



# Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
30 päivänä tammikuuta 2019<sup>1</sup>

**Asia C-628/17**

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,  
muuna osapuolena  
Orange Polska S.A.**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Sąd Najwyższy (ylin tuomioistuin, Puola))

Ennakkoratkaisupyyntö – Kuluttajansuoja – Sopimattomat elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien väliset kaupalliset menettelyt – Direktiivi 2005/29/EY – Aggressiivisen kaupallisen menettelyn käsite – Televiestintäpalveluiden tarjoamista koskevien etämyyntisopimusten tekemisessä sovellettavat menettelyt – Kuluttajien velvollisuus tehdä lopullinen kaupallinen ratkaisu sopimusmallin toimittavan kuriiripalvelun läsnä ollessa

1. Uusi ennakkoratkaisukysymys antaa unionin tuomioistuimelle tilaisuuden täsmentää kuluttajansuojaa koskevaa oikeuskäytäntöään, tällä kertaa direktiivin 2005/29/EY<sup>2</sup> soveltamisalalla; kyseisen direktiivin soveltamisesta on annettu vastikään tuomio Wind Tre ja Vodafone Italia.<sup>3</sup>

2. Kyseisessä tuomiossa vahvistettu oikeuskäytäntö huomioon ottaen nyt on ratkaistava, onko teleyrityksen Puolassa käyttöön ottamassa etämyyntisopimusten tekemisessä sovellettavassa menettelyssä, jossa kuluttajan on tehtävä lopullinen kaupallinen ratkaisu sopimusmallin toimittavan kuriiripalvelun läsnä ollessa, kyse aggressiivisesta kaupallisesta menettelystä (aina tai vain joissain olosuhteissa), kun kuluttaja on voinut saada tiedon sopimuksen sisällöstä ennakkoon internetissä tai puhelimitse.

## **I Asiaa koskevat oikeussäännöt**

### ***A Unionin oikeus. Direktiivi 2005/29***

3. Direktiivin johdanto-osan 7, 16 ja 17 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”(7) – – Tätä direktiiviä ja erityisesti siihen sisältyviä yleislausekkeita sovellettaessa olisi kiinnitettävä erityistä huomiota yksittäisen tapauksen olosuhteisiin.

--

1 Alkuperäinen kieli: espanja.

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

3 Tuomio 13.9.2018 (C-54/17 ja C-55/17, EU:C:2018:710).

- (16) Aggressiivisiä kaupallisia menettelyjä koskevien säännösten piiriin olisi kuuluttava ne menettelyt, jotka merkittävästi vähentävät kuluttajan valinnanvapautta. Näitä menettelyjä ovat häirinnän, pakottamisen, fyysinen voimankäyttö mukaan luettuna, ja sopimattoman vaikuttamisen käyttäminen.
- (17) Oikeusvarmuuden lisäämiseksi on suotavaa nimetä ne kaupalliset menettelyt, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina. Nämä ovat ainoat kaupalliset menettelyt, joita voidaan pitää sopimattomina ilman 5–9 artiklan säännöksiin perustuvaa tapauskohtaista arviointia. Luetteloa voidaan muuttaa vain muuttamalla tätä direktiiviä.”

4. Sen 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

”\_ \_

- e) ’kuluttajien taloudellisen käyttäytymisen olennaisella vääristämisellä’ [tarkoitetaan] kaupallisen menettelyn käyttämistä heikentämään tuntuvasti kuluttajan kykyä tehdä perusteltu päätös, mikä saa kuluttajan tekemään sellaisen kaupallisen ratkaisun, johon hän ei muuten olisi päätenyt;

--

- j) ’sopimattomalla vaikuttamisella’ [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;

- k) ’kaupallisella ratkaisulla’ [tarkoitetaan] ratkaisua, jonka kuluttaja tekee siitä, aikooko hän ostaa sekä miten ja millä ehdoilla hän ostaa, maksaa kokonaisuudessaan tai osittain, pitää tuotteen tai luopua siitä tai käyttää sopimuksesta johtuvaa tuotteeseen kohdistuvaa oikeutta, tai siitä, päättääkö kuluttaja toimia tai pidättyä toimimasta;

--”

5. Sen 5 artiklassa (”Sopimattomien kaupallisten menettelyjen kieltäminen”) säädetään seuraavaa:

”1. Sopimattomat kaupalliset menettelyt ovat kiellettyjä.

2. Kaupallinen menettely on sopimaton, mikäli:

- a) se on huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen;

ja

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

3. Kaupallisia menettelyjä, jotka todennäköisesti vääristävät olennaisesti vain selkeästi tunnistettavissa olevan kuluttajaryhmän taloudellista käyttäytymistä, joka on erityisen altis käytännön tai sen perustana olevan tuotteen suhteen henkisen tai fyysisen vajavaisuutensa, ikänsä tai herkkäuskoisuutensa vuoksi tavalla, jonka elinkeinonharjoittajan voidaan kohtuudella odottaa ennakoivan, arvioidaan kyseiseen ryhmään kuuluvan keskivertohenkilön näkökulmasta. Tällä ei rajoiteta yleisiä ja lainmukaisia mainontakäytäntöjä, joiden mukaisesti voidaan esittää liioittelevia väitteitä tai väitteitä, joita ei ole tarkoitus ymmärtää kirjaimellisesti.

4. Sopimattomia ovat erityisesti kaupalliset menettelyt, jotka ovat:

a) harhaanjohtavia 6 ja 7 artiklassa esitetyn mukaisesti;

tai

b) aggressiivisia 8 ja 9 artiklassa esitetyn mukaisesti.

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

6. Direktiivin 8 artiklassa (”Aggressiiviset kaupalliset menettelyt”) säädetään seuraavaa:

”Kaupallista menettelyä pidetään aggressiivisena, jos se 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.”

7. Sen 9 artiklassa (”Häirinnän, pakottamisen ja sopimattoman vaikuttamisen käyttäminen”) säädetään seuraavaa:

”Määritettäessä, käytetäänkö kaupallisessa menettelyssä häirintää, pakottamista, fyysinen voimankäyttö mukaan luettuna, tai sopimatonta vaikuttamista, huomioon otetaan:

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 arvostelukykä;

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.”

#### ***B Kansallinen oikeus. Sopimattomien markkinakäytäntöjen torjumisesta 23.8.2007 annettu laki<sup>4</sup>***

8. Lain 8 §:n 1 momentin mukaan kaupallista menettelyä pidetään aggressiivisena, jos se sopimattoman vaikuttamisen keinoin merkittävästi heikentää tai on omiaan merkittävästi heikentämään keskivertokuluttajan valinnanvapautta tai käyttäytymistä suhteessa tuotteeseen ja näin saa tai voi saada hänet tekemään sopimusta koskevan ratkaisun, jota hän ei muuten olisi tehnyt.

9. Saman 8 §:n 2 momentin mukaisesti sopimattomalla vaikuttamisella tarkoitetaan kaikenlaista valta-aseman käyttämistä suhteessa kuluttajaan ja erityisesti fyysistä tai psyykkistä pakottamista tai sillä uhkaamista tavalla, joka merkittävästi rajoittaa keskivertokuluttajan kykyä tehdä sopimusta koskeva perusteltu ratkaisu.

<sup>4</sup> Dz. U. 2007, nro 171, järjestysnumero 1206, sellaisena kuin se on muutettuna.

## II Tosiseikat

10. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan Orange Polska tekee sopimuksia televiestintäpalveluista verkkokaupan välityksellä tai puhelimitse (puhelinmyynti) seuraavaa menettelyä noudattaen:

- 1) Kuluttaja käy verkkosivuilla ja tutustuu yrityksen tarjontaan. Linkin kautta voi tutustua yrityksen tarjoamiin sopimusmalleihin.
- 2) Tuote tai sopimus valitaan.
- 3) Tilaus tehdään. Kuluttajaa ei vaadita tässä kohti vahvistamaan, että hän on tutustunut tarjottuun sopimusmalliin.
- 4) Tilaus vahvistetaan.
- 5) Tilaus pannaan täytäntöön kuriiripalvelun avulla. Kuriiripalvelu toimittaa kuluttajalle sopimusluonnoksen (jos kyseessä on uusi palvelu tai uusi asiakas) tai lisäsopimuksen (jos kyseessä on vanha asiakas) sekä kaikki liitteet, kaupan ehdot, hinnastot ja muut asiakirjat, jotka tulevat sopimuksen osaksi allekirjoittamisen jälkeen.
- 6) Sopimus tehdään ja tarvittaessa tavara luovutetaan. Kuluttaja vahvistaa tutustuneensa kaikkiin toimitettuihin asiakirjoihin ja hyväksyvänsä niiden sisällön allekirjoittaessaan sopimuksen tai lisäsopimuksen. Allekirjoittamisen on tapahduttava kuriiripalvelun läsnä ollessa. Muussa tapauksessa sopimusta ei synny ja kuluttajan on mentävä kiinteään myyntipisteeseen tai tehtävä uusi tilaus verkkosivuilla tai puhelinmyynnin kautta.
- 7) Sopimus aktivoidaan.

11. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Puolan kilpailu- ja kuluttajansuojavirasto) totesi 30.12.2010 tekemässään päätöksessä, että kuvattu menettely loukkaa kuluttajien kollektiivisia etuja, sillä se rajoittaa kuluttajien valinnanvapautta pakottamalla kuluttajan päättämään sopimuksen allekirjoittamisesta kuriiripalvelun läsnä ollessa ilman, että kuluttaja voi tutustua sopimuksen sisältöön vapaasti.

12. Sąd Okręgowy w Warszawie (Varsovan alueellinen tuomioistuin, Puola) kumosi hallinnollisen päätöksen 27.10.2014. Sąd Apelacyjny w Warszawie (Varsovan ylioikeus, Puola) vahvisti ensimmäisessä oikeusasteessa annetun tuomion 4.3.2017.

13. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (kilpailu- ja kuluttajansuojaviraston pääjohtaja) teki muutoksenhakuasteessa annetusta tuomiosta kassaatiovalituksen Sąd Najwyższyle (ylin tuomioistuin, Puola), joka päätti pyytää ennakkoratkaisua.

## III Ennakkoratkaisukysymys

14. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kertoo olevansa ”taipuvainen yhtymään molempien oikeusasteiden tuomioistuinten näkemukseen” mutta olevansa epävarma asiassa kyseessä olevien riidanalaisten menettelyiden luokittelusta.

15. Sen mielestä aggressiivista kaupallista menettelyä ei ole, ellei elinkeinonharjoittaja ole painostanut kuluttajaa, vaan se on ainoastaan odottanut, että kuluttaja tekee lopullisen ratkaisun sopimuksesta, jonka tekemiseen hän on antanut väliaikaisen suostumuksensa palvelun tilausvaiheessa, sen jälkeen kun hän on saanut asiakirjat, jotka sisältävät televiestintäpalveluiden tarjoamisessa sovellettavat ehdot.

16. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo seuraavaa:

1. Riidanalainen sopimuksetekomenettely ei heikennä kuluttajan valinnanvapautta, sillä kuluttaja tekee alustavan ratkaisunsa (joka on kuitenkin väliaikainen eikä sitova) jo tilausvaiheessa elinkeinonharjoittajan verkkosivuilla tai asiakaspalvelijan kanssa käytävässä puhelinkeskustelussa.
2. Kuluttajan vapaus antaa tällainen alustava suostumus tai kieltäytyä sen antamisesta ei heikkene myöskään kuriiripalvelun käynnin yhteydessä, jonka aikana kuluttajan on vahvistettava ratkaisunsa allekirjoittamalla sopimus tai kieltäydyttävä sopimuksen tekemisestä.
3. Edellytyksenä on, että menettely ”saa [kuluttajan] tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän ei muuten olisi tehnyt”, ja tämä täyttyy, jos palveluntarjoaja lähettää kuluttajalle kuriiripalvelun välityksellä sopimuksen tai sopimusmalleja, joiden ehdot poikkeavat niistä, joihin kuluttaja on ilmoittanut tutustuneensa ennakkoon. Vain tällöin kuluttajaa painostetaan kuriiripalvelun läsnä ollessa nopeaan ratkaisuun, jota kuluttaja ei muussa tapauksessa tekisi, sillä kuluttaja on sopinut elinkeinonharjoittajan kanssa toisenlaisista sopimusehdoista kuin ne, jotka hänelle lopulta esitetään.

17. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa vielä, että kun huomioon otetaan direktiivin 2005/29 9 artiklan edellytykset ja kun fyysistä tai sanallista uhkailua ei ole käytetty, kuriiripalvelun käynti kuluttajan kanssa sovitussa paikassa sovittuun aikaan ei ole sellaisenaan aggressiiviseksi katsottava menettely.

18. Näistä syistä Sąd Najwyższy esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan, 8.11.2017 jätetyn ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko – – direktiivin 2005/29 – – 8 artiklaa, luettuna yhdessä 9 artiklan ja 2 artiklan j alakohdan kanssa, tulkittava siten, että elinkeinonharjoittajan televiestintäpalvelujen tarjoamista koskevien etäsopimusten tekemisessä soveltamaa menettelyä, jossa kuluttajan on tehtävä lopullinen kaupallinen ratkaisu sopimusmallit toimittavan kuriirin läsnä ollessa, on pidettävä sopimattomaan vaikuttamiseen perustuvana aggressiivisena kaupallisena menettelynä:

- a) aina, koska kuluttaja ei voi tutustua vapaasti sopimusmallien sisältöön kuriirin käynnin yhteydessä
- b) ainoastaan silloin, kun kuluttaja ei ole saanut etukäteen ja henkilökohtaisesti (esimerkiksi sähköpostiosoitteeseensa tai kotiosoitteeseensa) kaikkia sopimusmalleja, vaikka hänellä oli mahdollisuus tutustua niiden sisältöön elinkeinonharjoittajan verkkosivuilla ennen kuriirin käyntiä
- c) ainoastaan silloin, kun lisähuomiot viittaavat siihen, että kyseinen elinkeinonharjoittaja tai tämän puolesta toimiva henkilö on toteuttanut sopimattomia toimia rajoittaakseen kuluttajan vapautta valita, minkälaisen kaupallisen ratkaisun hän tekee?”

#### **IV Asian käsittely unionin tuomioistuimessa ja asianosaisten ja väliintulijoiden lausumat**

19. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Orange Polska, Puolan hallitus ja Euroopan komissio, jotka kaikki osallistuivat myös 28.11.2018 pidettyyn istuntoon.

20. Orange Polska väittää, ettei etämyyntisopimusten tekemisessä käytettävää järjestelmää, jossa kuluttaja tekee ratkaisunsa internetissä saatavilla olevien asiakirjojen perusteella ja sopimus tehdään kuriiripalvelun käynnin aikana, voida pitää aggressiivisena kaupallisena menettelynä. Sen mukaan ”sopimattomana vaikuttamisena” on pidettävä elinkeinonharjoittajan tahallista vaikuttamista kuluttajaan siten, että se houkuttelee kuluttajan laittomin tai kyseenalaisin keinoin tekemään kaupallisia ratkaisuja, joita kuluttaja ei muussa tapauksessa tekisi.

21. Puolan hallitus katsoo komission tavoin, ettei riidanalaista menettelyä voida pitää direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan luettelon sisällön perusteella sellaisenaan kaikissa olosuhteissa sopimattomana (aggressiivisena) kaupallisena menettelynä, vaan se voidaan katsoa tällaiseksi vain kunkin tapauksen erityispiirteistä muodostuvan kokonaisuuden perusteella, minkä arviointi on kansallisen tuomioistuimen tehtävä.

22. Puolan hallituksen ja komission mukaan unionin tuomioistuimen on annettava ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle tulkintaan liittyviä ohjeita ottaen huomioon direktiivin 2005/29 2 artiklan j alakohhta sekä 8 ja 9 artikla. Näiden perusteella direktiivissä käytettyä sopimattoman vaikuttamisen käsitettä ei pitäisi ymmärtää pelkäksi ”lainvastaiseksi vaikuttamiseksi”, joka on puolankielisessä toisinnossa käytetty hieman epäonnistunut ilmaus.

23. Puolan hallituksen mukaan ratkaisevaa on selvittää, onko kuluttaja voinut ennen kuriiripalvelun käyntiä saada kaikki sopimukseen liittyvät asiakirjat tutustuttavikseen täysin vapaasti ja tietoisena kaikista asiaan vaikuttavista seikoista. Myöhemmän kieltäytymisen mahdollisuudella ei ole merkitystä arvioitaessa aggressiivisen kaupallisen menettelyn olemassaoloa.

24. Komissio myöntää, että vaatimus sopimuksen allekirjoittamisesta kuriiripalvelun läsnä ollessa voi aiheuttaa jonkinlaista painetta kuluttajaa kohtaan. Kyseinen mahdollisuus ei kuitenkaan riitä sen toteamiseksi, että kyse olisi järjestelmällisesti aggressiivisesta kaupallisesta menettelystä, sillä aggressiivinen kaupallinen menettely edellyttää, että asiaan liittyy tekijöitä, jotka voivat vaikuttaa sopimattomalla tavalla kuluttajan ratkaisuun.

25. Tällaisia tekijöitä ovat ne, jotka ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin mainitsee ennakkoratkaisukysymyksensä b ja c kohdassa, mutta komission mielestä mikään näistä tekijöistä yksin ei johda aggressiivisen kaupallisen menettelyn toteamiseen, vaan on tutkittava, miten tarkasteltava menettely on mahdollisesti vaikuttanut kuluttajan ratkaisuun.

26. Komission näkemyksen mukaan internet- ja puhelinmyyntiä on tarkasteltava erikseen kummankin tilanteen keskiwertokuluttajan selvittämiseksi ja sen arvioimiseksi, onko sopimatonta vaikuttamista tapahtunut. Lopuksi on pohdittava, voidaanko pelkkää päätöstä siitä, että kuriiripalvelu tulisi käymään sopimuksen allekirjoittamista varten, pitää direktiivissä 2005/29 tarkoitettuna ”kaupallisena ratkaisuna”.

## V Asian arviointi

### A Alustavia huomautuksia

27. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lähinnä, voidaanko ennakkoratkaisupyynnössä kuvattua kaupallista menettelyä pitää sopimattoman vaikuttamisen perusteella aggressiivisena direktiivin 2005/29 8 artiklassa, luettuna yhdessä saman direktiivin 9 artiklan ja 2 artiklan j alakohdan kanssa, tarkoitettussa merkityksessä.

28. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa tietää varsinaisesti, onko tällaista etämyyntisopimusten tekemisessä sovellettavaa menettelyä pidettävä a) aggressiivisena kaupallisena menettelynä aina vai b) ainoastaan silloin, kun menettelyyn liittyy jompikumpi seuraavista kahdesta olosuhteesta:

- 1) ”kuluttaja ei ole saanut etukäteen ja henkilökohtaisesti (esimerkiksi sähköpostiosoitteeseensa tai kotiosoitteeseensa) kaikkia sopimusmalleja, vaikka hänellä [on ollut] mahdollisuus tutustua niiden sisältöön elinkeinonharjoittajan verkkosivuilla ennen kuriiripalvelun käyntiä”



2) on muita viitteitä siitä, että kyseinen elinkeinonharjoittaja tai tämän puolesta toimiva kolmas osapuoli on toteuttanut ”sopimattomia toimia rajoittaakseen kuluttajan vapautta valita, minkälaisen kaupallisen ratkaisun hän tekee”.

29. Tarkasteltava kysymys on edellä esitetyn mukainen, jos huomioon otetaan kysymyksen sanamuoto. Haluan selvittää tämän, koska tekstin erikieliset versiot eivät ole samanlaiset etenkin a kohdan käännöksen osalta.

30. Espanjankielinen versio a kohdasta kuuluu seuraavasti: ”siempre, si el consumidor durante la visita del mensajero no puede tomar conocimiento con libertad del contenido del contrato tipo”.<sup>5</sup> Italiankielinen käännös on vastaava: ”sempre, qualora il consumatore, al momento della visita del corriere, non possa consultare liberamente il contenuto dei modelli contrattuali”.<sup>6</sup> Saksankielinen versio kuuluu seuraavasti: ”immer, wenn der Verbraucher beim Besuch des Kuriers den Inhalt der Vertragsmuster nicht ungehindert zur Kenntnis nehmen kann”.<sup>7</sup> Portugalinkielinen versio on seuraavanlainen: ”sempre que o consumidor não possa, por ocasião da visita do mensageiro, tomar livremente conhecimento do conteúdo do modelo do contrato”.<sup>8</sup>

31. Näiden kieliversioiden perusteella kysymys ei koskisi sitä, onko riidanalainen sopimuksentekomenettely aggressiivista kaupallista menettelyä kaikissa tapauksissa eli yksinkertaisesti ”aina”, vaan sitä, onko se tällaista menettelyä pelkästään ”silloin”, kun siihen liittyy tietty konkreettinen olosuhde eli kun kuluttaja ei voi tutustua sopimuksen sisältöön vapaasti. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin esittäisi kysymyksensä siis tietyn olosuhteen osalta, samoin kuin ennakkoratkaisukysymyksen b ja c kohdassa.

32. Ennakkoratkaisukysymyksen ranskankielinen versio kuuluu kuitenkin seuraavasti: ”toujours, parce que, durant la visite du livreur, le consommateur ne peut pas prendre connaissance librement du contenu des modèles [de contrat] qui lui sont remis”.<sup>9</sup> Tämä käännös vaikuttaa vastaavan parhaiten alkuperäistä puolankielistä kysymystä, jonka a kohta alkaa sanoilla ”zawsze, gdyż” (”aina, koska”). Sen sijaan b ja c kohta alkavat sanoilla ”tylko, gdy” (”ainoastaan silloin, kun”). Komissio päätelee sanojen ”gdyż” ja ”gdy” hyvin samankaltaisen kirjoitusasun perusteella, että ensin mainittua on käytetty erehdyksessä ja kaikissa kolmessa tapauksessa on kyseessä termi ”gdy”.<sup>10</sup>

33. Minusta tätä ei pidä luulla erehdykseksi. Niin ei pidä tehdä ennen kaikkea siksi, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen voidaan tietysti olettaa latineen kysymyksensä täsmällisesti ja huolellisesti. Eikä niin pidä tehdä etenkin siksi, että niissä kahdessa tapauksessa, joissa käytetään sanaa ”gdy” (b ja c kohta), sana sijoittuu sanan ”tylko” (ainoastaan) perään, kun taas a alakohdassa sanaa ”gdyż” edeltää sana ”zawsze” (aina). Jos kyseessä olisi virhe ja myös a kohdassa pitäisi olla sana ”gdy” (silloin), ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelisi, onko riidanalainen menettelytapa katsottava aggressiiviseksi kaupalliseksi menettelyksi *aina, kun siihen liittyy tietty olosuhde*, mikä tarkoittaisi samaa kuin *ainoastaan siinä tapauksessa*. Tällöin heräisi kysymys, miksei ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin käytä myös a kohdassa sanaa ”tylko” (ainoastaan), kuten b ja c kohdassa.

34. Väitettyä erehdystä ei ole tarpeen tutkia enempää, vaan voidaan todeta, että a kohdassa tarkoitettu olosuhde on täysin järkevä, kun sitä verrataan kahdessa muussa kohdassa kyseessä oleviin tilanteisiin. Vaikka viimeksi mainituissa tarkoitetaan täsmällisiä konkreettisia tilanteita (kaikkia sopimusmalleja ei ole saatu tutustuttaviksi henkilökohtaisesti ennakkoon, mikä voi viitata sopimattomiin toimiin), a

5 Kursivointi tässä.

6 Kursivointi tässä.

7 Kursivointi tässä.

8 Kursivointi tässä.

9 Kursivointi tässä.

10 Komission kirjallisten huomautusten 21 kohta, alaviite 2.

kohdassa mainitaan yksi tekijä, joka ennakkoratkaisupyynnössä esitetyn mukaisesti kuuluu olennaisesti kuvattuun menettelyyn, eli vaatimus siitä, että sopimus on allekirjoitettava kuriiripalvelun läsnä ollessa, mikä merkitsee lähes väistämättä, että kuriiripalveluiden toiminnan hätäisen luonteen vuoksi kuluttaja ”ei voi tutustua vapaasti sopimusmallien sisältöön”. Kyse ei siis ole siitä, voiko jokin olosuhde olla olemassa vai ei, vaan kuvattuun kokonaistilanteeseen liittyvästä täydentävästä seikasta, ja sen esitystapa on näin ollen *selitys* sille, miksi riidanalaista sopimuksentekomenettelyä voitaisiin pitää aina (”zawsze”) aggressiivisena kaupallisena menettelynä. Tämä käy mielestäni asianmukaisesti ilmi ennakkoratkaisukysymyksen ranskankielisestä versiosta, jonka otan seuraavassa huomioon.

## **B Asiakysymys**

35. Direktiivin 2005/29 johdanto-osan seitsemäs perustelukappale on yksiselitteinen, kun siinä todetaan, että direktiiviä tulkittaessa ”olisi kiinnitettävä erityistä huomiota yksittäisen tapauksen olosuhteisiin”. Mainitun direktiivin 8 artiklan mukaisesti kaupallisen menettelyn pitäminen aggressiivisena edellyttää vastaavasti, että sitä tarkasteltaessa ”otetaan huomioon kaikki seikat ja olosuhteet”.

36. Kuten Puolan hallitus<sup>11</sup> ja komissio<sup>12</sup> esittävät, unionin tuomioistuimen olisi annettava ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle – antamatta ratkaisua sen sijaan – pelkästään direktiivin 2005/29 tulkintaa ja soveltamista koskevat ohjeet, jotka auttavat ennakkoratkaisua pyytäneitä tuomioistuinta yksin sille kuuluvassa tehtävässä eli oikeusriidan kohteena olevan sopimuksentekomenettelyn luokittelussa. Painotan, että kyseinen luokittelu on yksinomaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä.<sup>13</sup>

37. Arvioin ennakkoratkaisukysymyksen eri osia tästä lähtökohdasta käsin.

### *1. Onko kyse aggressiivisesta kaupallisesta menettelystä kaikissa olosuhteissa?*

38. Unionin tuomioistuimelle kuuluva velvoite toimia harkitsevasti on helppo täyttää tällä alalla otettaessa kantaa ennakkoratkaisukysymyksen a kohtaan.

39. Kyseisessä kohdassa pohditaan nimittäin ainoastaan sitä, voidaanko Orangen Polskan käyttämää sopimuksentekomenettelyä, sellaisena kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin sitä kuvaa, pitää ”aina” eli ”kaikissa olosuhteissa” aggressiivisena kaupallisena menettelynä.

40. Direktiivin 2005/29 5 artiklan 4 kohdan mukaisesti ”aggressiivinen kaupallinen menettely” on ”sopimaton kaupallinen menettely”, jos – ja vain jos – se on saman direktiivin 8 ja 9 artiklassa esitetyn mukainen.

41. Orangen Polskan käyttämän sopimuksentekomenettelyn pitäminen ”aina” aggressiivisena kaupallisena menettelynä edellyttää, että sen on oltava sopimaton kaupallinen menettely missä tahansa olosuhteissa (aina). Kuitenkin ainoastaan direktiivin liitteessä I luetellut kaupalliset menettelyt on direktiivin 2005/29 5 artiklan 5 kohdan mukaan katsottava *kaikissa olosuhteissa* sopimattomiksi.

11 Puolan hallituksen kirjallisten huomautusten 15 ja 16 kohta.

12 Komission kirjallisten huomautusten 28 ja 29 kohta.

13 Jo vakiintuneeksi muodostunut ehto on, että ”SEUT 267 artiklan nojalla unionin tuomioistuimella ei ole oikeutta soveltaa unionin oikeussääntöjä tiettyyn yksittäistapaukseen, vaan sen on pelkästään tulkittava perussopimuksia ja Euroopan unionin toimielinten toimia. Unionin tuomioistuin voi kuitenkin tässä artiklassa määrättyssä tuomioistuinten välisessä yhteistyössä asiakirjoista ilmenevien seikkojen perusteella esittää kansalliselle tuomioistuimelle sellaisia unionin oikeuden tulkintaan liittyviä seikkoja, jotka voivat olla kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllisiä sen arvioidessa unionin oikeuden tiettyjen oikeussääntöjen vaikutuksia”. Ks. mm. tuomio 13.7.2017, Ingsteel ja Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549, 25 kohta).



42. Liitteessä I olevalla niin sanotulle ”mustalle listalle” sisältyvien 31 menettelyn joukossa ei mainita pääasiassa tarkasteltavaa menettelyä, joten jos unionin tuomioistuin toteaisi, että Orange Polskan käyttämä menettelyä on pidettävä *aina* aggressiivisena kaupallisena menettelynä ja viime kädessä sopimattomana kaupallisena menettelynä vastoin direktiivin 2005/29 merkitystä ja tarkoitusta, se asettuisi lainsäätäjän asemaan.<sup>14</sup> Näin ollen katson, että ennakkoratkaisukysymyksen tähän kohtaan on vastattava kieltävästi.

2. *Onko kyse sopimattomaan vaikuttamiseen perustuvasta aggressiivisesta kaupallisesta menettelystä tietyissä olosuhteissa?*

43. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ennakkoratkaisukysymyksensä b ja c kohdassa mainitsemat menettelyt voitaisiin sen sijaan katsoa ”sopimattomaan vaikuttamiseen perustuvaksi aggressiiviseksi kaupalliseksi menettelyksi”, jos yksittäisen tapauksen olosuhteet kokonaisuutena huomioon ottaen tällaista sopimatonta vaikuttamista havaitaan tapahtuneen.

44. Direktiivin 2005/29 8 artiklassa määritellään ”aggressiiviseksi” sellainen kaupallinen menettely, joka kaikki tapaukseen liittyvät tosiseikat ja olosuhteet huomioon ottaen saa aikaan tietyn *lopputuloksen* tietyn *keinoin*:

1. *Lopputulos* on nimenomaan kuluttajan valinnanvapauden tosiasiallinen tai mahdollinen merkittävä heikentäminen tai rajoittaminen suhteessa tuotteeseen, mikä johtaa tai voi johtaa ratkaisuun, jota kuluttaja ei olisi muuten tehnyt.<sup>15</sup>
2. Kyseisessä säännöksessä luetellaan tässä tarkoituksessa käytettävät ”häirinnän, pakottamisen, fyysinen voimankäyttö mukaan luettuna, tai sopimattoman vaikuttamisen” *keinot*, joista ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin mainitsee ainoastaan viimeisen.

45. ”Sopimaton vaikuttaminen” ei tarkoita mielestäni direktiivin 2005/29 yhteydessä ”lainvastaista vaikuttamista” vaan sitä, että – menettelyn laillisuudesta riippumatta – kuluttajan valinnanvapautta pyritään rajoittamaan aktiivisesti painostamalla.<sup>16</sup>

46. Direktiivin 2005/29 2 artiklan j alakohdan mukaisesti sopimattomalla vaikuttamisella 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”.

47. Kuten muistutan ratkaisuehdotuksessani Wind Tre ja Vodafone Italia,<sup>17</sup> toisistaan on erotettava *valta-aseman* kaksi muotoa:

- Yhtäältä on valta-aseman väärinkäyttö, johon turvautumalla elinkeinonharjoittaja voi rajoittaa kuluttajan valinnanvapautta tämän hankkiessa tuotteen.
- Toisaalta on elinkeinonharjoittajalle kuuluva oikeudellinen valta-asema, jonka nojalla se voi sopimuksen tekemisen jälkeen vaatia kuluttajalta vastasuoritusta, johon tämä on sopimuksessa sitoutunut.

14 Kuten 10.7.2014 annetun tuomion komissio v. Belgia (C-421/12, EU:C:2014:2064) 61 kohdassa todetaan, ”kansallinen säännöstö, jolla kielletään yleisesti menettelyt, joita ei mainita direktiivin 2005/29 liitteessä I, suorittamatta yksilöllistä arviointia niiden ”sopimattomuudesta” kyseisen direktiivin 5–9 artiklassa vahvistettujen arviointiperusteiden nojalla, on ristiriidassa kyseisen direktiivin 4 artiklan sisällön kanssa eikä se vastaa mainitulla direktiivillä tavoiteltua täydellisen yhdenmukaistamisen tavoitetta silloinkaan, kun kyseisellä säännöstöllä pyritään saavuttamaan korkeammantasoinen kuluttajansuoja”.

15 Viittaan ratkaisuehdotukseeni Wind Tre ja Vodafone Italia (C-54/17 ja C-55/17, EU:C:2018:377, 63 kohta).

16 *Ibidem*, 65 kohta.

17 Yhdistetyt asiat C-54/17 ja C-55/17, EU:C:2018:377, 67–70 kohta.

48. Aggressiivinen kaupallinen menettely kuuluu tietenkin ensin mainittuun, eli siinä käytetään hyväksi kuluttajan heikompaa asemaa elinkeinonharjoittajaan nähden<sup>18</sup> ja hyödynnetään valta-asemaa, joka on hankittu lainvastaisesti käyttämällä häirintää, pakottamista, fyysistä voimaa tai sopimatonta vaikuttamista, mikä rajoittaa kuluttajan vapautta ja saa hänet tekemään sopimuksen, jota hän ei tekisi ilman tällaista lainvastaista etulyöntiasemaa.

49. Nimenomaan koska sopimuksen tekemisestä seuraa tiettyjä velvoitteita, joiden täyttämistä vastapuoli voi perustellusti vaatia oikeudessa, direktiivissä 2005/29 taataan kuluttajan vapaus tehdä sopimus tietoisena kaikista asiaan vaikuttavista seikoista sitoutuen ainoastaan niihin velvoitteisiin, jotka kuluttaja on kyseistä vapautta käyttäessään valmis ottamaan vastuulleen. Direktiivi ei siis suojaa kuluttajaa suhteessa oikeudellisiin velvoitteisiin, jotka kuluttaja on jo ottanut vapaasti vastuulleen, vaan se suojaa kuluttajaa suhteessa sopimattomasta kaupallisesta menettelystä seuraavien velvoitteiden syntymiseen, riippumatta siitä, sattuuko kyseessä olemaan laillinen menettely.

50. Direktiivin 2005/29 9 artiklan mukaan monia muuttujia on otettava huomioon arvioitaessa, perustuuko jokin kaupallinen menettely tässä yhteydessä sopimattomaan vaikuttamiseen. Merkityksellisiä ovat muiden seikkojen ohella esimerkiksi menettelyn ajoitus ja tapahtumapaikka, luonne tai kesto, käytetty kieli, käyttäytyminen, minkä tahansa vastoinkäymisen hyödyntäminen tai vaikeiden tai kohtuuttomien sopimuksen ulkopuolisten esteiden asettaminen.

51. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan käsiteltävässä asiassa on kolme tekijää, jotka voivat johtaa siihen, että elinkeinonharjoittaja käyttää ”sopimatonta vaikuttamista ”ostajaan:

- Ensinnäkin kuluttajan on tehtävä lopullinen kaupallinen ratkaisu sopimusmallin toimittavan kuriiripalvelun läsnä ollessa (tämä on tosiasiasa oikeusriidan kohteena olevan tilanteen ydin).
- Toiseksi kuluttaja ei ole saanut ennakkoon eikä henkilökohtaisesti kaikkia sopimusmalleja mutta on voinut tutustua niihin ennakkoon internetissä (ennakkoratkaisukysymyksen b kohta).
- Kolmanneksi tilanteeseen voi liittyä kuluttajan valinnanvapautta mahdollisesti rajoittavia sopimattomia toimia (ennakkoratkaisukysymyksen c kohta).

52. Kunkin tekijän muodostama kokonaisuus huomioon ottaen on mahdollista, että niistä kukin voi johtaa yksin sopimattomaan vaikuttamiseen. Voidaan siis todeta, että

1. jos kuriiripalvelun käyttäytyminen tai asennoituminen on erityisen hätäistä tai päällekkäystä, on riittävää katsoa, että kuriiripalvelun käyttäytyminen on ollut sopimatonta vaikuttamista kuluttajaan
2. jos kuluttajan ennakkoon saamat tiedot ovat objektiivisesti tarkasteltuina vähäisiä, osittaisia tai vääristyneitä tai ne eivät vastaa tietoja, jotka kuriiripalvelu sittemmin kuluttajalle toimittaa, voi pelkästään tämä riittää siihen, että toimen tai mainitsematta jättämisen katsotaan olleen harhaanjohtavaa direktiivin 2005/29 6 ja 7 artiklassa tarkoitettulla tavalla, ja lisäksi mahdollisen sopimattoman vaikuttamisen toteamiseen, jos elinkeinonharjoittajan osoitetaan pyrkieneen aktiivisesti rajoittamaan kuluttajan valinnanvapautta lainvastaisesti
3. myös muunlaiset mahdolliset sopimattomat toimet riittävät, jos niillä on mahdollista rajoittaa kuluttajan valinnanvapautta ja ne vastaavat elinkeinonharjoittajan sopimattoman vaikuttamisen määritelmää.

<sup>18</sup> Tuomio 16.4.2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, 53 kohta).

53. On myös mahdollista, ettei yksikään kyseisistä tekijöistä erikseen tarkasteltuna riitä kokonaisuutena sopimattoman vaikuttamisen toteamiseen, mutta ne saavat yhdessä aikaan keskinäisen vuorovaikutuksensa johdosta saman lopputuloksen.

54. Kuten olen todennut, kansallisen tuomioistuimen on arvioitava jokaisessa yksittäistapauksessa, miten laaja vaikutus ennakkoratkaisupyynnössä esitetyn kaltaisilla olosuhteilla voi olla yksitellen tai kokonaisuutena tarkasteltuina. Kuten olen todennut ennakkoratkaisupyynnön sisällön tiivistäessäni,<sup>19</sup> Sąd Najwyższy vaikuttaa kallistuvan sille kannalle, ettei menettely ole aggressiivinen, ja vahvistavan ensimmäisessä oikeusasteessa ja muutoksenhakuasteessa annetun ratkaisun.

55. Korostan puolestani, että unionin tuomioistuimen on vaikeaa antaa vastausta, joka poikkeaisi käsiteltävän kaltaisissa asioissa, joissa tarkasteltavina olevien yksittäisten menettelyiden erityispiirteiden painoarvo on ilmeinen, annetusta kansallisten tuomioistuinten yksimielisestä ratkaisusta (tässä tapauksessa kahdessa oikeusasteessa annetut aiemmat tuomiot ja kassaatiovalitusta käsittelevän tuomioistuimen oma näkemys ovat yhtenevät). Nämä tuomioistuimet ovat yksin toimivaltaisia tutkimaan tällaisten menettelyiden tosiasiallista luonnetta, ja näin ollen ne pystyvät arvioimaan unionin tuomioistuinta paremmin, miten pitkälle elinkeinonharjoittajan menettelyn tietyn piirteen voidaan katsoa vaikuttavan huomattavasti keskivertokuluttajan asenteeseen.

56. Jotta ennakkoratkaisua pyytänyttä tuomioistuinta voitaisiin kuitenkin auttaa direktiivin 2005/29 tulkinnessa ja soveltamisessa käsiteltävään asiaan, voivat jäljempänä esittämäni seikat olla merkityksellisiä.

### *3. Elinkeinonharjoittajan sopimattoman vaikuttamisen arvioimisessa huomioon otettavat tekijät*

57. Verkkokauppa ja puhelinmyynti on erotettava toisistaan, koska niiden erityispiirteiden vuoksi kuluttajan asema on kummassakin tilanteessa erityinen.

- Verkkokaupassa kuluttaja päättää yleensä vapaasti elinkeinonharjoittajan verkkosivuilla käymisestä, eikä mikään estä kuluttajaa käyttämästä tarvitsemaansa aikaa tutustuakseen tarjolla oleviin tarjouksiin, hintoihin ja muihin ehtoihin sekä sopimuksen tekemisessä käytettävään menettelyyn.
- Kuluttajan aloite on puhelinmyynnissäkin mahdollinen, mutta yleensä elinkeinonharjoittaja ottaa yhteyttä kuluttajaan ja ehdottaa tälle sopimuksen tekemistä.<sup>20</sup> Kuluttajan asema on tavallisesti pikemmin passiivinen, ja lisäksi yllättävyydellä, josta voi aiheutua tietynasteista psykologista painetta, saattaa olla huomattava merkitys.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Ratkaisuehdotuksen 14–17 kohta.

<sup>20</sup> Orange Polska vahvisti istunnossa, että kyseinen myyntitekniikka (ei-toivotut puhelut) on kielletty Puolassa myöhemmällä lailla, muttei kieltänyt saattaneensa käyttää sitä.

<sup>21</sup> Tämä myönnetään kuluttajan oikeuksista, neuvoston direktiivin 93/13/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 1999/44/EY muuttamisesta sekä neuvoston direktiivin 85/577/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/7/EY kumoamisesta 25.10.2011 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2011/83/EU (EUVL 2011, L 304, s. 64) johdanto-osan 21 ja 37 perustelukappaleessa muualla kuin elinkeinonharjoittajan toimitiloissa tehtyjen sopimusten osalta. Tällaisiin sopimuksiin olennaisesti liittyvä ”psykologinen paine” (jota peruuttamisoikeus tasoittaa) ei ole sellaisenaan samanluonteista kuin paine, jota pyritään kohdistamaan kuluttajaan sopimattomalla vaikuttamisella.

58. Näissä tilanteissa on pidettävä lisäksi mielessä, että tavanomaisesti valistunut, kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen keskivertokuluttaja on niissä kummassakin luonteeltaan erilainen, kun huomioon otetaan sosiaaliset, kulttuuriset ja kielelliset tekijät<sup>22</sup> sekä asiayhteys ja kaikki olosuhteet, jotka liittyvät elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan väliseen suhteeseen:

- Omasta aloitteestaan internetsivuilla käyvä kuluttaja tuntee ainakin jonkin verran tietojenkäsittelymenetelmiä ja pystyy käyttämään niitä myös valitessaan tarjousta ja hallinnoidessaan tilausprosessia.
- Sen sijaan kun tarjous esitetään puhelimitse odottamatta, voivat keskivertokuluttajan tiedot olla vähäisempiä eikä hän ole ehkä yhtä huolellinen, sillä riittää, että kuluttaja kykenee vastaamaan puhelimeen. Tässä tapauksessa suojan tason on oltava korkeampi.

59. Toinen merkittävä tekijä on kuluttajalle annettavan tiedon laatu. Kuten unionin tuomioistuin muistuttaa tuomiossa Wind Tre ja Vodafone Italia, aggressiivisen kaupallisen menettelyn käsite määritellään olennaisesti siten, että ”se merkittävästi heikentää tai on omiaan merkittävästi heikentämään keskivertokuluttajan valinnanvapautta tai käyttäytymistä tuotteen osalta[, mistä] seuraa, että kuluttajan on voitava valita vapaasti se, että hän tilaa palvelun[; tämä] edellyttää erityisesti sitä, että elinkeinonharjoittajan kuluttajalle antamat tiedot ovat selkeät ja riittävät”.<sup>23</sup>

60. Unionin tuomioistuin on painottanut, että ”ennen sopimuksen tekemistä sopimusehdoista ja sopimuksen tekemisen seurauksista saaduilla tiedoilla” on kuluttajalle perustavanlaatuisen merkitys. Kuluttaja päättää lähinnä näiden tietojen perusteella, ”haluaako hän tehdä sopimuksen elinkeinonharjoittajan kanssa sitoutumalla tämän aiemmin laatimiin ehtoihin”.<sup>24</sup>

61. Nyt tarkasteltavassa asiassa yksi ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen punnitsemista tilanteista on se, että ”kuluttaja ei ole saanut etukäteen ja henkilökohtaisesti (esimerkiksi sähköpostiosoitteeseensa tai kotiosoitteeseensa) kaikkia sopimusmalleja, vaikka hänellä [on ollut] mahdollisuus tutustua niiden sisältöön elinkeinonharjoittajan verkkosivuilla ennen kuriiripalvelun käyntiä”.<sup>25</sup>

62. Lähtökohdaksi on siis otettava, että sopimusmallien sisällöstä verkkosivuilla esitetyt tiedot ovat riittävät ja pitävät paikkansa ja ne ovat kuluttajan saatavilla suuremmista vaikeuksista. Puhelinmyynnin kohdalla kuluttaja voi ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan<sup>26</sup> myös pyytää teleoperaattorilta niin paljon tietoja kuin katsoo tarpeelliseksi. Puhelinkeskustelun aikana annettujen tietojen laatua on mielestäni kuitenkin vaikeaa rinnastaa verkkosivuilla käymällä saatujen tietojen laatuun.

63. Kysymys onkin nimenomaan siitä, onko kuluttajan saatava ennakkoon koti- tai sähköpostiosoitteeseensa *kaikki* elinkeinonharjoittajan tarjoamat sopimusmallit ja onko tilanteessa, jossa näin ei tapahdu, kyse aggressiivisesta kaupallisesta menettelystä.

22 Ks. tästä esim. tuomio 13.1.2000, Estée Lauder (C-220/98, EU:C:2000:8, 27 kohta) ja tuomio 12.5.2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299, 22 kohta).

23 Tuomio 13.9.2018, Wind Tre ja Vodafone Italia (C-54/17 ja C-55/17, EU:C:2018:710, 45 kohta).

24 Tuomio 7.9.2016, Deroo-Blanquart (C-310/15, EU:C:2016:633, 40 kohta).

25 Ennakkoratkaisukysymyksen b kohta.

26 Ennakkoratkaisupyynnön 14 kohta.

64. Kuluttajalle on mielestäni esiteltävä olemassa olevat erilaiset sopimusmallit,<sup>27</sup> ja häntä on autettava tutustumaan niihin, mutta elinkeinonharjoittajan ei tarvitse huolehtia siitä, että ne on toimitettu henkilökohtaisesti ennen kuriiripalvelun käyntiä.

65. Koska ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen huomio keskittyy siihen hetkeen, jona kuluttajan on tehtävä lopullinen ratkaisu – eli kun kuriiripalvelu toimittaa kuluttajalle sopimusmallin, jonka kuluttaja on valinnut puhelinkeskustelun aikana tai elinkeinonharjoittajan verkkosivuilla käynnin yhteydessä –, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on varmistettava, voiko se seikka, ettei kuluttajalla ole tuona hetkenä kaikkia sopimusmalleja, johtaa kuluttajan pakottamiseen tekemään sellainen ratkaisu, jota hän ei muussa tapauksessa tekisi.<sup>28</sup>

66. Näin voi olla esimerkiksi silloin, jos kuluttaja epäilee, ettei hänen allekirjoitettavakseen annettu sopimus vastaa sopimusta, johon hän on voinut tutustua internetissä tai josta hänelle on kerrottu puhelinkeskustelussa, eikä kuriiripalvelu kuitenkaan pysty vastaamaan kysymyksiin tai se kieltää mahdollisuuden asian tarkistamiseen ja vaatii sopimuksen allekirjoittamista.

67. Istunnossa voitiin vahvistaa, että Orange Polska käyttää näissä tarvitsemissaan palveluissa tavanomaisia kuriiripalveluita, joilla ei siis ole yhteyttä telealaan ja jotka eivät pysty antamaan mitään tietoja kuluttajan ja teleyrityksen välisistä sopimuksista.

68. Sen lisäksi, ettei kuriiripalvelu pysty vastaamaan kuluttajan kysymyksiin, ratkaisevassa asemassa on aina kuriiripalvelun asenne kuluttajan tilanteesta muodostuvassa asiayhteydessä, johon vaikuttavat kuluttajan saatavilla sopimuksen allekirjoitettavaksi esittämisen hetkellä olevat tiedot.

69. Jos nämä tiedot ovat riittämättömiä tai virheellisiä, voi kyseessä olla harhaanjohtava kaupallinen menettely eli direktiivin 2005/29 7 artiklan 1 kohdan mukaan menettely, jonka ”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”.

70. Nämä harhaanjohtavat tiedot tekevät menettelystä aggressiivisen kaupallisen menettelyn kuitenkin vain, jos elinkeinonharjoittaja tai sen puolesta toimiva kolmas osapuoli (tässä tapauksessa kuriiripalvelu) onnistuu hyödyntämään niiden avulla lainvastaisesti harhaanjohtavilla toimilla tai mainitsematta jättämisillä hankkimaansa valta-asemaa.

27 Ellei tätä ole tehty, on kyseessä tietojen mainitsematta jättäminen, joka voi vaikuttaa määräävästi kuluttajan ratkaisuun. Jos kuluttaja olisi ollut tietoinen siitä, että olemassa on muita hänelle edullisempia sopimuksia, hän olisi voinut valita jonkin muun kuin valitsemaansa sopimuksen, jonka hän olisi todennäköisesti hylännyt. Kuten kuitenkin toteaa ratkaisuehdotuksen Wind Tre ja Vodafone Italia (C-54/17 ja C-55/17, EU:C:2018:377) 65 kohdassa, tätä ei tarvitse pitää elinkeinonharjoittajan harjoittamana ”sopimattomana vaikuttamisena” kuluttajaan, sillä ”vaikuttamisella, johon direktiivin 2005/29 8 ja 9 artiklassa viitataan, ei kuitenkaan tarkoiteta pelkästään saman direktiivin 7 artiklassa tarkoitettua kaltaista harhaanjohtavaa vaikuttamista vaan sitä, että aktiivisesti painostamalla pyritään rajoittamaan kuluttajan valinnanvapautta”. Tuon näin ollen esille (alaviite 28), että direktiivin 2005/29 2 artiklan j alakohdan mukaan tällaisella menettelyllä 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. Ei siis riitä, että kuluttajaa johdetaan harhaan antamalla hänen virheellisesti ymmärtää toimivansa vapaasti ja tietoisena kaikista asiaan vaikuttavista seikoista, vaan hänet on pakotettava tekemään sopimus vastoin tahtoaan.

28 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan kuriiripalvelu toimittaa ainakin liitteet, sopimusehdot, hinnastot ja ”muut asiakirjat”, joista tulee kiinteä osa sopimusta allekirjoittamisen jälkeen (ennakkoratkaisupyynnön 3 kohta).

71. Kun pyritään takaamaan, ettei kuriiripalvelun asenne johda sopimattomaan vaikuttamiseen, kuluttajalle ostomenettelyä edeltävien vaiheiden aikana annetuilla tiedoilla ei ole yhtä paljon merkitystä<sup>29</sup> kuin on sillä, että kuriiripalvelu noudattaa menettelyssään asianmukaisia sääntöjä, joiden avulla psykologinen paine, jota saatetaan pitää joissakin tapauksissa sopimuksen allekirjoittamiseen kehottamisena, voidaan poistaa tai sitä voidaan vähentää mahdollisimman paljon.

72. Näin ollen jos kuriiripalvelulla on yhteys teleyritykseen, sen pitää pystyä auttamaan kuluttajaa mahdollisesti huolestuttavien viime hetken kysymysten ratkaisemisessa esimerkiksi antamalla kuluttajalle itse paikan päällä sopimusmallit tai tarjoamalla mahdollisuutta tulla uudelleen käymään sen jälkeen, kun kuluttaja on tutustunut malleihin. On taattava myös, ettei kuluttajaa vaadita missään tapauksessa allekirjoittamaan sopimusta varoittamalla, että allekirjoittamisesta kieltäytyminen tai allekirjoittamisen viivästyminen voisi johtaa jonkinlaiseen vastuuseen tai epäedullisempiin tuleviin sopimusehtoihin.

73. Jos kuriiripalvelulla ei sitä vastoin – kuten käsiteltävässä asiassa – ole yhteyttä teleyritykseen eikä se siksi pysty antamaan kuluttajalle mitään tietoja tai tekemään sitoumuksia yrityksen nimissä, on vähintäänkin estettävä se, että kuriiripalvelu vaatii kuluttajaa allekirjoittamaan sopimuksen.

74. Nämä tekijät on otettava muiden tekijöiden ohella huomioon elinkeinonharjoittajan ja sen puolesta toimivan kuriiripalvelun välisessä yhteistyösuhteessa. Kansallisen tuomioistuimen on tarkasteltava näitä tekijöitä ja selvítettävä, voiko kuriiripalvelun toiminta sopimuksen allekirjoittamisen asiayhteydessä olla sopimatonta vaikuttamista (direktiivin 2005/29 8 artikla).

## VI Ratkaisuehdotus

75. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Sąd Najwyższylle seuraavasti:

Sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja neuvoston direktiivin 84/450/ETY, direktiivien 97/7/EY, 98/27/EY ja 2002/65/EY sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta 11.5.2005 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/29/EY 8 artiklaa, luettuna yhdessä 9 artiklan sekä 2 artiklan j alakohdan kanssa, on tulkittava seuraavasti:

- Televiestintäpalveluiden tarjoamista koskevien etämyyntisopimusten tekemisessä sovellettava menettely, jossa kuluttajan on tehtävä lopullinen kaupallinen ratkaisu sopimusmallin toimittavan kuriiripalvelun läsnä ollessa, kun kuluttaja on voinut tutustua perusteellisesti sopimusehtoihin elinkeinonharjoittajan verkkosivuilla tai puhelinkeskustelun aikana, ei ole sellaisenaan aggressiivinen kaupallinen menettely.
- Jos kyseisen sopimuksentekomenettelyn käytännön toteutus, kun kunkin yksittäistapauksen olosuhteita tarkastellaan asiayhteydessään, heikentää merkittävästi kuluttajan valinnanvapautta siksi, että elinkeinonharjoittaja on käyttänyt sopimatonta vaikuttamista menestyksekkäästi suhteessa kuluttajaan, on kyseessä aggressiivinen kaupallinen menettely.
- Sen takaamiseksi mahdollisuuksien mukaan, ettei kuriiripalvelun asenne johda sopimattomaan vaikuttamiseen, on kuriiripalvelun noudatettava menettelyssään asianmukaisia sääntöjä, joiden avulla voidaan poistaa kaikki kuluttajaan mahdollisesti kohdistuva psykologinen paine.

<sup>29</sup> Toistan, että kyseisten tietojen laatu on perustavan tärkeää harhaanjohtavan kaupallisen menettelyn näkökulmasta, mutta se ei ole yksin määräävä tekijä, jonka perusteella kyseessä katsotaan olevan aggressiivinen kaupallinen menettely (sitä paitsi aggressiivinen kaupallinen menettely voi olla kyseessä myös silloin, kun paikkansa pitävää tietoa on annettu riittävästi).