Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
JEAN RICHARD DE LA TOUR
esitatud 24. juunil 2021 [1]

Kohtuasi C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
versus
eprimo GmbH
menetluses osales:
Interactive Media CCSP GmbH

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus))

Eelotsusetaotlus – Direktiiv 2002/58/EÜ – Isikuandmete töötlemine ja eraelu puutumatuse kaitse elektroonilise side sektoris – Meiliteenuse kasutaja sisendkasti saadetud reklaamsõnum – Artikli 2 teise lõigu punkt h – Mõiste „elektronpost“ – Artikli 13 lõige 1 – Mõiste „elektronposti kasutamine otseturunduseks“ – Direktiiv 2005/29/EÜ – Ebaausad kaubandustavad – I lisa punkt 26 – Mõiste „järjekindlate ja soovimatute pakkumiste tegemine e-posti abil“

I. Sissejuhatus

1. Eelotsusetaotlus puudutab Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. juuli 2002. aasta direktiivi 2002/58/EÜ, milles käsitletakse isikuandmete töötlemist ja eraelu puutumatuse kaitset elektroonilise side sektoris (eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitlev direktiiv) [2] (muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. novembri 2009. aasta direktiiviga 2009/136/EÜ [3]), artikli 2 teise lõigu punkti h ja artikli 13 lõike 1 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. mai 2005. aasta direktiivi 2005/29/EÜ, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2006/2004 (ebaausate kaubandustavade direktiiv) [4], I lisa punkti 26 tõlgendamist.

2. Taotlus on esitatud kohtuvaidluses äriühingute StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (edaspidi „StWL“) ja eprimo GmbH vahel, kes on kaks lõpptarbijate elektriga varustamise ettevõtjat, seoses sellega, kas reklaamitegevus, millega tegeleb Interactive Media CCSP GmbH

1 Algkeel: prantsuse.

2 EÜT 2002, L 201, lk 37; ELT eriväljaanne 13/29, lk 514.

3 ELT 2009, L 337, lk 11.

4 ELT 2005, L 149, lk 22.

(edaspidi „Interactive Media“) äriühingu eprimo tellimusel ja mis seisneb reklaamsõnumite saatmises tasuta meiliteenuse T-Online kasutajate sisendkasti, on riigisiseste ebaausa konkurentsi õigusnormidega kooskõlas.

3. Põhikohtuasjas kõne all olevat reklaamitehnikat on raske kategoriseerida, kuna ühelt poolt erineb see tehniliselt elektronposti mudelist ja teiselt poolt sarnaneb see adressaadi seisukohast pealesunnitud e-kirjadega (rämpspost), mis on eelkõige direktiivi 2002/58 artikli 13 lõikes 1 ette nähtud kaitse-eesmärgi peamine sihtmärk.

4. Käesolevas ettepanekus teen esiteks Euroopa Kohtule ettepaneku otsustada, et direktiivi 2002/58 artikli 13 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et selle sätte tähenduses on „elektronposti kasutamine otseturunduseks“ see, kui meiliteenuse kasutajale kuvatakse sisendkastis reklaamsõnumeid e-kirjadega sarnasel kujul ja samas kohas, kusjuures nende sõnumite adressaatide juhuslikkuse põhimõtte alusel kindlaks määramine seda ei mõjuta ja ilma et oleks vaja tuvastada, et kasutajale pandud koormus läheb tema häirimisest kaugemale. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tuleb kontrollida, kas kasutaja on andnud enne reklaamsõnumite kuvamist oma elektronposti konto sisendkastis vähemalt vabatahtliku, konkreetse ja teadliku nõusoleku.

5. Teiseks teen ma Euroopa Kohtule ettepaneku asuda seisukohale, et mõistet „järjekindlate ja soovimatute pakkumiste tegemine […] e-posti […] abil“ direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 tähenduses tuleb tõlgendada nii, et see võib hõlmata sellist tegevust, nagu on kõne all põhikohtuasjas, ja mis seisneb reklaamsõnumi kuvamises meiliteenuse kasutaja sisendkastis sellisel kujul, mis sarnaneb e-kirjadega, ja e-kirjadega samas kohas. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab kõigepealt siiski kontrollima seda, kas nende reklaamsõnumite kuvamine oli piisavalt sagedane ja regulaarne selleks, et seda saaks pidada „järjekindlaks pakkumiste tegemiseks“, ja seejärel seda, kas nende sõnumite kuvamist võib pidada „soovimatuteks pakkumiste tegemiseks“, võttes arvesse nii seda, kas kasutaja on andnud enne selle kuvamist nõusoleku või mitte, kui ka seda, kas kasutaja on väljendanud sellisele reklaamimeetodile vastuseisu.

II. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

1. Direktiiv 2002/58

6. Direktiivi 2002/58 põhjendustes 4 ja 40 on sätestatud:

„(4) Euroopa Parlamendi ja nõukogu 15. detsembri 1997. aasta direktiiviga 97/66/EÜ, milles käsitletakse isikuandmete töötlemist ja eraelu puutumatuse kaitset telekommunikatsioonisektoris[5,] on [Euroopa Parlamendi ja nõukogu 24. oktoobri 1995. aasta] direktiivis 95/46/EÜ [üksikisikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise kohta[6]] sätestatud põhimõtted muudetud telekommunikatsioonisektori erireegliteks. Direktiivi 97/66[…] tuleb kohandada elektrooniliste sideteenuste turu ja tehnoloogia arenguga, et tagada üldkasutatavate

5 EÜT 1998, L 24, lk 1.

6 EÜT 1995, L 281, lk 31; ELT eriväljaanne 13/15, lk 355.

elektrooniliste sideteenuste kasutajatele isikuandmete ja eraelu puutumatuse kaitse võrdne tase olenemata kasutatavast tehnoloogiast. Seepärast tuleks nimetatud direktiiv kehtetuks tunnistada ja asendada käesoleva direktiiviga.

[…]

(40) Abonentidele tuleks anda tagatised selle kohta, et nende eraellu ei sekkuta otseturustusotstarbelise [mõiste „otseturustus“ asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „otseturundus“] pealesunnitud teabega, mida edastatakse eelkõige automaatsete kõnevalimissüsteemide, telefakside, e-posti, kaasa arvatud lühisõnumite abil. Sellisel kujul edastatava [turundusotstarbelise] pealesunnitud teabe saatmine võib ühest küljest olla suhteliselt lihtne ja odav, kuid teisest küljest võib see saajale tuua kaasa koorma ja/või kulutusi. Lisaks sellele võib nende maht mõningatel juhtudel põhjustada raskusi elektroonilistele sidevõrkudele ja lõppseadmetele. Sellisel kujul edastatava [otseturundusotstarbelise] pealesunnitud teabe puhul on õigustatud nõue, et enne abonendile sellise teabe saatmist peab selleks saama abonendilt selgesõnalise nõusoleku. Ühtne turg eeldab kooskõlastatud lähenemist, et tagada ettevõtjatele ja kasutajatele lihtsad ja kogu [liitu] hõlmavad reeglid.“

7. Direktiivi 2002/58 artiklis 2 „Mõisted“ on sätestatud:

„Kui ei ole sätestatud teisiti, kohaldatakse direktiivis 95/46[…] ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiivis 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja -teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv)[7] sätestatud mõisteid.

Kasutatakse ka järgmisi mõisteid:

[…]

d) *side* – teave, mida vahetatakse või edastatakse määratud hulga osaliste vahel üldkasutatava elektroonilise side teenuse abil. Mõiste ei hõlma teavet, mida edastatakse üldsusele ringhäälinguteenuse raames elektroonilise sidevõrgu kaudu, välja arvatud juhul, kui sellist teavet võib seostada tuvastatava abonendi või kasutajaga, kes teavet saab;

[…]

f) *nõusolek*, mille annab kasutaja või abonent, vastab direktiivis [95/46[8]] määratletud andmesubjekti nõusolekule;

[…]

7 EÜT 2002, L 108, lk 33; ELT eriväljaanne 13/29, lk 349.

8 Direktiivi 95/46 artikli 2 punkti h sõnastuse järgi on „andmesubjekti nõusolek“ „iga vabatahtlik, konkreetne ja teadlik tahteavaldus, millega andmesubjekt annab nõusoleku töödelda tema kohta käivaid andmeid“. See direktiiv tunnistati alates 25. maist 2018 kehtetuks Euroopa Parlamendi ja nõukogu 27. aprilli 2016. aasta määrusega (EL) 2016/679 füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise ning direktiivi 95/46/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (isikuandmete kaitse üldmäärus) (ELT 2016, L 119, lk 1), mille artikli 4 punktis 11 on andmesubjekti „nõusolek“ määratletud kui „vabatahtlik, konkreetne, teadlik ja ühemõtteline tahteavaldus, millega andmesubjekt kas avalduse vormis või selge nõusolekut väljendava tegevusega nõustub tema kohta käivate isikuandmete töötlemisega“. Selle määruse artikli 94 "Direktiivi [95/46] kehtetuks tunnistamine“ lõike 2 kohaselt käsitatakse „[v]iiteid kehtetuks tunnistatud direktiivile […] viidetena käesolevale määrusele. […]“.

h) *elektronpost* – üldkasutatava sidevõrgu kaudu saadetav teksti-, kõne-, heli- või piltsõnum, mida saab hoida võrgus või saaja lõppseadmes, kuni saaja selle vastu võtab;

[…]“.

8. Direktiivi 2002/58 artiklis 13 „Pealesunnitud teave“ on ette nähtud:

„1. Inimsekkumist mittevajavate automatiseeritud kõnevalimis- ja sidesüsteemide (automaatvalimissüsteemid), fakside või elektronposti kasutamine [otseturunduseks] on lubatud ainult nende abonentide või kasutajate puhul, kes on selleks andnud eelneva nõusoleku.

2. Kui füüsiline või juriidiline isik saab oma klientidelt nende elektronposti kontaktandmed seoses toote või teenuse müügiga vastavalt direktiivile [95/46], võib sama füüsiline või juriidiline isik lõikest 1 olenemata kasutada neid elektroonilisi kontaktandmeid oma samasuguste toodete või teenuste [otseturundamiseks] tingimusel, et klientidele antakse kontaktandmete kogumise ajal ja iga sõnumi puhul eraldi selge ja arusaadav võimalus tasuta ja lihtsal viisil keelata elektrooniliste kontaktandmete selline kasutamine, kui klient ei ole algusest peale sellist kasutamist keelanud.

3. Liikmesriigid võtavad asjakohased meetmed tagamaks, et lõigetes 1 ja 2 osutamata juhtudel on keelatud pealesunnitud teabe edastamine [otseturunduse] eesmärgil, kui asjaomane abonent või kasutaja ei ole andnud selleks nõusolekut või kui abonent või tarbija on teatanud, et ei soovi sellist teavet saada, ning valik kõnealuste võimaluste vahel tuleb kindlaks määrata siseriiklike õigusaktidega, arvestades, et mõlemad võimalused peavad olema abonendile või kasutajale tasuta.

4. Igal juhul on keelatud saata elektronposti [otseturunduse] eesmärgil, kui varjatakse või jäetakse avalikustamata saatja isik, kelle nimel teave edastatakse, mis on vastuolus [Euroopa Parlamendi ja nõukogu 8. juuni 2000. aasta] direktiivi 2000/31/EÜ [infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul (direktiiv elektroonilise kaubanduse kohta)[9]] artikliga 6, või kui puudub kehtiv aadress, millele teabe saaja võiks saata taotluse sellise teabe saatmise lõpetamiseks, või ergutades saajaid külastama veebisaite, mis on vastuolus kõnealuse artikliga.

[…]“.

2. Direktiiv 2005/29

9. Direktiivi 2005/29 põhjenduses 17 on märgitud:

„Suurema õiguskindluse tagamiseks on soovitav määratleda need kaubandustavad, mis on ebaausad kõigil tingimustel. Seepärast on I lisas selliste tavade täielik nimekiri. Need on ainukesed kaubandustavad, mida võib lugeda ebaausateks, hindamata iga üksikjuhtumi vastavust artiklite 5–9 sätetele. Seda nimekirja saab muuta ainult käesolevat direktiivi läbi vaadates.“

10. Direktiivi 2005/29 artiklis 5 on sätestatud:

„1. Ebaausad kaubandustavad on keelatud.

[9] EÜT 2000, L 178, lk 1; ELT eriväljaanne 13/25, lk 399.

2. Kaubandustava on ebaaus, kui see:

a) on vastuolus ametialase hoolikuse nõuetega

ja

b) seoses mingi tootega moonutab oluliselt või tõenäoliselt moonutab oluliselt selle keskmise tarbija majanduskäitumist, kes tootega kokku puutub või kellele see on suunatud, või tarbijarühma keskmise liikme majanduskäitumist, kui kaubandustava on suunatud teatavale tarbijarühmale.

[…]

4. Eelkõige on ebaausad need kaubandustavad, mis:

a) on eksitavad vastavalt artiklitele 6 ja 7

või

b) on agressiivsed vastavalt artiklitele 8 ja 9.

5. I lisas on selliste kaubandustavade nimekiri, mida loetakse ebaausateks kõigil tingimustel. Kõikides liikmesriikides kohaldatakse sama ühtset nimekirja ja seda saab muuta ainult käesolevat direktiivi läbi vaadates."

11. Direktiivi 2005/29 artikkel 8 näeb ette:

„Kaubandustava loetakse agressiivseks, kui see konkreetses olukorras, võttes arvesse kõiki selle iseärasusi ja asjaolusid, ahistamise, sunni, sealhulgas füüsilise jõu kasutamise, või liigse mõjutamise kaudu kahjustab märkimisväärselt või tõenäoliselt kahjustab märkimisväärselt keskmise tarbija valikuvabadust või käitumist toote suhtes ning paneb või tõenäoliselt paneb ta seetõttu tegema tehinguotsust, mida ta muul juhul ei teeks."

12. Selle direktiivi I lisas on loetletud „[k]aubandustavad, mis loetakse ebaausateks kõigil tingimustel". „Agressiivsete kaubandustavade" hulgas on punktis 26 nimetatud „[j]ärjekindlate ja soovimatute pakkumiste tegemine telefoni, faksi, e-posti või muu kaugside vahendi abil, välja arvatud lepingulise kohustuse sissenõudmiseks siseriiklike õigusaktidega õigustatud tingimustel ja ulatuses. See ei piira […] direktiivide [95/46…] ja [2002/58] kohaldamist."

B. Saksa õigus

13. 3. juuli 2004. aasta kõlvatu konkurentsi vastase seaduse (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) [10] põhikohtuasjas kohaldatava redaktsiooni § 3 lõigetes 1 ja 2 on sätestatud:

„(1) Ebaausad kaubandustavad on ebaseaduslikud.

[10] *BGBl.* 2004 I, lk 1414, edaspidi „UWG".

(2) Kaubandustavad, mis on suunatud tarbijatele või jõuavad nendeni, on ebaausad, kui need ei ole kooskõlas ettevõtja hoolsuskohustusega ja võivad oluliselt mõjutada tarbija majanduskäitumist.

[…]“.

14. UWG § 5a lõikes 6 on ette nähtud:

„Ebaausat kaubandustava […] rakendab igaüks, kes ei anna teada kaubandustava tõelist kaubanduslikku eesmärki, kui see ei ilmne juba kontekstist ja kui see teada andmata jätmine paneb või tõenäoliselt paneb keskmise tarbija tegema tehinguotsust, mida ta muul juhul ei oleks teinud.“

15. UWG § 7 lõiked 1 ja 2 on sõnastatud järgmiselt:

„(1) Kaubandustavad, mis turuosalisi ebamõistlikult häirivad, on õigusvastased. See kehtib eelkõige reklaami suhtes, mille puhul on ilmne, et asjaomane turuosaline seda ei soovi.

(2) Ebamõistlikku häirimist tuleb alati eeldada:

1. reklaami puhul, milleks kasutatakse kaugturunduseks mõeldud kommertsteadaandevahendit, mida ei ole nimetatud lõigetes 2 ja 3, ning milles tehakse tarbijale korduvalt pakkumisi, kuigi ta seda ilmselgelt ei soovi;

[…]

3. reklaami puhul, milleks kasutatakse automaatvalimist, faksi või elektronposti ilma adressaadi eelneva sõnaselge nõusolekuta, või

4. sõnumi vormis reklaami puhul

   a) kui peidetakse või varjatakse saatja isikut, kelle nimel teave edastatakse […]

   […]“.

16. UWG §-s 8 on märgitud:

„(1) Isiku vastu, kes rakendab § 3 või § 7 tähenduses ebaausat kaubandustava, võib esitada nõude selle rikkumise lõpetamiseks ja rikkumise kordumise ohu korral sellest tegevusest hoidumiseks. Õigus nõuda tegevusest hoidumist tekib niipea, kui esineb § 3 või § 7 rikkumise oht.

(2) Kui äriühingus toime pandud rikkumised on toime pannud töötaja või volitatud isik, on rikkumise lõpetamise ja rikkumisest hoidumise hagi põhjendatud ka äriühingu omaniku vastu.

(3) Lõike 1 alusel võib nõudeid esitada:

1. iga konkurent;

[…]“.

III. Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

17. StWL ja eprimo on kaks konkureerivat elektritarnijat. Reklaamiagentuur Interactive Media levitas eprimo palvel reklaamkuulutusi tasuta meiliteenuse T-Online'i kasutajate sisendkastidesse.

18. eprimoga „suuremat säästu" kuulutavad reklaamsõnumid ilmusid T-Online'i kasutaja isiklikku elektronposti kirjakasti, täpsemalt sisendkasti, st rubriiki, milles on saadud e-kirjad näidatud nimekirja kujul, saadud e-kirjade hulgas. Erinevalt nendest e-kirjadest ei olnud reklaamis, millele oli lisatud hallis kirjas märge „kuulutus", märgitud kuupäeva ega saatjat, seda ei saanud arhiveerida ega edastada ning sellele ei olnud võimalik ka vastata, kasutades meiliteenuse osutaja poolt e-kirjade töötlemiseks ette nähtud võimalusi. Lisaks ei võetud seda arvesse lugemata e-kirjade hulgas ning see ei võtnud sisendkastis mäluruumi. Kasutaja saatis 20. detsembril 2016 eprimole 12. detsembri 2016. aasta reklaami kohta hoiatuskirja ja andis seega eprimole sõnaselgelt teada oma soovist sellist reklaami mitte saada. Sama tüüpi reklaam ilmus siiski tema sisendkasti 13. ja 15. jaanuaril 2017.

19. Põhikohtuasjas kõne all olevaid reklaamsõnumeid kuvatakse meiliteenuse kasutajate sisendkastis juhuslikult. Meilikontole vastava veebilehe avamisel saadetakse nõue (AdRequest) reklaamiserverisse, mis saadab seejärel vastavad parameetrid kasutaja veebilehitsejale, et juhuslikult välja valitud reklaambänner kuvataks selle konto sisendkastis. Kui kõnealune kasutaja klõpsab kuvatud reklaamil, edastatakse see sisestus reklaamiserverisse, mis selle registreerib ja suunab veebilehitseja edasi reklaamikliendi saidile.

20. StWL, kes pidas seda reklaamimeetodit konkurentsiõiguse vastaseks, kuna see häirib ebamõistlikult ja on eksitav, pöördus Landgericht Nürnberg-Fürthi poole (Nürnberg-Fürthi esimese astme kohus, Saksamaa), kes andis eprimole korralduse lõpetada äritegevuse raames ja konkurentsivõime suurendamise eesmärgil reklaami tegemine T-Online'i meilikontol seoses elektri turustamisega lõpptarbijatele.

21. eprimo apellatsioonkaebus Oberlandesgericht Nürnbergile (liidumaa kõrgeim üldkohus Nürnbergis, Saksamaa) rahuldati, kuna nimetatud kohus leidis, et vaidlusalune reklaami paigutamine meiliteenuse kasutaja sisendkasti ei ole konkurentsiõiguse seisukohast õigusvastane kaubandustava.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (liidumaa kõrgeim üldkohus Nürnbergis) leidis esiteks, et vaidlusalune reklaam ei ole ebamõistlik häirimine elektronposti kasutamise abil UWG § 7 lõike 2 punkti 3 tähenduses, kuna seda reklaami ei saa pidada elektronpostiks selle sätte tähenduses. Igal juhul ei too see reklaam meiliteenuse kasutajale kaasa igasugusest reklaamist tingitud „tavalisest" häirimisest suuremat koormust või kulusid ega häiri seega ebamõistlikult UWG § 7 lõike 1 esimese lause üldnormi tähenduses, arvestades eelkõige, et tegemist on tasuta meiliteenusega.

23. Teiseks järeldas see kohus, et vaidlusalune reklaam ei ole UWG § 7 lõike 2 punkti 4 alapunkti a kohaselt õigusvastane, kuna tegemist ei ole sõnumite vormis reklaamiga. UWG § 7 lõike 2 punkt 1 ei ole samuti kohaldatav, kuna see eeldab „pakkumise tegemist" tarbijat tüütava käitumise tähenduses, mida ei ole käesoleval juhul tehtud. Lõpuks ei saa kõnealuseid kuulutusi pidada ebaausaks seetõttu, et need olid eksitavad UWG § 5a lõike 6 tähenduses, kuna nendes ei varjatud nende reklaami iseloomu.

24. StWL esitas kassatsioonkaebuse Bundesgerichtshofile (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus), kes leidis, et tema vastus küsimusele, kas on õigus [nõuda] vaidlusaluse kaubandustava lõpetamist, sõltub sellest, kuidas tõlgendada direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punkte d ja h ning artikli 13 lõiget 1 ning direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 ning mõisteid „elektronpost“, „kasutamine“ ja „pakkumiste tegemine“.

25. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab nimelt, et eprimole ette heidetav tegevus võib olla õigusvastane UWG § 7 lõike 2 punkti 3 kohaselt, millega on üle võetud direktiivi 2002/58 artikli 13 lõige 1. Ta märgib, et on samuti mõeldav, et reklaam on õigusvastane UWG § 7 lõike 2 punkti 1 kohaselt, millega on üle võetud direktiivi 2005/29 I lisa punkt 26.

26. Esiteks, mis puutub UWG § 7 lõike 2 punkti 3 kohaldamisse, millega on üle võetud direktiivi 2002/58 artikli 13 lõige 1, siis soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et Euroopa Kohus selgitaks mõisteid „elektronpost“ ja selle „kasutamine otseturunduseks“.

27. Selleks et teha kindlaks, kas kõnealune reklaam kuulub mõiste „elektronpost“ alla, tõdeb eelotsusetaotluse esitanud kohus kõigepealt, et sõnum, mille edastas reklaamiserveri haldaja reaalajas meilikonto sisendkasti pärast seda, kui kasutaja oli ühenduse kaudu selle veebilehe avanud, ja mis kuvati sellel veebilehel, kus kasutaja sai seda lugeda, kujutab endast „sidet“ direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punkti d tähenduses. Seejärel leiab ta, et tuleb kontrollida, kas sellist reklaamsõnumit, nagu on kõne all põhikohtuasjas, saab kvalifitseerida „elektronpostiks“ selle direktiivi artikli 2 teise lõigu punkti h tähenduses.

28. Sellega seoses soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas selles sättes nimetatud sõnumi saatmise kriteerium on täidetud. Nimelt ei edasta meiliteenuse kasutaja seda reklaami, mis on sisendkastis, teisele kasutajale, vaid reklaamiserverid kuvavad selle pärast meilikonto avamist juhuslikult valitud kasutaja teatavatel selleks ette nähtud sisendkasti väljadel. Traditsioonilise e-kirja kriteeriume kohaldades ei pruugi seega sõnumi „saatmise“ kriteerium olla täidetud, mistõttu ei saa selles sisendkastis ilmuvat reklaami kvalifitseerida elektronpostiks. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tekib siiski küsimus, kas eesmärk kaitsta kasutaja eraelu puutumatust, mis on sätestatud direktiivi 2002/58 põhjenduses 40 ja mida taotletakse direktiivi 2002/58 artikli 13 lõikega 1, ei võiks rääkida mõiste „saatmine“ määratluse funktsionaalse ja mittetehnilise käsitusviisi kasuks. See eesmärk võiks õigustada mõiste „saatmine“ tõlgendamist mitte tavapäraste elektronside vormide alusel, st konkreetse kasutaja poolt teisele varem kindlaks määratud kasutajale saatmise tähenduses, vaid funktsionaalselt, levitamise tähenduses.

29. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tekib küsimus ka seoses mõiste „vastuvõtmine“ määratlusega, mis on esitatud direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punktis h. See kohus selgitab, et sellest sättest koostoimes sama direktiivi[11] põhjendusega 27 võib tuleneda, et sõnumi vastuvõtmine eeldab adressaadi tahtlikku käitumist, kes oma meilikontot avades väljendab oma tahet, et tema e-kirjad, mis on salvestatud meiliteenuse serverisse, kuvataks ja edastataks talle, samas kui asjaomase reklaami puhul, mida hoitakse reklaamiserveris, mis on seda levitava äriühingu kontrolli all, peab kasutaja ainult avama meiliteenuse selleks, et reklaambänner kuvataks reaalajas, ilma et internetikasutaja oleks sellest protsessist teadlik ja saaks selle kohta oma tahet väljendava otsusega selle kuvamise poolt või vastu seisukohta avaldada. Kokkuvõttes eeldaks direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punktis h osutatud vastuvõtmine kasutajapoolset toimingut sõnumi edastamiseks, üldjuhul teenuseosutaja serverist. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab

[11] Selle põhjenduse sõnastuse järgi oleneb „side edastamise lõpu täpne aeg, mille järel liiklusandmed tuleks kustutada, kui need ei ole arveldamiseks vajalikud, […] sellest, mis liiki elektroonilist sideteenust pakutakse. […] Elektronposti puhul lõpeb edastamine kohe, kui adressaat saab sõnumi kätte, üldjuhul oma teenuseosutaja serverist“.

siiski, et direktiivi 2002/58 artikli 13 lõige 1 kohustab kaitsma kasutajat pealesunnitud reklaamsõnumite eest ja järelikult asuma seisukohale, et meilikonto avamisest internetis piisab, et tegemist oleks lõpliku vastuvõtmisega.

30. Lisaks märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et enne vaidlusaluse reklaami sisendkasti sisestamist, mis toimub ühenduse loomisel, hoiti seda reklaami reklaamiserveris ja seega võrgus. Tema arvates ei saa direktiivi 2002/58 põhjendusest 27 järeldada, et elektronpost tähendab üksnes selliseid sõnumeid, mida hoitakse teenuseosutaja enda serveris.

31. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tekib ka küsimus, kas tegemist on „elektronpostiga“ direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses, kui sõnumit ei edastata juba enne edastamist konkreetselt kindlaks määratud individuaalsele saajale, vaid see kuvatakse, nagu käesolevas asjas, juhuslikult. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib sellega seoses, et vaidlusalust reklaami tehti tasuta meiliteenuse klientidele juhuslikult, ilma et eelnev suhtlemine kliendi nõusoleku kohta oleks olnud võimalik. Sellest hoolimata leiab ta, et selles sättes ette nähtud eelneva nõusoleku nõudest ei ole võimalik järeldada, et kõik sidevõrgu kaudu toimuva otseturunduse vormid on lubatud, kuna meiliteenuse kasutajate nõusolekut ei ole võimalik enne reklaami kuvamist saada reklaamiklientide kasutatavate tehniliste meetodite tõttu.

32. Lisaks leiab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et mõistet „kasutamine“ direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses tuleb määratleda, ja ta soovib teada, kas selleks, et kasutajale pandud „koormus“ [12] kuuluks selle mõiste alla, peab see koormus minema kasutaja häirimisest kaugemale. Sellega seoses märgib ta, et kuna kõnealune reklaam on e-kirja välimusega ja on seega nähtavam kui reklaam väljaspool sisendkasti, häirib see rohkem kui reklaam, mis kuvatakse sisendkasti servas, ning et neil asjaoludel ei pruugi kasutajate eraelu puutumatuse kaitse eesmärk olla täidetud.

33. Teiseks, mis puutub direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 üle võtva UWG § 7 lõike 2 punkti 1 kohaldamist, siis leiab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et tuleb täpsustada „pakkumiste tegemise“ kriteeriume selle sätte tähenduses. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul on pakkumiste tegemine välistatud, kui teave on suunatud laiemale üldsusele. Seevastu kujutab teave endast reklaami, kui see on suunatult adresseeritud individuaalsele kliendile. Sellega seoses on eelotsusetaotluse esitanud kohtul tekkinud küsimus, kas selleks, et tegemist oleks individuaalse suunatud reklaamiga, mis vastab pakkumise tegemise kriteeriumidele, peab kliendiga ühendust võtma tavapärase individuaalse suhtlusvahendi abil saatja ja saaja vahel, näiteks telefoni, faksi või elektronposti teel, või piisab sellest, kui – nagu käesoleval juhul – seos kasutajaga luuakse reklaami kuvamisega tema meilikonto sisendkastis, see tähendab rubriigis, kus ta ootab konkreetselt temale adresseeritud sõnumeid.

34. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et kuna sellesse sisendkasti pandud reklaam häirib kasutajat rohkem kui tavapärased reklaambännerid, mis kuvatakse tavaliselt selleks ette nähtud veebisaidi rubriikides ja mis pole seega sama individuaalsed, siis on tõenäoliselt kõne all ka direktiivi 2005/29 I lisa punktiga 26 taotletav kaitse-eesmärk.

[12] Vt direktiivi 2002/58 põhjendus 40.

35. Lisaks leiab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et teised selle sättega keelatud kaubandustava tingimused on täidetud. Ta märgib selle kohta, et meiliteenuse kasutajale saadeti reklaami kokku kolm korda, see tähendab järjekindlalt ja seega korduvalt, tema meiliteenuse sisendkasti. Sellist reklaami ei soovitud, kuna kasutaja oli eprimole sõnaselgelt teatanud oma soovist selliseid reklaamsõnumeid, nagu on kõne all põhikohtuasjas, mitte saada.

36. Neil asjaoludel otsustas Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas mõiste „saatmine“ koosseisu tunnused direktiivi [2002/58] artikli 2 teise lause punkti h tähenduses on täidetud, kui üks elektronside teenuse kasutaja ei saada sõnumit teenust osutava ettevõtja kaudu teise kasutaja e-posti „aadressile“, vaid reklaamiserverid kuvavad sõnumi salasõnaga kaitstud meilikontot majutava veebilehe avamisel automaatselt juhuslikkuse põhimõtte alusel valitud kasutaja sisendkasti asjaomastel väljadel (sisendkastis kuvatav reklaam)?

2. Kas sõnumi vastuvõtmine direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punkti h tähenduses eeldab, et sõnumi saaja käivitab pärast sõnumi olemasolust teadasaamist tahtliku vastuvõtmisega sõnumi programmitehniliselt ette nähtud edastamise, või piisab sellest, et sõnum ilmub meilikonto sisendkasti siis, kui kasutaja avab salasõnaga kaitstud meilikontot majutava veebisaidi?

3. Kas direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses elektronpostiga on tegemist ka siis, kui sõnumit ei saadeta mitte individuaalsele saajale, kes on juba enne sõnumi edastamist kindlaks määratud, vaid sõnum kuvatakse juhuslikkuse põhimõtte alusel valitud kasutaja sisendkastis?

4. Kas elektronposti kasutamisega otseturunduseks direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses on tegemist vaid siis, kui tuvastatakse kasutaja koormamine määral, mis läheb tema häirimisest kaugemale?

5. Kas „pakkumiste tegemise“ tingimustele vastava isikliku reklaamiga direktiivi [2005/29] I lisa punkti 26 esimese lause tähenduses on tegemist vaid siis, kui kliendiga võetakse ühendust saatja ja saaja vahel tavapäraselt kasutatava vahendi abil, või piisab sellest, kui isiklik seos – nagu käesolevas asjas kõne all oleva reklaami puhul – luuakse nii, et reklaam kuvatakse isikliku meilikonto sisendkastis ja seega alal, kus klient ootab konkreetselt temale adresseeritud sõnumeid?“

37. Oma kirjalikud seisukohad esitasid Interactive Media, eprimo, Portugali valitsus ja Euroopa Komisjon. StWL, Interactive Media, eprimo ja komisjon vastasid määratud tähtaja jooksul Euroopa Kohtu kirjalikele küsimustele.

IV. Õiguslik analüüs

38. Käesolevas eelotsusetaotluses palutakse Euroopa Kohtul otsustada, kas ja kui jah, siis millistel tingimustel võib pidada direktiivi 2002/58 ja direktiivi 2005/29 asjakohaste sätetega kooskõlas olevaks tava, mille kohaselt kuvatakse reklaamsõnumeid niisuguse meiliteenuse kasutaja sisendkastis, mida pakutakse sellele kasutajale tasuta ja mida rahastatakse reklaamiklientide poolt makstud reklaamist.

39. Nagu direktiivi 2005/29 I lisa punktist 26 nähtub, kohaldatakse „järjekindlate ja soovimatute pakkumiste […] telefoni, faksi, e-posti või muu kaugside vahendi abil, välja arvatud lepingulise kohustuse sissenõudmiseks siseriiklike õigusaktidega õigustatud tingimustel ja ulatuses“ tegemise keeldu, ilma et see piiraks nimelt direktiivis 2002/58 sätestatud eeskirjade kohaldamist. Nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult palub, analüüsin seega järjest küsimusi, mis puudutavad ühelt poolt direktiivi 2002/58 ja teiselt poolt direktiivi 2005/29 tõlgendamist.

A. Direktiivi 2002/58 asjasse puutuvate sätete tõlgendamine

40. Oma *esimese ja teise küsimusega* palub eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtul sisuliselt otsustada, kas kriteeriumid, mis võimaldavad määratleda elektronposti direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punkti h tähenduses, on täidetud juhul, kui reklaamsõnum kuvatakse meiliteenuse kasutaja konto sisendkastis. Täpsemalt soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas sõnumit võib pidada „saadetuks“ selle sätte tähenduses, kui seda ei edasta kasutaja teisele kasutajale teenuseosutaja vahendusel selle teise kasutaja e-posti aadressile, vaid see kuvatakse turvatud meilikonto veebilehe avamisel juhuslikkuse põhimõtte alusel valitud kasutaja sisendkastis automaatselt. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib samuti, kas selleks, et sõnumit saaks pidada direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punkti h tähenduses „vastu võetuks“, on vaja, et adressaat käivitab tahtlikult asjaomase sõnumi andmete edastamise, või piisab sellest, kui sõnum ilmub pärast turvatud meilikonto veebilehe avamist sisendkasti.

41. *Kolmanda ja neljanda küsimusega* palub eelotsusetaotluse esitanud kohus tõlgendada mõistet „elektronposti kasutamine otseseturunduseks“ direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses. Täpsemalt soovib ta oma kolmanda küsimusega teada, kas tegemist on „elektronpostiga“ selle sätte tähenduses, kui sõnumit ei saadeta enne edastamist individuaalselt kindlaks määratud adressaadile, vaid see kantakse juhuslikult valitud kasutaja sisendkasti. Lisaks soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas „elektronposti kasutamine otseturunduseks“ direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses on tõendatud vaid siis, kui on tuvastatud, et kasutajale pandud koormus läheb tema häirimisest kaugemale.

42. Direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punkti h kohaselt on elektronpost „teksti-, kõne-, heli- või piltsõnum“. See määratluse element ei tekita käesoleva kohtuasja raames vaidlust ja selle tingimus on sellise reklaamsõnumi puhul, nagu on kõne all põhikohtuasjas, kindlasti täidetud.

43. Lisaks sellel täpsustusele peavad selleks, et sõnumi saaks kvalifitseerida „elektronpostiks“ selle sätte tähenduses, olema täidetud veel kolm tingimust. Esiteks peab sõnum olema „üldkasutatava sidevõrgu kaudu saadetav“. Teiseks peab seda sõnumit olema võimalik „hoida võrgus või saaja lõppseadmes“. Kolmandaks peab selle sõnumi saajal olema võimalik seda vastu võtta.

44. Küsimuses, kas selline reklaamsõnum, nagu on kõne all põhikohtuasjas, vastab neile kolmele kriteeriumile kas täielikult või ainult osaliselt, on kaks vastandlikku seisukohta.

45. Elektronpostiks kvalifitseerimise vastu avaldatud põhiseisukoha järgi, mida pooldavad eprimo ja Interactive Media, ei saa reklaamsõnumit, mis kuvatakse juhuslikult meilikonto sisendkastis, pidada saadetuks, [võrgus] hoituks ja vastu võetuks, nagu nõuab direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punkt h. Selle põhiseisukoha põhjenduseks esitatud argumendid põhinevad ideel, et sellisel sõnumil ei ole traditsioonilisele e-kirjale omaseid tunnuseid. Esiteks ei saada seda üks kasutaja teisele, vaid see kuvatakse ajutiselt ja automaatselt juhuslikkuse põhimõtte alusel valitud

kasutajate sisendkastis. Teiseks ei hoita sellist reklaamsõnumit, nagu on kõne all põhikohtuasjas, võrgus või saaja lõppseadmes. Kolmandaks ei võta saaja seda sõnumit vastu, kuna see eeldaks saaja tahtlikku käitumist konkreetse sõnumi teadasaamiseks seda valides.

46. Põhikohtuasjas kõne all oleva reklaamsõnumi elektronpostiks määratlemist pooldav tees, mida toetab eelotsusetaotluse esitanud kohus ja osaliselt Portugali valitsus, põhineb aga vajadusel tõlgendada elektronposti mõistet funktsionaalselt, et saavutada eesmärk kaitsta meiliteenuste kasutajate eraelu. Selline tõlgendus toob kaasa selle, et kõiki selle mõiste kriteeriume tuleb hinnata paindlikult. Seega tuleb reklaamsõnumit, mida levitatakse ja kuvatakse meiliteenuse kasutajakonto sisendkastis, sõltumata kasutatavast tehnoloogiast käsitada nii, et see on „üldkasutatava sidevõrgu kaudu saadetav“ direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punkti h tähenduses. Asjaolust, et seda sõnumit hoitakse reklaamiserveris, mitte saaja lõppseadmes, väidetavalt piisab, kuna võib asuda seisukohale, et tegemist on „võrgus“ hoidmisega sama sätte tähenduses. Lisaks tuleb sellist meilikonto veebilehe avamisel kuvatavat sõnumit pidada vastuvõetuks, nagu nõuab nimetatud säte. Selles viimases punktis on Portugali valitsuse argumentatsioon nüansirikkam, kuna ta leiab, et saaja ei saa sellise meiliteenuse sisendkastis kuvatavat reklaamsõnumit vastu võtta. Kuna aga seda sõnumit hoitakse jätkuvalt võrgus, siis piisab tema sõnul sellest, et seda saaks kvalifitseerida „elektronpostiks“ direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punkti h tähenduses.

47. Võttes arvesse nende kahe teesi toetuseks esitatud sageli tehnilisi argumente, olen vastuvõtlik eelotsusetaotluse esitanud kohtu argumentatsioonile mõiste „elektronpost“ funktsionaalse tõlgenduse kohta, mis võib viia järelduseni, et selline reklaamsõnum, nagu on kõne all põhikohtuasjas, vastab direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punktis h ette nähtud kriteeriumidele.

48. Igal juhul leian, et seda mõistet ei tule tõlgendada eraldiseisvalt, vaid võttes arvesse sätet, milles seda kasutatakse, st käesoleval juhul direktiivi 2002/58 artikli 13 lõiget 1. Selles osas nõustun StWLi ja komisjoni seisukohaga, et asjasse puutuv mõiste, mida tuleb käesolevas kohtuasjas tõlgendada, on „elektronposti kasutamine otseturunduseks“ selle sätte tähenduses. Keskendun oma analüüsis seega selle sätte tõlgendamisele, võttes arvesse selle sõnastust, eesmärki ja vajadust tagada selle soovitav toime.

49. Märgin sellega seoses, et direktiivi 2002/58 artikli 13 pealkiri on „Pealesunnitud teave“. Kui lähtuda selle direktiivi artikli 2 teise lõigu punktis d sätestatud mõiste „side“ määratlusest, on selle direktiivi artikkel 13 kohaldatav „teabele, mida vahetatakse või edastatakse määratud hulga osaliste vahel üldkasutatava elektroonilise side teenuse abil“.

50. Kui teave kuulub direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaldamisalasse, on see lubatud tingimusel, et selle saajalt on varem saadud nõusolek. Direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lõigu punktist f koostoimes määruse 2016/679 artikli 94 lõikega 2 tuleneb, et nõusolek peab vastama direktiivi 95/46 artikli 2 punktist h või selle määruse artikli 4 punktist 11 tulenevatele nõuetele olenevalt sellest, kas kumbki neist kahest normist on põhikohtuasja asjaoludele ajaliselt kohaldatav. Mis puutub õigusvastase kaubandustava lõpetamise nõudesse, siis ei ole välistatud, et juhul kui StWLi algatatud menetluse eesmärk on kohustada eprimot oma tegevus edaspidi lõpetama, on määrus 2016/679 põhikohtuasjas ajaliselt kohaldatav, kuigi selle vaidluse aluseks olevad asjaolud leidsid aset enne 25. maid 2018, mil see määrus kohaldatavaks muutus, kuna

direktiiv 95/46 tunnistati sellest kuupäevast alates kehtetuks [13]. Sellest järeldub, et tegemist peab olema vähemasti vaba, konkreetse ja teadliku tahteavaldusega [14].

51. Direktiivi 2002/58 artikli 13 lõikes 1 on täpsustatud, millist liiki teabele kohaldatakse teabe saajate eelneva nõusoleku nõuet. Esiteks on tegemist teabega, mille eesmärk on otseturundamine, see tähendab kommertsteadaanne, mis on adresseeritud otse ja individuaalselt elektronside teenuste kasutajatele. Teiseks peab see teave nendeni jõudma „inimsekkumist mittevajavate automatiseeritud kõnevalimissüsteemide (automaatvalimissüsteemid), fakside või elektronposti“ teel.

52. Direktiivi 2002/58 artikli 13 lõige 1 ei ole seega mõeldud üldiselt kohaldamiseks reklaamiakendele, mis võivad veebisaitide külastamisel ilmuda. See säte puudutab ainult sellist teavet, mille ese on otseturundamine, mis saadetakse otse ja isiklikult selle saajatele teatud elektronsidevahendite abil, näiteks elektronposti abil [15].

53. Direktiivi 2002/58 artikli 13 praegune redaktsioon tuleneb direktiivist 2009/136, mille põhjenduses 67 on märgitud, et „[a]bonentidele antud tagatised selle kohta, et nende eraellu ei sekkuta [otseturundusotstarbelise] pealesunnitud teabega, mida edastatakse elektronposti teel, *kehtivad samuti lühisõnumiteenuste (SMS), multimeediateenuste (MMS) ja muude selliste rakenduste puhul*“ [16]. Liidu seadusandja soovis seega lähtuda niisuguste elektroonilise side vahendite laiast käsitusest, millega tehakse otseturundamise toiminguid, mis lähevad kaugemale üksnes e-kirjadest. Seda laia käsitust väljendab ka direktiivi 2002/58 põhjendus 40, milles on esile toodud vajadus anda „[a]bonentidele […] tagatised selle kohta, et nende eraellu ei sekkuta otseturundusotstarbelise pealesunnitud teabega, mida edastatakse *eelkõige* automaatsete kõnevalimissüsteemide, telefakside, e-posti, kaasa arvatud lühisõnumite abil“ [17], mis annab mõista, et lisaks sellele, et e-kirjad ei piirdu üksnes e-kirjadega, ei ole nimetatud sidevahendite loetelu ammendav. Liidu seadusandja tahet katta otseturundusotstarbelise teabe ulatuslikku spektrit on põhjendatud ka direktiivi 2002/58 põhjenduses 4, milles on kinnitatud eesmärki „tagada üldkasutatavate elektrooniliste sideteenuste kasutajatele isikuandmete ja eraelu puutumatuse kaitse võrdne tase *olenemata kasutatavast tehnoloogiast*“ [18]. See eesmärk eeldab direktiivis 2002/58 sätestatud mõistete dünaamilist ja tehnoloogiliselt neutraalsest käsitlust.

54. Olenemata sellest, millise ulatusega on suhtlusvahendid, mida kasutatakse otseturunduseks, mis kuuluvad direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaldamisalasse, näib mulle, et põhikohtuasja olukorras on määrava tähtsusega see, et põhikohtuasjas kõne all olevad reklaamsõnumid jõuavad adressaatideni just elektronposti *kasutamise* teel. Märgin nagu komisjongi, et need sõnumid ilmuvad meiliteenuse kasutaja konto sisendkasti, st kohta, mis on tavaliselt reserveeritud

[13] Vt selle kohta 1. oktoobri 2019. aasta kohtuotsus Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, punktid 38–43) ning kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, punktid 44–49). Vt ka 11. novembri 2020. aasta kohtuotsus Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, punktid 28–32).

[14] Nagu Euroopa Kohus oma 11. novembri 2020. aasta kohtuotsuses Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901) märkis, „[määruse 2016/679] artikli 4 punkti 11 sõnastus, millega selle määruse […] tarbeks on määratletud „andmesubjekti nõusolek“, […] on veel kitsam, kui direktiivi 95/46 artikli 2 punktis h esitatud määratlus, kuna see nõuab, et andmesubjekti tahteavaldus peab olema „vabatahtlik, konkreetne, teadlik ja ühemõtteline“ ning antud avalduse vormis või selget nõusolekut väljendava tegevusega, millega andmesubjekt nõustub tema kohta käivate isikuandmete töötlemisega. Seega on määrusega 2016/679 nüüdsest sõnaselgelt ette nähtud aktiivne nõusolek“ (punkt 36 ja seal viidatud kohtupraktika).

[15] Sellega seoses ei oma tähtsust, et – nagu tuleneb 13. juuni 2019. aasta kohtuotsusest Google (C-193/18, EU:C:2019:498) – interneti meiliteenus ei ole iseenesest „elektroonilise side teenus“ direktiivi 2002/21 (muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. novembri 2009. aasta direktiiviga 2009/140/EÜ) (ELT 2009, L 337, lk 37) artikli 2 punkti c tähenduses, kuna see ei seisne tervikuna või peamiselt signaalide edastamises elektroonilise side võrkude kaudu.

[16] Kohtujuristi kursiiv.

[17] Kohtujuristi kursiiv.

[18] Kohtujuristi kursiiv.

e-kirjadele kitsas tähenduses, milleks on isiklikud e-kirjad. Vastavalt direktiivi 2009/136 põhjenduses 67 märgitule, millest lähtudes tuleb direktiivi 2002/58 artikli 13 lõiget 1 tõlgendada, kasutab nende sõnumite saatja seega tarbijani jõudmiseks elektronposti, mistõttu tegemist on „elektronposti“ teel saadetud otseturundusotstarbelise teabega. Niisuguste sõnumite, nagu on kõne all põhikohtuasjas, lisamine isiklike e-kirjade nimekirja tuleb minu arvates seega kvalifitseerida elektronposti *kasutamiseks* otseturunduseks, mis kuulub direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaldamisalasse.

55. Kuna vaidlusalune reklaam on paigutatud meiliteenuse kasutaja konto sisendkasti, võimaldab see jõuda selle kasutajani otse ja individuaalselt erasfääris, mida kujutab endast niisugune sisendkast, millele juurdepääs on salasõnaga kaitstud, ning seda tõhususega, mis näib mulle võrreldav pealesunnitud e-kirjadega (rämpspost). Vaidlusaluse reklaami asukoha valik sisendkastis ei ole juhuslik ning on direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaldamisel oluline erinevus võrreldes reklaambänneritega, mis ilmuvad isiklike e-kirjade nimekirjast väljapoole ja eraldi. Kuna vaidlusalune reklaam ilmub isiklike e-kirjadega samal tasemel, saab see sama palju tähelepanu, nagu kasutaja pöörab e-kirjadele. Nagu komisjon õigesti märgib, kasutavad sellisel juhul seda reklaami levitavad ettevõtjad isiklike e-kirjade sisendkasti nagu ka meiliteenuse kasutajate huvi ja usaldust selle sisendkasti vastu, andes oma reklaamsõnumitele sellise välimuse, mis on teatud väikestele erinevustele vaatamata sarnane isiklike e-kirjadega. Lisaks asuvad reklaamsõnumid sisendkasti ridadel, mis tavaliselt on mõeldud isiklike e-kirjade jaoks, ja nende sarnasuse tõttu viimastega on nende kahe kategooria sõnumite vahel segiajamise tõenäosus, mis võib viia selleni, et kasutaja, kes klõpsab reklaamsõnumile vastaval real, suunatakse selle asemel, et jätkata oma isiklike e-kirjade vaatamist, vastu tema tahtmist edasi asjaomase reklaamiga veebisaidile.

56. Leian samamoodi nagu komisjon, et asjaolu, et reklaamsõnum ilmub vastupidi isiklikele e-kirjadele hallil taustal, ei võta mäluruumi ega võimalda e-kirjade tavapäraseid funktsioone, ei takista tegemast järeldust, et need kahjustavad meiliteenuse kasutajate eraelu puutumatust. Kuna põhikohtuasjas kõne all olevad reklaamsõnumid ilmuvad samas nimekirjas nagu isiklikud e-kirjad, nõuavad need kustutamiseks samasugust tähelepanu ja toimingut nagu pealesunnitud e-kirjad (rämpspost), näib häirivuse intensiivsus mulle sarnane. Lisaks, kuna neil sõnumitel ei ole samu funktsionaalsusi nagu e-kirjadel, on see täiendav häirivuselement võrreldes pealesunnitud e-kirjadega (rämpspost), kuna need nõuavad spetsiifilist käsitlemist, mille käigus võib tekkida vigu nende kustutamisel või võidakse kogemata klõpsata reklaamile.

57. Kokkuvõttes näib mulle, et eraelu puutumatuse riivet iseloomustab siin sidevahendi – käesoleval juhul elektronposti – kasutamine, mis on tavaliselt reserveeritud erakirja saatmiseks ja vastuvõtmiseks. Vastupidi reklaambänneritele, mis ilmuvad isiklike e-kirjade nimekirjast väljaspool ja eraldi, häirivad põhikohtuasjas kõne all olevad reklaamsõnumid oma asukoha tõttu isiklike e-kirjade sisendkastis, mida kasutaja peab oma erasfääri kuuluvaks, e-kirjadele ligipääsu sellisel määral ja viisil, mis on väga sarnane pealesunnitud e-kirjadega (rämpspost). Sellest järeldub minu arvates, et nii kahjustatakse direktiivi 2002/58 artikli 13 lõikega 1 koostoimes selle direktiivi põhjendusega 40 ja direktiivi 2009/136 põhjendusega 67 taotletud eesmärki kaitsta kasutajaid eraelu puutumatuse igasuguse rikkumise eest pealesunnitud teabe edastamisega otseturunduse eesmärgil. Erasfääri sissetungimine elektronposti sisendkasti kasutamisega on seega tõendatud ja sellest piisab minu arvates selleks, et seada põhikohtuasjas kõne all oleva otseturundustehnika kasutamise tingimuseks meiliteenuse kasutaja eelnev nõusolek.

58. Minu arvates kahjustataks see direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 soovitavat toimet, kui nõustutaks sellega, et sellised reklaamsõnumid, nagu on kõne all põhikohtuasjas, võivad ilmuda meiliteenuse kasutaja konto sisendkasti, ilma et kasutaja oleks varem andnud nõusoleku selliseid sõnumeid sel viisil ja sellises kohas saada.

59. Liidu seadusandja taotletav eesmärk, milleks on kaitsta kasutajat tema isiklike e-kirjade sisendkasti või telefoniliinide pideva ülekoormamise eest pealesunnitud kaubandussõnumite või -kõnedega, nõuab seega selle sätte soovitava toime tagamist. See tähendab, et seda tuleb tõlgendada nii, et see hõlmab reklaamsõnumeid, mis rikuvad meiliteenuse kasutajate eraelu puutumatust, kuna need sarnanevad erakirjavahetusega ja need paigutatakse isiklike e-kirjade nimekirja. Niisuguse tõlgendusega tuleb nõustuda, et vältida olukorda, kus direktiivi 2002/58 artikli 13 lõikega 1 kehtestatud eelneva nõusoleku nõudest saaks mööda minna, samas kui selline reklaamsõnum, nagu on kõne all põhikohtuasjas, kujutab endast minu arvates vaieldamatult otseturundamist elektroonilisel teel, kuna selle levitamiseks kasutatakse tavaliselt ainult isiklike e-kirjade vastuvõtmiseks mõeldud sisendkasti, tekitades samu tagajärgi ja samasugust tüli nagu pealesunnitud reklaampost (rämpspost), mis on üks selle sätte peamine sihtmärk.

60. Pealegi, arvestades tehnoloogilise neutraalsuse eesmärki, mida liidu seadusandja taotleb, on oluline – nagu ma eespool märkisin – anda direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaldamisalale lai tõlgendus, et see hõlmaks uusi otseturundustehnikaid.

61. Lisan vastuseks eelotsusetaotluse esitanud kohtu kolmandale küsimusele, et asjaolu, et selline reklaamsõnum, nagu on kõne all põhikohtuasjas, lisatakse juhuslikult valitud kasutaja postkasti, ei takista minu arvates kuidagi tuvastada, et tegemist on „elektronposti kasutamisega otseturunduseks“ direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses. Leian nimelt samamoodi nagu Portugali valitsus, et saaja juhuslik või varem kindlaks määratud valik ei ole selle sätte kohaldamise tingimus. Teisisõnu ei ole oluline, kas asjaomane reklaam on adresseeritud varem ja individuaalselt kindlaks määratud adressaadile või on tegemist massilise ja juhusliku levitamisega paljudele adressaatidele. Oluline on see, et on kommertsteadaanne, mis jõuab otse ja individuaalselt ühe või mitme meiliteenuse kasutajani, kuna see sisestatakse nende kasutajate meiliteenuse konto sisendkasti.

62. Vastuseks eelotsusetaotluse esitanud kohtu neljandale küsimusele tuleb samuti täpsustada, et selleks, et kvalifitseerida niisugune reklaam, nagu on kõne all põhikohtuasjas, direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses „elektronposti kasutamiseks otseturunduseks“, ei ole vaja tuvastada, et kasutajale pandud koormus läheb tema häirimisest kaugemale. Nimelt, nagu nähtub selle direktiivi põhjendusest 40, on selles sättes ette nähtud eelneva nõusoleku nõue seletatav eelkõige asjaoluga, et pealesunnitud teave, mida edastatakse otseturunduseks, võib „saajale tuua kaasa koorma ja/või kulutusi“. Kuna selline teabe edastamine kuulub direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaldamisalasse, tuleb eeldada, et see koormab adressaate, ilma et oleks vaja kindlaks teha, kas see koormus läheb kaugemale nende häirimisest.

63. Eelnevatest kaalutlustest tuleneb, et selline reklaamsõnum, nagu on kõne all põhikohtuasjas, kuulub minu arvates direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaldamisalasse. Järelikult ei ole seda tüüpi otseturundustoiming lubatud, kui adressaat ei ole selleks varem nõusolekut andnud.

64. Nagu ma eespool märkisin, peab tegemist olema vaba, konkreetse ja teadliku nõusolekuga [19].

[19] Vt käesoleva ettepaneku punkt 50.

65. Sellega seoses tuleb eelotsusetaotluse esitanud kohtul kontrollida, kas tasuta elektronposti aadressi registreerimisel või mõnel muul ajal teavitati kasutajat täpsetest viisidest, kuidas selle meilikontole vastava veebilehe avamisel reklaami levitatakse. Eelkõige tuleb veenduda, et kasutajat teavitati selgelt ja täpselt sellest, et reklaamsõnumid kuvatakse nii isiklike e-kirjade nimekirjast väljaspool ja eraldi kui ka selle nimekirja sees. Selline teave peab võimaldama kasutajal hõlpsasti kindlaks määrata tema nõusoleku tagajärjed ja tagama, et see nõusolek oleks antud kõiki asjaolusid teades[20]. Selle põhjal tuleb kontrollida, kas see kasutaja andis oma nõusoleku konkreetselt põhikohtuasjas kõne all olevale reklaamimeetodile, st et ta peab olema sõnaselgelt nõustunud saama oma meilikonto sisendkasti reklaamsõnumeid[21].

66. On tõsi, et majanduslik mudel, mille alusel hulk meiliteenuse osutajaid toimib, põhineb sageli reklaamil. Selles osas selliste teenuste kasutaja nõustub, et teenuse tasuta osutamine kompenseeritakse teatud viisil reklaami avaldamisega. See ei muuda siiski nõuet, et niisugust reklaami aktsepteerimist peab juhul, kui reklaam ilmub meilikonto sisendkastis, direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaselt väljendama selle konto kasutaja nõusolek.

67. Eeltoodud kaalutlusi arvestades teen seega Euroopa Kohtule ettepaneku vastata eelotsusetaotluse esitanud kohtule, et direktiivi 2002/58 artikli 13 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et reklaamsõnumite kuvamine meiliteenuse kasutaja sisendkastis e-kirjadega sarnasel kujul ja samas kohas on „elektronposti kasutamine otseturunduseks“ selle sätte tähenduses, kusjuures seda ei mõjuta asjaolu, et nende sõnumite adressaadid on kindlaks määratud juhuslikkuse põhimõtte alusel, ja ilma et oleks vaja tuvastada, et sellele kasutajale pandud koormus läheb tema häirimisest kaugemale. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tuleb kontrollida, kas kasutaja on andnud enne reklaamsõnumite kuvamist oma elektronposti konto sisendkastis vähemalt vabatahtliku, konkreetse ja teadliku nõusoleku.

B. Direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 tõlgendamine

68. Viienda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 tuleb tõlgendada nii, et reklaamsõnumite kuvamine meiliteenuse kasutaja sisendkastis kujutab endast järjekindlate ja soovimatute pakkumiste tegemist elektronposti abil.

69. Direktiivi 2005/29 artikli 5 lõikes 2 on kehtestatud kriteeriumid, mille alusel saab kindlaks teha, kas kaubandustava on ebaaus, ja selle lõikes 4 on täpsustatud, et eelkõige on ebaausad kaubandustavad need, mis on „eksitavad“ direktiivi artiklite 6 ja 7 tähenduses või „agressiivsed“ direktiivi artiklite 8 ja 9 tähenduses. Direktiivi 2005/29 artikli 5 lõikes 5 on ette nähtud, et direktiivi I lisas on „selliste kaubandustavade nimekiri, mida loetakse ebaausateks kõigil tingimustel“. Sellega seoses on direktiivi 2005/29 põhjenduses 17 täpsustatud, et suurema õiguskindluse tagamiseks peetakse ainult selle direktiivi I lisas loetletud tingimusi ebaausaks kõigil tingimustel, mistõttu neid ei tule hinnata igal üksikjuhtumil eraldi selle direktiivi artiklite 5–9 alusel[22]. Kuivõrd direktiivi 2005/29 I lisa sisaldab täielikku ja ammendavat loetelu, siis saab

[20] Vt eelkõige 11. novembri 2020. aasta kohtuotsus Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, punkt 40 ja seal viidatud kohtupraktika).

[21] Nagu Euroopa Kohus märkis oma 11. novembri 2020. aasta kohtuotsuses Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „on direktiivi 95/46 artikli 2 punktis h ja määruse 2016/679 artikli 4 punktis 11 nõutud, et tahteavaldus peab olema „konkreetne“ selles mõttes, et see peab olema suunatud just asjasse puutuvate andmete töötlemisele ja seda ei saa tuletada muul otstarbel väljendatud tahtevaldusest“ (punkt 38 ja seal viidatud kohtupraktika).

[22] Vt eelkõige 13. septembri 2018. aasta kohtuotsus Wind Tre ja Vodafone Italia (C-54/17 ja C-55/17, EU:C:2018:710, punkt 40 ning seal viidatud kohtupraktika).

põhikohtuasjas kõne all olevat kaubandustava kvalifitseerida direktiivi mõttes agressiivseks kaubandustavaks kõigil asjaoludel ainult tingimusel, et see vastab ühele direktiivi I lisa punktides 24–31 loetletud olukordadest [23].

70. I lisa „[a]gressiivsete kaubandustavade“ punktis 26 on nimetatud „[j]ärjekindlate ja soovimatute pakkumiste tegemine telefoni, faksi, e-posti või muu kaugside vahendi abil, välja arvatud lepingulise kohustuse sissenõudmiseks siseriiklike õigusaktidega õigustatud tingimustel ja ulatuses […]“.

71. Nagu ma eespool märkisin, jõuab selline reklaamsõnum, nagu on kõne all põhikohtuasjas, otseselt ja individuaalselt meiliteenuse kasutajani, kuna see kuvatakse selle kasutaja konto sisendkastis tema isiklike e-kirjade hulgas. Nimetatud kasutaja seisukohast on see reklaamsõnum talle individuaalselt saadetud e-kirja välimusega. Nagu märgib komisjon, on selle sõnumi mõju seega sarnane individualiseeritud otseturundusega, olenemata sellest, kas reklaamiklient on asjaomase sõnumi tehniliselt koostamisel eraldi kindlaks määranud konkreetselt selle adressaadi ja kas seda sõnumit käsitletakse mäluruumi ja funktsioonide poolest e-kirjadest erinevalt või mitte.

72. Arvan seega, et selline reklaamsõnum, nagu on kõne all põhikohtuasjas, millel on otseturundusprotsessi tunnused ja mida levitatakse sel eesmärgil, kujutab endast meiliteenuste kasutajatele „pakkumise tegemist“, kuna see sõnum on adresseeritud neile otse ja individuaalselt väljal, mis on reserveeritud nende isiklikele e-kirjadele.

73. Mis puutub tunnustesse, millele peavad direktiivi 2005/29 I lisa punktis 26 osutatud „pakkumiste tegemised“ vastama, nimelt et need peavad olema „järjekindlad“ ja „soovimatud“, siis leian, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on kontrollida, kas need põhikohtuasjas esinevad. Selle kontrollimise jaoks täpsustan, et sellise reklaamsõnumi kuvamine, nagu on kõne all põhikohtuasjas, peaks direktiivi 2005/29 artiklis 8 antud agressiivse kaubandustava määratlust arvestades olema piisavalt sagedane ja regulaarne, selleks et seda saaks pidada „järjekindlaks pakkumiste tegemiseks“, mis minu arvates ei ole nii juhul, kui tegemist on sõnumiga, mis on ilmunud ainult kolmel korral. Seevastu oleks minu arvates küll aga tegemist „soovimatute pakkumiste tegemisega“, kui oleks tõendatud, et meiliteenuse kasutaja ei andnud oma eelnevat nõusolekut reklaamsõnumite kuvamiseks oma meilikonto sisendkastis. Samuti tuleb arvesse võtta asjaolu, et see kasutaja saatis 20. detsembril 2016 eprimole 12. detsembri 2016. aasta reklaami kohta hoiatuskirja ja andis seega sellele äriühingule sõnaselgelt teada oma soovist seda tüüpi reklaami mitte saada.

74. Kõiki neid asjaolusid arvestades tuleb minu arvates viiendale küsimusele vastata, et mõistet „järjekindlate ja soovimatute pakkumiste tegemine […] e-posti […] abil“ direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 tähenduses tuleb tõlgendada nii, et see võib hõlmata sellist tegevust, nagu on kõne all põhikohtuasjas, ja mis seisneb reklaamsõnumite kuvamises meiliteenuse kasutaja sisendkastis e-kirjadega sarnasel kujul ja samas kohas. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab siiski kontrollima esiteks, kas nende reklaamsõnumite kuvamine oli piisavalt sagedane ja regulaarne selleks, et seda saaks pidada „järjekindlaks pakkumiste tegemiseks“, ja teiseks, kas nende sõnumite kuvamist võib pidada „soovimatuteks pakkumiste tegemiseks“, võttes arvesse nii seda, kas kasutaja on andnud enne selle kuvamist nõusoleku või mitte, kui ka seda, kas kasutaja on väljendanud sellisele reklaamimeetodile vastuseisu.

[23] Vt 12. juuni 2019. aasta kohtuotsus Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, punkt 25).

V. Ettepanek

75. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Bundesgerichtshofi (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus) esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. juuli 2002. aasta direktiivi 2002/58/EÜ, milles käsitletakse isikuandmete töötlemist ja eraelu puutumatuse kaitset elektroonilise side sektoris (eraelu puutumatust ja elektroonilist sidet käsitlev direktiiv) (muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. novembri 2009. aasta direktiiviga 2009/136/EÜ), artikli 13 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et reklaamsõnumite kuvamine meiliteenuse kasutaja sisendkastis e-kirjadega sarnasel kujul ja samas kohas on „elektronposti kasutamine otseturunduseks“ selle sätte tähenduses, kusjuures seda ei mõjuta asjaolu, et nende sõnumite adressaadid on kindlaks määratud juhuslikkuse põhimõtte alusel, ja ilma et oleks vaja tuvastada, et sellele kasutajale pandud koormus läheb tema häirimisest kaugemale. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tuleb kontrollida, kas kasutaja on andnud enne reklaamsõnumite kuvamist oma elektronposti konto sisendkastis vähemalt vabatahtliku, konkreetse ja teadliku nõusoleku.

2. Mõistet „järjekindlate ja soovimatute pakkumiste tegemine […] e-posti […] abil“ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. mai 2005. aasta direktiivi 2005/29/EÜ, mis käsitleb ettevõtja ja tarbija vaheliste tehingutega seotud ebaausaid kaubandustavasid siseturul ning millega muudetakse nõukogu direktiivi 84/450/EMÜ, Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 97/7/EÜ, 98/27/EÜ ja 2002/65/EÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2006/2004 (ebaausate kaubandustavade direktiiv), I lisa punkti 26 tähenduses tuleb tõlgendada nii, et see võib hõlmata sellist tegevust, nagu on kõne all põhikohtuasjas, ja mis seisneb reklaamsõnumite kuvamises meiliteenuse kasutaja sisendkastis e-kirjadega sarnasel kujul ja samas kohas. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab siiski kontrollima esiteks, kas nende reklaamsõnumite kuvamine oli piisavalt sagedane ja regulaarne selleks, et seda saaks pidada „järjekindlaks pakkumiste tegemiseks“, ja teiseks, kas nende sõnumite kuvamist võib pidada „soovimatuteks pakkumiste tegemiseks“, võttes arvesse nii seda, kas kasutaja on andnud enne selle kuvamist nõusoleku või mitte, kui ka seda, kas kasutaja on väljendanud sellisele reklaamimeetodile vastuseisu.