osin kyseenalaisena.

¹¹¹⁸ Säännöksen pohjalta esimerkiksi Eike Büllesbach (2008:97) ja Paolo Cendon (2010:253) katsovat, että säännöksessä edellytetään nimenomaisesti tarkoitusta harhaanjohtaa kuluttajaa. Säännöksen tulkinnasta on näiltä osin kirjallisuudessa esitetty ristiriitaisia näkemyksiä. Esimerkiksi Carl Anders Svensson ym. (2010:166) katsovat puolestaan, että säännöksessä tarkoitetaan objektiivista yleistä käsitystä jäljittelystä, ei jäljittelijän subjektiivista näkemystä.

mahdollista puhua jäljittelystä ja erityisesti tarkoituksellisesta jäljittelystä¹¹¹⁹. Täten tälle tarkoituksellisuusvaatimukselle ei tulisi ehkä antaa liian suurta painoarvoa, sillä jo markkinoinnista itsestään tämä tarkoituksellisuus käynee monesti ilmi varsinkin siitä, mitä suurempi keskinäinen samankaltaisuus markkinoidulla tuotteella on suhteessa markkinoilla entuudestaan oleviin yleisesti tunnettuihin tuotteisiin.

7.1.2.5 Piilomainonta

Kaupallisen menettelyn kaupallisen luonteen kätkemistä eli piilomainontaa pidetään, kuten edellä on todettu, direktiivin 6. ja 7. artiklan nojalla harhaanjohtavana kaupallisena menettelyinä, mikäli sillä on ainakin oletettavasti vaikutusta keski-vertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun¹¹²⁰. Myös liitteessä I (kohdissa 11 ja 22) määritellään kaikissa tilanteissa sopimattomaksi kaksi laaja-alaista piilomainonnan muotoa. Näistä ensimmäisenä kohdassa 11 sopimattomaksi määritellään piilomainonta tiedotusvälineiden toimituksellisessa aineistossa¹¹²¹. Liitteen I kohdassa 22 puolestaan määritellään sopimattomaksi elinkeinonharjoittajan pyrkimys kätkeä roolinsa elinkeinonharjoittajana kaupallisessa menettelyssä¹¹²². Tässä aluvussa perehdytään edellä mainittuihin liitteen I säännöksiin.

¹¹¹⁹ Ks. myös Prop. 2007/08:115:101.

¹¹²⁰ Direktiivin kuudennessa artiklassa mainitaan tuotteen kaupallista alkuperää, myyntiprosessin luonnetta, kaupallisen menettelyn perusteita ja elinkeinonharjoittajan luonnetta koskevat tiedot sekä sponsorointiin liittyvät maininnat ja tunnukset tietoluokkina, joita koskevan tiedon harhaanjohtavuuteen tulee kiinnittää huomiota (2005/29/EY: 6 (1b, 1c ja 1f) Art.). Direktiivin seitsemännen artiklan voi katsoa, kuten edellä on todettu, vielä selkeämmin liittyvän piilomainontaan. Artiklassa pidetään harhaanjohtavana mainitsematta jättämisenä kaupallista menettelyä, jossa sen kaupallinen luonne jätetään mainitsematta (2005/29/EY:7 (2) Art.). Molemmissa em. artikloissa kaupallisen menettelyn harhaanjohtavaksi katsomisen edellytyksenä on menettelyn oletettu vaikutus keski-vertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Piilomainontaa koskeva sääntely ei ole muutenkaan uutta yhteisön tasolla. Aikaisemmin mainonnan kaupallista alkuperää koskevien tietojen paikkansa pitävyyteen on, kuten tämän tutkimuksen viidennessä luvussa on todettu, tullut kiinnittää huomiota myös harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin (1984/450/EY:3 (a) Art. (kodifioituna 2006/114/EY:3 (a) Art.)) perusteella. Verkkokaupan osalta myös sähköisen kaupankäynnin direktiivissä on piilomainonnan ehkäisemiseen tähtäviä säännöksiä (ks. 2000/31/EY:6 Art.). Lisäksi myös esimerkiksi kansainvälisen kauppakamarin markkinointisäännöksissä on markkinoinnin ja markkinoijan tunnistettavuutta edellyttäviä säännöksiä (ks. ICC 2006: Artiklat 9–10).

¹¹²¹ 2005/29/EY:liite I kohta 11. Suomessa ei katsottu tarpeelliseksi toimeenpanna tätä liitteen I säännöstä, koska vastaavankaltainen säännös on etuudestaan kuluttajansuojalaissa ja saman sisältöinen säännös haluttiin sisällyttää erillisenä myös uudistettuun kuluttajansuojalain 2 lukuun (ks. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11:17, HE 32/2008:15 ja KSL:2:4 §). Markkinatuomioistuimien on vastaavasti aiemmin (esim. 1994:17) pitänyt sopimattomana markkinointina markkinointiaineiston esittämistä yksityishenkilöiden kertomuksien ja asiantuntijoiden lausuntojen muodossa tavalla, joka antaa kuluttajille käsityksen, että kyse on toimituksellisesta aineistosta

¹¹²² 2005/29/EY:liite I kohta 22.

Tuotteiden esittelyyn liittyvä menettely on yleistynyt asiakaslehdistä alkaen laajalle mediakentällä¹¹²³. Tällaiseen menettelyyn liittyy liitteen I kohdan 11 tiedotusvälineiden toimituksellisen sisällön kaupallista käyttöä koskeva säännös. Säännöksen mukaan sopimatonta on ”tiedotusvälineiden toimituksellisen sisällön käyttäminen tuotteen myynninedistämiseen siten, että elinkeinonharjoittaja on maksanut myynninedistämisen mutta ei ilmoita sitä selvästi sisällössä tai kuluttajalle selkeästi tunnistettavin kuvin tai äänin (puffi) [...]”¹¹²⁴. Kaikkiaan säännös koskee siis mainontaa, jossa subjektiivisesti väritetty mainosviesti pyritään kätkemään kuluttajien luottamusta herättävän objektiivisen ja puolueettoman tai mahdollisesti myös auktoritaarisen artikkelin muotoon¹¹²⁵. Säännöksessä tarkoitettu kaupallinen menettely pyrkii täten kiertämään kuluttajan mainosviesteihin usein kohdistaman epäluuloisen suhtautumisen. Sanotun säännöksen vastainen mainonta ei ole ainoastaan kuluttajien kannalta haitallista, vaan se on omiaan asettamaan kyseenalaiseksi myös median luotettavuuden ja riippumattomuuden¹¹²⁶.

Säännöksen soveltamisen kannalta keskeisenä voi pitää elinkeinonharjoittajalta vaadittavaa selkeää ilmoittamista myynninedistämistoimenpiteen maksajatahosta. Selkeä ilmoittaminen on kuitenkin melko tulkinnanvarainen käsite. Sen toteutukseen vaikuttaa luonnollisesti valittu viestintäkeino¹¹²⁷. Säännöksessä tunnistettavuusvaatimus on muotoiltu siten, että se kattaa erilaisia medioita; viestin luonne on ilmoitettava säännöksen sanamuodon mukaan ”sisällössä tai kuluttajalle selkeästi tunnistettavin kuvin ja äänin”.¹¹²⁸ Yleisesti voisi katsoa, että ympäristöönsä nähden eri maksajatahon omaavan viestin journalistisessa muotoilussa huomiota tulisi kiinnittää ainakin muusta ympäristöstä erottuvaan muotoiluun ja kielenkäyttöön¹¹²⁹. Täten toimitukselliseksi muotoilussa viestinnässä olisi käytävä selkeästi ilmi, mistä kaupallinen viestintä alkaa ja mihin se päättyy¹¹³⁰. Näiltä osin vastuu

¹¹²³ Ks. Saine 2008:113.

¹¹²⁴ 2005/29/EY:liite I kohta 11. Tällaisista mainoksista voidaan käyttää erilaisia nimityksiä, kuten säännöksessä käytetty ”puffi” tai esim. ”advertoriaali”, joka tulee englanninkielisistä mainosta ja pääkirjoitusta tarkoittavista sanoista advertisement ja editorial.

¹¹²⁵ Büllersbach 2008:79–81 ja Cendon 2010:250. Säännös ei koske sen sijaan myynninedistämiseen tähtääviä maksettuja mielipidekirjoituksia ym. vastaavia, joilta kuluttaja ei sisältönsä puolesta odota vastaavaa objektiivista toimituksellista sisältöä (Büllersbach 2008:82 ja 85). Tällaisia menettelyjä voi katsoa koskevan puolestaan liitteen I kohdan 22 säännös.

¹¹²⁶ Svensson ym. 2010:217.

¹¹²⁷ Ks. yleisellä tasolla vastaavasti Saine 2008:114.

¹¹²⁸ 2005/29/EY:liite I kohta 11. Ks. myös Tews & Bokel 2009:230.

¹¹²⁹ Svensson ym. 2010:217. Esimerkiksi Suomessa sanomalehtimainonnassa tällainen journalistiseen muotoon puettu mainonta erotetaan yleensä muusta tekstistä siihen liitettyllä sanalla ”ilmoitus” (esimerkiksi Virtanen 2010:97).

¹¹³⁰ Vastaavasti esim. Saine 2008:114.

mainonnasta lankeaa käytännössä usein myös mainonnan julkaisijalle¹¹³¹. Internetissä säännöksen voisi katsoa koskevan esimerkiksi myös kaupallisia mainoslinkkejä, joiden olisi täten selkeästi erotuttava toimituksellisesta aineistosta¹¹³².

Kaupallisen viestinnän havaittavuuteen vaikuttaa luonnollisesti myös asiayhteys, joka liittyy myös kaupallisen menettelyn kohderyhmään ja sen keskivertokuluttajan käsitteeseen¹¹³³. Täten vähemmän kriittiselle kohdeyleisölle suunnatussa mainonnassa tunnistettavuutta tulee arvioida tiukemmin¹¹³⁴. Esimerkiksi nuorille suunnatuilla verkkosivustoilla myynninedistämisen maksajatahoa koskevan ilmoituksen selkeyteen tulisi kiinnittää erityistä huomiota

Liitteen I kohdan 11 säännöksen sanamuotoon sisältyy verkkomainontaa ajatellen myös rajaus, joka ei ilmene muissa aiemmin mainituissa piilomainontaa koskevis- sa säännöksissä. Säännös nimittäin koskee kirjaimellisesti tulkittuna vain makset- tua toimituksellista ilmoitusta, jossa viestin maksajatahoa ei ole ilmoitettu tai se on vaikeasti havaittavissa¹¹³⁵. Puheena oleva säännös on sovellettavissa esim. tilanteissa, joissa elinkeinonharjoittaja on jo maksanut julkaisijalle, jotta tämä suosittelee elinkeinonharjoittajan tuotteita toimituksellisessa tekstissä siten, että tämä rahoituslähde ei käy ilmi¹¹³⁶. Säännöksen soveltamisen kannalta ongelmalli- nen on mm. tilanne, jossa palkkio myynninedistämisestä annetaan myöhemmässä vaiheessa, sillä säännöksessä viitataan jo maksettuun myynninedistämiseen¹¹³⁷. Näin tapahtuu esim. kumppanuusmarkkinoinnissa (engl. affiliate marketing). Täl- laisessa Internetissä yleisessä markkinointimuodossa markkinoija maksaa pelkäs- tään tuloksista, kuten kauppatapahtumaan johtaneista mainosklikkauksista¹¹³⁸. Ongelmallista myös on, mikäli toimituksellisen viestinnän kaupallinen luonne ei käy ilmi ilmoituksesta, jota ei ole suoraan rahamääräisesti maksettu, vaan maksu suoritetaan muilla keinoin. Tällainen kaupallinen menettely voi liittyä esimerkiksi tilanteeseen, jossa elinkeinonharjoittajan maksu ilmoituksesta toteutetaan sponso- roinnin muodossa. Kyse voi olla esimerkiksi elinkeinonharjoittajan sponsoroi- mi-

¹¹³¹ Büllesbach 2008:87–88. Esimerkiksi ns. sisältömainoksien (engl. Content Ads) julkaisu on Internetissä usein kolmansien osapuolten vastuulla.

¹¹³² Tews & Bokel 2009:66. Esimerkiksi Englannissa direktiivin kansallisesta toimeenpanosta vastaava OFT kielsi hiljattain liitteen I kohtaan 11 ja artiklaan 7 pohjautuvien säännösten pe- rusteella paikallisen blogi-verkoston ylläpitoa sallimasta palvelimensa blogeissa tällaisen mainontaa sisältävän toimituksellisen aineiston käyttämisen ja kaupallista tarkoitusta koske- van olennaisen tiedon kätkemiseen (OFT 2010).

¹¹³³ Ks. yleisellä tasolla vastaavasti Saine 2008:114.

¹¹³⁴ Svensson ym. 2010:225.

¹¹³⁵ 2005/29/EY: liite I kohta 11.

¹¹³⁶ Svensson ym. 2010:165.

¹¹³⁷ 2005/29/EY:liite I kohta 11.

¹¹³⁸ Ks. Fogelholm 2009:111–116.

en markkinointiarpaisten yhteydessä julkaistavasta palkintotuotetta esittelevästä artikkelista. Maksu ilmoituspaikasta voidaan toteuttaa myös esim. vastavuoroisena ilmoituspaikkojen vaihtokauppana. Vastavuoroinen linkkipaikkojen vaihtaminen on yleinen mainostamisen menetelmä Internetissä esimerkiksi kaupallisissa blogeissa¹¹³⁹. Toisaalta edellä mainittujen kaupallisten menettelyiden sijoittumista säännöksen alueelle rajoittaa jossain määrin säännöksessä tällaisen kaupallisen viestinnän sisällölle asetettu toimituksellisen muodon edellytys. Joka tapauksessa, mikäli säännöksen maksaminen -käsitettä tulkittaisiin kirjaimellisesti etukäteen suoritettua rahamääräistä maksamista lähtökohtana pitäen, säännöstä voisi olla mahdollista kiertää esimerkiksi juuri edellä mainituilla tavoilla. Tästä syystä suotavaa olisi, että maksaminen -käsitettä tulkittaisiin laajasti sisällyttämällä siihen muutkin kuin suorat rahamääräiset maksut.¹¹⁴⁰ Mikäli kuitenkin pitäydyttäisiin liitteen I kohdan 11 sanamuodon mukaisessa kirjaimellisessa tulkinnassa, kaupallisen viestinnän tunnistettavuutta olisi mahdollista arvioida puheena olevan direktiivin kuudennen ja seitsemännen artiklan pohjalta. Kyseisissä artikloissa, kuten aiemmin on mainittu, todetaan puheena olevaa säännöstä laaja-alaisemmin harhaanjohtavaksi kaupalliseksi menettelyksi viestinnän kaupallisen alkuperän ja tarkoituksen kätkeyminen¹¹⁴¹. Tietyin edellytyksin kaupallista menettelyä voisi olla em. kaltaisessa tulkintatilanteessa mahdollista arvioida myös liitteen I kohdan 22 säännöksen perusteella.

Toisena piilomainonnan muotona direktiivin liitteessä I (kohdassa 22) käsitellään elinkeinonharjoittajan rooliaan koskevaa harhaanjohtamista, kuten edellä on ohimennen mainittu. Sanamuotonsa pohjalta kyseisessä kohdassa sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi määritellään ”perättömän väitteen esittäminen tai perättömän vaikutelman luominen siitä, että elinkeinonharjoittaja ei toimi tarkoituksessa, joka liittyy hänen elinkeino- tai ammattitoimintaansa, tai esiintyminen vilpillisesti kuluttajana”¹¹⁴². Toisin sanoen kaupallisesta viestinnästä tulee aina käydä suoraan ilmi, kuka on sen lähettäjä tai kenen nimiin se on lähetetty¹¹⁴³. Säännöksen voi elinkeinonharjoittajan toimintaan viittaavan sanamuotonsa pohjalta tulkita kuitenkin melko laaja-alaiseksi. Sen voi katsoa koskevan kaikkia kaupalli-

¹¹³⁹ VanRysdam 2010:128–130. Ilmoituspaikkojen vaihtokaupasta esimerkkinä voisi olla tilanne, jossa huutokauppasivusto antaa mainospaikan käytettyjen tavaroiden ilmoitussivustolle ja saa vastineeksi kyseiselle sivustolle itselleen mainospaikan.

¹¹⁴⁰ Büllersbach 2008:84–85.

¹¹⁴¹ 2005/29/EY:6 (1b) Art. 7 (2) Art.

¹¹⁴² 2005/29/EY:liite I kohta 22. Säännös on rajattu koskemaan ainoastaan elinkeinonharjoittajan roolia koskevaa perättöntä tietoa, joten se ei koske elinkeinonharjoittajan muuta itsestään tai toiminnastaan antamaa epätarkkaa tietoa.

¹¹⁴³ Svensson ym. 2010:226.

sia menettelyjä, joissa elinkeinonharjoittaja pyrkii kätkemään kaupallisen roolinsa.¹¹⁴⁴

Sanottu säännös liittyy ensinnäkin kaupalliseen menettelyyn, jossa elinkeinonharjoittaja pyrkii yleisesti kätkemään kaupallisen roolinsa. Tämä pyrkimys liittyy yleensä vilpillisiin myynninedistämistavoitteisiin erilaisten kaupallisten menettelyiden yhteydessä. Säännöksessä ensimmäisenä tähän liittyvänä sopimattomana kaupallisena menettelynä mainitaan toiminnan kaupallista alkuperää koskevan perättömän väitteen esittäminen. Tällaisten väitteiden osalta sopimattomuuden arviointi koskee lähennä väitteiden asiasisältöön liittyvää paikkansapitävyyden arviointia. Säännöksessä toisena kaupallisen roolin kätkemiseen liittyvänä sopimattomana kaupallisena menettelynä mainitaan asiaa koskevan perättömän vaikutelman luominen. Vaikutelman luominen on puolestaan tulkinnanvarainen kysymys, jonka arvioinnissa on otettava huomioon keskivertokuluttajalle oletettavasti syntyvä vaikutelma menettelystä. Kyse voi olla esimerkiksi tilanteesta, jossa elinkeinonharjoittaja perättömästi esiintyy toimivansa hyväntekeväisyystarkoituksessa myyntinsä edistämiseksi¹¹⁴⁵. Säännöksen alaan voivat Internetissä kuulua myös esimerkiksi erilaiset tutkimukset ja arvonnat, joissa kaupallinen menettely on naamioitu tutkimukseksi tai kyselyksi, johon kuluttajia houkutellaan osallistumaan arvontapalkinnoilla, mutta joiden varjolla pyritään ”kysymysten” lomassa suoraan markkinoimaan elinkeinonharjoittajan tuotteita.

Toisekseen puheena oleva säännös liittyy kaupalliseen menettelyyn, jossa elinkeinonharjoittaja pyrkii kätkemään kaupallisen roolinsa esiintymällä vilpillisesti kuluttajana. Yksityishenkilön nimiin kaupankäyntinsä naamioivan elinkeinonharjoittajan motiivina voi olla mahdollisesti yritys kiertää kuluttajakauppaan liittyviä lakeja, kuten puheena olevaan direktiiviin pohjautuvia säännöksiä. Lisäksi taustalla voi olla yleisesti erilaisia myynninedistämistä sivuavia harhaanjohtamispyrkimyksiä, kuten ehkä pyrkimys luoda vaikutelma kuluttajien väliseen kaupankäyntiin liittyvästä usein edullisemmasta tuotteiden hintatasosta yms. motiivit¹¹⁴⁶. Sanoitunlaisen sopimattoman kaupallisen menettelyn alaan kuuluu mm. elinkeinonharjoittajan myynti-ilmoittelu, josta ei käy ilmi että kyseessä on elinkeinonharjoittaja. Tällaista voi olla esimerkiksi ilmoittelu, jossa ilmoituksessa yhteystietoina annetaan vain yritystoimintaan viittaamaton puhelinnumero tai sähköpostiosoi-

¹¹⁴⁴ Vastaavasti Büllersbach 2008:137–139.

¹¹⁴⁵ Esim. Boesche 2009:378. Ks. myös yleisesti Aaltonen 1985:121–122.

¹¹⁴⁶ Ks. myös Büllersbach 2008:139. Säännös ei luonnollisestikaan koske tilanteita, joissa elinkeinonharjoittaja toimii oikeasti yksityishenkilönä.

te.¹¹⁴⁷ Suoran myynninedistämistoiminnan lisäksi säännöksen piiriin voi katsoa kuuluvan esimerkiksi erilaiset elinkeinonharjoittajan kuluttajien nimissä tekemät suositukset, kuten tuotteiden perusteeton nimittäminen kuluttajien valinnaksi ja muu tuotteiden suosittelu kuluttajien nimissä¹¹⁴⁸.

Erityisesti Internet anonyymien luonteensa vuoksi tarjoaa mahdollisuuksia elinkeinonharjoittajalle säännöksessä sopimattomaksi säädettyyn esiintymiseen vilpillisesti kuluttajana. Esimerkiksi elinkeinonharjoittajan toimiminen suosituilla huutokauppasivustoilla saattaa helposti joutua säännöksen alaan, ellei riittäviä tietoja myyjästä anneta¹¹⁴⁹. Säännöksessä mainittu kuluttajan nimissä esiintyminen yhdistetään Internetissä usein myös elinkeinonharjoittajan myynninedistämiseen tähtäävään kirjoitteluun kuluttajien nimissä erilaisissa blogeissa, sosiaalisissa verkostoissa, keskustelu- ja arviointipalstoilla, peleissä yms.¹¹⁵⁰. Englanninkielellä tällaisesta Internetissä tapahtuvasta muiden nimiin naamioidusta markkinoinnin muodosta on käytetty termiä ”astroturfing”¹¹⁵¹. Tähän ryhmään kuuluvat esimerkiksi muutama vuosi sitten julkisuutta saaneet elinkeinonharjoittajien kuluttajien nimissä kirjoittamat tuotteita markkinoivat ”huijausblogit” (joista käytetään myös nimitystä flogit, joka juontuu englanninkielisestä sanaparista fake blogs)¹¹⁵². Samankaltaisesta säännöksen alueelle sijoittuvasta menettelystä on myös kyse, jos kuluttaja palkataan esiintymään elinkeinonharjoittajan puolesta, kuten esimerkiksi kirjoittamaan elinkeinonharjoittajalle myönteisiä blogikirjoituksia ilmoittamatta kirjoituksissaan, että kyse on elinkeinonharjoittajan maksamasta toiminnasta¹¹⁵³. Kaikkiaan kuluttajien nimissä suoritettu piilomainonta on elinkeinonharjoittajille kuitenkin riskialtista touhua (myös sen lisäksi, että se on direktiivin vastaista)

¹¹⁴⁷ Svensson ym. 2010:168. Elinkeinonharjoittaja voinee nimensä sijaan kuitenkin tietyissä tilanteissa mahdollisesti käyttää tunnistamiskeinona myös esim. hyvin tunnettua liikemerkkiään ym. elinkeinonharjoittajaan kytkettyjä tunnettuja tunnuksia (Svensson ym. 2010:226 ja ks. myös Melin 2009:66).

¹¹⁴⁸ SEC (2009) 1666:16.

¹¹⁴⁹ Boesche 2009:378.

¹¹⁵⁰ Svensson ym. 2010:218 ja myös SEC (2009) 1666:16. Ks. esim. tällaisen menettelyn määritelmät täyttävästä majoitusliikkeiden arvosteluiden väärentämisestä Murray 2007:9. Vastavasti esimerkiksi Suomessa Mainonnan eettinen neuvosto (14/2004) on katsonut, että erään yrityksen eri yleishyödyllisten yhdistyksien Internetsivustojen vieraskirjoihin yksityishenkilöiden nimissä lähettämät mainosviestit eivät olleet selkeästi tunnistettavissa mainoksiksi ja olivat siten mainonnan sääntöjen vastaisia.

¹¹⁵¹ Ks. tästä esim. Tigner 2010.

¹¹⁵² Esimerkiksi Sonyn raportoitiin vuonna 2006 yrittäneen käyttää tällaista markkinointitekniikkaa pelikonsoli PSP:n myynninedistämiseksi (ks. esim. Weaver 2006).

¹¹⁵³ Ks. yleisesti esimerkiksi Jay 2008. Tietyissä tilanteissa myös ns. kerro kaverille -mainonta olisi mahdollista katsoa kuuluvan tämän säännöksen alaan. Tällöin voisi edellytyksenä vähintäänkin pitää sitä, että mainonta olisi naamioitu yksityishenkilöiden väliseksi viestinnäksi ja että ”kavereille kertova” kuluttaja saisi jossain muodossa palkkion tai muita etuja mainosviestien lähettämisestä.

siksi, että paljastuessaan se aiheuttaa useimmiten negatiivista julkisuutta sekä toiminnan toteuttajalle että markkinoijalle¹¹⁵⁴.

Liitteen I piilomainontaan liittyvien säännöksiin voi katsoa osaltaan yhtenäistävän ja täydentävän direktiivin 2005/29/EY kuudennen ja seitsemännen artiklan piilomainontaan liittyvää sääntelyä. Sanottujen liitteen I säännösten voi katsoa jossain määrin myös laajentavan puheena olevan direktiivin piilomainontaa koskevaa sääntelyä, koska liitteessä I määritellyillä sopimattomilla kaupallisilla menettelyillä ei tarvitse myöskään olla (direktiivin kuudennessa ja seitsemännessä artiklasta poiketen) oletettua liittymää keskivertokuluttajan kaupalliseen ratkaisuun. Verkkokaupan osalta edellä mainittujen liitteen I säännösten voi katsoa lähinnä mukailevan ja hienoisesti sanamuodoltaan täsmentävän aiempaa sähköisen kaupankäynnin direktiivin kuudennessa artiklassa ilmaistua vaatimusta siitä, että kaikki kaupallinen viestintä ja se keneen nimiin sitä harjoitetaan, on oltava selvästi tunnistettavissa¹¹⁵⁵.

7.1.2.6 *Markkinointiarpajaishuijaukset ja ilmainen-sanan käyttö markkinoinnissa*

Elinkeinonharjoittajat käyttävät markkinointiarpajaisia Internetissä mm. näkyvyyden lisäämiseksi ja tuotteiden myyninedistämiseksi. Myös arpajaisia verukkeena käytetyt huijaukset ovat yleisiä Internetissä¹¹⁵⁶. Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa direktiivissä tämän voi katsoa huomioidun ensinnäkin kuudennessa artiklassa, jossa tuotteeseen liittyviä etuja koskevat tiedot mainitaan esimerkkinä tietoluokasta, jonka harhaanjohtavuuteen tulee kiinnittää huomiota¹¹⁵⁷. Tämän voi katsoa tarkoittavan myös esimerkiksi sattumavaraisia etuja ja siten sivuavan markkinointiarpajaisia. Myös liitteessä I (kohdissa 19 ja 31) määritellään kaikissa tilanteissa sopimattomaksi kaksi markkinointiarpajaishuijausten muotoa. Näistä ensimmäisenä kohdassa 19 sopimattomaksi määritellään paikkansa pitämättömät väitteet kilpailusta, johon liittyy palkinto¹¹⁵⁸. Liitteen I kohdassa 31 puolestaan määritellään sopimattomaksi perättömät väitteet palkinnon voittamisesta tai mahdollisesta palkinnon voittamisesta¹¹⁵⁹. Markkinointiarpajais-

¹¹⁵⁴ Koivumäki & Häkkänen 2010:39.

¹¹⁵⁵ 2000/31/EY:6 (a ja b) Art. Vrt. Eike Büllesbachin (2008:83) näkemykseen, jonka mukaan erityissäännöksenä pidettävissä olevan sähköisen kaupankäynnin direktiivin kaupallisen viestinnän tunnistettavuutta edellyttävän säännöksen (artikla 6) laaja-alaisuuden vuoksi em. liitteen I säännöksiin soveltamisala on Internetissä melko rajallinen.

¹¹⁵⁶ Esimerkiksi pelkästään Iso-Britanniassa erilaisten lotto-huijauksien uhriksi joutuu vuosittain OFT:n arvion mukaan 140 000 ihmistä (OFT 2009 c).

¹¹⁵⁷ 2005/29/EY:6 (1b) Art.

¹¹⁵⁸ 2005/29/EY:liite I kohta 19.

¹¹⁵⁹ 2005/29/EY:liite I kohta 31.

kanssa samankaltaisena myynninedistämiskeinona voi pitää tuotteiden markkinoinnista ilmaisena. Tuotteiden peräton markkinointi ilmaisena voi lisäksi katsoa osittain sivuavan myös markkinointiarpajaisia koskevia huijauksia. Tällaiset menettelyt, joissa tuotteita markkinoidaan perättömästi ilmaisena, määritellään sopimattomaksi direktiivin liitteen I kohdassa 20. Tässä alaluvussa perehdytään edellä mainittuihin liitteen I säännöksiin.

Direktiivin liitteen I kohdan 19 säännös käsittelee, kuten edellä on todettu, perättömiä markkinointiarpajaisia koskevia väitteitä kaupallisen menettelyn yhteydessä. Kyseisessä säännöksessä määritellään sopimattomaksi ”kaupallisessa menettelyssä esitetty väite kilpailusta tai palkinnosta, ilman että ilmoitettu tai kohtuullinen vastaava palkinto annetaan”¹¹⁶⁰. Käytännössä säännöksessä sanotussa menettelyssä kyse voi olla siitä, että mainostettua arvontaa ei järjestetä lainkaan. Tällaisen menettelyn todentaminen voi olla vaikeaa myös lain soveltajalle. Lisäksi säännöksen pohjalta kyse voi olla siitä, että arvottua palkintoa ei luovuteta vastaanottajalle.

Useista muista liitteen I säännöksistä poiketen, kyseisessä säännöksessä ei edellytetä, että sopimattomaksi määritelty menettely olisi tarkoituksellista. Toisaalta voinee katsoa, että arvonnin järjestämättä jättämiseen tai palkinnon tarjoamatta jättämiseen liittyy jossain määrin aina vähintäänkin huolellisen ammatin harjoittamisen vaatimusten vastaista toimintaa¹¹⁶¹. Elinkeinonharjoittaja voi säännöksen mukaan tarjota myös kohtuullisesti vastaavan palkinnon, mikäli ei esimerkiksi pysty tarjoamaan ilmoittamaansa palkintoa¹¹⁶². Vastaava palkinto on kuitenkin hieman epämääräinen ja tulkintaa edellyttävä käsite¹¹⁶³. Säännöksessä tällä tarkoitettaneen vähintäänkin määrältään, taloudelliselta arvoltaan ja käyttötarkoitukseltaan vastaavaa tuotetta¹¹⁶⁴. Kaikkiaan puheena olevan säännöksen pyrkimyksenä voi katsoa olevan suojata kuluttajalle elinkeinonharjoittajan markkinoinnista syntyviä perusteltuja odotuksia¹¹⁶⁵.

¹¹⁶⁰ 2005/29/EY:liite I kohta 19.

¹¹⁶¹ Voi katsoa, että markkinointiarpajaisien järjestäminen on yleensä ajallisesti siinä määrin pitkäkestoinen prosessi osallistumisaikoiheen yms., että huolelliselta elinkeinonharjoittajalta voidaan odottaa, että hän pystyy varmistamaan hyvissä ajoin voitansa toteuttaa antamansa sitoumukset. Lisäksi voidaan myös odottaa, että huolellisesti toimiva elinkeinonharjoittaja ei esimerkiksi huolimattomuuttaan myöskään unohda antamia sitoumuksia.

¹¹⁶² 2005/29/EY:liite 1 kohta 19.

¹¹⁶³ Boesche 2009:377.

¹¹⁶⁴ Ks. myös Büllesbach 2008:130 ja Cendon 2010:258

¹¹⁶⁵ Cendon 2010:258.

Vastaavankaltaisia markkinointiarpajaishuijauksia sivutaan myös liitteessä I aggressiiviseksi kaupalliseksi menettelyksi hieman kyseenalaisesti otsikoidussa kohdan 31 säännöksessä. Kyseisen säännöksen mukaan sopimattomana kaupallisena menettelynä pidetään myös sellaisen perättömän vaikutelman luomista: ”että kuluttaja on jo voittanut, voittaa tai tietyllä tavalla toimiessaan voittaa palkinnon tai muun edun, vaikka tosiasiaa: mitään palkintoa tai etua ei ole, tai palkinnon tai muun edun saaminen edellyttää kuluttajalta rahasuoritusta tai kustannuksia vaativaa toimenpidettä”¹¹⁶⁶.¹¹⁶⁷ Sanamuotonsa mukaisesti säännöksessä ensin mainittu kaupallinen menettely koskee ensinnäkin selviä huijausyrytyksiä, joissa mainostettua palkintoa tai muuta etua ei ole lainkaan olemassa. Viimeksi mainittu kaupallinen menettely koskee lisäksi myös kaupallisia menettelyjä, joissa mainostetusta palkinnosta tai muusta edusta pyritään vilpillisesti vaatimaan rahasuoritus tai ylipäänsä käyttämään niitä verukkeena muiden tuotteiden myymiseksi¹¹⁶⁸. Esimerkiksi Englannissa OFT on haastanut direktiiviin pohjautuvien säännösten nojalla oikeuteen tällaista menettelyä harjoittavia yrityksiä, joilla mainostetun ”palkinnon” saaminen on edellyttänyt rahasuoritusta. OFT on katsonut, että erilaisten kuluttajille aiheutuvien kustannuksien vuoksi tällaisissa kaupallisissa me-

¹¹⁶⁶ 2005/29/EY:liite I kohta 31. Saksassa näiltä osin kirjallisuudessa on kritisoitu sitä, että UWG-lain 4 §:n kohdan 6 säännös, jossa kielletään markkinointiarpajaiset, joihin liittyy tavaraan tai palveluun luontevasti liittymätön ostovelvoite, jätettiin direktiivistä huolimatta edelleen voimaan (ks. § 4 (6) UWG ja Keirsbilck 2009:525). Vastaavankaltainen markkinointiarpajaisien vastikkeettomuutta edellyttävä säännös jätettiin myös Suomessa voimaan liitettynä osaksi sopimattomia kaupallisia menettelyjä direktiivin suppeiden yleislausekkeiden rinnalle. Kuten aiemmin on todettu, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on Saksan Bundesgerichtshofin tekemän asiaa koskevan ennakkoratkaisupyynnön pohjalta katsonut, että direktiivi estää senkaltaiset säännökset, joissa yksittäistapauksen konkreettisia olosuhteita huomioimatta lähtökohtaisesti kielletään kaupalliset menettelyt, joita ei ole erikseen direktiivissä kielletty (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 304/2008). Myös Suomessa lainsäätäjä on todennut saman asian aiemmin (HE 32/2008:31–32). Kyseiset säännökset jouduttaneen molemmissa jäsenvaltioissa kumoamaan. Suomessa sanottu säännös (KSL 2:14 §) kumottiin 15.6.2011 voimaan tulleella lailla kuluttajansuojalain muuttamisesta 11.3.2011/227. Direktiivin täysharmonisointiluonteeseen nähden kyseenalaisena voi pitää myös sitä, että sähköisen kaupankäynnin direktiiviin pohjautuvan säännöksen, jossa velvoitetaan ilmoittamaan markkinointiarpajaisien ehdot selkeästi, vastainen toiminta liitettiin Suomessa direktiiviä toimeenpantaessa yhdeksi sopimattoman menettelyn muodoksi. (ks. KSL 2:13 § ja 2:3 (2) § ja 2000/31/EY:6 (d) Art.). Tosin lainvalmisteluasiakirjan mukaan kyseinen säännös ei kuulu sopimattomien kaupallisten menettelyjen ”perussäännöksiin”, joilla näytetään viittaavan vain direktiivin mukaan toimeenpantuihin säännöksiin (HE 32/2008)).

¹¹⁶⁷ Kyseenalaisena voi pitää, voiko kyseisiä menettelyjä pitää aggressiivisina kaupallisina menettelyinä, sillä niihin ei voi säännöksessä katsoa liittyvän direktiivissä määriteltyjen aggressiivisten kaupallisten menettelyjen tunnuspiirteitä kuten valinnanvapauden rajoittumista. Pikemminkin menettelyn voisi säännöksessä ilmaistujen piirteidensä puolesta katsoa liittyvän harhaanjohtaviin kaupallisiin menettelyihin (ks. Cendon 2010:288 ja 2005/29/EY:8–9 Art.). Osittain tähän liittyen sanottuja menettelyjä käsitellään tutkimuksessa harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen yhteydessä.

¹¹⁶⁸ Svensson ym. 2010:171.

nettelyissä on usein pikemminkin kyse harhaanjohtavasta kaupallisesta menettelystä myydä halpahintaisia tuotteita¹¹⁶⁹. Tällaisissa puheena olevassa säännöksessä sopimattomiksi määritellyissä markkinointiarpajaishuijauksissa voikin katsoa olevan osittain yhteisiä piirteitä, kuten OFT on todennut, liitteessä I kohdassa 20 sopimattomaksi määriteltyjen kaupallisten menettelyjen kanssa, joihin liittyy perättömiä väitteitä tuotteen ilmaisuudesta¹¹⁷⁰.

Tuotteiden markkinoimista ilmaisena voi tavanomaisesti pitää markkinointikeinona, jolla voidaan pyrkiä esittelemään uusia tuotteita kuluttajille tai lisäämään elinkeinonharjoittajan tunnettavuutta. Tuotteen markkinoiminen ilmaisena voi kuitenkin saada helposti harhaanjohtavia piirteitä, jos markkinoitavaan tuotteeseen liittyykin jossain muodossa maksuja. Direktiivin liitteen I kohdan 20 säännös koskee tällaisia perättömiä väitteitä tuotteiden ilmaisuudesta. Kyseisen säännöksen mukaan sopimattomana pidetään kaupallisia menettelyitä, joissa tuotetta luonnehditaan ilmaisulla ””ilmainen”, ”maksuton” tai vastaavalla ilmaisulla, jos kuluttajan on maksettava muita kuluja kuin kaupalliseen menettelyyn vastaamisesta ja tuotteen noutamisesta tai maksullisesta toimittamisesta aiheutuvat väistämättömät kulut”¹¹⁷¹. Säännös perustuu siihen näkemykseen, että kuluttajat odottavat, että ilmaiseksi mainostetuista tuotteista ei tarvitse maksaa kuin korkeintaan säännöksessä mainittuja niihin liittyviä välittömiä kuluja¹¹⁷². Säännöksen voi tulkita ilmentävän erityisesti direktiivin 5 (3) artiklassa esiintuotua pyrkimystä turvata erityistä suojaa tarvitsevien, vaikutukselle alttiiden kuluttajaryhmien etuja¹¹⁷³.

Edellä siteeratun säännöksen mukaisesti tuotteen luonnehtiminen ilmaiseksi voi markkinoinnissa tapahtua säännöksessä mainitun vastaavia ilmaisuja -määritelmän pohjalta usein erilaisin ilmaisuutta tarkoittavin termein ja usealla eri tavalla¹¹⁷⁴. Ilmaisena mainostettuihin tuotteisiin saa säännöksen mukaisesti sisältyä ainoastaan kolmenlaisia väistämättömiä ei-yllätyksellisiä kuluja. Näistä säännöksessä ensimmäisenä mainittujen kaupalliseen menettelyyn vastaamiseen liittyvien kulujen voi katsoa kattavan tyypilliset välittömät kulut.¹¹⁷⁵ Tällaisilla kuluilla ei säännöksessä tarkoiteta esimerkiksi maksullisten puhelinnumeroiden tarjoamista

¹¹⁶⁹ OFT 2010 b. Myös komissio on esittänyt yleisellä tasolla samankaltaisen näkemyksen (ks. SEC (2009) 1666:61.

¹¹⁷⁰ OFT 2010 b.

¹¹⁷¹ 2005/29/EY:liite I kohta 20 ja ks. myös OFT 2010 b.

¹¹⁷² SEC (2009) 1666:56.

¹¹⁷³ Ks. myös 2005/29/EY:johdanto 18.

¹¹⁷⁴ 2005/29/EY:liite I kohta 20. Tällaisia ovat esim. tuotteen luonnehtiminen lahjaksi tai mainitsemalla hinnaksi 0 € (Svensson ym. 2010:168 ja 261).

¹¹⁷⁵ Büllersbach 2008:133–134.

tässä tarkoituksessa¹¹⁷⁶. Tuotteen noutamiseen sisältyvät kulut liittyvät puolestaan lähinnä väistämättömiin liikennevälineiden käyttämisestä aiheutuviin ja vastaviin kuluihin. Säännöksessä viimeisenä mainitut maksullisesta toimittamisesta aiheutuvat väistämättömät kulut liittyvät keskeisesti verkkokauppaan. Näillä kuluilla tarkoitettaneen tavanomaisia välittömiä ja todennettavissa olevia lähetyskuluja. Tähän nähden kyseenalaista on, kuuluvatko esimerkiksi Suomessa ilmaisina mainostetuissa tuotteissa usein lähetyskulujen päälle liitetyt tai niihin sisällytetyt ”käsittelykulut” yms. kulut tällaisiin väistämättömiin kuluihin. Nämä kulut muodostavat usein ilmaisena mainostetun tuotteen todellisen hinnan. Liitteen I säännöksen soveltamisen kannalta tarkoituksenmukaisena voisi pitää, että verkkokaupassa ilmaisina mainostettujen tuotteiden yhteydessä lähetyskulujen päälle tulevien ylimääräisten kulujen muodostumisperusteet tuotaisiin ilmi jo kaupallisen menettelyn yhteydessä, jotta pystyttäisiin helpommin arvioimaan, onko kyse väistämättömistä kuluista. Lähtökohtaisesti tällaiset em. kulut, ilman tarkempaa selonteoa, voinee katsoa ylimääräisiksi ei-väistämättömiksi kuluiksi¹¹⁷⁷.

Säännöksen pohjalta sopimattomia voivat olla myös erilaiset kaupalliset menettelyt, joissa käytetään perusteettomissa yhteyksissä ilmaisuutta ilmaisevia termejä markkinoinnissa. Tällaisia voivat olla esim. yhdistetyt tarjoukset, joissa yhtä tuotteista markkinoidaan ilmaisena, jos kyseistä tuotetta ei saa ilmaiseksi muuten kuin ostamalla päätuotteen. Esimerkiksi Suomessa on ilmainen -termistä jo direktiiviä edeltävältä ajalta yhdistettyjä tarjouksia koskien vastaavanlaisen tulkinnan sisältävää vakiintunutta oikeuskäytäntöä olemassa¹¹⁷⁸. Suhtautuminen tähän markkinointikeinoon on vaihdellut eri jäsenvaltioissa¹¹⁷⁹. Myös esimerkiksi Kansainvälisen kauppakamari ICC:n markkinointisäännöissä sallitaan ”ilmainen” -sanana käyttö yhdistettyjen tarjouksien yhteydessä edellyttäen, että päätuotteen hintaa ei ole tällöin nostettu¹¹⁸⁰. Luultavaa on, mm. komission esittämän tulkinnan pohjal-

¹¹⁷⁶ SEC (2009) 1666:56.

¹¹⁷⁷ Büllersbach 2008:134. Vastaavasti myös komissio katsoo, että yleensä tällaiset ”käsittelykulut” eivät kuulu säännöksessä mainittuihin väistämättömiin kuluihin (SEC (2009) 1666:56).

¹¹⁷⁸ Suomessa markkinatuomioistuimien on katsonut, että tuotteen markkinointi ilmaisena on sopimatonta, mikäli sen saaminen edellyttää toisen hyödykkeen ostamista (MT 1980:19 ja MT 2000:5). Suomessa myös Kuluttajavirasto ohjeistanut käyttämään ilmainen -sanana tilalla muita sanoja, joista käy paremmin ilmi, mikäli kyse on muun vastikkeellisen tuotteen yhteydessä saatavasta lisäedusta (ks. Kuluttajavirasto 2008). Myös esim. Ruotsissa on vakiintunut samanlainen suhtautumistapa ”ilmainen” sanan käyttöön markkinoinnissa (ks. Svensson ym. 2010:261–262).

¹¹⁷⁹ Muun muassa Englannissa ”ilmainen” -sanaa on käytetty aiemmin yleisesti yhdistettyjen tarjouksien yhteydessä. Direktiivin voimaantulon myötä menettely on tosin vähentynyt yhdes-
sä vuodessa jopa 66 % samalla kun uudenlaiset markkinointi-ilmaisut ovat yleistyneet (Benady 2009:14).

¹¹⁸⁰ ICC 2006:Artikla 7.

ta, että liitteen I ilmaisuutta ilmaisevien termien käyttökieltoa ei myöskään yhteisön tasolla ulotettane kattavasti em. kaltaisiin yhdistettyjen tarjouksien markkinointiin eikä edes lisätujen markkinointiin, mutta toistaiseksi tilanne on näiltä osin avoin¹¹⁸¹. Toisaalta joka tapauksessa yhdistetyissä tarjouksissa, joiden ehtoja ei ole riittävän selkeästi ilmaistu, voi olla kyse myös harhaanjohtavasta mainitsematta jättämisestä, jolloin menettelyä voidaan arvioida myös direktiivin seitsemänteen artiklaan pohjautuvien säännösten mukaan¹¹⁸².

Vaikka ilmainen -termin yms. käyttö sinänsä voi olla joissain tapauksissa tehokas tuotteen markkinointikeino, kyse ei kuitenkaan markkinoijan kannalta liene merkitykseltään kovin isosta asiasta, sillä samanlaisen tarjouksen pystyy em. säännöksen suhteen epävarmoissa tilanteissa ilmaisemaan muilla keinoin, jotka ilmentävät selvemmin, että kuluttajan on maksettava kuluja tuotteen saamiseksi¹¹⁸³. Joka tapauksessa yhteisön tasolla sanottua säännöstä em. muodossa nimenomaisesti ilmaistuna voi pitää uutena, kuten monia muitakin liitteen I säännöksiä. Vastaaviin lähinnä harhaanjohtaviin menettelyihin on kuitenkin ollut mahdollista aiemmin puuttua harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin harhaanjohtavan mainonnan kieltävän yleislausekkeen pohjalta¹¹⁸⁴.

7.2 Aggressiiviset kaupalliset menettelyt

Liitteessä I kaikissa tilanteissa sopimattomiksi määritellyistä kaupallisista menettelyistä osa on luokiteltu aggressiivisiksi kaupallisiksi menettelyiksi, kuten edellä on todettu. Tällainen yksittäisten aggressiivisten kaupallisten menettelyiden kiel-

¹¹⁸¹ Svensson ym. 2010:261. Komissio on ei-sitovissa ohjeissaan ottanut melko laajasti kantaa puheena olevan säännöksen soveltamiseen. Komission mukaan yhdistetyt tarjoukset vaativat usein tapauskohtaista arviointia. Komission esittämät näkemykset menettelyn arvioinnista kuitenkin käytännössä monimutkaistavat säännöksen soveltamista, sillä niissä listataan mm. edellytyksiä, joiden tulee täytyä, jotta yhdistettyjen tarjouksien ja yleensäkin maksua edellyttävien tuotteiden myynnin yhteydessä voisi markkinoida yhtä tuotteista tai jotain etua ilmaisena. Tällaisia edellytyksiä ovat mm. että ilmaisena markkinoidussa tuotteessa kyse on aidosta lisäedusta ja samassa yhteydessä myös maksullisen tuotteen hinnan ja laadun on pysyttävä samana, siitä riippumatta onko tarjoukseen yhdistetty ilmaisia tuotteita. (SEC (2009) 1666:56–60). Komissio kannattaa esittämien esimerkkiensä pohjalta säännöksen sanamuotoon nähden melko joustavaa tulkintaa ilmaisuutta ilmaisevien termien käytöstä. Näkemyksen pohjalta maksullisten tuotteiden yhteydessä ja yhdistetyissä tarjouksissa lisätuotteiden ja -tujen mainostaminen ilmaisena olisi sallittua, kunhan päälle tulevan ilmaisen edun ehdot ovat tarkoin rajatut ja muodostavat selkeän lisäedun (ks. SEC (2009) 1666:58–60).

¹¹⁸² Ks. 2005/29/EY:7 Art.

¹¹⁸³ Esim. Svensson ym. 2010:265–266. Tällaisia selkeämmin sallittuja menetelmiä ovat esim. sanontojen ”kaupan päälle”, ”kaksi tuotetta yhden hinnalla”, ”samaa hintaan” yms. käyttäminen, ilman nimenomaista yhden tuotteen luonnehtimista ilmaiseksi.

¹¹⁸⁴ Ks. 1984/450/ETY:2(2) ja 3 Art. ja ja edelleen kodifioituna 2006/114/EY:2 (b) ja 3 Art.

täminen on ollut entuudestaan yleistä useissa jäsenvaltioista¹¹⁸⁵. Eräiden liitteessä I aggressiivisina listattujen kaupallisten menettelyiden kohdalla on kuitenkin kyseenalaista, täyttävätkö ne direktiivin aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmän. Kyseenalaista on, rajoittavatko sanotut sopimattomat kaupalliset menettelyt direktiivin 8. ja 9. artiklassa edellytetyin tavoin kuluttajan valinnanvapautta, vai onko menettelyissä tästä poiketen pikemminkin kyse eräänlaisista kuluttajan yksityisalueen loukkauksista¹¹⁸⁶. Joka tapauksessa useimmat liitteessä I aggressiiviseksi määritellyistä kaupallisista menettelyistä liittyvät lähinnä tavanomaiseen, tietoverkon ulkopuoliseen kaupankäyntiin tai tiettyihin yksittäisiin aloihin¹¹⁸⁷. Tässä alaluvussa perehdytään näistä liitteessä I aggressiiviseksi sääde-

¹¹⁸⁵ Howells ym. 2006:171.

¹¹⁸⁶ Howells 2007:107.

¹¹⁸⁷ Tällainen on liitteen I kohdan 24 säännöksen mukainen kaupallinen menettely, jossa pidetään sopimattomana sellaisen vaikutelman antamista, että kuluttaja ei voi poistua ennen sopimuksen solmimista (2005/29/EY:liite I kohta 24). Verkkokauppa on, kuten tunnettua, luonteeltaan etämyyntiä, jossa molemmat osapuolet eivät ole samanaikaisesti fyysisesti läsnä. Puheena olevassa kaupankäynnissä kirjaimellisesti tulkittuna sanotunlaisen painostusmenetelmän käyttäminen lienee vaikeaa. Verkkokaupassa säännös voisi mahdollisesti koskea kaupallisia menettelyjä, joissa pyritään estämään käyttäjän poistuminen verkkosivuilta esim. tämän tutkimuksen alaluvussa 6.1.1 mainituin keinoin. Tosin tällöin ehkä jouduttaisiin venyttämään liitteen I tulkintaa liian laajalle siitakin syystä, että sanotussa alaluvussa mainitut menettelyt eivät yleensä erottele käyttäjiä sopimuksen teon mukaan. Samankaltaisesti myös aggressiivista kotimyyntiä koskevan liitteen I kohdan 25 säännöksen mukainen kaupallinen menettely liittyy nimenomaisesti verkon ulkopuoliseen kaupankäyntiin. Edellä mainitun säännöksen mukaisesti elinkeinonharjoittajalta sopimattomana kaupallisena menettelynä kotimyyntissä pidetään kuluttajan esittämien poistumis- ja palaamiskehotusten noudattamatta jättämistä paitsi perusteltavissa olevissa tilanteissa, jotka liittyvät sopimusvelvoitteen täyttämiseen kansallisen lainsäädännön mukaisesti (2005/29/EY:liite I kohta 25). Liitteen I kohdan 27 mukainen menettely liittyy puolestaan vakuutusyhtiöihin. Kyseisessä kohdassa sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi säädetään vakuutusyhtiön pyrkimys vaikeuttaa kohtuuttomasti kuluttajan mahdollisuutta käyttää oikeuksiaan tai olla järjestelmällisesti vastaamatta tässä tarkoituksessa asiaan liittyvään kirjeenvaihtoon (2005/29/EY:liite I kohta 27). Kuten Howells ym. toteavat, em. säännös lienee tarkoitettu koskemaan ainoastaan vakuutusyhtiöitä, jotka sanotulla tavoin menetellen pyrkivät hyödyntämään kuluttajan heikompaan asemaan (esim. Howells ym. 2006:192–193 alaviite 60). (Esimerkiksi Suomessa kyseinen säännös jätettiin toimeenpanematta, koska kyseiset menettelyt on katsottu kielletyiksi vakuutuslainsäädännön nojalla entuudestaan (HE 32/2008:15–16)). Vastaavankaltaiset kuluttajan oikeuksien käytön vaikeuttamispyrkimykset elinkeinonharjoittajan alaa rajaamatta on toisaalta määritelty aggressiivisten kaupallisten menettelyjen arviointipiirteiksi jo direktiivin 9 (d) artiklassa. Käytännössä täten muiden kuin vakuutusyhtiöiden noudattamana menettelyn aggressiivisuus tulee arvioida tapauskohtaisesti erikseen. Joka tapauksessa nämä em. liitteen I menettelyt rajautuvat suoraan Internetissä käytävän epäsuoran kuluttajaverkkokaupan ulkopuolelle. Tähän vaikuttaa myös se, että liitteessä I luetellut kaupalliset menettelyt on tarkoitettu sellaisenaan sovellettaviksi ilman että niiden soveltamisaluetta olisi mahdollista huomattavasti laajentaa tulkinnalla. Edellä mainittujen kaupallisten menettelyjen lisäksi liitteen I kohdassa 30 pidetään sopimattomana painostusmenetelmänä sopimuksen syntymisen aikaansaattamiseksi selkeän ilmoituksen antamista elinkeinonharjoittajan työn tai toimeentulon menettämisestä, jos kuluttaja ei osta tuotetta (ks. 2005/29/EY: liite I kohta 30). Kyseenalaista on, voiko esim. perusteettoman mainostamisen loppuunmyynnistä katsoa kuuluvan myös tähän kategoriaan (ks. myös Boesche 2009:386).

tyistä kaupallisista menettelyistä sellaisiin, joita olisi mahdollista soveltaa myös verkkokaupassa. Tämä rajaa näiltä osin usean liitteessä listatun kaupallisen menettelyn tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Edelleen tässä luvussa käsiteltävien kaupallisten menettelyjen määrää vähentää se, että osaan aggressiiviseksi määritellyistä kaupallisista menettelyistä on perehdytty jo liitteen I harhaanjohtaviksi listattujen kaupallisten menettelyjen yhteydessä niiden harhaanjohtavia kaupallisia menettelyjä sivuavien piirteiden vuoksi. Täten seuraavaksi perehdytään liitteessä I määritellyistä aggressiivisista kaupallisista menettelyistä lyhyesti vain ei-toivottuun suoramainontaan ja lapsille suunnattuun mainontaan.

7.2.1 *Ei-toivottu suoramainonta*

Direktiivin 2005/29/EY liitteessä I kohdassa 26 säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi: ”sinnikkäät ja ei-toivotut myyntiyhteydenotot puhelimitse, faksitse, sähköpostitse tai muuta etävälinettä käyttäen lukuun ottamatta perusteltavissa olevia tilanteita, jotka liittyvät sopimusvelvoitteen täyttämiseen kansallisen lainsäädännön mukaisesti. Tällä ei rajoiteta direktiivin 97/7/EY 10 artiklan ja direktiivien 95/46/EY ja 2002/58/EY soveltamista”.¹¹⁸⁸ Edellä mainitun kaupallisen menettelyn liittymistä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen alaan voi pitää kyseenalaisena. Ilmeisestikin menettelyn on katsottu kytkevän aggressiivisiin kaupallisiin menettelyihin ja häirintään elinkeinonharjoittajan säännöksessä mainittu toistuva sinnikkyys ei-toivotun kaupallisen viestinnän toteuttamisessa¹¹⁸⁹. Toisaalta lienee epätodennäköistä, että säännöksessä mainituista etäviestintävälineistä ainakaan sähköpostilla olisi mahdollista rajoittaa aggressiivisen kaupallisen menettelyn määritelmän mukaisesti kuluttajan valinnanvapautta ja vaikuttaa hänen kaupallisiin ratkaisuihin. Pikemminkin sinnikkäät ja ei-toivotut

Mainittu psykologinen painostusmenetelmä, jossa vedotaan kuluttajan myötätuntoon työn tai toimeentulon menettämisen ei kuitenkaan liene tehokas verkkokaupassa, jossa osapuolet eivät usein tunne toisiaan entuudestaan. Tästä syystä tätäkään säännöstä ei käsitellä tässä tutkimuksessa tarkemmin.

¹¹⁸⁸ 2005/29/EY-liite I kohta 26. Suomessa direktiiviä toimeenpantaessa jätettiin pois viittaus poikkeuksena säännökseen olevaan kansalliseen lakiin perustuviin sopimusoikeudellisiin velvoitteisiin (ks. valtioneuvoston asetus 601/2008:2 (3) §). Tämä säännöstä selventävä poikkeus olisi ollut suotavaa kirjata asetukseen myös Suomessa. Saksassa sanottu liitteen I säännös on toimeenpantu erillään muista liitteeseen I pohjautuvista säännöksistä UWG -lain sopimaton häirintää koskevassa pykälässä pohjautuen sähköisen viestinnän tietosuojadirektiiviin (2002/58/EY). Kyseinen direktiivi on näiltä osin (direktiivin 13. artiklaa koskien) sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevaan direktiiviin nähden erityissäännös (§ 7 (2) UWG ja ks. myös Gesetzentwurf 16/10145:29 ja 40–41 sekä 2005/29/EY: johdanto 14).

¹¹⁸⁹ Ks. myös Cendon 2010:282.

myyntiyhteydenotot sähköpostilla lienevät omiaan vähentämään kuluttajan mielenkiintoa mainostajaa kohtaan.¹¹⁹⁰

Verkkokaupan sääntely-ympäristön osalta sanotun säännöksen merkitys ei liene huomattava, sillä jo säännöksessä mainitussa sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivissä 2002/58/EY lähtökohtana on, että luonnolliselle henkilölle lähetetyt mainossähköpostiviestit¹¹⁹¹ ovat ilman edeltävää asiakassuhdetta kiellettyjä, ellei hän ole niiden vastaanottamiseen ennalta antanut erikseen suostumusta¹¹⁹². Sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin mukaan kuluttajalla tulee lisäksi joka tapauksessa olla oikeus jokaisen mainosviestin yhteydessä helposti ja ilman kustannuksia myös perua antamansa suostumuksen suoramainontaan¹¹⁹³. Myös lähtökohdat sähköpostimainonnan kiellolle ovatkin kummassakin direktiivissä erilaiset¹¹⁹⁴. Toisaalta on katsottavissa, että puheena olevassa liitteen I kohdan 26 säännöksessä ei erotella ei-toivottua viestintää sen mukaan, onko kyse sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin tietyin edellytyksin sallimasta viestinnästä tai asiakassuhdeviestinnästä, vaan että säännös koskisi yleisesti kaikkea mm. sähköpostitse tapahtuvaa sinnikästä ja ei-toivottua kaupallista viestintää¹¹⁹⁵. Täten olisi mahdollista katsoa, että sanotulla säännöksellä voisi olla itsenäistä merkitystä lähinnä ei-sallitun menettelyn osoittamisessa sähköpostitse tapahtuvassa luvanvaraisessa viestinnässä ja asiakassuhdeviestinnässä, joiden luonnetta koskeva sisällöllinen sääntely on jäänyt vähemmälle huomiolle sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivissä ja etämyyntidirektiivissä.

Verkkokaupan kannalta puheena olevan liitteen I säännöksen merkitys lienee lähinnä tukea muihin säännöksessä mainittuihin direktiiveihin pohjautuvaa sääntelyä koskien ei-toivottuja ja toistuvia myyntiyhteydenottoja säännöksessä mainittu-

¹¹⁹⁰ Esim. Howells 2007:107 ja 109.

¹¹⁹¹ Sähköpostin lisäksi Internetissä suoramarkkinointia on mahdollista harjoittaa myös muita menetelmiä, kuten erilaisia pikaviestintäohjelmia käyttäen. Nämä menetelmät eivät kuitenkaan ole yhtä yleisiä kuin sähköpostimainonta. (Ks. esim. Enkvist-Gauffin 2006:19–20). Tästä syystä tutkimuksessa ei tässä yhteydessä painoteta näitä muita Internetissä käytettävissä olevia sähköisiä etäyhteydenottomenetelmiä

¹¹⁹² 2002/58/EY:13 (1–2) Art. ja ks. tarkemmin tästä sähköisen viestinnän tietosuojadirektiiviin sisältyvästä sähköpostimainonnan kiellosta myös Luhtasela 2007:96–100.

¹¹⁹³ 2002/58/EY: 13 (2) Art.

¹¹⁹⁴ Sähköpostimainonnan sääntelyn lähtökohtana on sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa direktiivissä aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmän mukaisesti kuluttajan valinnanvapauden heikentyminen kun taas sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivissä lähtökohtana on lähinnä kuluttajan yksityisyyden vaarantuminen ja tällaisen mainonnan aiheuttamat muut rasitteet vastaanottajalle (ks. 2005/29/EY:8 Art. ja 2002/58/EY: johdanto 40 sekä ks. myös yleisesti direktiivin 2002/58/EY Suomessa toimeenpanevaa lakia koskien Lehtonen 2008:554–557).

¹¹⁹⁵ Ks. 2002/58/EY: 13 (2) Art. ja 2005/29/EY: liite I kohta 26.

ja viestintämenetelmiä käyttäen. Liitteen I kohdan 26 säännöksen pääasiallinen soveltamisalue liittyyneen kuitenkin sähköpostimainonnan sijaan pikemminkin sellaisiin viestintämenetelmiin, joiden kaupallista käyttöä ei ole säännelty direktiivissä 2002/58/EY. Sanotunlaisia viestintämenetelmiä ovat mm. puhelimitse tapahtuva suoramainonta, joiden käytöltä ei edellytetä direktiivissä 2002/58/EY vastaanottajan ennakkosuostuntaa tai asiakassuhdetta.

7.2.2 Lapsille suunnatut suorat osto-kehotukset

Direktiivin 2005/29/EY liitteen I kohdassa 28 sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi säädetään ”mainoksiin sisällytetty lapsiin kohdistuva suora kehotus ostaa tai suostutella heidän vanhempiaan tai muita aikuisia ostamaan heille mainostettuja tuotteita [...]”¹¹⁹⁶. Säännöksellä pyritään direktiivin johdannon mukaan suojaamaan lapsia suoraan heihin kohdistetulta ostopaineelta, mutta kuitenkin kieltämättä kokonaan heille suunnattua mainontaa¹¹⁹⁷. Tämä lapsien suojaamiseen tarkoitettu säännös ilmentää lähinnä direktiivin 5 (3) artiklassa ilmituotua pyrkimystä turvata vaikutukselle alttiiden, suojaa tarvitsevien kuluttajaryhmien etuja¹¹⁹⁸.

Sanottu säännös koskee vain suoria kehotuksia ostaa tai suostutella aikuisia ostamaan tuotteita lapsille. Osto-kehotushan on jo määritelty direktiivin toisessa artiklassa, joten säännöksen soveltamisen kannalta keskeisenä voi pitää erityisesti sitä, mitä säännöksessä tarkoitetaan *suoralla* osto-kehotuksella¹¹⁹⁹. Tähän liittyen on tulkittavissa, että lapsille suunnatussa tuotteen yksilöivässä mainonnassa ei saa käyttää varsinkaan suoria ilmaisuja kuten osta, kokeile yms. termejä¹²⁰⁰. Vastavasti säännöksen sanamuodon perusteella on pääteltävissä, että yleisluontoisen mainonnan lisäksi todennäköisesti myöskään epäsuorempi piilomainonnan kaltainen mainonta ei sijoitu säännöksen alaan.¹²⁰¹ Ratkaisevaa tässä suhteessa kuitenkin on, miten lapset oletettavasti ymmärtävät kaupallisen viestin. Säännökseen

¹¹⁹⁶ 2005/29/EY: liite I kohta 28.

¹¹⁹⁷ 2005/29/EY: johdanto 18.

¹¹⁹⁸ 2005/29/EY: johdanto 18 ja ks. myös Lähteenmäki-Uutela 2009:175.

¹¹⁹⁹ Osto-kehotus liittyy direktiivin toisen artiklan i-kohdan mukaan konkreettiseen kaupalliseen viestintään, joka käytettyyn viestintävälineeseen nähden asianmukaisesti ilmaistun hinnan ja tuotteen ominaisuuksien pohjalta mahdollistaa vastaanottajalleen ostoksen tekemisen (ks. 2005/29/EY:2 (i) Art.).

¹²⁰⁰ Ks. myös Tews & Bokel 2009:245. Samanlaisen näkemyksen lapsille suunnattua markkinointia koskien Kuluttajavirasto on esittänyt Suomessa vuonna 2004 jo ennen direktiivin valmistumista (ks. Kuluttajavirasto 2004:6). Suomessa vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan lapsille suunnattu suoramarkkinointi vaatii vanhempien suostumuksen (Kuluttajavirasto 2004:7).

¹²⁰¹ Wiczorek-Schwarz 2010:90.

toisena sopimattoman kaupallisen menettelyn muotona sisältyvälle lapsille osoitetulle kehotukselle suostutella vanhempia tai muita aikuisia ostamaan heille tuotteita on vastineensa myös ICC:n mainonnan perussäännöissä¹²⁰². Puheena olevan liitteen I säännöksen voi katsoa näiltä osin ilmentävän myös ns. *pestering power* (suom. ruinaamisen voima) markkinoinnin kieltoa¹²⁰³. Muunlaisia kuin kahta edellä mainittuja lapsille suunnattuja markkinoinnin muotoja tulee arvioida muiden säännösten nojalla.

Markkinoijan kannalta koko säännöksen puutteena voi pitää sitä, että siinä ei ole määritely ikärajoja siitä, mitä lapsella tarkoitetaan¹²⁰⁴. Säännöksessä käytetään joka tapauksessa lapsi -käsitettä alaikäinen -käsitteen sijaan. Tästä ja säännöksessä käytetystä sanamuodosta on pääteltävissä, että säännöksessä ei ole tarkoitettu kaikkia alaikäisiä täysi-ikäisyyden rajaan asti, vaan että käsitteellä tarkoitettaneen rajatumpia ja nuorempia alaikäisiä ikäryhmiä¹²⁰⁵. Luultavaa on, että säännöksen soveltamisessa on noudatettava kansallisia lapsi-ikärajoja vastaavalla tavalla kuin ICC:n mainonnan perussääntöjen lapsille ja nuorille suunnattua mainontaa koskevassa artiklassa kyseisen artiklan osalta nimenomaisesti edellytetään¹²⁰⁶.

Puheena olevan säännöksen voisi näkökulmasta ja jäsenvaltiosta riippuen tulkita merkittävän rajoitusta markkinoinnissa¹²⁰⁷. Toisaalta lapsiin kohdistuvaa markkinointia on useassa jäsenvaltiossa jo entuudestaan arvioitu muuta markkinointia ja myös liitteessä I mainittua kieltoa tiukemmin. Näin on myös ollut esim. Suomessa, jossa ei ole aiemmin ollut lapsia mainonnassa koskevaa nimenomaista säännöstä, mutta jossa on oikeuskäytännössä kielletty useita erilaisia piirteitä lapsiin kohdistuvassa mainonnassa. Tähän vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön pohjautuvaa sääntelyä on Suomessa jatkettu edelleen direktiivin mahdollistaman makuasioihin ja säädyllisyyskysymyksiin liittyvän poikkeuksen nojalla direktiivin toimeenpanemisen jälkeenkin¹²⁰⁸. Myös kansainvälisen kauppakamari ICC:n lähinnä

¹²⁰² Ks. ICC 2006:Artikla 18.

¹²⁰³ Svensson ym. 2010:170. Täten voisi katsoa, että säännös suojelee myös vanhempia ja muita aikuisia lasten suorittamalta ostomanipulaatiolta (ks. myös Wieczorek-Schwarz 2010:90–91). Kirjallisuudessa tämän markkinoinnin muodon on katsottu sivuavan myös pakottamista (ks. Micklitz & Howells 2010:146).

¹²⁰⁴ Wieczorek-Schwarz 2010:90 ja 137.

¹²⁰⁵ Boesche 2009:382.

¹²⁰⁶ Ks. ICC 2006:Artikla 18. Vrt. Boesche 2009:381, joka katsoo tarvittavan myös yhteisön tasolla määriteltäviä ikärajoja säännöksessä tarkoitettun lapsi -käsitteen määrittämiseksi.

¹²⁰⁷ Ks. esim. Verkade 2009:66 ja samansuuntaisesti myös Boesche 2009:381.

¹²⁰⁸ Ks. 2005/29/EY:johdanto 7 ja esim. HE 32/2008:12. Ks. tästä poikkeuksesta myös tutkimuksen johdantoluvusta. Ks. myös alaikäisiin kohdistuvan mainonnan sääntelystä lyhyesti HE 32/2008:9 ja 23 sekä viitatus oikeustapaukset ja 20–21 sekä edelleen Majuri 2003:12, Wilhelmsson 2005:193 ja Paloranta 2006:97–99. Markkinatuomioistuimien on pitänyt sopimattomana vetoamista markkinoinnissa esim. ystävän löytämisen tarpeeseen (MT 1990:16).

vapaaehtoisiksi itsesääntelynormistoiksi tarkoitetuissa mainonnan kansainvälisissä perussäännöissä on liitteen I säännöstä pidemmälle meneviä ja yksityiskohtaisempia kieltoja lapsille suunnatusta mainonnasta¹²⁰⁹.

Verkkokaupassa elinkeinonharjoittaja ei pysty aina tunnistamaan vastapuolen ikää. Tämä säännös ei toisaalta sitä suoraan edellytäkään. Säännöksen pohjalta markkinoinnissa on kuitenkin noudatettava huolellisuutta erityisesti tuotteiden osalta, jotka on suunnattu lapsille. Käytännössä verkkokaupan osalta säännöksellä kielletään elinkeinonharjoittajaa esimerkiksi tarjoamasta lapsille mahdollisuutta aikuisille suunnattujen erilaisten ostostoivelistojen, suosittelusähköpostien ja muiden ostopainetta aiheuttavien kehotusten tekemiseen¹²¹⁰. Tämän tutkimuksen ulkopuolelle rajautuu kuitenkin valitun rajauksen mukaisesti suurelta osin tällainen yksittäisille nimetyille kuluttajaryhmille suunnatun kaupankäynnin sääntely.

7.3 Yhteenveto

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevassa direktiivissä (artiklassa 5 (5)) todetaan tiettyjen kaupallisten menettelyjen olevan kaikissa tilanteissa sopimattomia. Näiden menettelyiden osalta (em. artiklassa) viitataan direktiivin liitteeseen I, jossa on luetteloitu erikseen ja osin melko yksityiskohtaisesti 31 tällaista kaikissa tilanteissa sopimattonta kaupallista menettelyä. Nämä kaupalliset menettelyt ovat keskenään monin paikoin melko heterogeenisiä ja ne ovat listattu ilman pyrkimystä yhtenäiseen järjestykseen. Tämä vaikeuttaa kyseisen luettelon sisältämien säännösten kokonaisuuden arvioimista yleisellä tasolla.

Sopimattomat kaupalliset menettelyt on luokiteltu liitteessä I ainoastaan harhaanjohtaviin ja aggressiivisiin kaupallisiin menettelyihin. Suurin osa liitteessä luetelluista kaupallisista menettelyistä sijoittuu ensiksi mainitun otsikon alle. Harhaanjohtavina sopimattomiksi määriteltyjen kaupallisten menettelyjen voi katsoa liittyvän lähinnä eri aiheita koskeviin perättömiin lausuntoihin ja sopimattomiin markkinointimenetelmiin. Tiivistettynä em. perättömät lausunnot liittyvät sanotussa liitteessä mm. käytännesääntöihin, kuluttajan laillisiin oikeuksiin, tuotteen lailliseen myyntiin, markkinatilanteeseen, tuotteiden tiettyihin ominaisuuksiin ja

¹²⁰⁹ Ks. ICC 2006:Artikla 18.

¹²¹⁰ Nairn 2008:246 ja 249. Direktiivi ei sen sijaan nimenomaisesti huomioi ostopaineen aiheuttamista lapsien kautta toisille lapsille. Toiset lapset ovat vertaisryhmässään kuitenkin yleensä tärkeä ostopäätöksiin vaikuttava ryhmä (ks. myös Nairn 2008:242). Tosin tällaiseen menettelyyn lienee mahdollista puuttua direktiivin viidennen ja kahdeksannen artiklojen nojalla (ks. 2005/29/EY: 5 Art. ja 8 Art. ja ks. myös 2005/29/EY: johdanto 18).

myynnin jälkeisiin palveluihin. Sopimattomina markkinointimenetelminä voi katsoa luetellun mm. täkymyynnin ja -mainonnan, negatiivisen sopimussidonnan, pyramidihuijaukset, tuotteen markkinoimisen harhaanjohtavilla alkuperätiedoilla, eräät piilomainonnan muodot, markkinointiarpajaisiin liittyvät huijaukset ja tuotteiden perätön markkinoiminen ilmaisena. Aggressiivisina sopimattomiksi listatuista kaupallisista menettelyistä osa sijoittuu päällekkäin harhaanjohtavina listattujen kaupallisten menettelyjen kanssa. Osaan kyseisistä kaupallisista menettelyistä on tässä tutkimuksessa perehdytty kyseisten harhaanjohtavina listattujen kaupallisten menettelyjen yhteydessä. Osa liitteessä I aggressiivisiksi määriteltyistä kaupallisista menettelyistä ei puolestaan sellaisenaan liity kuluttajaverkko-kauppaan. Tutkimuksen aihealuetta sivuavia aggressiivisiksi luokiteltuja kaupallisia menettelyjä ovat harhaanjohtavina käsiteltyjen menettelyjen lisäksi lähinnä ei-toivottu sinnikäs suoramainonta etävälineitä käyttäen ja lapsille suunnatut suorat osto-kehotukset.

Nimellisesti liitteessä I listatut kaupalliset menettelyt ovat otsikointinsa myötä sijoitettu direktiivin aiempien artiklojen 6–9 alaan ikään kuin esimerkeiksi niihin liittyvistä sopimattomista kaupallisista menettelyistä. Liitteessä I listattujen sopimattomien kaupallisten menettelyjen suhde em. aiemmissä säännöksissä lueteltuihin sopimattomien kaupallisten menettelyjen arviointipiirteisiin on kaksijakoinen. Osa liitteessä I luetelluista sopimattomista kaupallisista menettelyistä sijoittuu suoraan direktiivin artiklojen ja niissä mainittujen arviointipiirteiden alaan. Tällaisia ovat esim. elinkeinonharjoittajan akkreditointia, tuotteen alkuperää ja kuluttajan oikeuksia koskevat tiedot sekä piilomainonta kaupallisena menettelynä. Sen sijaan toisena ääripäänä voi pitää erityisesti aggressiivisina listattuja kaupallisia menettelyjä, kuten ei-toivottua suoramainontaa ja lapsille suunnattuja suoraa osto-kehotuksia, joiden osalta aggressiivisten kaupallisten menettelyjen piirteiksi direktiivin kahdeksannessa artiklassa määriteltyjä ominaisuuksia, kuten valinnanvapauden rajoittumisesta aiheutuvaa kaupallista ratkaisun vääristämistä, on vaikea yhdistää kyseisiin kaupallisiin menettelyihin.

Liitteessä I listattujen kaupallisten menettelyjen sopimattomuus on melko ehdottomaa, sillä kyseiset, osin melko yksityiskohtaisesti määritellyt, sopimattomat kaupalliset menettelyt eivät tarvitse erillistä direktiivin artikloihin pohjautuvaa arviointia. Toisin sanoen sanottujen kaupallisten menettelyjen osalta ei tarvitse erikseen arvioida niiden mahdollisia vaikutuksia keskivertokuluttajin (vaikka sinänsä useita liitteessä I listattuja kaupallisia menettelyjä tuleekin arvioida keskivertokuluttajan näkökulmasta). Muun muassa liitteen I erityissäännösroolista suhteessa muuhun direktiiviin seuraa, että kaupallisia menettelyjä direktiivin pohjalta arviotaessa tulee lähteä liikkeelle puheena olevasta liitteestä I. Kaikki liitteessä I sopimattomiksi määritellyt kaupalliset menettelyt eivät välttämättä ole omiaan vai-

kuttamaan keskivertokuluttajan kaupallisiin ratkaisuihin. Tähän liittyen ihmetystä kirjallisuudessa on herättänyt kyseisen luettelon ehdottomuus ilman lieventäviä seikkoja¹²¹¹. Tällaisen yksityiskohtaisen kiellettyjen kaupallisten menettelyjen luetteloinnin etuna voi toisaalta pitää sitä, että se on omiaan lisäämään markkina-toimijoiden oikeusvarmuutta ja sääntelyn yhtenäisyyttä Euroopan unionin alueella¹²¹². Myös liitteen täydentäminen tai muuttaminen on tehty työlääksi, sillä se on mahdollistettu vain muuttamalla direktiiviä¹²¹³. Tällä tavoin on käytännössä pyritty suurempaan oikeusvarmuuteen, koska liitettä ei voi muuttaa toisella direktiivillä¹²¹⁴. Toisaalta liitteessä I käytetyt termit ovat monin paikoin epämääräisiä ja avoimia. Tämä aiheuttaa osaltaan sen, että osa liitteen I käsitteistä ja listatuista kaupallisista menettelyistä on tulkinnanvaraisia mahdollistaen keskenään erilaisia tulkintoja.¹²¹⁵ Tämä yhdistettynä liitteen I ehdottomaan luonteeseen ja työlääseen muuttamismahdollisuuteen saattavat aiheuttaa kuitenkin käytännön soveltamiongelmia, mikä voi olla omiaan johtamaan keskenään erilaisiin kansallisiin soveltamiskäytäntöihin.

Liitteen I luonteen vuoksi olisi tärkeätä, että sen toimeenpano olisi selkeää ja yhtenäistä. Tämä olisi omiaan hyödyttämään myös jäsenvaltioiden toimijoita¹²¹⁶. Tutkimuksen kohteena olevista jäsenvaltioista Suomessa liitteen I toimeenpanotapaa ei voi pitää selkeänä, sillä liitettä I ei ole kytketty kuluttajansuojalaissa, jolla direktiivi on toimeenpantu, sopimattomiin kaupallisiin menettelyihin. Liitteen I toimeenpanossa voi katsoa olevan jossain määrin myös sisällöllisiä epäyhtenäisyyksiä erityisesti Saksassa ja Suomessa. Liitteen I sisältöä ei ole toimeenpanossa säilytetty Saksassa ja Suomessa täysin yhtenäisenä, vaan sitä on jaettu muutamin osin eri lakeihin ja pykäliin. Myös säännösten järjestystä on pienin osin muutettu¹²¹⁷. Sääntelyn yhtenäisyyden kannalta tällaista menettelyä voi pitää haitallise-

¹²¹¹ Esim. Twigg-Flesner ym. 2005:48 ja Stuyck ym. 2006:130–131.

¹²¹² Ks. yleisesti sääntelyn oikeusvarmuutta lisäävistä tekijöistä Nuotio 1999:937.

¹²¹³ 2005/29/EY:5 (5) Art. ja johdanto 17.

¹²¹⁴ Schuhmacher 2007:130.

¹²¹⁵ Vastaavasti Büllsbach 2008:146.

¹²¹⁶ Euroopan parlamentti 2009:8

¹²¹⁷ Esimerkiksi Suomessa piilomainontaan toimituksellisen aineiston kautta liittyvä menettely (kohta 11) ja negatiivista sopimussidontaa koskeva menettely (kohta 29) ovat listatut suoraan uudistetun kuluttajansuojalain pykälinä (KSL 2:4 § ja 2:10 §). Vakuutusyhtiöiden kuluttajan yhteydenoton vaikeuttamista koskeva säännös (kohta 27) on puolestaan jätetty sisällyttämättä liitteen I toimeenpannaan asetukseen, sillä vastaava menettely on katsottu kielletyksi jo entuudestaan vakuutuslainsuojalain nojalla (HE 32/2008:15–16). Saksassa puolestaan on katsottu tarpeettomaksi toimeenpanna etävälillä tapahtuvan ei-toivotun ja sinnikkään suoramainonnan kieltävää säännöstä (kohta 26), koska sitä koskeva säännös on toimeenpantu liitteen sijaan UWG -lain sopimatonta häirintää koskevassa pykälässä pohjautuen sähköisen viestinnän tietosuojadirektiiviin (2002/58/EY), joka on näiltä osin (kyseisen direktiivin 13 artiklaa koskien)

na. Myös Euroopan parlamentti on jäsenvaltioita nimeämättä yleisesti kritisoinut vastaavanlaisia menettelyjä liitteen I toimeenpanemisessa¹²¹⁸. Lisäksi liitteen I yhtenäiseen toimeenpanoon vaikuttaa se, että sisällöllisesti toimeenpanossa on osin käytetty siihen nähden erilaisia termejä tai muotoja. Näin on erityisesti Suomessa, jossa liitteessä I listattuja sopimattomia kaupallisia menettelyjä on toimeenpantu jättämällä eräistä listatuista kaupallisista menettelyistä soveltamiseen liittyviä rajoitteita toimeenpanematta asetustekstissä, jolloin kirjaimellisesti tulkittuna sääntelystä muodostuu näiltä osin elinkeinonharjoittajille liitteessä I tarkoitettua tiukempi¹²¹⁹. Saksassa puolestaan liitteen I kieltoja on eräin paikoin suora-
viivaisemmin tiukennettu hyödyntäen aiempaa tiukempaa sääntelyä¹²²⁰. Edellä mainittuja ym. pieniä epäyhtenäisyyksiä lukuun ottamatta myös Saksan ja Suomen osalta voi katsoa liitteen toimeenpanossa kohtuullisesti seuratun liitteen I sisältöä.

Suurin osa liitteessä I luetelluista sopimattomista kaupallisista menettelyistä, jotka ovat monin paikoin myös keskenään heterogeenisiä, olisi ollut mahdollista tulkita sopimattomiksi myös direktiivin edeltäjän, harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin (1984/450/ETY) ja sen laajan yleislausekkeen pohjalta, eritoten mikäli niillä olisi voitu katsoa olevan vaikutusta kuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen. Tässä suhteessa taloudelliseen käyttäytymiseen vaikuttamishdon poistuminen tällaisten kaupallisten menettelyjen osalta lieneekin yksi liitteen I merkittävimmistä tiukennuksista elinkeinonharjoittajan kannalta. Toisaalta tätä vaikutusta vähentää se, että osa liitteen I kaupallisista menettelyistä on sellaisenaan kielletty jo muussa yhteisön lainsäädännössä ja osa muun kansallisen lainsäädännön nojalla jo entuudestaan useissa jäsenvaltioissa.

Verkkokaupan osalta direktiivin (2005/29/EY) liitteen I voi, kuten edellä on osittain todettu, käytännössä katsoa tietyin osin hieman yksityiskohtaistavan ja tiukentavan aiempaa, harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin (1984/450/ETY) alaan liittyvää sääntelyä. Tämä johtuu osin säännösten yksityiskohtaisen luonteen lisäksi myös mm. siitä, että kyseisiltä liitteessä I säännellyiltä kaupalli-

sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevaan direktiiviin nähden erityissäännös (§ 7 (2 ja 3) UWG ja ks. myös Gesetzentwurf 16/10145:29 ja 40–41 sekä 2005/29/EY: johdanto 14).

¹²¹⁸ Euroopan parlamentti 2009:8.

¹²¹⁹ Näin on menetelty täkymainonnan kiellon (liitteen I kohta 5), tuotteen alkuperää koskevan harhaanjohtamisen (liitteen I kohta 13) ja ei-toivotun sähköpostimainonnan osalta (liitteen I kohta 26).

¹²²⁰ Näin on menetelty liitteeseen I sisältyvän täkymainonnan kiellon osalta (kohta 5) aiempaan vastaavaan lainsäädäntöön sisältyneiden aikarajojen sisällyttämisellä säännökseen ja käytännössä myös pyramidijärjestelmän kiellon (kohta 14) osalta, koska sitä koskevaa tiukempaa sääntelyä on jätetty (direktiivissä noudattettavan maksimiharmonisointiperiaatteen vastaisesti) voimaan kansallisessa lainsäädännössä.

silta menettelyiltä ei edellytetä vaikutusta keskivertokuluttajan taloudelliseen käyttäytymiseen. Lisäksi liitteen I kieltojen voi katsoa tukevan aiempaa verkko-kauppaan liittyvää sääntelyä. Liitteen I säännösten voi katsoa velvoittavan ilmaisemaan harhaanjohtamattomasti aiemmassa verkkokauppaan liittyvässä sääntelyssä annettavaksi vaadittuja erinäisiä tietoluokkia. Edellä mainittujen tietoluokkien voi katsoa liittyvän esim. käytännesääntöihin ja akkreditointiin sekä myynninjälkeisiin palveluihin. Osa liitteessä I listatuista sopimattomista kaupallisista menettelyistä menee lisäksi päällekkäin aiemman nimenomaisesti verkkokauppaa koskevan sääntelyn kanssa. Tällaisia ovat piilomainonnan ja ei-toivotun etävälineitse tapahtuvan suoramainonnan kieltä, joilla ei sisällöllisesti ole käytännössä huomattavaa vaikutusta aiempaan sääntelyyn tilaan sekä negatiivisen sopimussidonnaisen kieltä. Negatiivisen sopimussidonnaisen osalta liitteen I säännöksen voi katsoa olevan hieman tiukempi kuin vastaava etämyyntidirektiivin säännös, sillä siinä nimenomaisesti kielletään (etämyyntidirektiivin 9. artiklasta poiketen) myös tilaamatta lähetetyn tuotteen säilytyksen vaatiminen.

Kaikkiaan kuluttajaverkkokaupan kannalta liitteen I yksityiskohtaisuuteen pyrkivien kieltojen voi katsoa niille asetetun tavoitteen mukaisesti jossain määrin lisäävän sääntelyn yhtenäisyyttä verrattuna aiempaan minimiharmonisointidirektiiveillä toteutettuun sääntelyyn. Sääntelyn yksityiskohtaisuudesta seuraa kuitenkin myös kapea-alaisuus, jota käytetyt tulkinnanvaraiset käsitteet toisaalta hieman leventävät. Liitteessä I määriteltyjen sopimattomien kaupallisten menettelyjen yksityiskohtaisuuden ja kapea-alaisuuden pohjalta sitä kautta saavutettava sääntelyn yhtenäisyys rajautunee kuitenkin käytännössä melko rajatulle alueelle. Tätä voivat edelleen rajoittaa tulevaisuudessa myös keskenään erilaiset kansalliset tulkinnat eräiden liitteen I säännöksiin sisältyvien tulkinnanvaraisten käsitteiden osalta.

8 YHTEENVETO

Euroopan yhteisöjen komissio on esittänyt, että jäsenvaltioiden väliset eroavuudet markkinainformaation sääntelyssä ovat olleet omiaan lisäämään epävarmuutta ja vähentämään eurooppalaisten kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien halukkuutta osallistua rajat ylittävään sähköiseen kaupankäyntiin¹²²¹. Näitä eroavuuksia on pyritty vähentämään laaja-alaista yhdistettyä näkökulmaa ja uudenlaista eurooppalaista kuluttajaoikeutta edustavalla sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevalla maksimiharmonisointidirektiivillä 2005/29/EY.

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin tavoitteet ovat laajat. Direktiivillä pyritään yhdellä kertaa yhtenäistämään suuri osa markkinointia koskevasta lainsäädännöstä Euroopassa, jota perinteisesti ovat leimanneet kansalliset eroavuudet.¹²²² Direktiivin piiriin kuuluvat lähes kaikki kaupalliset menettelyt kaupankäynnin eri vaiheissa ennen ja jälkeen liiketointa sekä sen aikana. Direktiivin on mahdollista katsoa myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa vaikuttavan lähes kaikkiin elinkeinonharjoittajan kuluttajiin kohdistamiin kaupallisiin menettelyihin.¹²²³ Direktiiviä onkin mahdollista pitää keskeisenä kuluttajansuojadirektiivinä¹²²⁴. Direktiivin merkitystä korostaa edelleen se, että direktiivi kuuluu ensimmäisiin maksimiharmonisointidirektiiveihin kuluttajansuojan alueella. Maksimiharmonisoinnin mahdollistaman kattavan harmonisoinnin myötä olisi mahdollista poistaa jäsenvaltiosta toiseen vaihtelevan lainsäädännön erilaisuudesta aiheutuvia oletettuja esteitä kansainväliseen verkko-kauppaan osallistumiselle ja yhtenäistää alaa koskevaa sääntelyä. Yhteisöjen tuomioistuin onkin nimenomaisesti katsonut, että koska direktiivillä yhtenäistään täysin kaupallisia menettelyjä koskevat säännökset, direktiivi estää alaa koskevat kansalliset direktiiviin pohjautumattomat elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisiä sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevat säännökset¹²²⁵. Tähän

¹²²¹ Kom 2001/531 lopullinen: 5–10 sekä Kom 2003/356 lopullinen: 19, Euroopan yhteisöjen komissio Press Release IP/03/857 ja edelleen myös 2005/29/EY: johdanto 4–5.

¹²²² Bernitz 2007:45.

¹²²³ Ks. 2005/29/EY: 2 (d) Art., 3 (1) Art. ja johdanto 13. Ks. myös esim. Howells ym. 2006:241, Bernitz 2007:35 sekä 43 ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuin yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007:49 sekä 304/2008:28, 36 ja 39).

¹²²⁴ Wilhelmsson 2006 b: 219.

¹²²⁵ Ks. 2005/29/EY:4 Art. sekä esim. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin yhdistetyt asiat 261/2007 ja 299/2007:52 sekä 63. Jäsenvaltioille jää toki edelleen mahdollisuus muilla perusteilla säännellä kaupallisia menettelyjä, kuten esim. elinkeinonharjoittajien väliseen kaupankäyntiin liittyvillä perusteilla (Stuyck ym. 2006:150).

liittyen monet kansalliset säännökset, jotka ovat aiemmin välttyneet EU:n harmonisointitoimenpiteiltä, siirtyvät direktiivin nojalla EU:n lainsäädännön piiriin.¹²²⁶

Tässä luvussa arvioidaan yhteenvedonomaisesti tutkimuskysymyksen pohjalta ennakoitavissa olevia direktiivin 2005/29/EY vaikutuksia sähköisen kuluttajakaupan sääntelyyn ja sen yhtenäistymiseen. Ensimmäisessä alaluvussa eritellään tiivistetysti muutamia tutkimuksessa esiin tulleita näkökohtia sääntelyn vaikutuksesta kuluttajaverkkokaupan sääntelyyn. Tämän jälkeen seuraavassa alaluvussa osittain tältä pohjalta arvioidaan yleisluontoisemmin sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin edellytyksiä vaikuttaa verkkokauppaan liittyvien kysymysten sääntelyn yhtenäistymiseen jäsenvaltioissa.

8.1 Keskeisiä direktiivin piirteitä kuluttajaverkkokaupan sääntelyssä

Kuluttajaverkkokaupan sääntely on, pyrkimässään ottamaan huomioon verkkokaupan erityispiirteet, ollut yhteisön tasolla entuudestaan useaan osittain päällekkäiseen direktiiviin pohjautuvana laajempaa kuin fyysisessä maailmassa tapahtuvaa liiketoimintaa koskeva sääntely. Tämä vaikuttaa osaltaan myös puheena olevan direktiivin mahdollisuuksiin vaikuttaa sähköisen kuluttajakaupankäynnin sääntelyyn ja sen yhtenäistymiseen. Verkkokaupan sääntelyn osalta direktiivin vaikutusta lähtökohtaisesti rajaa edelleen se, että direktiivi on yleisdirektiivi suhteessa sen alaa koskeviin yhteisön erityissäännöksiin. Verkkokauppaa koskevia tällaisia etusijalla olevia säännöksiä ovat mm. etämyyntidirektiivi (1997/7/EY) ja sähköisen kaupankäynnin direktiivi (2000/31/EY). Direktiivin 2005/29/EY säännösten syrjäytyminen ei kyseisten direktiivien alueelta ole kuitenkaan täydellistä, sillä direktiivi voi puitedirektiivinä täydentää näiden alakohtaisten direktiivien yleisiä säännöksiä. Seuraavassa käydään läpi lyhyesti direktiivin rakennetta ja muutamia direktiivin keskeisten säännösten vaikutuksia verkkokaupan sääntelyyn.

Direktiivin 2005/29/EY laajat sääntelyä yhtenäistämään pyrkivät tavoitteet heijastuvat luonnollisesti myös sääntelyn sisältöön ja rakenteeseen. Lähtökohtana so-

¹²²⁶ Anagnostaras 2010:157–159. Direktiivi rajoittaa jäsenvaltioiden mahdollisuuksia ennakolta kieltää kaupallisia menettelyitä, joita ei ole direktiivin liitteessä I tai muussa EULainsäädännössä listattu. Esimerkiksi direktiivin liitteen I mustalla listalla ei käsitellä alennusmyyntejä, joita sen sijaan useissa jäsenvaltioissa on perinteisesti säännelty (esim. Schulte & Schulte-Nölke 2003:53–60). Tästä syystä näitä erilaisia alennusmyyntejä koskevia säännöksiä ei voi jäsenvaltioissa pitää voimassa kuin direktiivin sallimissa poikkeustapauksissa. Alennusmyyntien sopivuutta tulee täten arvioida pääosin direktiivin yleislausekkeiden pohjalta. (Ks. Keirsbilck 2010:555).

pimattomien kaupallisten menettelyjen sääntelylle direktiivissä voi pitää viiden artiklan laajaa yleislauseketta, jolla näennäisen pelkistetysti kielletään kaikki sopimattomat kaupalliset menettelyt kuluttajakaupassa. Sopimaton kaupallinen menettely on kuitenkin laaja ja osittain myös arvosidonnainen käsite, joka edellyttää täsmennystä. Suuri osa direktiivistä keskittyykin tarkemmin määrittelemään sitä, millaiset kaupalliset menettelyt ovat sopimattomia. Sopimattomuuden alaluokiksi artiklassa määritellään suppeilla yleislausekkeilla täsmennettävät harhaanjohtavat kaupalliset menettelyt (artiklat 6–7) ja aggressiiviset kaupalliset menettelyt (artiklat 8–9). Näiden voi katsoa edustavan sopimattomien kaupallisten menettelyjen määritelmän toista tasoa.¹²²⁷ Tämän lisäksi sopimattomien kaupallisten menettelyjen määritelmää täsmennetään erikseen vielä kolmannella tasolla direktiivin liitteessä I, määrittelemällä yksittäisiä kaupallisia menettelyjä kaikissa tilanteissa sopimattomiksi. Tästä edellä mainitusta rakenteesta aiheutuu sopimattomien kaupallisten menettelyjen määritelmän keskeiseksi piirteeksi kolmiosaisuus. Direktiiviä sovellettaessa se on käytännössä käännettävä ikään kuin ylösalaisin. Sopimattomien kaupallisten menettelyjen arvioinnissa tulee ensin lähteä liikkeelle liitteen I mukaisesta ”mustasta listasta” ja tämän jälkeen edetä suppeisiin yleislausekkeisiin (artiklat 6–9). Mikäli kyseiset säännökset eivät koske puheena olevaa menettelyä, tulee menettelyä arvioida laajan yleislausekkeen (artikla 5) valossa.

Sopimattomien kaupallisten menettelyjen kolmitasoisien määritelmän ensimmäisellä tasolla kielletään laaja yleisluontoisella yleislausekkeella lähtökohtaisesti sellaiset sopimattomat kaupalliset menettelyt, joilla on oletettua vaikutusta keskivertokuluttajien taloudelliseen käyttäytymiseen ja jotka ovat huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastaisia. Direktiivin 2005/29/EY uutuuksiin kuuluu se, että siinä on otettu käyttöön viitekehyksenä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuisista vaikutteista saanut kuvitteellisen tyyppillisen, kohtuullisen valistuneen kuluttajan, keskivertokuluttajan, käsite. Tärkeänä direktiiviin pohjautuvan kuluttajansuojan kehittymisen kannalta voi pitää sitä, miten tämä direktiivissä käsiteltyjen menettelyjen kohdentumisen vertailukohdaksi otettu keskivertokuluttajan käsite määritellään kansallisella soveltavalla tasolla.

Sopimattomat kaupalliset menettelyt kieltävän säännöksen voi katsoa edustavan uudenlaista yleisluontoista kaupallisten menettelyiden sääntelyä yhteisön tasolla. Erityisesti tämän kiellon soveltamisalan yltäminen sopimuksen teon jälkeiseen

¹²²⁷ Hieman yksinkertaistaen direktiivin sisällön osalta on esitetty, että direktiivin artiklojen 6–7 tavoitteena voisi katsoa olevan suojella keskivertokuluttajaa estämällä häntä tulemasta petetyksi ja artiklojen 8–9 tavoitteena puolestaan olevan estää käytännöt, jotka rajoittavat merkittävästi keskivertokuluttajan vapaata valinnanvapautta (ks. Howells ym. 2006:174).

aikaan on selvä muutos verrattuna harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin 1984/450/EY ja sen pohjalta annettuihin säännöksiin. Määritelmä yleisluontoisuutensa vuoksi vaatii kuitenkin käytännössä täsmennykseksen tuomioistuintimien tekemää tulkintaa. Määritelmän joustavuus saattaa olla hyödyllistä kuluttajaverkkokaupan osalta mahdollistaen sääntelyn sopeuttamisen hyvin erilaisiin tilanteisiin ja jäsenvaltioiden paikallisiin olosuhteisiin sekä myös mm. tekniseen kehitykseen ja uudenlaisiin kaupallisiin menettelyihin. Direktiivin maksimiharmonisointitavoitteiden ja kuluttajaverkkokaupan sääntelyn yhtenäistymisen kannalta määritelmän joustavuus sekä siihen liittyvien käsitteiden mahdollinen muuttuminen ajan myötä ja osin myös määritelmän epämääräisyys saattavat kuitenkin olla haitallisia. Toisaalta laajalle yleislausekkeelle ei tulisi kuitenkaan antaa liian suurta painoarvoa direktiivin sääntelyä arvioitaessa, sillä laajaa yleislauseketta ei voi katsoa tarkoitetun direktiivissä kaupallisten menettelyjen arvioinnissa ensisijaiseksi säännökseksi. Sen sijaan etusijalla ovat direktiivin yksityiskohtaisemmat sopimattoman kaupallisen menettelyn määritelmän seuraaville tasoille kuuluvat säännökset.

Määritelmän toisella tasolla direktiivin kuudennessa artiklassa määriteltävät harhaanjohtavat toimet käytännössä mukailevat ja hieman laajentavat mm. direktiivin laajemman ajallisen ulottuvuuden vuoksi edeltäjänsä, harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin 1984/450/ETY mukaista harhaanjohtavan mainonnan sääntelyä. Lisäksi sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin kuudes artikla sisältää useampikohtaisen harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen arviointipiirteiden luettelon, samankaltaisesti kuin edeltäjänsä, mutta laajennettuna muutamilla uusilla tietoluokilla. Verkkokaupan kannalta tervetulleina voi pitää luettelon sisältämiä uusia tietoluokkia, kuten myyntiprosessin luonnetta ja laaja-alaista tuotteen luonnetta koskevaa kriteeriä. Viimeksi mainittujen tietojen harhaanjohtamattomuutta voi pitää tärkeänä kaupankäynnissä, jossa kuluttajalla ei ole mahdollisuutta tutustua tuotteeseen etukäteen. Samoin käytännesääntöihin sitoutumista koskevien tietojen paikkansapitävyyden edellyttämistä artiklan toisessa alakohdassa voi pitää tärkeänä alueilla, jossa käytännesääntöjä on entuudestaan eniten käytetty. Harhaanjohtavaa mainontaa koskevaan direktiiviin nähden uudet kaupallisen menettelyn harhaanjohtavuuden arviointikriteerit eivät kuitenkaan monin paikoin merkitse juurikaan uudenlaista sääntelyä verkkokaupan osalta, sillä monet niistä sijoittuvat suurelta osin alueille, joita koskien on jo olemassa verkkokauppaan liittyviä säännöksiä. Uusia tietoluokkia tärkeämpänä säännöksen osalta voinee kuitenkin pitää edellä mainitun luettelon direktiivin maksimiharmonisointiluonteen vuoksi kasvanutta painoarvoa edeltäjänsä verrattuna. Tämä näkyy myös siinä, että se on toimeenpantu kansallisessa lainsäädännössä jokaisessa kolmessa tutkimuksen kohteena olevassa jäsenvaltiossa toisin kuin direktiivin 1984/450/ETY pohjautunut vastaavankaltainen arviointipiirteiden luettelo oli.

Ylipäänsä tällaisten arviointiseikkojen sisällyttäminen lainsäädäntöön esimerkinomaisenakin, voi katsoa olevan omiaan lisäämään toimijoiden oikeusvarmuutta.

Direktiivin seitsemännessä artiklassa, edelleen sopimattomien kaupallisten menettelyjen määritelmän toisella tasolla, määriteltävät harhaanjohtavat mainitsematta jättämiset merkitsevät puolestaan näennäisesti uudenlaista kaupallisten menettelyjen arviointikriteeriä direktiivin edeltäjään 1984/450/ETY verrattuna. Tosin sisältöään samankaltaisia asioita on aiemmin käsitelty edellä mainitussa direktiivissä harhaanjohtavan mainonnan käsitteen alla. Seitsemännessä artiklassa keskeisen sijan saa kaupallisen ratkaisun kannalta olennaisena pidettävissä oleva tiedon, jonka mainitsematta jättämistä pidetään sopimattomana kaupallisena menettelynä, määrittelemisen. Näiltä osin säännös jakaantuu kahteen osaan, olennaisen tiedon yleisten edellytysten määrittelyyn sekä ostokehotuksen yhteydessä olennaisten tietoluokkien määrittelemiseen. Näistä verkkokaupan osalta olennaisen tiedon käsitteen yleisten edellytysten määrittelyn ehkä huomattavin merkitys lienee siinä, että artiklan säännökset täsmentävät harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn säännöksiä kiinnittämällä huomiota myös tiedonantotapaan ja ajankohtaan. Hyödyllisenä voi pitää myös, että tätä arviointia tullaan säännöksen nojalla soveltamaan muihinkin verkkokauppaan liittyvien tiedonantovaatimuksien pohjalta annettaviin tietoihin. Tämä liittyy siihen, että direktiivin merkityksessä olennaisiksi tiedoiksi kytketään direktiivin liitteessä II ei-tyhjentävästi lueteltujen eräiden yhteisön minimidirektiivien, kuten esim. etämyyntidirektiivin ja sähköisen kaupankäynnin direktiivin, nimetyissä artikloissa vaaditut tiedot. Tämä on omiaan tehostamaan verkkokauppaa koskevaa sääntelyä ja entisestään korostamaan verkkokauppasivustojen ja ylipäänsäkin verkkoviestinnän selkeän muotoilun tärkeyttä. Seitsemän artiklan neljännessä kohdassa ostokehotuksen yhteydessä olennaisiksi määritellyt tietoluokat ja niitä koskeva informaatiovelvollisuus ei verkkokaupan sääntelyn osalta sen sijaan tuo juurikaan uutta. Useimmat näissä tietoluokissa olennaisina pidetyt tiedot on säädetty verkkokauppaa koskien ilmoitettavaksi jossain muodossa jo aiemmassa yhteisön alakohtaisessa lainsäädännössä kuten etämyyntidirektiivissä ja sähköisen kaupankäynnin direktiivissä. Osittain nämä tiedot on annettava kyseisten direktiivien pohjalta jo ennen ostokehotuksen tekemistä.¹²²⁸ Verkkokaupan osalta näiden em. seitsemän artiklan neljännen kohdan tiedonantovaatimuksien merkitys lieneekin käytännössä siinä, että ne direktiivin (2005/29/EY) puitedirektiiviluonteen vuoksi täydentävät jossain määrin em. verkkokauppaan liittyvää sääntelyä.

¹²²⁸ Ks. 1997/7/EY: 4–5 Art. ja 2000/31/EY:5 Art.

Direktiivin kahdeksannessa ja yhdeksännessä artiklassa, sopimattomien kaupallisten menettelyjen määritelmän toisella tasolla, määritellään lopuksi vielä aggressiiviset kaupalliset menettelyt. Näiden voi katsoa edustavan uudenlaista kaupallisten menettelyjen arviointikriteeriä yhteisön tasolla. Kyseisten menettelyjen keskeiseksi piirteeksi nousevat kahdeksannen artiklan pohjalta melko tulkinnanvarainen keskiwertokuluttajan valinnanvapauden tai käyttäytymisen merkittävä heikentäminen suhteessa tuotteeseen ja sitä kautta hänen kaupalliseen ratkaisuun vaikuttaminen. Aggressiivisten kaupallisten menettelyjen muodoista lähes ohimennen samassa artiklassa mainitaan häirintä, pakottaminen ja sopimaton vaikuttaminen. Direktiivin yhdeksännessä artiklassa luetellaan lisäksi aggressiivisten kaupallisten menettelyjen yleisen määritelmän sisältöä hieman täsmentäviä arviointikriteerejä ja ominaisuuksia. Kaikkiaan aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määritelmän yleisluontoisuus on omiaan johtamaan käsitteiden rajojen epä-määräisyyteen. Tästä seuraa, että näiden termien sisään mahtuu hyvin erilaisia kaupallisia menettelyjä. Myös direktiivin liitteessä I määriteltyjen aggressiivisten kaupallisten menettelyjen esimerkkien perusteella on pääteltävissä, että aggressiiviset kaupalliset menettelyt ovat melko laaja-alainen luokka. Kaupallisten menettelyjen yhtenäisestä luokittelusta aggressiivisten menettelyjen käsitteiden alle voikin muodostua ongelmallista yhteisön alueella. Tämä voi olla haitallista sääntelyn yhtenäistymisen kannalta. On kuitenkin kyseenalaista, missä määrin aggressiivisten kaupallisten menettelyjen kielto tuo uutta tutkimuksessa käsiteltävän verkkokaupan sääntelyyn. Esimerkiksi liitteessä I listatuista aggressiivisista kaupallisista menettelyistä osa on jo entuudestaan kielletty verkkokaupan osalta ja osa edellyttää käytännössä molempien kaupankäynnin osapuolten samanaikaista läsnäoloa tai tietämystä toisen osapuolen olosuhteista. Verkkokaupassa aggressiiviset kaupalliset menettelyt määrittävän säännöksen merkityksenä lienee lähinnä se, että se tarjoaa mahdollisuuden puuttua joihinkin uudenlaisiin räikeimpiin häiritseviin, painostaviin tai mahdollista valta-asemaa väärinkäyttämään pyrkiviin kaupallisten menettelyjen muotoihin, jotka eivät sinänsä sisällä harhaanjohtavia elementtejä. Tämä soveltamismahdollisuus lienee kuitenkin rajallinen verkkokaupassa, jossa osapuolet eivät ole samanaikaisesti läsnä ja ovat toisilleen entuudestaan tuntemattomia.

Sopimattomien kaupallisten menettelyjen määritelmän kolmannella tasolla direktiivin liitteessä I määritellään sekalaisessa järjestyksessä 31 kaikissa tilanteissa sopimatonta kaupallista menettelyä. Näitä kaupallisia menettelyjä pidetään sopimattomina siitä riippumatta, onko niillä oletettavaa vaikutusta keskiwertokuluttajien taloudellisten ratkaisujen vääristymiseen. Sanotut kaupalliset menettelyt ovat otsikointinsa myötä sijoitettu harhaanjohtavien kaupallisten menettelyjen ja aggressiivisten kaupallisten menettelyjen alaan. Eräiden listattujen kaupallisten menettelyjen osalta tätä luokittelua voi pitää kyseenalaisena. Tässä tutkimuksessa on

katsottu, että liitteessä I harhaanjohtaviksi luokitellut kaupalliset menettelyt olisi mahdollista edelleen luokitella sopimattomiin perättömiin lausuntoihin ja sopimattomiin markkinointimenetelmiin. Suuri osa liitteessä I määritellyistä sopimattomista kaupallisista menettelyistä sijoittuu päällekkäin aiemman sääntelyn kanssa. Näistä päällekkäisistä säännöksistä osan voi edelleen katsoa yksityiskohtaistavan ja myös tiukentavan sekä puheena olevan direktiivin aiempien artiklojen että aiempaa verkkokauppaan liittyvää sääntelyä. Tähän vaikuttaa osaltaan myös se, että liitteessä I ei edellytä sopimattomiksi määritellyiltä kaupallisilta menettelyiltä vaikutusta kuluttajien taloudellisen käyttäytymisen vääristymiseen. Eräiden liitteessä I listattujen kaupallisten menettelyjen osalta liittymä aiempiin säännöksiin on epämääräisempi. Kyseisten menettelyjen voi kuitenkin katsoa täsmentävän yleistä harhaanjohtavien tai aggressiivisten kaupallisten menettelyjen määrittelyä. Tällaiset menettelyt liitteen I luonteen mukaisesti ovat tosin melko kapea-alaisia yksittäisiä kaupallisia menettelyjä, kuten mm. harhaanjohtava tuotteen markkinoiminen ilmaisena, tuotteen laillista myyntiä ja markkinatilannetta koskeva harhaanjohtaminen, eräät markkinointiarpajaisuijauksiin liittyvät menettelyt tai eräät tuotteen yksittäisiin ominaisuuksiin liittyvät perättömät väittämät. Rajat ylittävän kuluttajaverkkokaupan kannalta hyödyllisenä voisi liitteen I yksittäisistä menettelyistä pitää erityisesti liitteen I kohtia 8 ja 23. Kyseisissä säännöksissä täsmennetään direktiiviin 1984/450/ETY pohjautuvaa, harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn arviointikriteeriksi direktiivin 2005/29/EY kuudennessa artiklassa säädetyn palvelun saatavuuden, sisältöä¹²²⁹. Edellä mainituissa liitteen I säännöksissä säädetään sopimattomaksi kaupalliseksi menettelyksi perättömän vaikutelman luominen myynnin jälkeisten palvelujen saatavuudesta muissa kuin tuotteen myyntivaltiossa sekä myynnin jälkeisten palvelujen kieltä koskeva harhaanjohtaminen.

Yleisesti ottaen verkkokaupan kannalta liitteen I yksityiskohtaisuuteen pyrkivien kieltojen voi katsoa niille asetetun tavoitteen mukaisesti lisäävän sääntelyn yhtenäisyyttä verrattuna aiempaan minimidirektiiveillä toteutettuun sääntelyyn. Yksityiskohtaisuudesta seuraa kuitenkin myös sääntelyn kapea-alaisuus, jota säännöksissä käytetyt tulkinnanvaraiset käsitteet hieman leventävät. Liitteessä I listattujen kaupallisten menettelyjen yksityiskohtaisuuden ja kapea-alaisuuden pohjalta niiden sääntelyn kautta mahdollisesti saavutettava yhtenäisyys rajautunee kuitenkin käytännössä melko suppealle alueelle. Tätä voivat tulevaisuudessa edelleen rajoittaa myös keskenään erilaiset kansalliset tulkinnat eräiden liitteeseen I sisältyvien tulkinnanvaraisten käsitteiden osalta.

¹²²⁹ 1984/450/ETY:3 (a) Art. ja 2005/29/EY: 2 (c) Art. ja 6 (1 b) Art. sekä 2005/29/EY:liite I kohta 8 ja 23.

8.2 Yleisesti direktiivin sääntelystä

Direktiivin 2005/29/EY yksi huomattavimmista piirteistä on pyrkimys säännösten täysharmonisointiin. Tätä harmonisointitapaa on kritisoitu kirjallisuudessa. On esitetty, että direktiivin laaja ja rajoiltaan hieman epämääräinen soveltamisala sekä maksimiharmonisointiperiaate yhdistettynä direktiivin väljähköön puitedirektiiviluonteeseen ovat omiaan luomaan epävarmuutta sääntelykenttään¹²³⁰. Direktiivissä noudatettavan maksimiharmonisointitavoitteen kannalta haitallisena voikin pitää sitä, että siinä joudutaan mm. sen laaja-alaisuudesta johtuen, suuressa määrin pitäytymään kansallisille lainsoveltajille huomattavasti paikallista harkintavaltaa jättävään yleisluontoiseen sääntelyyn ja yleislausekkeiden käyttöön. Toisaalta kuluttajaverkkokaupan osalta direktiivissä käytettyjä joustavia määritelmiä voi kuitenkin pitää siinä mielessä hyödyllisinä, että ne ovat omiaan mahdollistamaan sääntelyn sopeuttamisen jäsenvaltioiden paikallisiin olosuhteisiin sekä myös mm. tekniseen kehitykseen ja uudenlaisiin kaupallisiin menettelyihin. Yleisluontoinen sääntely on yleensäkin tyypillistä juuri nopeasti muuttuvalle yhteiskunnalle¹²³¹. Joustavan sopimattoman kaupallisen menettelyn käsitteen ja direktiivin puitedirektiiviluonteen voi nähdä hyödyttävän verkkokaupan sääntelyä myös aiemman sääntelyn aukkojen täydentämisessä. Vaikka yleislausekkeet ovat hyödyllisiä direktiivin joustavan soveltamisen kannalta esimerkiksi verkkokaupan alueella, ne ovat toisaalta myös omiaan aiheuttamaan epävarmuutta markkinoiden toimijoihin ainakin siihen asti, kunnes yleislausekkeiden sisällöt ovat saaneet tulkintansa kansallisissa oikeuskäytännöissä.

Laajasti tulkinnanvaraiset säännökset voivat olla myös omiaan eriyttämään direktiivin käsitteiden sisältöjä jäsenvaltioiden välillä. Yleislausekkeisiin pohjautuva yleisluontoinen lainsäädäntö voi johtaa tulkinnassa samanlaiseen yksityiskohtaisuuteen kansallisella tasolla kuin yksityiskohtainen lainsäädäntö¹²³². Lainkäyttö saattaa tällaisissa tilanteissa lähestyä lainsäädäntöä, jolloin samalla sääntelyn ennalta-arvattavuus saattaa vähentyä¹²³³. Säännösten yleisluontoinen muotoilu on omiaan mahdollistamaan sen, että sopimattomien kaupallisten menettelyjen arviointia voidaan pyrkiä jatkamaan ilman muutoksia aiempaan käytäntöön esimerkiksi ulottamalla aiempi oikeuskäytäntö ohjenuoraksi uusien yleislausekkeiden soveltamiselle. Tällöin on kuitenkin vaarana, että uuden säännösten vaikutus sopimattomien kaupallisten menettelyjen arviointiin jää vähäiseksi. Esimerkiksi

¹²³⁰ Ks. Howells ym. 2006:254–256.

¹²³¹ Esim. Saarenpää 2002:34–36.

¹²³² Black 2008:25.

¹²³³ Ks. Kurkela 2009:462.

Suomessa tämä käy ilmi siten, että kuluttaja-asiamies, joka vastaa direktiivin pohjalta annettujen säännösten noudattamisen valvonnasta, pitää markkinoinnin arvioinnissa lähtökohtanaan useita, jo direktiiviä edeltävänä aikana antamiaan, melko yksityiskohtaisia, pehmeän sääntelyn (engl. soft law) piiriin luettavia ei-sitovia erilaisia kaupallisia menettelyjä koskevia kieltoja sisältäviä linjauksia. Linjaukset on osin johdettu direktiiviä vanhemmista oikeustapauksista, vaikkakin linjauksia on päivitetty myös direktiivin antamisen jälkeenkin. Kuluttajaoikeuden yleislausekkeiden konkreettinen sisältö on Suomessa entuudestaan pitkään muodostunut kuluttajaviranomaisten kuten kuluttaja-asiamiehen ja markkinaoikeuden kannanottojen kautta¹²³⁴. Markkinaoikeuden oikeuskäytännössä näitä linjauksia on edelleen kytketty yleislausekkeiden alaan¹²³⁵. Täten on vaarana, että kyseisistä linjauksista muodostuu käytännössä edelleen lähes sitovia kaupallisia menettelyjä koskevia, direktiiviä yksityiskohtaisempia, säännöstöjä. Toisin sanoen voisi esittää, että vaikka näkyvä kansallisia ominaispiirteitä omaava yksityiskohtainen kaupallisia menettelyjä koskeva sääntely on pyritty ajamaan etuovesta ulos, se saattaa tulla erilaisessa ja peiteltyimmässä muodossa vaivihkaa takaovesta takaisin sisään. Kaikkiaan voi todeta, että tällainen direktiivin säännösten tulkinnanvaraisuus ja yhtenäiseen soveltamiseen pyrkiminen on vähintäänkin omiaan vaatimaan enemmän työtä tiedottamisessa ja ohjauksessa kuin yksityiskohtaisempi lainsäädäntö¹²³⁶.

Samaan suuntaan kuin laajat yleislausekkeet, vaikuttavat myös useat uudet direktiivissä käyttöönotetut neutraaleiksi tarkoitetut, mutta tulkinnanvaraisena pidettävät käsitteet. Vaikka direktiivin johdannossa puhutaan hyvin määritellyistä oikeuskäsitteistä, monet direktiivin yksityiskohtaisemmatkin säännökset, kuten esimerkiksi liitteen I säännökset, ovat suurelta osin tulkinnanvaraisia ja subjektiivisia. Monella direktiivin vähemmän neutraaleista käsitteistä, sopimattomasta kaupallisesta menettelystä lähtien, on puolestaan usein myös jo kansallisissa oikeuskäytännöissä muotoutunut tulkintatausta takanaan. Nämä piirteet edelleen näiltäkin osin ovat omiaan edistämään erilaisten kansallisten erityispiirteiden olemassaolon jatkumista sopimattomia kaupallisia menettelyjä sääntelevissä kansallisissa säännöksissä ja säännösten soveltamisessa.¹²³⁷ Kaikkiaan täten on mahdollista,

¹²³⁴ Wilhelmsson 2006 c:918.

¹²³⁵ Ks. esimerkki tällaisesta menettelystä MAO 2009/655 ja Kuluttaja-asiamies 2010.

¹²³⁶ Ks. esim. Englannin osalta BIS 2009:6 kohta 15.

¹²³⁷ 2005/29/EY: johdanto 12. Ks. myös esim. Bakardjieva Engelbrekt 2007:90 ja Coteanu 2005:208. Tämä ei tosin ole harvinainen ilmiö kuluttajadirektiivien suhteen. Komission mukaan sääntelyssä usein käytetyt abstraktit termit ovat monesti mahdollistaneet sen, että direktiivien kansallisissa tulkinnoissa on ollut eroavuuksia. (Euroopan yhteisöjen komissio 2001/0398: kohdat 34, 36 ja 38).

että kansallisen oikeuskulttuurin lähtökohdista direktiiviin pohjautuvia käsitteitä tarkastelevat tuomioistuimet eivät yllä jäsenvaltioiden tasolla tavoiteltuun säännösten täysin yhtenäiseen soveltamiseen.

Direktiivin toimeenpanon tasolla voi olla myös, että täyttä yhtenäisyyttä suhteessa direktiiviin ei saavuteta. Esimerkiksi tutkimuksen kohteena olevista jäsenvaltioista Saksassa on eräin paikoin pitäyditty aiemmassa lainsäädännössä ja katsottu aiemman lain direktiivin mukaisen tulkinnan korvaavan niiltä osin direktiivin säännösten toimeenpanon. Toisaalta on jäsenvaltioita, kuten Englanti, joissa puolestaan direktiivin toimeenpaneva säännös seuraa keskeisiltä osilta melko tarkasti sekä rakenteeltaan että sanamuodoiltaan direktiiviä, tosin selkeytetyssä muodossa. Siellä direktiivin toimeenpano nähtiin mahdollisuutena uudistaa kansallista kuluttajalainsäädäntöä. Säännöksen tieltä kumottiin päällekkäiset säännökset 22 säädöksestä, joita koskien vuosien varrella oli kertynyt myös huomattavasti oikeuskäytäntöä¹²³⁸.

Direktiivissä käytetyistä laaja-alaista sanamuodoista mahdollisesti aiheutuvat epäyhtenäisyydet eri jäsenvaltioiden harjoittamassa sääntelyssä ovat omiaan korostamaan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisukäytännön tarvetta direktiivin tulkinnassa¹²³⁹. On esitetty erilaisia arvioita siitä, missä määrin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimella tulee oleman mahdollisuuksia toteuttaa direktiivin yhtenäistä soveltamista koskevaa valvontaa¹²⁴⁰. Vähäinen valvonta tai tulkintojen jättäminen pääosin kansallisten tuomioistuinten tehtäväksi voisi olla omiaan johtamaan siihen, että sääntelystä ei muodostuisi kovin yhdenmukaista.

Joka tapauksessa sääntelyn harmonisointiin liittyvistä puutteistaan huolimatta direktiiviä voi pitää huomattavana askeleena 1960-luvulta alkaneessa kehityksessä yleisen kauppalainsäädännön yhtenäistämiseksi. Eritoten aiempaa sääntelytaustaa vasten kyseenalaisena voi pitää sitä, onko kuluttajaverkkokaupan kannalta direktiivin mahdollistamalla sääntelyn yksityiskohtien eroilla huomattavaa merkitystä. Voi pikemminkin todeta, että yhtäläisyydet ovat eroja merkittävämmät. Lisäksi käsitys säännösten pääpiirteittäisestä samankaltaisuudesta voi olla merkittävämpää kuin esim. kansallisesta kulttuurista tai paikallisista odotuksista yms. syistä johtuvat eroavuudet eri jäsenvaltioissa esim. keskivertokuluttajan määritelmässä tai yleensäkin kulttuurisidonnaisiin arvoihin liittyvissä määritelmässä, jotka pääsääntöisesti ovat tiedostettavissa erilaisiksi eri kulttuureissa.

¹²³⁸ DTI 2007:12–13 ja Williams & Hare 2010:380.

¹²³⁹ Ks. myös Stuyck ym. 2006:138.

¹²⁴⁰ Esimerkiksi ks. Howells ym. 2006:252, Twigg-Flesner & Parry 2007:231 ja van Dam & Budaite 2007:130 sekä vertaa Stuyck ym. 2006:138–140 ja 148 sekä Willett 2010:251–251.

Toisaalta myös komissio on pyrkinyt edistämään direktiivin yhtenäistä soveltamista julkaisemalla siihen liittyen ohjeita¹²⁴¹ sekä perustamalla ohjeistavan verkkosivuston (www.isitfair.eu)¹²⁴². Näillä pehmeän sääntelyn (engl. soft law) piiriin luettavilla ohjeilla ei ole jäsenvaltioita sitovaa merkitystä, mutta komission mukaan vastaava lähestymistapa on osoittautunut aiemmin hyödylliseksi vastaavissa tapauksissa, joissa uusi laki on aiheuttanut epävarmuutta talouden toimijoissa¹²⁴³. Direktiivin yhtenäistä soveltamista on omiaan edistämään myös komission 2011 perustama tietokanta sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevasta direktiivistä (engl. Database on the Unfair Commercial Practices Directive)¹²⁴⁴. Täten jäsenvaltiot voivat hyötyä toistensa kokemuksista sopimattomien kaupallisten menettelyjen käsittelyssä, mikä on myös omiaan yhtenäistämään säännösten tulkintaa. Voineekin katsoa, että direktiivi toiminee myös katalyyttinä lisäten vuorovaikutusta eri eurooppalaisten oikeusjärjestysten kesken¹²⁴⁵.

Todennäköisenä voinee kuitenkin pitää sitä, että direktiivin alaa koskevasta harmonisoinnista ei muodostu täysin kattavaa. On luultavaa, että direktiivillä ei pystytä täysin yhtenäistämään sen sääntelemää aluetta myöskään verkkokaupan osalta. Käytännössä vasta oikeuskäytäntö tulee näyttämään direktiivin ja sen käsitteiden soveltamisalueen rajat ja niihin liittyvät eroavuudet. Edellä mainituista puutteistaan huolimatta on kuitenkin luultavaa, että direktiivin aiheuttama sääntelyn pääpiirteittäinen yhtenäistyminen on markkinatoimijoiden etujen mukaista ja myös omiaan edistämään rajat ylittävää kaupankäyntiä ja markkinointia.

¹²⁴¹ Esim. ”Direktiivi sopimattomista kaupallisista menettelyistä. Uusi laki estää sopimattoman menettelyn kuluttajia kohtaan” ja säännöllisesti päivitettäväksi tarkoitettun ohjeiston ”Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices”

¹²⁴² Tosin esimerkiksi viimeksi mainittua ohjeistusta on kirjallisuudessa pidetty yksipuolisenä (ks. esim. Willett 2010:272).

¹²⁴³ Dg Sanco 2006:4.

¹²⁴⁴ Julkaistu alkujaan hankintailmoituksena 2008/S 208–275002, jossa tietokantaan viitataan nimellä ”EU:n hyvän kauppatavan vastaisia käytäntöjä koskeva vertaileva lainsäädäntötietokanta”.

¹²⁴⁵ Coteanu 2005:196–197.

LÄHTEET

Aaltonen, Aimo O. (1985). *Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa*. Helsinki: Lainopillinen ylioppilastiedekunta.

Aarnio, Aulis (1989). *Laintulkinnan teoria: yleisen oikeustieteen oppikirja*. Juva: Werner Söderström osakeyhtiö.

Aarnio, Aulis (2006). *Tulkinnan taito. Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta*. Helsinki: WSOY.

Abbamonte, Giuseppe B. (2006). The unfair commercial practices directive, an example of the new European approach to consumer protection. *Columbia Journal of European Law* 12:3 (Summer), 695–712.

Abbamonte, Giuseppe B. (2007). The unfair commercial practices directive and its general prohibition. Teoksessa: *The Regulation of unfair commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 11–31. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Adlercreutz, Axel (2000). *Avtal: lärobok i allmän avtalsrätt*. 11. uppl. Stockholm: Nordstedts juridik.

Anagnostaras, Georgios (2010). The unfair commercial practices directive in context: from legal disparity to legal complexity? *Common Market Law Review* 47:1 (February), 147-171.

Anderson, Chris (2008). *The long Tail. Why the Future of Business is selling less of more*. Rev. and updated ed. New York: Hyperion.

Annola, Vesa (2005). *Informaatio, sisäpiiri ja markkinat. Arvopaperimarkkina-oikeudellinen tutkimus informaatioepätasapainosta arvopaperikaupassa*. Turku: Turun yliopisto.

ASA (2002). *Compliance Report. Internet Banner and Pop-up Advertisement Survey 2002* [online]. Saatavana Internetistä: http://www.asa.org.uk/ResourceCentre/~media/Files/ASA/Reports/Internet_banner_and_pop_up_advertising_02.ashx. Siteerattu 21.9.2010.

Asiakkuusmarkkinointiliitto (2005). *Tilisiirtolomakkeen käyttö markkinoinnissa. Suomen asiakkuusmarkkinointiliiton suositus 7.6.2005*. Saatavana Internetissä: http://www.asml.fi/pelisaannot/ohjeistus_tilisiirron_kaytosta_markkinoinnissa. Siteerattu 3.6.2011.

Australian Competition & Consumer Commission (1997). The Global Enforcement Challenge. Enforcement of Consumer Protection Laws in a global Market-place. Discussion paper. August 1997 [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.accc.gov.au/content/index.php/itemId/259623>. Siteerattu 16.10.2009.

de Cruz, Peter (1995). *Comparative Law in a Changing World*. London: Cavendish Publishing.

Bakardjieva Engelbrekt, Antonina (2003). *Fair trading Law in Flux?: National Legacies, institutional Choice and the Process of Europeanisation*. Stockholm: Stockholm University Law Department.

Bakardjieva Engelbrekt, Antonina (2007). An end to fragmentation? The unfair commercial practices directive from the perspective of the new member states from central and eastern Europe. Teoksessa: *The Regulation of unfair commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 47–90. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Bărboianu, Cătălin (2007). *Draw Poker Odds: The Mathematics of Classical Poker*. Romania: Infarom.

Barnes, A. James, Terry Morehead Dworkin & Eric L. Richards (2003). *Law for Business*. 8th ed. Boston, Mass.: McGraw-Hill/Irwin.

Barron, Alan (2009). The unfair commercial practices directive – alternatives in UK law. Teoksessa: *Yearbook of Consumer law 2009*, 289–303. Toim. Parry, Deborah, Annette Nordhausen, Geraint Howells & Christian Twigg-Flesner (2009). Aldershot: Ashgate.

Benady, David (2009). Can retailers still bogof? *Marketing* 25/3/2009, 14.

Bennion, Francis Alan Roscoe (2001). *Understanding Common Law Legislation: Drafting and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.

Bernitz, Ulf (2007). The unfair commercial practices directive: its scope, ambitions and relation to the law of unfair competition. Teoksessa: *The Regulation of unfair commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 32–46. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

BERR (2008). *Explanatory Memorandum to the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (2008 No. 1277) the Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008 (2008 No. 1276)*.

BIS (2009). Consumer Law Review Call for Evidence. Summary of Responses. London: Department for Business Innovation and Skills. Saatavana Internetissä: <http://www.bis.gov.uk/files/file52071.pdf>. Siteerattu 5.11.2010.

Black, Julia (2008). *Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation*. LSE Legal Studies Working Paper No. 13/2008. Saatavana Internetistä: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1267722. Siteerattu 5.11.2010.

Boesche, Katharina Vera (2009). *Wettbewerbsrecht*. 3., völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

Bradley, Caroline (2004). Online financial information: law and technological Change. *Law & Policy* 26:3&4 (July & October), 375–409.

Bragg, Richard (2007). Trade descriptions after the unfair commercial practices directive. Teoksessa: *Yearbook of Consumer law 2008*, 341-345. Toim. Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells & Annette Nordhausen (2007). Aldershot: Ashgate.

The British Code of Advertising, Sales Promotion, and Direct Marketing, CAP Code (old version) [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.cap.org.uk/The-Codes/~media/Files/CAP/Codes/CAPCode.ashx>. Siteerattu 10.4.2011.

Burnley, Paul & Poppy Williams (2010). Stopping the cowboys. *Credit Management* 2010 (May), 20–21.

Büllesbach, Eike (2008). *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*. München: C.H.Beck.

Bärlund, Johan (2002). *Reklamation i konsumentavtal. En kontraktsrättslig studie av konsumentens reklamation som en förutsättning för att konsumenten skall kunna åberopa näringsidkarens avtalsbrott*. Helsingfors: Juristförbundets Förlag.

Carlén-Wendels, Thomas (2000). *Nätjuridik: lag och rätt på Internet*. Stockholm: Norstedts juridik.

Caruso, Adalgisa M. (2010). *Le pratiche commerciali aggressive*. Padova: CEDAM/ Wolters Kluwer Italia.

Cendon, Paolo (toim.) (2010). *Commentario al codice civile. D.LG. 6. settembre 2005, n. 206. Codice del Consumo*. Milano: Giuffrè Editore.

Coleman, Robert (2001). *The need for Action, Hearing on the Green Paper on Consumer Protection, 7 December 2001* [online]. Saatavana Internetissä: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/speech_coleman_en.pdf. Siteerattu 20.10.2009.

Collins, Hugh (2003). Preface. Teoksessa: *The Forthcoming EC Directive on unfair commercial Practices*, v-xii. Toim. Collins, Hugh (2004). New York: Kluwer Law International.

Collins, Hugh (2004). The freedom to circulate documents: regulating contracts in Europe. *European Law Journal* 10:6 (November), 787–803.

- Collins, Hugh (2004 b). EC regulation of unfair commercial practices. Teoksessa: *The Forthcoming EC Directive on unfair commercial Practices*, 1–42. Toim. Collins, Hugh (2004). New York: Kluwer Law International.
- Collins, Hugh (2005). The unfair commercial practices directive. *European Review of Contract Law* 1:4 (November), 417–442.
- Collins, Hugh (2010). Harmonisation by example: European laws against unfair commercial practices. *Modern Law Review* 73:1 (January), 89–118.
- Coteanu, Christina (2005). *Cyber Consumer Law and unfair Trading Practices*. Aldershot: Ashgate.
- de Cruz, Peter (1995). *Comparative Law in a Changing World*. London: Cavendish Publishing.
- van Dam, Cees & Erika Budaite (2007). The statutory frameworks and general rules on unfair commercial practices in the 25 EU member states on the eve of harmonization. Teoksessa: *Yearbook of Consumer Law 2008*, 107–139. Toim. Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells & Annette Nordhausen (2007). Aldershot: Ashgate.
- David, René (1982). *Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät*. 1. nide. Helsinki: Suomen lakimiesliiton kustannus.
- Dickie, John (1999). *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*. Oxford: Hart Publishing Ltd.
- Directorate General on Health and Consumer Protection (2006). Labelling: competitiveness, consumer information and better regulation for the EU. Consultative Document February 2006.
- Dobson, Paul & Rob Stokes (2008). *Commercial Law*. 7th edition. London: Sweet & Maxwell.
- Doepner, Ulf & Frank-Erich Hufnagel (1998). Towards a European consumer? Protection against misleading advertising in Europe. *The Trademark Reporter* 88 (March-April), 177–197.
- Donnelly, Mary & Fidelma White (2007). The effect of information based consumer protection: lessons from a study of the Irish online market. Teoksessa: *Yearbook of Consumer Law 2008*, 271–296. Toim. Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells & Annette Nordhausen (2007). Aldershot: Ashgate.
- DTI (2005). *Consultation on Implementing the EU Directive on Unfair Commercial Practices and Amending Existing Consumer Legislation*. December 2005. Saatavana Internetissä: <http://www.berr.gov.uk/files/file15311.pdf>.

DTI (2006). Government Response to the Consultation Paper on Implementing the Unfair Commercial Practices Directive. URN 06/2121. December 2006. Saatavana Internetissä: <http://www.berr.gov.uk/files/file35750.pdf>.

DTI (2007). *Consultation on the Draft Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2007*. URN 07/1047, May 2007. Saatavana Internetissä: <http://www.berr.gov.uk/files/file39705.pdf>.

Ekey, Frierdrich L. (2009). *Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts. Mit Grundzügen des Marken-, Domain- und Telekommunikationsrechts*. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

Enkvist-Gauffin, Joachim (2006). *Spam – spim – spit: en marknadsrättslig undersökning av marknadsföring via nya kommunikationstekniker*. Helsingfors: Svenska handels-högskolan.

Enkvist, Joakim (2009). Är det tillåtet att kringgå reglerna om direktmarknadsföring i s.k. peer marketing? *JFT* 2009/2, 114–126.

Euroopan parlamentti 2009. P6_TA(2009)0008. Päätöslauselma 13.1.2009 sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla annetun direktiivin 2005/29/EY sekä harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta annetun direktiivin 2006/114/EY saattaminen osaksi kansallista lainsäädäntöä, täytäntöönpano ja voimaansaattaminen.

Euroopan unionin neuvosto (9667/04). Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja direktiivien 84/450/ETY, 97/7/EY ja 98/27/EY muuttamisesta (sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi) – Yhteenveto asian käsittelystä neuvostossa. 25.5.2004.

Euroopan yhteisöjen komissio (1997/157). Eurooppalainen elektronisen kaupan käynnin aloite. Euroopan komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, talous ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle.

Euroopan yhteisöjen komissio (1998/696). Komission tiedonanto. Kuluttajapolitiikan toimintasuunnitelma 1999–2001. Lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio (2001/0398). Komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille Euroopan sopimusoikeudesta. Lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio (2001/531). Vihreä kirja. Kuluttajansuojasta Euroopan unionissa. Lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio (2002). Standard Eurobarometer 57.2. Flash Eurobarometer 128. *Public Opinion in Europe: Views on Business-to Consumer Cross-Border Trade* [online]. Saatavana Internetistä: <http://ec.europa.eu/consum->

ers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/eb57-fb128_final_report_en.pdf.

Euroopan yhteisöjen komissio (2002/218). Komission tiedonanto kuluttajapoliittisesta strategiasta vuosiksi 2002–2006. Lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio (2002/289). Komission tiedonanto kuluttajansuojaa Euroopan unionissa koskevan vihreän kirjan seurannasta. Lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio (2003/356). Ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja direktiivien 84/450/ETY, 97/7/EY ja 98/27/EY muuttamisesta (sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi). Lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio (2003). *Kovat ajat kieroille kauppiaille: komissio ehdottaa EU:n laajuista kieltoa sopimattomille kaupallisille menettelyille* [online]. Press release IP/03/857. 18.6.2003. Saatavana Internetistä: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/857&format=HTML&aged=1&language=FI>. Siteerattu 1.9.2009.

Euroopan yhteisöjen komissio (2006/744). Vihreä kirja. Kuluttajansuojaa koskevan yhteisön säännösten tarkistamisesta. Lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio (2007/99). EU:n kuluttajapoliittinen strategia vuosiksi 2007–2013. Kuluttajien vaikutusmahdollisuuksien lisääminen, hyvinvoinnin parantaminen ja tehokas suojaaminen. Lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio (2007). Kuluttajat: EU:n uusilla säännöillä torjutaan harhaanjohtavaa mainontaa ja aggressiivisiä kaupallisia menettelyjä. IP/07/1915.

Euroopan yhteisöjen komissio (2008/614). Ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi kuluttajan oikeuksista. Lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio (2011). Flash Eurobarometer 299. *Consumer Attitudes towards Cross-border Trade and Consumer Protection. Analytical Report* [online]. Saatavana Internetissä: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/flash_arch_299_285_en.htm.

Euroopan yhteisöjen komissio (2011 b). Flash Eurobarometer 300. *Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection. Analytical report* [online]. Saatavana Internetissä: http://ec.europa.eu/consumers/strategy/facts_eurobar_en.htm.

Finger, Manuela & Sandra Schmieder (2005). The new law against unfair competition: an assessment. *German Law Journal* 6:1, 201–216 [online]. Saatavana In-

ternetistä: http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol06No01/PDF_Vol_06_No_01_201-216_Developments_Finger_Schmieder.pdf. Siteerattu 14.11.2009.

Fogelholm, Nicolas (2009). Kumppanuusmarkkinointi. Teoksessa: *Klikkaa tästä. Internetmarkkinoinnin käsikirja v.09*, 110–117. Toim. Paloheimo, Toni (2009). Helsinki: Mainostajien liitto.

FTC (1983). *FTC Policy Statement on Deception* [online]. Saatavana Internetistä: <http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-decept.htm>. Siteerattu 3.5.2009.

FTC (2000). *FTC Staff issues Guidelines on Internet Advertising* [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.keytlaw.com/FTC/Rules/ftc0005001.htm>. Siteerattu 12.10.2009.

FTC (2000 b). *Advertising and Marketing on the Internet. The Rules of the Road* [online]. Saatavana Internetistä: <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/ruleroad.pdf>. Siteerattu 4.10.2009.

FTC (2002). *A Business Guide to the Federal Trade Commission's Mail or Telephone Order Merchandise Rule* [online]. Saatavana Internetistä: <http://business.ftc.gov/documents/bus02-business-guide-mail-and-telephone-order-merchandise-rule>. Siteerattu 17.9.2009.

Gangjee, Dev & Burrell, Robert (2010). Because You're worth it: L'Oreal and the prohibition on free riding. *Modern Law Review* 73:2 (March), 282–295.

Geerts, Paul G. F. A. & E.R. Vollebregt (2009). *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame. Een bespreking van de art. 6:193a-6:196 BW*. Deventer: Kluwer.

Gesetzentwurf der Bundesregierung. Drucksache 15/1487. 22.08.2003. Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

Gesetzentwurf der Bundesregierung. Drucksache 16/10145. 20.08.2008. Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

Gomez, Fernando (2004). EC consumer protection law and EC competition law: how related are they? A law and economics perspective. Teoksessa: *The Forthcoming EC Directive on unfair commercial Practices*, 187–208. Toim. Collins, Hugh (2004). New York: Kluwer Law International.

Griffiths, Margaret (2007). Unfair commercial practices – a new regime. *Communications Law – Journal of Computer, Media and Telecommunications Law* 2008 12:6, 196–204.

de Groote, Bertel & Kristof de Vulder (2007). European framework for unfair commercial practices: analysis of directive 2005/29. *Journal of Business Law* 2007 (January), 16–42.

Guerinoni, Ezio (2010). *Pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*. Milano: Giuffrè Editore.

Hakapää, Sari (2008). *Sähköinen verohallinto. Automatisoitu arvonlisäverotusmenettely*. Acta Wasaensia 199. Vaasa: Vaasan yliopisto.

Hahto, Vilja (2001). Rikosoikeustiede ja oikeusvertailu. *Lakimies* 8/2001, 1290–1308.

Hallituksen esitys (32/2008) Eduskunnalle laiksi kuluttajansuojalain 2 luvun muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

Hankintailmoitus 2008/S 208-275002. B-Bryssel: EU:n hyvän kauppataivan vastaisia käytäntöjä koskeva vertaileva lainsäädäntötietokanta.

Hanlon, James (2003). *European Community Law*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell.

Harker, Debra (2008). Regulating online advertising: the benefit of qualitative insights. *Qualitative Market Research* 11:3, 295–315.

Hemmo, Mika (2003). *Sopimusoikeus I*. Toinen uudistettu painos. Helsinki: Talentum.

Henderson, Kay & Alan Poulter (2002). The distance selling directive: points for future revision. *International Review of Law, Computers and Technology* 16:3, 289–300.

Henning-Bodewig, Frauke (2006). *Unfair Competition Law: European Union and Member States*. The Hague: Kluwer Law International.

Herler, Brita Kristina (2010). *Kuluttajansuojalain kommentaari*. Osa I. 5. uud. p. Vaasa: Vaasan yliopisto.

Hoikka, Mikko (2006). Harkitseva eurooppalainen informaatiokuluttaja? Euroopan integraatio ja mainosviestinnän ilmaisuvapaus. *Lakimies* 3/2006, 390–404.

Howells, Geraint (2005). The potential and limits of consumer empowerment by information. *Journal of Law and Society* 32:3 (September), 349–370.

Howells, Geraint (2007). Unfair commercial practices directive – a missed opportunity? Teoksessa: *The Regulation of unfair commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 103–114. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Howells, Geraint & Thomas Wilhelmsson (2003). EC consumer law: has it come of age? *European Law Review* 28:3, 370–388.

Howells, Geraint & Christian Twigg-Flesner (2005). What sort of Europe do consumers want? *Consumer Policy Review* 15:5 (Sep/Oct), 169–174.

Howells, Geraint & Stephen Weatherill (2005). *Consumer Protection Law*. Aldershot: Ashgate.

Howells, Geraint, Hans-W. Micklitz & Thomas Wilhelmsson (2006). *European Fair Trading Law - the unfair commercial Practices Directive*. 2. ed. Aldershot: Ashgate.

Howells, Geraint, Hans-W. Micklitz & Thomas Wilhelmsson (2009). Towards a better understanding of unfair commercial practices. *International Journal of Law and Management* 51:2, 69–90.

Hultmark, Christina (1998). *Elektronisk handel och avtalsrätt*. Stockholm: Norstedts Juridik.

Husa, Jaakko (1998). *Johdatus oikeusvertailuun: oikeusvertailun perusteet erityisesti julkisoikeutta silmällä pitäen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

Husa, Jaakko (2001). Maailman oikeusperheiden luokittelu 2000-luvulla. Teoksessa: *Nykyajan muuttuva oikeus*, 67–82. Toim. Nuotio, Kimmo, Casper Herler & Johan Boucht. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.

ICC (2005). *EU Directive on unfair Practices gets "Thumbs down" from Business*. Brussels, 20 January 2005. Saatavana Internetistä: <http://www.iccworldcongress.com/poliy/marketing/id3536/index.html>. Siteerattu 7.9.2010.

ICC (2006). *Kansainvälisen kauppakamarin ICC:n markkinointisäännöt. Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communication Practice*. Saatavana Internetistä: <http://www.keskuskauppakamari.fi/Palvelut/Asiantuntijapalvelut/Mainonnan-eettinen-neuvosto/Markkinoinnin-kansainvaliset-itsesaantelyohjeet>. Siteerattu 5.6.2009.

Incardona, Rossella & Cristina Poncibo (2007). The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy* 30:1 (March), 21–38.

Innanen, Antti & Jarkko Saarimäki (2009). *Internet-oikeus*. Helsinki: Edita.

Jay, Rufus (2008). Sowing the seeds of change. *Marketing Week* 31:22, 18–19.

Joutsamo, Kari, Pekka Aalto, Heidi Kaila & Antti Maunu (2000). *Eurooppaoikeus*. 3. uudistettu painos. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

J.P. Morgan (2011). *Nothing but Net. 2011 Internet Investment Guide* [online]. Saatavilla Internetissä: <http://www.jpmorgan.com>. Siteerattu 3.4.2011.

Kaasalainen, Minna (2008). *Informaation suojaaminen liikeneuvotteluissa*. Vaasan yliopisto: Licensiaatintyö.

Keirsbilck, Bert (2009). Towards a single regulatory framework on unfair commercial practices? *European Business Law Review* 20:4, 507–564.

Keirsbilck, Bert (2009 b). The limits of consumer law in Europe. Teoksessa: *Facing the Limits of the Law*, 73–88. Toim. Claes, Erik, Wouter Devroe, Bert Keirsbilck (2009). Berlin:Springer.

Kiviniemi, Pekka (2009). Lainsäädäntö. Teoksessa: *Klikkaa tästä. Internetmarkkinoinnin käsikirja v.09*, 76–88. Toim. Paloheimo, Toni (2009). Helsinki: Mainostajien liitto.

Kocher, Eva (2008). Codes of conduct and framework agreements on social minimum standards – private regulation? Teoksessa: *Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions. Onati International Series in Law and Society*. Toim. Dilling, Olaf, Martin Herberg & Gerd Winter (2008). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Koivumäki, Elina & Petteri Häkkänen (2010). *Markkinointijuridiikka 2010*. Helsinki: Helsingin seudun kauppakamari.

Kolmsee, Bastian (2008). *Irreführungsverbote der EG-Richtlinie 2005/29/EG. Umsetzung ins deutsche Recht*. Saarbrücken: Vdm Verlag Dr Müller.

Kopomaa, Timo (2000). *Kännykkäyhteiskunnan synty: tihentävä arki, tiivistyvä kaupunki*. Helsinki: Gaudeamus.

Kuluttaja-asiamies (2010). *Hintailmaisut markkinointikeinona* [online]. Saatavana Internetistä: <http://www.kuluttajavirasto.fi/fi-FI/yritykselle/kuluttajaoikeudenlinjauksia/>. Siteerattu 2.1.2011.

Kuluttajavirasto (2002). *Tietoa verkostomarkkinoinnista* [online]. Saatavana Internetistä: <http://www.kuluttajavirasto.fi/File/1ce40fd1-9e31-4153-a1d1-9561f43a8cdb/Tietoa%2520verkostomarkkinoinnista.pdf>. Siteerattu 5.5.2011.

Kuluttajavirasto (2004). *Alaikäiset, markkinointi ja ostokset* [online]. Saatavana Internetistä: <http://www.kuluttajavirasto.fi/fi-FI/yritykselle/kuluttajaoikeudenlinjauksia/>. Siteerattu 3.4.2001.

Kuluttajavirasto (2008). *Ilmainen-sana markkinoinnissa* [online]. Saatavana Internetistä: <http://www.kuluttajavirasto.fi/fi-FI/yritykselle/kuluttajaoikeudenlinjauksia/>. Siteerattu. 3.4.2011.

Kuningaskuluttaja (2009). *Muotibloggaajat innostavat ostoksille* [online]. Saatavana Internetissä: <http://kuningaskuluttaja.yle.fi/node/2439>. Siteerattu 5.3.2011.

Kurkela, Matti S. (2009). Laki ja oikeus; lainoppi ja oikeustiede. (Das Gesetz und das Recht; Gesetzlehre und Rechtswissenschaft). *Defensor Legis* N:o 3/2009, 461–469.

Kuvaja Mari & Eija Taljavaara (2010). *Nykyajan napalm, Web 2.0. Muotiblogit – markkinointiviestinnän ja kulttuurin kohtaaminen verkossa*. Jyväskylä: Jyväskylän ammattikorkeakoulu, liiketoiminta ja palvelut -yksikkö.

Kärkkäinen, Mika (2005). Informaatiovirrat sähköisessä kaupankäynnissä, Internet-kauppa synnyttää uusia oikeudellisia kysymyksiä. Teoksessa: *Hyvä, paha informaatio*. Informaatio-oikeuden erityiskysymyksiä, 21–25. Toim. Järvi, Outi (2005). Vaasa: Vaasan yliopisto, Lévon-instituutti, avoin yliopisto.

Köhler, Helmut & Lettl, Tobias (2003). Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform. *WRP* 2003/9, 1019–1057.

Laakso, Seppo (1990). *Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta erityisesti julkioikeuden alalla*. Helsinki: Valtion painatuskeskus.

Laine, Juha (2009). Henkilökohtaisen tulostamisen sietämätön kalleus – erään liiketoimintamallin oikeudelliset ulottuvuudet. *Oikeus* 38:1, 5–25.

Larabie-LeSieur, Rachel (1996). *Misleading Advertising on the Internet: Competition Law Enforcement in the Electronic Marketplace. Remarks* [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/00958.html>. Siteerattu 17.10.2009.

Lehto, Tero (2010). *Nettiostoksiin tulee uusia maksutapoja* [online]. Saatavana Internetissä: http://tango-162.srv.hosting.fi/uutiset/nettiostoksiin_tulee_uusia_maksutapoja. Siteerattu 2.3.2011.

Lehtonen, Asko (2008). Työnantajan oikeudesta tutkia työntekijän sähköpostiviestintää (Über das Recht des Arbeitgebers die E-Mails seiner Angestellten zu überprüfen). *Defensor Legis* N:o 4/2008, 550–567.

Liukkunen, Ulla (2006). Kansainvälinen yksityisoikeus ja Euroopan integraatio. *Lakimies* 3/2006, 339–362.

Luhtasela, Harri (2007). *Sähköisen kuluttajakaupan sääntely Euroopan unionissa ja Yhdysvalloissa*. Acta Wasaensia 178. Vaasa: Vaasan yliopisto.

Lähteenmäki-Uutela, Anu (2009). *Foodstuffs and Medicines as Legal Categories in the EU and China – Functional Foods as a Borderline Case*. Turku: Faculty of Law University of Turku.

MacCormick, Neil D. & Robert S. Summers (toim.) (1991). *Interpreting Statutes*. Aldershot: Dartmouth.

Madsen, Palle Bo (2009). Lyde og lugte i markedsføringen. *JFT* 2009/3–4, 411–416.

Magee, John (2003). The law regulating unsolicited commercial e-mail: an international perspective. *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal* 19 (May), 333–382.

Mainonnan eettinen neuvosto: lausunto 14/2004.

Majuri, Tuomas (2003). National report Finland. Julkaisussa: *Analysis of National Fairness Laws Aimed at protecting Consumers in Relation to commercial Practices* [online]. Toim. Schulze, Reiner & Hans Schulte-Nölke (2003). Saatavana Internetistä: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pdf. Siteerattu 10.11.2009.

Marsland, Vanessa (2007). Unfair commercial practices: stamping out misleading packaging. Teoksessa: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 191–214. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Mattila, Heikki E. S. (2002). *Vertaileva oikeuslingvistiikka*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus.

Melin, Stefan (2009). *Marknadsrätt*. Malmö: Liber.

Micallef, Paul Edgar (2007). The future of consumer law: reflections on a regulatory framework for a small island state. Teoksessa: *Yearbook of Consumer Law 2008*, 233–256. Toim. Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells & Annette Nordhausen (2007). Aldershot: Ashgate.

Micallef, Paul Edgar (2009). The impact of the European Union on consumer policy in Malta: a mixed blessing? Teoksessa: *Yearbook of Consumer law 2009*, 109–145. Toim. Parry, Deborah, Annette Nordhausen, Geraint Howells & Christian Twigg-Flesner (2009). Aldershot: Ashgate.

Micklitz, Hans-Wolfgang (2004). A general framework directive on fair trading. Teoksessa: *The forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, 43–89. Toim. Collins, Hugh (2004). New York: Kluwer Law International.

Micklitz, Hans-Wolfgang (2005). An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive - answers to the questionnaire by Hans-W. Micklitz, Germany [online]. Julkaisussa: *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*. A Report for the Department of Trade and Industry. 18 May 2005, 173–178. Toim. Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells, Annette Nordhausen, Hans-W Micklitz, Jules Stuyck & Thomas Wilhelmsson (2005). Saatavana Internetissä: <http://www.berr.gov.uk/files/file32095.pdf>. Siteerattu 29.1.2009.

Micklitz, Hans-Wolfgang (2007). Transborder law enforcement – does it exist? Teoksessa: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 235–254. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Micklitz, Hans-Wolfgang (2007 b). The Relationship between national and European consumer policy – challenges and perspectives. Teoksessa: *Yearbook of Consumer Law 2008*, 35–65. Toim. Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells & Annette Nordhausen (2007). Aldershot: Ashgate.

Micklitz, Hans-Wolfgang (2008). Unfair commercial practices and misleading advertising. Teoksessa: *Understanding EU Consumer Law*, 61–117. Toim. Micklitz, Hans-Wolfgang, Norbert Reich & Peter Rott (2009). Antwerp: Intersentia.

Micklitz, Hans-Wolfgang (2009). Jack is out of the Box – the efficient consumer-shopper. *JFT* 2009/3–4, 417–436.

Micklitz, Hans-Wolfgang (2009 b). Unfair commercial practices and European private law. Teoksessa: *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, 229–242. Toim. Twigg-Flesner, Christian (2010). Cambridge: Cambridge University Press.

Micklitz, Hans-Wolfgang, Fritz A. Bultmann, Geraint Howells, Jürgen Keßler, Malek Radeideh, Norbert Reich, Jules Stuyck & Dennis Voigt (2000). *Study on the Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading*. Volume 2. [online]. Health & Consumer Protection DG. Saatavana Internetissä: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/. Siteerattu 17.9.2009.

Micklitz, Hans-Wolfgang & Geraint Howells (2010). Commercial practices and advertising. Teoksessa: *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, 71–156. Toim. Micklitz, Hans-Wolfgang, Jules Stuyck, Evelyne Terryn & Dimitri Droshout (2010). Oxford & Portland: Hart.

Murray, Rubert (2007). 'Floggers' face legal clampdown. *Travel Trade Gazette UK & Ireland* 12/7/2007:2796, 9.

Nairn, Agnes (2008). ‘‘It does my head in . . . buy it, buy it, buy it!’’ The commercialisation of UK children’s web sites. *Young Consumers* 9:4, 239–253.

Neff, Jack (2003). Spam research reveals disgust with pop-up ads. *Advertising Age* 74:34, 2.

Nehf, James P. (2010). Misleading and unfair advertising. Teoksessa: *Handbook of Research on international Consumer Law*, 107–129. Toim. Howells, Geraint, Iain Ramsay, Thomas Wilhelmsson & David Kraft (2010). Cheltenham & Northampton: Edward Elgar Publishing.

Neuvonen, Riku (2006). Tapaoikeus oikeuslähdeopissa. *Lakimies* 3/2006, 405–432.

Nuotio, Kimmo (1999). Oikeusvarmuus. Teoksessa: *Encyclopaedia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja*. Seitsemäs osa: Oikeuden yleistieteet, 936–938. Toim. Kekkonen, Jukka. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

Nuotio, Kimmo (2004). Oikeuslähteet ja yleiset opit. *Lakimies* 7–8/2004, 1267–1291.

OFT (2008). *Guidance on the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008*. Saatavana Internetissä: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/cpregs/oft1008.pdf. Siteerattu 20.12.2010.

OFT (2008 b). *OFT Accepts Undertakings from Micro Bill Systems Ltd*. Press release 40/08. 27 March 2008 [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2008/40-08>. Siteerattu 13.1.2011.

OFT (2009). *Home Maintenance Tops List of Consumer Protection Cases One Year on*. Press release 59/09. 26 May 2009 [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2009/59-09>. Siteerattu 5.7.2010.

OFT (2009 b). *OFT Launches Fake Websites to Warn of Bogus Weight Loss and 'Miracle' Health Cures*. Press Release 16/09. 20 February 2009 [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2009/16-09>. Siteerattu 13.1.2011.

OFT (2009 c). *OFT Warns Against Lottery Scams*. Press Release 138/09. 30 November 2009 [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2009/138-09>. Siteerattu 13.1.2011.

OFT (2010). *Investigation into Inadequate Disclosures in Respect of Commercial Blogging Activity* [online]. Saatavana Internetissä: http://www.offt.gov.uk/OFT/work/consumer-enforcement/consumer-enforcement-completed/handpicked_media/. Siteerattu 13.1.2011.

OFT (2010 b). *OFT Seeks Court Order against Prize Draw Promoters*. Press Release 02/10. 11 January 2010 [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2010/02-10>. Siteerattu 13.1.2011.

O'Guinn, Thomas C., Chris T. Allen & Richard J. Semenik (2006). *Advertising and Integrated Brand Promotion*. 4th ed. Mason, Ohio: Thomson Higher Education.

Oikeusministeriön työryhmämietintö 2007:11. Sopimattomat kaupalliset menettelyt. Kuluttajansuojalain markkinointia koskevien säännösten uudistaminen.

Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2008:1. Sopimattomat kaupalliset menettelyt. Kuluttajansuojalain markkinointia koskevien säännösten uudistaminen. Lausuntotiivistelmä.

Ollila, Riitta (2009). Sananvapaus ja sopimattoman markkinoinnin sääntely. *Defensor Legis* 2/2009, 276–291.

Olsen, Lena (2009). Introduktion. Teoksessa: *Medierätt i informationssamhället*, 7–13. Toim. Olsen, Lena (2009). Uppsala: Iustus.

Otken Erikson, Ida & Ulf Öberg (2007). The unfair commercial practices directive in context. Teoksessa: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 91–101. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Paloranta, Paula (2006). Kuluttajille suunnatun markkinoinnin sääntely. Teoksessa: *Markkinaoikeuden perusteet*, 57–120. Toim. Mäkinen, Pentti, Paula Paloranta, Hannu Pokela & Kristiina Vuori. Helsinki: Talentum.

Paloranta, Paula (2008). *Markkinointioikeus käytännössä*. Helsinki: Talentum.

Peczenik, Aleksander (1990). *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära*. Stockholm: Norstedts Förlag.

Peczenik, Aleksander (1995). *Juridikens teori och metod. En introduktion till allmän rättslära*. Stockholm: Nordstedts Juridik.

Peczenik, Aleksander (1995 b). *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes.

Peczenik, Aleksander (1997). Rättsvetenskapens identitet – normativ och deskriptiv. *Lakimies* 3/1997, 412–418.

Pink, Scott W. (2001). *The Internet & E-Commerce Legal Handbook. A clear and concise Reference for Lawyers and Legal Personnel, Executives, IT and Software Professionals, and others*. Roseville, California: Prima Venture.

Pohjoismaiset kuluttaja-asiamiehet (2009). Verkkokauppa ja markkinointi. Yhteinen kannanotto. Joulukuu 2009 [online]. Saatavana Internetissä: http://www.kuluttajavirasto.fi/File/61ee4ce0-c896-4585-8e9f-4a1448377238/PM_kuluttaja_asiamiesten_kannanotto_verkkokauppa.pdf. Siteerattu 4.8.2010.

Quirk, Patrick & John A. Rothchild (2010). Consumer protection and the Internet. Teoksessa: *Handbook of Research on International Consumer Law*, 333–365. Toim. Howells, Geraint, Ian Ramsay, Thomas Wilhelmsson & David Kraft (2010). Cheltenham & Northampton: Edward Elgar Publishing.

Radeideh, Malek (2005). *Fair Trading in EC Law. Information and Consumer Choice in the Internal Market*. Groningen: Europa Law Publishing.

- Raitio, Juha (2006). *Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat*. Helsinki: Talentum.
- Raitio, Juha (2010). *Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat*. Toinen uudistettu painos. Helsinki: Talentum.
- Ramsay, Iain (1984) *Rationales for Intervention in the Consumer Marketplace*. London: Office of Fair Trading.
- Regeringens proposition 2007/08:115. Ny marknadsföringslag.
- Reich, Norbert (2009). Crisis or future of European consumer law? Teoksessa: *Yearbook of Consumer Law 2009*, 3–67. Toim. Parry, Deborah, Annette Nordhausen, Geraint Howells & Christian Twigg-Flesner (2009). Aldershot: Ashgate.
- Rissanen, Kirsti (2006). Markkinoiden säännöt. Teoksessa: *Yritysoikeus*. Toinen uudistettu painos, 71–87. Toim. Rissanen, Kirsti, Manne Airaksinen, Johan Bär-lund, Martti Castrén, Ilkka Harju, Jyrki Jauhiainen, Timo Kaisanlahti, Antti Kivi-vuori, Petri Kuoppamäki, Jukka Mähönen, Seppo Villa & Thomas Wilhelmsson. Helsinki: WSOY lakitieto.
- Rosenauer, Philipp (2009). *Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der Europäischen Union. Die Auswirkungen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*. Magisterarbeit. Norderstedt: Grin Verlag.
- Rott, Peter & Chris Willett (2010). Consumers and services of general Interest. Teoksessa: *Handbook of Research on International Consumer Law*, 295–332. Toim. Howells, Geraint, Ian Ramsay, Thomas Wilhelmsson & David Kraft (2010). Cheltenham & Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Ruotsalainen, Suvi (2011). *EU:n sähköisten sisämarkkinoiden sääntelyesteet*. Lapin yliopisto: Pro gradu -tutkielma.
- Saarenpää, Ahti (2002). Tietoturva ja tietosuojat. Identiteetin näkökulma. Teok-sessa: *Tietoturvallisuus ja laki, ajankohtaista asiaa tietoturvasta*, 33–77. Toim. Saarenpää, Ahti. Rovaniemi: Lapin yliopisto.
- Saarinen, Päivi (1998). Lainsäädäntöjen lähentäminen Euroopan yhteisöissä. Te-oksessa: *Encyclopaedia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja*. Kuudes osa: kansainväliset suhteet, 525–528. Toim. Eriksson, Bo Göran et. al. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Saine, Marianne (2008). *Kuluttajamarkkinoinnin opas. Lakipykälät käytännössä*. Helsinki: Edita.
- Salmenkivi, Sami & Niko Nyman (2007). *Yhteisöllinen media ja muuttuva mark-kinointi 2.0*. Helsinki: Talentum.

Schaub, Martien (2004). *European Legal Aspects of E-commerce*. Groningen: Europa Law Publishing.

Schuhmacher, Wolfgang (2007). The unfair commercial practices directive. Teoksessa: *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?* 127–137. Toim. Hilty, Reto M. & Frauke Henning-Bodewig (2007). Berlin: Springer.

Schulte-Nölke, Hans, Christoph W. Busch & Katrin Anne Hawxwell (2003). National report Germany. Julkaisussa: *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices* [online]. Toim. Schulze, Reiner & Hans Schulte-Nölke (2003). Saatavana Internetistä: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pdf. Siteerattu 10.11.2009.

Schulze, Reiner & Hans Schulte-Nölke (2003). *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices* [online]. Saatavana Internetistä: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pdf. Siteerattu 10.11.2009

de Schutter, Olivier (2008). Corporate social responsibility. European style. *European Law Journal* 14:2 (March), 203–236.

Scott, Colin (2004). Regulatory innovation and the online consumer. *Law & Policy* 26:3–4 (July & October), 477–506.

SEC (2003) 724. 18.6.2003. Commission Staff Working Paper. Extended Impact Assessment on the Directive of the European Parliament and the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive)

SEC (2009) 1666. 3.12.2009. Commission Staff Working Document. Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices.

Siltala, Raimo (2001). *Johdatus oikeusteoriaan*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta.

Siltala, Raimo (2004). *Oikeudellinen tulkintateoria*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.

Sirkiä, Timo (2006). Joka toinen tehnyt verkko-ostoksia. *Tieto & Trendit* 9/2006, 16–18.

Smits, Jan M. (2009). Full harmonisation of consumer law? A critique of the draft directive on consumer rights. *JFT* 2009/3–4, 573–581.

St Clair Renard, Susanne (2009). Fri rörlighet inom EU: medietjänster och e-handel. Teoksessa: *Medierätt i informationssamhället*, 111–134. Toim. Olsen, Lena (2009). Uppsala: Iustus.

Statens offentliga utredningar 2006:76. Otillbörliga affärsmetoder. Betänkande av 2005 års marknadsföringsutredning.

Steunenberg, Bernard & Wim Voermans (2006). *The Transposition of EC Directives: A Comparative Study of Instruments, Techniques and Processes in Six Member States* [online]. Leiden/Hague: Leiden University/Research and Documentation Centre (WODC) of the Ministry of Justice. Saatavana Internetistä: http://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/1887/4933/1/5_360_361.pdf. Siteerattu 29.8.2009.

Streng, Alfred (2009). *Skydd av databaser – offentlighet och sekretess samt data skydd för vissa personuppgifter*. Vaasa: Vaasan yliopisto.

Stuyck, Jules, Evelyne Terryn & Tom van Dyck (2006). Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market. *Common Market Law Review* 43:1 (February), 107–152.

Stuyck, Jules (2007). Regulation of sales promotion and unfair competition. Teoksessa: *The Regulation of unfair commercial Practices under EC Directive 2005/29: new Rules and new Techniques*, 159–174. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Stuyck, Jules (2009). The European Court of Justice as a motor of private law. Teoksessa: *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, 101–115. Toim. Twigg-Flesner, Christian (2010). Cambridge: Cambridge University Press.

Stuyck, Jules (2010). Setting the scene. Teoksessa: *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, 1–69. Toim. Micklitz, Hans-Wolfgang, Jules Stuyck, Evelyne Terryn & Dimitri Droshout (2010). Oxford & Portland: Hart.

Svantesson, Dan & Roger Clarke (2010). A best practice model for e-consumer protection. *Computer Law & Security Review* 26:1 (January), 31–37.

Svensson, Carl Anders, Anders Stenlund, Torsten Brink, Lars-Erik Ström & Thomas Carlén-Wendels (2010). *Praktisk marknadsrätt*. Åttonde upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik.

Sweeney, Susan, Andy MacLellan & Ed Dorey (2006). *3G Marketing on the Internet: third Generation Internet Marketing Strategies for Online Success*. 7th edition. Gulf Breeze, Fl.: Maximum Press.

Tala, Jyrki (2005). *Lakien laadinta ja vaikutukset*. Helsinki: Edita.

Taylor, Jon M. (2006). *Viisi punaista lippua. Viisi paljastavaa ja määrittelevää tunnusmerkkiä tuotepohjaisille pyramidipeleille eli MLM-värväysjärjestelmille*. Raportti kuluttajille, lainvalvojille ja lainsäätäjille. Suomentanut Petteri Haipola. [online]. Saatavana Internetistä: <http://www.kolumbus.fi/petteri.haipola/verkosto-markkinointi/taylor/viisi.pdf>. Siteerattu 5.7.2011.

Tews, Nicole & Anja Bokel (2009). *Werbung und Wettbewerbsrecht: Einführung in die Grundlagen des Lauterkeitsrechts*. 3. Aufl. Bad Homburg vor der Höhe: Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.

Thorp, David (2006). Letter: brace yourself for UCPD blow. *Precision Marketing* 13.1.2006, 14.

Tigner, Ronan (2010). *Online Astroturfing and the European Union's unfair commercial Practices Directive* [online]. Saatavana Internetistä: http://www.droit-eco-ulb.be/fileadmin/fichiers/Ronan_Tigner_-_Online_astroturfing.pdf. Siteerattu 5.10.2010.

Tiili, Virpi (1979). *Harhaanjohtava mainonta. Markkinaoikeudellinen tutkimus mainonnan totuusperiaatteen sisällöstä*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.

Tilastokeskus (2004). Verkkokauppa saanut vakioasiakkaita. *Tietoaika* 8/2004, 16–18.

TNS Gallup, Asiakkuusmarkkinointiliitto ASML ja Kaupan liitto (2011). *Verkkokauppatilasto 2010*.

Tolonen, Hannu (2003). *Oikeuslähdeoppi*. Helsinki: WSOY lakitieto.

Tolonen, Juha (2007). Liiketoimintaetiikka. Teoksessa: *Sopimus, vastuu, velvoite. Juhlajulkaisu Ari Saarnilehto 1947 – 21/11 – 2007*, 411–422. Toim. Tuomisto, Jarmo (2007). Turku: Turun yliopisto.

Twigg-Flesner, Christian & Deborah Parry (2007). The challenges posed by the implementation of the directive into domestic law – a UK perspective. Teoksessa: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 215–234. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Twigg-Flesner, Christian & Reiner Schulze (2010). Protecting rational choice: information and the right of withdrawal. Teoksessa: *Handbook of Research on International Consumer Law*, 130–157. Toim. Howells, Geraint, Ian Ramsay, Thomas Wilhelmsson & David Kraft (2010). Cheltenham & Northampton: Edward Elgar Publishing.

Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells, Annette Nordhausen, Hans-W Micklitz, Jules Stuyck & Thomas Wilhelmsson (2005). *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*. A Re-

port for the Department of Trade and Industry. 18 May 2005. Saatavana Internetissä: <http://www.berr.gov.uk/files/file32095.pdf>. Siteerattu 29.1.2009.

Tylee, John (2006). Advertisers prepare for 'small print' EU directive. *Campaign* 8.12.2006, 19.

U.S. Census Bureau (2011). *Quarterly Retail E-Commerce Sales*, 2nd Quarter 2011 [online]. Saatavana Internetissä: http://www.census.gov/retail/mrts/www/data/pdf/ec_current.pdf. Siteerattu 1.9.2011.

Vainio, Pekka (2005). Informaatiovirtojen oikeusvaikutukset verkostoissa. Kolmen kauppa – kahden riita. Teoksessa: *Hyvä, paha informaatio*. Informaatio-oikeuden erityiskysymyksiä, 13–17. Toim. Järvi, Outi (2005). Vaasa: Vaasan yliopisto, Lévon-instituutti, avoin yliopisto.

VanRysdam, Peter (2010). *Marketing in a Web 2.0 World. Using Social Media, Webinars, Blogs, and more to Boost your Small Business on a Budget*. Ocala, Florida: Atlantic Publishing Group, Inc.

Verbruggen, Paul (2009). Does co-regulation strengthen EU-legitimacy? *European Law Journal* 15:4 (July), 425–441.

Verkade, Dirk Willem Frederik (2009). *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*. Deventer: Kluwer.

Virtanen, Pertti (2010). *Markkinoi ja myy oikein. Sallitut ja kielletyt markkinointikeinot*. Helsinki: WSOYpro.

de Vrey, Rogier W. (2006). *Towards a European unfair Competition Law. A Clash between Legal Families. A Comparative Study of English, German and Dutch Law in Light of Existing European and International Legal Instruments*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff.

Waddington, Lisa (2009). A disabled market: free movement of goods and services in the EU and disability accessibility. *European Law Journal* 15:5 (September), 575–598.

Wadlow, Christopher (2007). The case for reclaiming European unfair competition law from Europe's consumer lawyers. Teoksessa: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 175–190. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Weatherill, Stephen (2003). National report United Kingdom. Julkaisussa: *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices* [online]. Toim. Schulze, Reiner & Hans Schulte-Nölke (2003). Saatavana Internetistä: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/

fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pdf. Siteerattu 13.11.2009.

Weatherill, Stephen (2007). Who is the 'average consumer'? Teoksessa: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 115–138. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Introduction. Teoksessa: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 1–10. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Weaver, Noelle (2006). *What We Should Learn from Sony's Fake Blog Fiasco. A Debate over False Marketing Practices*, 18.12.2006 [online]. Saatavana Internetissä: http://adage.com/smallagency/post?article_id=113945. Siteerattu 13.8.2010.

Weiss, Robert M. & Ajay K. Mehrotra (2001). Online dynamic pricing: efficiency, equity and the future of e-commerce. *Virginia Journal of Law and Technology* 6:2 (Summer) [online]. Saatavana Internetissä: <http://www.vjolt.net/vol6/issue2/v6i2-a11-Weiss.html>. Siteerattu 10.10.2009.

Whittaker, Simon (2007). The relationship of the unfair commercial practices directive to European and national contract laws. Teoksessa: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 139–158. Toim. Weatherill, Stephen & Ulf Bernitz (2007). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Whittaker, Simon & Reinhard Zimmermann (2000). Good faith in European contract law: surveying the legal landscape. Teoksessa: *Good Faith in European Contract Law*, 7–62. Toim. Zimmer, Reinhard & Simon Whittaker (2000). Cambridge: Cambridge University Press.

Wieczorek-Schwarz, Sabine (2010). *Analyse der Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sowie dessen Anwendungsgebiete und Erscheinungsformen*. Bremen: Europäischer Hochschulver.

Viitanen, Klaus (2004). Vaihtoehtoinen riidanratkaisu ja kansainväliset kuluttajariidat. Teoksessa: *Business Law Forum 2004*, 437–464. Toim. Kolehmainen, Esa (2004). Helsinki: Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitos ja Edita.

Wilhelmsson, Thomas (2004). The abuse of the "confident consumer" as a justification for EC consumer law. *Journal of Consumer Policy* 27:3 (September), 317–337.

Wilhelmsson, Thomas (2005). An analysis of the application and scope of the unfair commercial practices directive – the case of Finland [online]. Julkaisussa:

An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive. A Report for the Department of Trade and Industry. 18 May 2005, 189–194. Toim. Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells, Annette Nordhausen, Hans-W Micklitz, Jules Stuyck & Thomas Wilhelmsson (2005). Saatavana Internetissä: <http://www.berr.gov.uk/files/file32095.pdf>. Siteerattu 29.1.2009.

Wilhelmsson, Thomas (2006). Harmonizing unfair commercial practices law: The cultural and social dimensions. *Osgoode Hall Law Journal* 44 (Fall), 461–500.

Wilhelmsson, Thomas (2006 b). The informed consumer v the vulnerable consumer in European commercial practices law – a comment. Teoksessa: *The Yearbook of Consumer Law 2007*. Toim. Howells, Geraint, Annette Nordhausen, Deborah Parry & Christian Twigg-Flesner (2007). Aldershot: Ashgate.

Wilhelmsson, Thomas (2006 c). Kuluttajaoikeuden taustaa. Teoksessa: *Yritysoikeus*. Toinen uudistettu painos, 911–925. Toim. Rissanen, Kirsti, Manne Airaksinen, Johan Bärlund, Martti Castrén, Ilkka Harju, Jyrki Jauhiainen, Timo Kaisanlahti, Antti Kivivuori, Petri Kuoppamäki, Jukka Mähönen, Seppo Villa & Thomas Wilhelmsson. Helsinki: WSOY lakitieto.

Willett, Chris (2007). General clauses on fairness and the promotion of values important in services of general interest. Teoksessa: *Yearbook of Consumer Law 2008*, 67–106. Toim. Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells & Annette Nordhausen (2007). Aldershot: Ashgate.

Willett, Chris (2010). Fairness and consumer decision making under the unfair commercial practices directive. *Journal of Consumer Policy* 33:3 (September), 247–273.

Willet, Christ (2010 b). Unfairness under the consumer protection from unfair trading regulations 2008. Teoksessa: *Unconscionability in European Private Financial Transactions. Protecting the Vulnerable*. Toim. Kenny, Mel, James Devenney & Lorna Fox O'Mahony (2010). Cambridge: Cambridge University Press.

Williams, Jane & Caroline Hare (2010). Early experiences of the enforcement of the unfair commercial practices directive in Scotland. *Journal of Consumer Policy* 33:4 (December), 377–401.

Wrona, Joanna (2007). Covert advertising – the notion and regulation in the UK. Teoksessa: *Yearbook of Consumer Law 2008*, 141–170. Toim. Twigg-Flesner, Christian, Deborah Parry, Geraint Howells & Annette Nordhausen (2007). Aldershot: Ashgate.

Zweigert, Konrad & Hein Kötz (1994). *Introduction to Comparative Law*. 2. rev. ed. Oxford: Clarendon Press.

Ämmälä, Tuula (2006). *Suomen kuluttajaoikeus*. Helsinki: Talentum.

Öberg, Ulf (2003). *Principen om ömsesidigt erkännande och ursprungslandsprincipen i gemenskapsrätten* [online]. TemaNord 2003:534. København: Nordisk Ministerråd. Saatavana Internetissä: <http://www.juridicum.su.se/user/ulob/2003-534.pdf>. Siteerattu 15.9.2009.

Østergaard, Kim (2003). *Elektronisk handel og international proces- og privatret: en komparativ analyse af retten i USA og EU*. København: Jurist- og Økonomforb.

OIKEUSTAPAUSLUETTELO

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

C-327/1982 Ekro BV Vee- en Vleeshandel vastaan Produktschap voor Vee en Vlees. College van Beroep voor het Bedrijfslevenin esittämä ennakkoratkaisupyyntö. 18.1.1984, kok. 1984, s. 00107.

C-362/1988. GB-INNO-BM vastaan Confédération du commerce luxembourgeois. Luxemburgin suurherttuakunnan Cour de cassationin esittämä ennakkoratkaisupyyntö. 7.3.1990, kok. 1990, s. I-00667.

C-373/1990. Rikosoikeudenkäynti X:ää vastaan Tribunal de grande instance de Bergeracin esittämä ennakkoratkaisupyyntö. 16.1.1992, kok. 1992, s. I-00131.

C-470/1993. Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. vastaan Mars GmbH. 6.7.1995, kok. 1995, s. I-01923.

C-210/1996. Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky vastaan Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung. Bundesverwaltungsgerichtin esittämä ennakkoratkaisupyyntö. 16.7.1998, kok. 1998, s. I-04657.

C-220/1998. Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG vastaan Lancaster Group GmbH. 13.1.2000, kok. 2000, s. I-00117.

C-144/1999. Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Alankomaiden kuningaskunta. 10.5.2001, kok. 2001, s. I-03541.

C-52/2000. Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Ranskan tasavalta. 25.4.2002, kok. 2002, s. I-03827.

C-104/2001. Libertel Groep BV vastaan Benelux-Merkenbureau, 6.5.2003, kok. 2003.

C-456/2001 ja C-457/2001. Henkel KGaA vastaan sisämarkkinoiden harmonisointivirasto. 6.11.2003, kok. 2003, s. I-05089.

C-261/2007 ja C-266/2007. VTB-VAB NV vastaan Total Belgium NV ja Galatea BVBA vastaan Sanoma Magazines Belgium NV, 23.4.2009, kok. 2009, s. I-02949.

C-261/2007 ja C-266/2007. VTB-VAB NV vastaan Total Belgium NV ja Galatea BVBA vastaan Sanoma Magazines Belgium NV, 23.4.2009, kok. 2009, s. I-02949. julkisasiamies Verica Trstenjakin ratkaisuehdotus, 21.10.2008.

T-460/2007. Nokia Oyj vastaan sisämarkkinoiden harmonisointivirasto. 20.1.2010, kok. 2010.

C-304/2008. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV vastaan Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, 14.1.2010, kok. 2010.

C-304/2008. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV vastaan Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, 14.1.2010, kok. 2010, julkisasiamies Verica Trstenjakin ratkaisuehdotus 3.9.2009.

C-122/2010. Konsumentombudsmannen vastaan Ving Sverige AB, 12.5.2011, kok. 2011. Marknadsdomstolenin (Ruotsi) esittämä ennakkoratkaisupyyntö.

C-122/2010 Konsumentombudsmannen KO vastaan Ving Sverige AB, marknadsdomstolenin (Ruotsi) esittämä ennakkoratkaisupyyntö, julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus 3.2.2011.

Italia

AGCM (2008). Provvedimento n. 18883 del 31.7.2008. PS105 - Pubblicità gioco del Lotto su canali SKY, in Bollettino n. 35/2008.

AGCM (2008 b). Provvedimento n. 19298 del 18.12.2008. PS540 - Tele2 - filtri di Utilizzo, in Bollettino n. 48/2008.

Ruotsi

MD 2009:8

MD 2009:17

MD 2009:33

MD 2009:36

MD 2010:18

MD 2010:30

MD 2010:31

Saksa

BGH (2007). Aktenzeichen: I ZR 82/05, Urteil vom 12.7.2007.

BGH (2008). Aktenzeichen: I ZR 16/08, Urteil vom 18.3.2010.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (2004). Aktenzeichen: 5 U 22/04, Urteil vom 25.11.2004.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (2007). Aktenzeichen: 3 U 240/06, Urteil vom 15.1.2007.

Suomi

KKO 2005:38

KKO 2011:65

MT 1980:19

MT 1981:12

MT 1981:13

MT 1985:5

MT 1990:16

MT 1994:17

MT 1995:14

MT 2000:5

MAO 2003/18

MAO 2009/445

MAO 2009/461

MAO 2009/655

MAO 2011/41

Yhdysvallat

United States District Court for Eastern District of Pennsylvania (2002). *FTC v. John Zuccarini individually and doing business as Cupcake Party, et al.*, Civil Action No. 01-cv-04854.