Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JEAN RICHARD DE LA TOUR
24 päivänä kesäkuuta 2021 [1]

**Asia C-102/20**

**StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH**
**vastaan**
**eprimo GmbH,**
**Interactive Media CCSP GmbH:n**
**osallistuessa asian käsittelyyn**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Bundesgerichtshof (ylin yleinen tuomioistuin, Saksa))

Ennakkoratkaisupyyntö – Direktiivi 2002/58/EY – Henkilötietojen käsittely ja yksityisyyden suoja sähköisen viestinnän alalla – Mainosviesti, joka näytetään sähköpostipalvelun käyttäjän saapuneet-kansiossa – 2 artiklan toisen kohdan h alakohta – Sähköpostin käsite – 13 artiklan 1 kohta – Käsite ”sähköpostin käyttö suoramarkkinointitarkoituksiin” – Direktiivi 2005/29/EY – Sopimattomat kaupalliset menettelyt – Liitteessä I oleva 26 kohta – Käsite ”sinnikkäät ja ei-toivotut myyntiyhteydenotot sähköpostitse”

## I Johdanto

1. Ennakkoratkaisupyyntö koskee henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla 12.7.2002 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/58/EY [2] (sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi), sellaisena kuin se on muutettuna 25.11.2009 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2009/136/EY [3] (jäljempänä direktiivi 2002/58), 2 artiklan toisen kohdan h alakohdan ja 13 artiklan 1 kohdan sekä sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja neuvoston direktiivin 84/450/ETY, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 97/7/EY, 98/27/EY ja 2002/65/EY sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta 11.5.2005 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/29/EY [4] (sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi) liitteessä I olevan 26 kohdan tulkintaa.

2. Ennakkoratkaisupyyntö on esitetty oikeudenkäynnissä, jonka asianosaiset ovat sähköä loppukäyttäjille toimittavat yhtiöt StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (jäljempänä StWL) ja eprimo GmbH ja joka koskee sitä, soveltuuko Interactive Media CCSP GmbH:n

1 Alkuperäinen kieli: ranska.
2 EYVL 2002, L 201, s. 37.
3 EUVL 2009, L 337, s. 11.
4 EUVL 2005, L 149, s. 22.

(jäljempänä Interactive Media) eprimon toimeksiannosta toteuttama mainostaminen, jossa ilmaisen T-Online-sähköpostipalvelun käyttäjien saapuneet-kansiossa näytetään mainosviestejä, yhteen kansallisen sopimatonta kilpailua koskevan lainsäädännön kanssa.

3. Pääasiassa kyseessä olevaa mainostamisessa käytettyä tekniikkaa on vaikea luokitella yhtäältä, koska sen tekninen toimintamalli eroaa sähköpostista, ja toisaalta, koska vastaanottajan näkökulmasta se näyttää niin paljon ei-toivotuilta sähköpostiviesteiltä (roskaposti eli spam), että sen voi sekoittaa roskapostiin, joka on erityisesti direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan suojelutavoitteen ensisijainen kohde.

4. Tässä ratkaisuehdotuksessa ehdotan ensinnäkin, että unionin tuomioistuin katsoo, että direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että mainosviestien näyttämistä sähköpostipalvelun käyttäjän saapuneet-kansiossa on pidettävä kyseisessä säännöksessä tarkoitettuna sähköpostin käyttönä suoramarkkinointitarkoituksiin, jos viestit näyttävät sähköpostiviesteiltä ja ne on sijoitettu kansioon sähköpostiviestien tavoin, ja että sillä, että viestien vastaanottajat valitaan sattumanvaraisesti, ei ole tältä osin merkitystä eikä tältä osin myöskään edellytetä, että käyttäjään kohdistuu häiriötä vakavampi rasite. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen tehtävänä on tarkistaa, onko käyttäjä antanut suostumuksen, jonka on oltava vähintäänkin vapaaehtoinen, yksilöity ja tietoinen, ennen tällaisten mainosviestien näyttämistä hänen sähköpostitilinsä saapuneet-kansiossa.

5. Toiseksi ehdotan, että unionin tuomioistuin katsoo, että direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 26 kohdassa tarkoitettua käsitettä ”sinnikkäät ja ei-toivotut myyntiyhteydenotot – – sähköpostitse” on tulkittava siten, että se voi kattaa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen menettelyn, jossa sähköpostipalvelun käyttäjän saapuneet-kansiossa näytetään mainosviestejä, jotka näyttävät sähköpostiviesteiltä ja jotka on sijoitettu kansioon sähköpostiviestien tavoin. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen tehtävänä on kuitenkin tarkistaa yhtäältä, onko kyseisten mainosviestien näyttäminen ollut riittävän toistuvaa ja säännöllistä, jotta myyntiyhteydenottoja voidaan pitää ”sinnikkäinä”, ja toisaalta, voidaanko kyseisten viestien näyttämistä pitää ”ei-toivottuna”, kun otetaan huomioon se, onko käyttäjä antanut suostumuksensa – vai ei – ennen kyseisten viestien näyttämistä, ja se, onko käyttäjä ilmaissut vastustavansa tällaista mainostamista vai ei.

## II Asiaa koskevat oikeussäännöt

### *A Unionin oikeus*

#### *1. Direktiivi 2002/58*

6. Direktiivin 2002/58 johdanto-osan 4 ja 40 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”(4) [Yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta 24.10.1995 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston] direktiivissä 95/46/EY[5] vahvistetut periaatteet on henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta televiestinnän alalla 15.12.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/66/EY[6]

5 EYVL 1995, L 281, s. 31.

6 EYVL 1998, L 24, s. 1.

muunnettu televiestinnän alaa koskeviksi erityissäännöiksi. Direktiiviä 97/66 on mukautettava sähköisten viestintäpalveluiden markkinoiden ja tekniikan kehitykseen, jotta yleisesti saatavilla olevien sähköisten viestintäpalvelujen käyttäjille turvataan henkilötietojen ja yksityisyyden suojan yhdenmukainen taso käytetystä tekniikasta riippumatta. Mainittu direktiivi olisi sen vuoksi kumottava ja korvattava tällä direktiivillä.

– –

(40) Olisi toteutettava toimenpiteitä tilaajien suojaamiseksi ei-toivottujen suoramarkkinointitarkoituksiin käytettävien viestintämuotojen, erityisesti automaattisten puhelujen, telekopioiden, sähköpostiviestien sekä lyhytsanomapalvelujen aiheuttamaa yksityisyyden loukkaamista vastaan. Tällaiset ei-toivotut markkinointiviestinnän muodot saattavat toisaalta olla suhteellisen helppoja lähettää ja toisaalta saattavat aiheuttaa rasitteita ja/tai kustannuksia vastaanottajalle. Lisäksi myös niiden määrä saattaa joissain tapauksissa aiheuttaa ongelmia sähköisissä viestintäverkoissa ja päätelaitteissa. Tällaisten ei-toivottujen suoramarkkinointitarkoituksiin käytettävien viestintämuotojen osalta on perusteltua edellyttää, että vastaanottajilta saadaan ennakolta nimenomainen suostumus ennen kuin heille osoitetaan tällaista viestintää. Sisämarkkinat edellyttävät yhdenmukaistettua lähestymistapaa, jotta voidaan varmistaa yrityksiä ja käyttäjiä koskevat yksinkertaiset ja [unionin] laajuiset säännöt.”

7. Direktiivin 2002/58 2 artiklassa, jonka otsikko on ”Määritelmät”, säädetään seuraavaa:

”Jollei toisin ole säädetty, tässä direktiivissä sovelletaan direktiivin 95/46 ja sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteisestä sääntelyjärjestelmästä (puitedirektiivi) 7 päivänä maaliskuuta 2002 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/21/EY[7] sisältämiä määritelmiä.

Lisäksi tässä direktiivissä tarkoitetaan:

– –

d) ’viestinnällä’ tietoa, jota vaihdetaan tai jota siirretään tiettyjen osapuolten kesken yleisesti saatavilla olevan sähköisen viestintäpalvelun avulla. Määritelmään ei sisälly tieto, joka välitetään yleisradiotoiminnan yhteydessä yleisölle sähköisessä viestintäverkossa, paitsi siltä osin kuin tieto voidaan yhdistää tietoa vastaanottavaan tunnistettavissa olevaan tilaajaan tai käyttäjään;

– –

f) käyttäjän tai tilaajan ’suostumuksella’ samaa kuin rekisteröidyn suostumuksella direktiivissä 95/46[8];

7 EYVL 2002, L 108, s. 33.

8 Direktiivin 95/46 2 artiklan h alakohdassa säädettiin, että ”rekisteröidyn suostumuksella” tarkoitetaan ”kaikenlaista vapaaehtoista, yksilöityä ja tietoista tahdon ilmaisua, jolla rekisteröity hyväksyy henkilötietojensa käsittelyn”. Kyseinen direktiivi kumottiin 25.5.2018 alkaen luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta 27.4.2016 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EU) 2016/679 (yleinen tietosuoja-asetus) (EUVL 2016, L 119, s. 1), jonka 4 artiklan 11 alakohdassa olevan määritelmän mukaan rekisteröidyn ”suostumuksella” tarkoitetaan ”mitä tahansa vapaaehtoista, yksilöityä, tietoista ja yksiselitteistä tahdonilmaisua, jolla rekisteröity hyväksyy henkilötietojensa käsittelyn antamalla suostumusta ilmaisevan lausuman tai toteuttamalla selkeästi suostumusta ilmaisevan toimen”. Kyseisen asetuksen 94 artiklan, jonka otsikko on ”Direktiivin [95/46] kumoaminen”, 2 kohdan mukaan ”viittauksia kumottuun direktiiviin pidetään viittauksina tähän asetukseen”.

– –

h) ’sähköpostilla’ yleisessä viestintäverkossa lähetettävää teksti-, puhe-, ääni- tai kuvaviestiä, joka voidaan tallentaa verkkoon tai vastaanottajan päätteelle, kunnes vastaanottaja on vastaanottanut sen;

– –”

8. Direktiivin 2002/58 13 artiklassa, jonka otsikko on ”Ei-toivottu viestintä”, säädetään seuraavaa:

”1. Ilman ihmisen työpanosta toimivien automatisoitujen soitto- ja viestintäjärjestelmien (automaattisten soittolaitteiden), telekopiolaitteiden (faksien) tai sähköpostin käyttö suoramarkkinointitarkoituksiin voidaan sallia ainoastaan, jos se kohdistuu sellaisiin tilaajiin tai käyttäjiin, jotka ovat antaneet siihen ennalta suostumuksensa.

2. Jos luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö saa asiakkailtaan heidän sähköpostiinsa liittyviä yhteystietoja tuotteen tai palvelujen myynnin yhteydessä direktiivin 95/46 mukaisesti, sama luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö voi sen estämättä, mitä 1 kohdassa säädetään, käyttää näitä yhteystietoja omien vastaavien tuotteidensa ja palvelujensa suoramarkkinoinnissa, edellyttäen että asiakkaille annetaan selkeästi ja sanatarkasti yhteystietojen ottamisen ja jokaisen viestin yhteydessä mahdollisuus veloituksetta ja helposti kieltää tällainen yhteystietojensa käyttö, mikäli asiakas ei ole jo alun perin kieltänyt sitä.

3. Jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että muissa kuin 1 ja 2 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa toteutettua suoramarkkinointiin tarkoitettua ei-toivottua viestintää ei sallita joko ilman kyseisten tilaajien tai käyttäjien suostumusta tai, sellaisten tilaajien tai käyttäjien osalta, jotka eivät halua vastaanottaa tällaisia viestejä, siten, että valinta näiden kahden vaihtoehdon välillä määräytyy kansallisen lainsäädännön mukaisesti, ottaen huomioon, että kummankin vaihtoehdon on oltava tilaajalle tai käyttäjälle maksuton.

4. Joka tapauksessa on kiellettävä sellaisen sähköpostin lähettäminen suoramarkkinointitarkoituksessa, jossa peitetään tai salataan sen lähettäjän henkilöllisyys, jonka puolesta viesti on lähetetty, tai joka on [tietoyhteiskunnan palveluja, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä, sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista 8.6.2000 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston] direktiivin 2000/31/EY[9] [(’Direktiivi sähköisestä kaupankäynnistä’)] 6 artiklan vastainen tai jossa ei ole voimassa olevaa osoitetta, johon vastaanottaja voi lähettää pyynnön siitä, että kyseinen viestintä lopetetaan, tai jossa pyritään ohjaamaan vastaanottajat mainitun artiklan vastaisille verkkosivustoille.

– –”

9 EYVL 2000, L 178, s. 1.

*2. Direktiivi 2005/29*

9. Direktiivin 2005/29 johdanto-osan 17 perustelukappaleessa todetaan:

”Oikeusvarmuuden lisäämiseksi on suotavaa nimetä ne kaupalliset menettelyt, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina. Liitteessä I on sen vuoksi täydellinen luettelo kaikista kyseisistä menettelyistä. Nämä ovat ainoat kaupalliset menettelyt, joita voidaan pitää sopimattomina ilman 5–9 artiklan säännöksiin perustuvaa tapauskohtaista arviointia. Luetteloa voidaan muuttaa vain muuttamalla tätä direktiiviä.”

10. Direktiivin 2005/29 5 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Sopimattomat kaupalliset menettelyt ovat kiellettyjä.

2. Kaupallinen menettely on sopimaton, mikäli:

a) se on huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastainen

ja

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

– –

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.”

11. Direktiivin 2005/29 8 artiklassa 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.”

12. Direktiivin liitteessä I on luettelo ”kaupallisista menettelyistä, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina”. Liitteessä I olevassa 26 kohdassa mainitaan väliotsikon ”Aggressiiviset kaupalliset menettelyt” alla ”sinnikkäät ja ei-toivotut myyntiyhteydenotot

puhelimitse, faksitse, sähköpostitse tai muuta etävälinettä käyttäen lukuun ottamatta perusteltavissa olevia tilanteita, jotka liittyvät sopimusvelvoitteen täyttämiseen kansallisen lainsäädännön mukaisesti. Tällä ei rajoiteta – – direktiivien [95/46] ja [2002/58] soveltamista.”

### *B Saksan lainsäädäntö*

13. Sopimattoman kilpailun estämisestä 3.7.2004 annetun lain (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, jäljempänä UWG)[10], sellaisena kuin sitä sovelletaan pääasiassa, 3 §:n 1 ja 2 momentissa säädetään seuraavaa:

”(1) Sopimattomat kaupalliset menettelyt ovat kiellettyjä.

(2) Kaupalliset menettelyt, jotka on suunnattu kuluttajille tai jotka saavuttavat kuluttajat, ovat sopimattomia, jos ne ovat huolellisen ammatinharjoittamisen vaatimusten vastaisia ja omiaan merkittävästi vääristämään kuluttajan taloudellista käyttäytymistä.”

14. UWG:n 5 a §:n 6 momentissa säädetään seuraavaa:

”Sopimattomana kaupallisena menettelynä on pidettävä myös sitä, että menettelyn tosiasiallista kaupallista tarkoitusta ei ilmoiteta, jos kyseinen tarkoitus ei ilmene suoraan menettelyn asiayhteydestä ja se, ettei menettelyn tarkoitusta ilmoiteta, voi saada kuluttajan tekemään kaupallisen ratkaisun, jota hän ei muuten olisi tehnyt.”

15. UWG:n 7 §:n 1 ja 2 momentissa säädetään seuraavaa:

”(1) Kaupalliset menettelyt, jotka häiritsevät markkinatoimijaa kohtuuttomasti, ovat kiellettyjä. Tämä koskee erityisesti mainostamista siitä huolimatta, että on ilmeistä, että sen kohteena oleva markkinatoimija ei toivo sitä.

(2) Kohtuuttomasta häirinnästä on aina katsottava olevan kyse, kun

1. mainostamiseen käytetään jäljempänä 2 tai 3 kohdassa erikseen luettelematonta etämyyntiin soveltuvaa kaupallisen viestinnän välinettä, jolla kuluttajaa lähestytään sinnikkäästi, vaikka on ilmeistä, ettei kuluttaja toivo sitä.

– –

3. mainostamiseen käytetään automatisoituja soittojärjestelmiä, faksia tai sähköpostia ilman, että vastaanottaja on nimenomaisesti ennalta antanut siihen suostumuksensa, tai kun

4. mainoksena lähetetään viesti,

   a) jossa peitetään tai salataan sen lähettäjän henkilöllisyys, jonka puolesta viesti on lähetetty
      – –

   – –”

[10] BGBl. 2004 I, s. 1414; jäljempänä UWG.

16. UWG:n 8 §:ssä säädetään seuraavaa:

”(1) Edellä 3 §:ssä tai 7 §:ssä tarkoitettuun kiellettyyn kaupalliseen menettelyyn syyllistyvää henkilöä voidaan vaatia lopettamaan menettely välittömästi ja, jos on olemassa vaara menettelyn toistumisesta, voidaan vaatia, että häntä kielletään menettelemästä kyseisellä tavalla. Oikeus vaatia kieltomääräystä on olemassa jo silloin, jos tällainen 3 §:ssä tai 7 §:ssä tarkoitettu lainvastainen menettely uhkaa toteutua.

(2) Mikäli lainvastaiset menettelyt johtuvat yrityksen työntekijän tai edustajan toiminnasta, oikeus vaatia kieltämistä tai lopettamista on olemassa myös suhteessa yrityksen toiminnan harjoittajaan.

(3) Edellä 1 kohdassa tarkoitettuja määräyksiä voivat hakea

1. kaikki kilpailijat;

_ _”

## III Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

17. StWL ja eprimo ovat sähköntoimittajia ja toistensa kilpailijoita. Mainostoimisto Interactive Media on eprimon toimeksiannosta näyttänyt mainoksia ilmaisen T-Online-sähköpostipalvelun käyttäjien sähköpostilaatikoissa.

18. Mainosviestejä siitä, että eprimon asiakkaat ”säästävät enemmän”, on näytetty erään T-Online-käyttäjän yksityisessä sähköpostilaatikossa ja tarkemmin ottaen hänen saapuneet-kansiossaan eli kohdassa, jossa saapuneet sähköpostiviestit näytetään luettelona, saapuneiden sähköpostiviestien joukkoon upotettuna. Toisin kuin kyseiset sähköpostiviestit, mainos, joka oli merkitty sanalla ”ilmoitus”, esitettiin harmaalla taustalla, sitä ei ollut päivätty, sille ei ollut ilmoitettu lähettäjää, sitä ei voitu arkistoida tai välittää eteenpäin eikä siihen voitu myöskään vastata sähköpostipalveluntarjoajan sähköpostiviestejä varten tarjoamien käsittelyvaihtoehtojen mukaisesti. Sitä ei myöskään otettu huomioon käyttäjän lukemattomien viestien määrässä, eikä se vienyt käyttäjän saapuneet-kansion tallennustilaa. Kyseinen käyttäjä lähetti 20.12.2016 eprimolle huomautuksen 12.12.2016 näytetystä mainoksesta ja ilmoitti siten nimenomaisesti eprimolle, että hän ei halua vastaanottaa tällaisia mainoksia. Samantyyppisiä mainoksia näytettiin kuitenkin hänen saapuneet-kansiossaan 13. ja 15.1.2017.

19. Pääasiassa kyseessä olevat mainosviestit näytetään sähköpostipalvelun käyttäjien saapuneet-kansiossa sattumanvaraisesti. Kun sähköpostitiliin liittyvä internetsivu avataan, lähetetään pyyntö (Adrequest) mainospalvelimelle, joka tämän jälkeen lähettää pyyntöä vastaavat parametrit käyttäjän internetselaimelle, jotta kyseisen sähköpostitilin saapuneet-kansiossa näkyisi sattumanvaraisesti valittu mainoslaatikko. Jos kyseinen käyttäjä klikkaa näytettyä mainosta, tieto toiminnon käytöstä välitetään mainospalvelimelle, joka kirjaa klikkauksen ja ohjaa selaimen edelleen mainostajan internetsivuille.

20. StWL nosti Landgericht Nürnberg-Fürthissä (Nürnberg-Fürthin alioikeus, Saksa) kanteen ja väitti, että tällaisella mainostamistavalla rikotaan kilpailuoikeutta, koska siitä aiheutuu kohtuutonta häiriötä ja se on harhaanjohtavaa, ja Landgericht määräsi eprimon lopettamaan esittämästä liiketoiminnan puitteissa ja kilpailutarkoituksessa T-Online-sähköpostitilin kautta mainoksia, jotka liittyvät sähkön myyntiin loppukuluttajille.

21. Oberlandesgericht Nürnberg (osavaltion ylioikeus, Nürnberg, Saksa) hyväksyi eprimon valituksen ja katsoi, että kanteessa riitautettu mainosten sijoittelu sähköpostipalvelun käyttäjän saapuneet-kansioon ei merkinnyt kilpailuoikeudellisesti kiellettyä kaupallista menettelyä.

22. Oberlandesgericht Nürnberg katsoi yhtäältä, että kyseistä mainosta ei ollut pidettävä UWG:n 7 §:n 2 momentin 3 kohdassa tarkoitettuna kohtuuttomana häirintänä sähköpostin välityksellä, koska sitä ei voitu pitää säännöksessä tarkoitettuna sähköpostina. Joka tapauksessa mainoksesta ei aiheutunut sähköpostipalvelun käyttäjälle kaikkeen mainontaan liittyvää tavanomaista häiriötä merkittävämpiä rasitteita ja/tai kustannuksia eikä siten myöskään UWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisessä virkkeessä säädetyssä yleislausekkeessa tarkoitettua kohtuutonta häiriötä, kun erityisesti otetaan huomioon, että kyse on ilmaisesta sähköpostipalvelusta.

23. Kyseinen tuomioistuin katsoi toisaalta, että kyseinen mainos ei ollut kielletty UWG:n 7 §:n 2 momentin 4 kohdan a alakohdan nojalla, koska mainos ei ollut viesti. UWG:n 7 §:n 2 momentin 1 kohtaa ei myöskään voitu soveltaa, koska kyseisessä säännöksessä edellytetään ”sinnikästä lähestymistä”, jolla tarkoitetaan kuluttajaa häiritsevää menettelyä, jota asiaan ei liity. Mainoksia ei myöskään voitu pitää sopimattomina siksi, että ne olisivat olleet UWG:n 5 a §:n 6 momentissa tarkoitetulla tavalla harhaanjohtavia, koska niiden mainosluonteisuutta ei peitelty.

24. StWL:n Revision-valitusta käsittelevä Bundesgerichtshof (ylin yleinen tuomioistuin, Saksa) katsoo, että sen vastaus kysymykseen siitä, voidaanko kyseisen menettelytavan lopettamista vaatia, riippuu siitä, miten on tulkittava direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan d ja h alakohtaa ja 13 artiklan 1 kohtaa, direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 26 kohtaa sekä käsitteitä ”sähköposti”, ”käyttö” ja ”myyntiyhteydenotto”.

25. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan eprimon väitetysti sopimaton menettely voi nimittäin olla kiellettyä UWG:n 7 §:n 2 momentin 3 kohdan nojalla, jolla on pantu kansallisesti täytäntöön direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohta. Kyseisen tuomioistuimen mukaan on myös mahdollista, että tällainen mainostaminen on kiellettyä UWG:n 7 §:n 2 momentin 1 kohdan nojalla, jolla on pantu kansallisesti täytäntöön direktiivin 2005/29 liitteessä I oleva 26 kohta.

26. Ensinnäkin UWG:n 7 §:n 2 momentin 3 kohdan, jolla on pantu kansallisesti täytäntöön direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohta, soveltamisen osalta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää unionin tuomioistuinta tulkitsemaan käsitteitä ”sähköposti” ja ”sähköpostin käyttö suoramarkkinointitarkoituksiin”.

27. Siitä, kuuluuko kyseinen mainos sähköpostin käsitteen soveltamisalaan, kyseinen tuomioistuin toteaa aluksi, että viestiä, jonka mainospalvelimen ylläpitäjä välitti reaaliajassa sähköpostitilin saapuneet-kansioon, kun käyttäjä avasi kyseisen internetsivun ottamalla siihen yhteyden, ja joka näytettiin kyseisellä sivulla, jossa kyseinen käyttäjä saattoi lukea sen, on pidettävä direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan d alakohdassa tarkoitettuna viestintänä. Tämän

jälkeen kyseinen tuomioistuin katsoo, että on ratkaistava, voidaanko pääasiassa kyseessä olevan kaltaista mainosviestiä pitää mainitun direktiivin 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettuna sähköpostina.

28. Tältä osin kyseinen tuomioistuin pohtii kyseisessä säännöksessä mainittua edellytystä, joka koskee viestin lähettämistä. Sähköpostipalvelun käyttäjä ei nimittäin välitä saapuneet-kansiossa näkyvää mainosta toiselle käyttäjälle, vaan mainospalvelimet esittävät sen, kun sähköpostitilin internetsivu avataan, sattumanvaraisesti valitun käyttäjän saapuneet-kansion tietyissä, tätä varten laadituissa kohdissa. Jos mainoksen näyttämiseen sovelletaan perinteisen sähköpostin kriteerejä, viestiä ei siis mahdollisesti ole ”lähetetty”, joten kyseisessä saapuneet-kansiossa näkyvää mainosta ei voitaisi pitää sähköpostina. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii kuitenkin, eikö direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappaleessa vahvistettu ja sen 13 artiklan 1 kohdalla tavoiteltu käyttäjän yksityisyyden suojaamista koskeva päämäärä voisi puoltaa sitä, että lähettämisen määritelmän osalta sovellettaisiin funktionaalista eikä teknistä lähestymistapaa. Tällä päämäärällä voitaisiin perustella sitä, että lähettämisen käsitettä ei tulkittaisi sähköisen viestinnän perinteisten muotojen perusteella eli siten, että lähettämisellä tarkoitetaan sitä, että tietty käyttäjä lähettää viestin toiselle, etukäteen määritellylle käyttäjälle, vaan funktionaalisesti siten, että lähettämisellä tarkoitetaan viestin levittämistä.

29. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii myös direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa käytetyn vastaanottamisen käsitteen määritelmää. Kyseinen tuomioistuin toteaa, että kun kyseistä säännöstä luetaan yhdessä direktiivin johdanto-osan 27 perustelukappaleen kanssa,[11] säännös voisi viitata siihen, että viestin vastaanottaminen edellyttää vastaanottajan tietoista toimintaa siten, että vastaanottaja, joka avaa sähköpostitilinsä internetsivun, ilmaisee haluavansa, että hänelle näytetään ja välitetään hänen sähköpostiviestinsä, jotka on tallennettu sähköpostipalvelun palvelimelle, kun taas kyseisen mainoksen osalta, joka on tallennettu mainoksia levittävän yhtiön ylläpitämälle mainospalvelimelle, käyttäjän on ainoastaan avattava sähköpostitilinsä internetsivu, jotta mainoslaatikko näytetään reaaliaikaisesti, eikä internetin käyttäjä huomaa tätä prosessia tai voi päättää tahdonilmaisulla mainoksen näyttämisen puolesta tai sitä vastaan. Lyhyesti sanottuna direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettu vastaanottaminen siis edellyttäisi jonkinlaista käyttäjän toimintaa, jolla pyritään viestin siirtämiseen yleensä palveluntarjoajan palvelimelta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo kuitenkin, että direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan nojalla käyttäjää on suojeltava ei-toivotuilta markkinointiviesteiltä ja näin ollen olisi lähdettävä siitä, että sähköpostitilin internetsivun avaaminen on riittävä lopullinen vastaanottamista merkitsevä toimi.

30. Lisäksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että ennen kuin riidanalainen mainos esitettiin saapuneet-kansiossa yhteyden avaamisen perusteella, se oli tallennettuna mainospalvelimelle ja siten verkkoon. Kyseisen tuomioistuimen mukaan direktiivin 2002/58 johdanto-osan 27 perustelukappaleessa todetun perusteella ei voida tulkita, että sähköpostin käsite kattaa ainoastaan kyseisen palveluntarjoajan omille palvelimille tallennetut viestit.

31. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii myös, onko kyse direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta sähköpostista, kun viestiä ei välitetä jo ennen viestin välittämistä konkreettisesti määritellylle yksittäiselle vastaanottajalle vaan se

[11] Kyseisessä 27 perustelukappaleessa todetaan, että ”viestinnän välittämisen päättymisen tarkka ajankohta, jonka jälkeen muut kuin laskutuksessa välttämättömät liikennetiedot on poistettava, voi määräytyä sen mukaan, mitä sähköistä viestintäpalvelua käytetään. Esimerkiksi – – sähköpostissa tämä päättyminen tapahtuu heti kun osoitteen omistaja vastaanottaa viestin, yleensä palvelun tarjoajansa palvelimelta.”

esitetään sattumanvaraisesti, kuten on käsiteltävässä tapauksessa. Tältä osin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että riidanalainen mainos näytettiin sattumanvaraisesti valikoituneille ilmaisen sähköpostipalvelun asiakkaille eikä siihen voinut liittyä ennakolta kommunikointia siitä, onko asiakas antanut suostumuksensa. Kyseinen tuomioistuin katsoo kuitenkin, että säännöksessä säädetystä ennalta annettua suostumusta koskevasta edellytyksestä ei voida päätellä, että kaikki viestintäverkkojen välityksellä tapahtuvat suoramarkkinoinnin muodot ovat sallittuja, jos mainostajan käyttämistä teknisistä prosesseista seuraa, että sähköpostipalvelun käyttäjien suostumusta ei voida hankkia ennen mainoksen näyttämistä.

32. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo lisäksi, että asiassa on ratkaistava, mitä tarkoitetaan direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla sähköpostin käytön käsitteellä, ja pohtii, edellyttääkö se, että käyttäjään kohdistuva rasite [12] kuuluu kyseisen käsitteen soveltamisalaan, että rasite on häiriötä merkittävämpi. Tältä osin kyseinen tuomioistuin toteaa, että koska kyseinen mainos näyttää sähköpostiviestiltä ja koska se näin ollen on näkyvämpi kuin mainos saapuneet-kansion ulkopuolella, se on häiritsevämpi kuin mainos, joka näytetään saapuneet-kansion reunalla, ja että tässä tilanteessa voi olla niin, ettei saavuteta käyttäjien yksityisyyden suojaamista koskevaa päämäärää.

33. Toiseksi UWG:n 7 §:n 2 momentin 1 kohdan, jolla on pantu kansallisesti täytäntöön direktiivin 2005/29 liitteessä I oleva 26 kohta, soveltamisen osalta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että säännöksessä tarkoitetun myyntiyhteydenoton edellytyksiä on täsmennettävä. Kyseisen tuomioistuimen mukaan myyntiyhteydenotosta ei ole kyse, jos viestintä on osoitettu suurelle yleisölle. Myyntiyhteydenotoksi katsominen edellyttää sen sijaan, että mainos on osoitettu kohdistetusti yksittäiselle asiakkaalle. Tältä osin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii, edellyttääkö se, että kyse on yksittäiselle asiakkaalle kohdistetusta markkinoinnista, joka täyttää myyntiyhteydenoton edellytykset, että asiakkaaseen otetaan yhteys perinteisellä lähettäjän ja vastaanottajan väliseen yksilölliseen viestintään tarkoitetulla välineellä, joita ovat esimerkiksi puhelin, faksi ja sähköpostiviestit, vai riittääkö, että – kuten on käsiteltävässä asiassa – yhteys asiakkaaseen perustuu siihen, että mainos näytetään asiakkaan sähköpostitilin saapuneet-kansiossa ja siten siis kohdassa, jossa asiakas odottaa hänelle yksilöllisesti osoitettuja viestejä.

34. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin arvioi, että koska sähköpostitilin saapuneet-kansioon upotettu mainos häiritsee käyttäjää enemmän kuin perinteiset mainoslaatikot, jotka siksi, että ne näytetään internetsivun kohdissa, jotka on tavanomaisesti laadittu tällaiseen tarkoitukseen, eivät ole samalla tavalla yksilöllisesti osoitettuja, asiassa on todennäköisesti arvioitava myös direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan suojelutavoitetta.

35. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo lisäksi, että asiassa täyttyvät muut kyseisessä kohdassa kielletyn menettelytavan edellytykset. Tältä osin se toteaa, että sähköpostipalvelun käyttäjää on lähestytty yhteensä kolme kertaa eli useita kertoja ja siis toistuvasti mainoksella, joka upotettiin hänen sähköpostitilinsä saapuneet-kansioon. Mainoksia ei toivottu, koska käyttäjä oli ilmoittanut eprimolle nimenomaisesti, ettei hän halua saada pääasiassa kyseessä olevan kaltaisia mainosviestejä.

[12] Ks. direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappale.

36. Tässä tilanteessa Bundesgerichtshof on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Täyttyvätkö direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitetun lähettämisen käsitteen edellytykset, kun kyse ei ole viestistä, jonka sähköisen viestintäpalvelun käyttäjä on lähettänyt toiselle käyttäjälle palvelua tarjoavan yrityksen välityksellä mainitun toisen käyttäjän sähköiseen ’osoitteeseen’, vaan viestistä, jonka mainospalvelimet näyttävät salasanalla suojatun sähköpostitilin internetsivun avaamisen jälkeen automaattisesti tietyissä, tätä tarkoitusta varten varatuissa, sattumanvaraisesti valitun käyttäjän sähköpostin saapuneet-kansion kohdissa (inbox-mainos)?

2) Edellyttääkö direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettu viestin vastaanottaminen sitä, että saatuaan tiedon viestistä vastaanottaja aktivoi tahdonvaraisella vastaanottamispyynnöllään ohjelman teknisten ominaisuuksien mukaisen viestitietojen välittämismekanismin, vai onko riittävää, että siitä, että käyttäjä avaa salasanalla suojatun sähköpostitilinsä internetsivun, seuraa, että viesti näkyy sähköpostitilin saapuneet-kansiossa?

3) Onko myös silloin kyse direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta sähköpostista, kun viestiä ei lähetetä jo ennen viestin välittämistä konkreettisesti määritellylle yksittäiselle vastaanottajalle vaan esitetään sattumanvaraisesti valitun käyttäjän saapuneet-kansiossa?

4) Onko ainoastaan silloin kyse direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta sähköpostin käytöstä suoramarkkinointitarkoituksiin, kun todetaan, että käyttäjään kohdistuu häiriötä vakavampi rasite?

5) Onko ainoastaan silloin kyse direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan ensimmäisessä virkkeessä tarkoitetun myyntiyhteydenoton edellytykset täyttävästä yksilöllisestä mainoksesta, kun asiakkaaseen otetaan yhteys perinteisellä lähettäjän ja vastaanottajan väliseen yksilölliseen viestintään tarkoitetulla välineellä, vai riittääkö, että – kuten on riidanalaisen mainoksen osalta – yksilöllinen yhteys perustuu siihen, että mainos näytetään yksityisen sähköpostitilin saapuneet-kansiossa ja siten siis kohdassa, johon asiakas odottaa saavansa hänelle yksilöllisesti osoitettuja viestejä?”

37. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Interactive Media, eprimo, Portugalin hallitus ja Euroopan komissio. StWL, Interactive Media, eprimo ja komissio ovat vastanneet unionin tuomioistuimen esittämiin kirjallisiin kysymyksiin määräajassa.

## IV Asian tarkastelu

38. Käsiteltävänä olevalla ennakkoratkaisupyynnöllä unionin tuomioistuinta pyydetään ottamaan kantaa siihen, soveltuuko menettely, jossa käyttäjälle ilmaisen ja mainostajien maksamilla mainoksilla rahoitetun sähköpostipalvelun käyttäjän sähköpostitilin saapuneet-kansiossa näytetään mainoksia, yhteen direktiivin 2002/58 ja direktiivin 2005/29 relevanttien säännösten kanssa – ja jos kyllä, millaisin edellytyksin menettely sopii yhteen kyseisten säännösten kanssa.

39. Kuten direktiivin 2005/29 liitteessä I olevasta 26 kohdasta ilmenee, kielto, joka koskee ”sinnikkä[itä] ja ei-toivot[tuja] myyntiyhteydenot[toja] puhelimitse, faksitse, sähköpostitse tai muuta etävälinettä käyttäen lukuun ottamatta perusteltavissa olevia tilanteita, jotka liittyvät sopimusvelvoitteen täyttämiseen kansallisen lainsäädännön mukaisesti”, ei rajoita muun muassa

direktiivissä 95/46 vahvistettujen sääntöjen soveltamista. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen antaman mallin mukaisesti tarkastelen näin ollen peräkkäin kysymyksiä, jotka koskevat yhtäältä direktiivin 2002/58 ja toisaalta direktiivin 2005/29 tulkintaa.

### *A Direktiivin 2002/58 asiaa koskevien säännösten tulkinta*

40. *Ensimmäisellä ja toisella* ennakkoratkaisukysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää unionin tuomioistuinta lähinnä ratkaisemaan, täyttyvätkö direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa säädetyn sähköpostin määritelmän mukaiset edellytykset, kun mainosviesti näytetään sähköpostipalvelun käyttäjän tilin saapuneet-kansiossa. Tarkemmin ottaen kyseinen tuomioistuin tiedustelee, voidaanko viestiä pitää kyseisessä alakohdassa tarkoitetulla tavalla lähetettynä, kun kyseinen käyttäjä ei välitä viestiä toiselle käyttäjälle palvelua tarjoavan yrityksen välityksellä mainitun toisen käyttäjän sähköpostiosoitteeseen, vaan viesti näytetään automaattisesti salasanalla suojatun sähköpostitilin internetsivun avaamisen jälkeen sattumanvaraisesti valitun käyttäjän saapuneet-kansiossa. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee myös, edellyttääkö se, että viesti voidaan katsoa vastaanotetuksi direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitetulla tavalla, sitä, että vastaanottaja aktivoi vapaaehtoisesti kyseisen viestin tietojen välittämismekanismin, vai onko riittävää, että viesti näkyy saapuneet-kansiossa, kun käyttäjä avaa salasanalla suojatun sähköpostitilinsä internetsivun.

41. *Kolmannella ja neljännellä* ennakkoratkaisukysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää unionin tuomioistuinta tulkitsemaan
direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua käsitettä ”sähköpostin käyttö suoramarkkinointitarkoituksiin”. Tarkemmin ottaen kyseinen tuomioistuin tiedustelee kolmannella kysymyksellään, onko silloin kyse tässä säännöksessä tarkoitetusta ”sähköpostista”, kun viestiä ei lähetetä ennen viestin välittämistä määritellylle yksittäiselle vastaanottajalle vaan se näytetään sattumanvaraisesti valitun käyttäjän saapuneet-kansiossa. Lisäksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, onko ainoastaan silloin kyse
direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta sähköpostin käytöstä suoramarkkinointitarkoituksiin, kun todetaan, että käyttäjään kohdistuu häiriötä vakavampi rasite.

42. Direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa säädetyn määritelmän mukaan sähköpostilla tarkoitetaan ”teksti-, puhe-, ääni- tai kuvaviestiä”. Tämä kyseisen määritelmän osa ei ole riidanalainen tässä asiassa ja täyttyy varmasti pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen mainosviestin kohdalla.

43. Kolmen muun edellytyksen on kuitenkin täytyttävä, jotta viestiä voidaan pitää säännöksessä tarkoitettuna sähköpostina. Ensinnäkin viesti on lähetettävä ”yleisessä viestintäverkossa”. Toiseksi viestin on oltava sellainen, että se ”voidaan tallentaa verkkoon tai vastaanottajan päätteelle”. Kolmanneksi vastaanottajan on voitava vastaanottaa se.

44. On kaksi eri näkemystä siitä, täyttääkö pääasiassa kyseessä olevan kaltainen mainosviesti mainitut kolme kriteeriä joko kokonaan tai vain osittain.

45. Eprimo ja Interactive Media kannattavat näkemystä, jonka mukaan kyse ei ole sähköpostista, koska mainosviestiä, joka näytetään sattumanvaraisesti sähköpostitilin saapuneet-kansiossa, ei voida pitää direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa edellytetyllä tavalla lähetettynä, tallennettuna ja vastaanotettuna. Tämän näkemyksen tueksi vedotaan väitteisiin,

jotka perustuvat ajatukseen siitä, että tällaisella viestillä ei ole perinteisen sähköpostiviestin ominaisuuksia. Ensinnäkään käyttäjä ei lähetä sitä toiselle vaan se näytetään väliaikaisesti ja automaattisesti joidenkin sattumanvaraisesti valittujen käyttäjien saapuneet-kansioissa. Toiseksi pääasiassa kyseessä olevan kaltaista mainosviestiä ei tallenneta verkkoon tai vastaanottajan päätelaitteelle. Kolmanneksi mainosviestin vastaanottaja ei vastaanota sitä, koska tämä edellyttäisi vastaanottajan tietoista toimintaa tarkoituksessa tutustua tiettyyn viestiin valitsemalla se.

46. Näkemystä, jonka mukaan pääasiassa kyseessä olevan kaltaista mainosviestiä voidaan pitää sähköpostina, kannattavat ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ja osittain myös Portugalin hallitus, ja se perustuu puolestaan tarpeeseen tulkita sähköpostin käsitettä funktionaalisesti, jotta saavutetaan sähköpostipalvelujen käyttäjien yksityisyyden suojaamista koskeva päämäärä. Tällaisesta tulkinnasta seuraa, että kaikkia kyseisen käsitteen määritelmän mukaisia edellytyksiä on tulkittava joustavasti. Siten mainosviestiä, jota levitetään ja joka näytetään sähköpostipalvelun käyttäjän tilin saapuneet-kansiossa, tulisi pitää käytetystä tekniikasta riippumatta direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitetulla tavalla ”yleisessä viestintäverkossa” käyttäjälle ”lähetettynä”. Se, että kyseinen viesti tallennetaan mainospalvelimelle eikä vastaanottajan päätelaitteelle, riittää, koska voidaan katsoa, että kyse on kyseisessä säännöksessä tarkoitetusta verkkoon tallentamisesta. Lisäksi on katsottava, että tällainen viesti, joka näytetään sähköpostitilin internetsivun avaamisen yhteydessä, on vastaanotettu, kuten säännöksessä edellytetään. Tältä osin Portugalin hallituksen väitteet ovat hienojakoisempia, koska se katsoo, että mainosviestin vastaanottaja ei voi vastaanottaa mainosviestiä, joka näytetään sähköpostipalvelun saapuneet-kansiossa. Koska kyseinen viesti on kuitenkin edelleenkin tallennettuna verkkoon, riittää tämä perusteeksi luokitella viesti direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitetuksi sähköpostiksi.

47. Kun otetaan huomioon ne usein tekniset väitteet, joihin on vedottu näiden näkemysten tueksi, olen taipuvainen hyväksymään ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen väitteet, joissa puolletaan sähköpostin käsitteen funktionaalista tulkintaa, jonka perusteella voitaisiin katsoa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen mainosviesti täyttää direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa säädetyt edellytykset.

48. Katson joka tapauksessa, ettei tätä käsitettä tule tulkita erikseen vaan huomioon on otettava säännös, jossa sitä käytetään, eli tässä asiassa direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohta. Tältä osin olen samaa mieltä StWL:n ja komission kanssa ja katson, että käsiteltävässä asiassa ratkaisevasti tulkittavana oleva käsite on kyseisessä säännöksessä käytetty ilmaisu ”sähköpostin käyttö suoramarkkinointitarkoituksiin”. Näin ollen keskityn analyysissani kyseisen säännöksen tulkintaan ja otan huomioon säännöksen sanamuodon, päämäärän ja sen, että asiassa on turvattava säännöksen tehokas vaikutus.

49. Tältä osin huomautan, että direktiivin 2002/58 13 artiklan otsikko on ”Ei-toivottu viestintä”. Kun otetaan huomioon kyseisen direktiivin 2 artiklan toisen kohdan d alakohdassa esitetty viestinnän käsitteen määritelmä, direktiivin 13 artiklaa on tarkoitus soveltaa tietoon, ”jota vaihdetaan tai jota siirretään tiettyjen osapuolten kesken yleisesti saatavilla olevan sähköisen viestintäpalvelun avulla”.

50. Jos viestintä kuuluu direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, se on sallittua, kunhan viestinnän vastaanottaja on antanut siihen ennalta suostumuksensa. Direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan f alakohdasta, luettuna yhdessä asetuksen 2016/679 94 artiklan 2 kohdan kanssa, ilmenee, että tämän suostumuksen on täytettävä

direktiivin 95/46 2 artiklan h alakohdassa tai mainitun asetuksen 4 artiklan 11 alakohdassa säädetyt edellytykset sen mukaan, kumpaa näistä säännöksistä sovelletaan ajallisesti pääasian tosiseikkoihin. Kun on kyse sopimattoman kaupallisen menettelyn lopettamista koskevasta kanteesta, on mahdollista, että jos StWL:n vireille paneman oikeudenkäynnin tarkoituksena on saada eprimo lopettamaan menettelynsä tulevaisuudessa, asetusta 2016/679 sovelletaan pääasiaan ajallisesti, vaikka pääasian tosiseikat ovat ajalta ennen 25.5.2018, jolloin kyseisen asetuksen soveltamisaika alkoi, koska direktiivi 95/46 kumottiin kyseisestä päivästä alkaen. [13] Tästä seuraa, että suostumuksen on oltava vähintäänkin vapaaehtoinen, yksilöity ja tietoinen tahdonilmaisu. [14]

51. Direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa täsmennetään, mihin viestinnän muotoihin sovelletaan vaatimusta siitä, että viestinnän vastaanottajalta on saatava siihen ennalta suostumus. Yhtäältä tällaista viestintää on viestintä suoramarkkinointitarkoituksessa eli kaupallinen viestintä, joka osoitetaan suoraan ja yksilöllisesti sähköisten viestintäpalvelujen käyttäjille. Toisaalta tällaisen viestinnän on saavutettava tällaiset käyttäjät ”ilman ihmisen työpanosta toimivien automatisoitujen soitto- ja viestintäjärjestelmien (automaattisten soittolaitteiden), telekopiolaitteiden (faksien) tai sähköpostin” käytön välityksellä.

52. Direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohtaa ei siten ole tarkoitus soveltaa yleisesti mainosikkunoihin, joita voi näkyä internetsivustoilla vierailtaessa. Kyseinen säännös koskee ainoastaan sellaisia viestinnän muotoja, joiden tarkoituksena on suoramarkkinointi ja joilla niiden vastaanottajat saavutetaan suoraan ja yksilöllisesti käyttämällä tiettyjä sähköisen viestinnän reittejä, kuten esimerkiksi sähköpostia. [15]

53. Direktiivin 2002/58 13 artiklan nykyinen sanamuoto on säädetty direktiivillä 2009/136, jonka johdanto-osan 67 perustelukappaleessa todetaan, että ”tilaajia yksityisyyttä loukkaavilta ei-toivotuilta sähköpostin suoramarkkinointikeinoilta suojaavia keinoja *olisi sovellettava myös teksti- ja multimediaviesteihin ja muihin [vastaaviin] sovelluksiin*”. [16] Unionin lainsäätäjä on siten halunnut varmistaa, että suoramarkkinointitarkoituksiin käytettyjen sähköisen viestinnän välineiden käsitettä tulkitaan laajasti siten, että se käsittää muutakin kuin vain sähköpostiviestit. Tämä laaja tulkintatapa ilmenee myös direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappaleesta, jossa korostetaan tarvetta suojata tilaajia ”ei-toivottujen suoramarkkinointitarkoituksiin käytettävien viestintämuotojen, *erityisesti* automaattisten puhelujen, telekopioiden, sähköpostiviestien sekä lyhytsanomapalvelujen aiheuttamaa yksityisyyden loukkaamista vastaan” [17] ja jonka perusteella vaikuttaa paitsi siltä, että sähköisellä viestinnällä ei tarkoiteta vain sähköpostiviestejä, myös, että perustelukappaleessa esitetty viestintämuotojen luettelo ei ole tyhjentävä. Sitä, että unionin lainsäätäjän tarkoituksena oli säännellä hyvin monenlaisia suoramarkkinointiviestinnän muotoja, tukee myös direktiivin 2002/58 johdanto-osan neljäs perustelukappale, jossa vahvistetaan, että päämääränä

[13] Ks. tältä osin tuomio 1.10.2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, 38–43 kohta) ja julkisasiamies Szpunarin ratkaisuehdotus Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, 44–49 kohta). Ks. myös tuomio 11.11.2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, 28–32 kohta).

[14] Kuten unionin tuomioistuin totesi 11.11.2020 annetussa tuomiossaan Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), ”asetuksen [2016/679] 4 artiklan 11 alakohdan, jossa määritellään ’rekisteröidyn suostumus’ [kyseistä asetusta] varten, sanamuoto on – – vieläkin tiukempi kuin direktiivin 95/46 2 artiklan h alakohdan sanamuoto, koska siinä edellytetään rekisteröidyn ’vapaaehtoista, yksilöityä, tietoista ja yksiselitteistä’ tahdonilmaisua antamalla sellainen lausuma tai toteuttamalla sellainen ’selkeästi suostumusta ilmaiseva toimi’, joka ilmaisee rekisteröidyn hyväksyvän henkilötietojen käsittelyn. Asetuksessa 2016/679 säädetään siten vastedes nimenomaisesti aktiivisesta suostumuksesta” (36 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

[15] Tältä osin ei ole merkitystä sillä – kuten 13.6.2019 annetusta tuomiosta Google (C-193/18, EU:C:2019:498) ilmenee –, että internetpohjainen sähköpostipalvelu ei sellaisenaan ole direktiivin 2002/21, sellaisena kuin se on muutettuna 25.11.2009 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2009/140/EY (EUVL 2009, L 337, s. 37), 2 artiklan c alakohdassa tarkoitettu sähköinen viestintäpalvelu, koska se ei muodostu kokonaan tai pääosin signaalien siirtämisestä sähköisissä viestintäverkoissa.

[16] Kursivointi tässä.

[17] Kursivointi tässä.

on turvata ”yleisesti saatavilla olevien sähköisten viestintäpalvelujen käyttäjille – – henkilötietojen ja yksityisyyden suojan yhdenmukainen taso *käytetystä tekniikasta riippumatta*”.[18] Tämän päämäärän perusteella direktiivissä 2002/58 käytettyjä käsitteitä on tulkittava dynaamisesti ja teknisesti neutraalilla tavalla.

54. Riippumatta siitä, mitkä kaikki suoramarkkinointiin käytetyt viestinnän välineet voivat kuulua direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, minusta ratkaisevaa pääasiassa kyseessä olevassa tilanteessa on se, että pääasiassa kyseessä olevat mainosviestit saavuttavat vastaanottajansa *käyttämällä* sähköpostia. Komission tavoin huomautan, että kyseiset viestit näkyvät sähköpostipalvelun käyttäjän tilin saapuneet-kansiossa eli paikassa, joka on normaalisti tarkoitettu sähköpostiviesteille suppeasti tulkittuna eli yksityisille sähköpostiviesteille. Kyseisten viestien lähettäjä käyttää siis sähköpostia saavuttaakseen kuluttajan, joten kyse on selvästikin direktiivin 2009/136 johdanto-osan 67 perustelukappaleessa, jonka valossa direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohtaa on tulkittava, tarkoitetusta viestinnästä, jossa sähköpostia käytetään suoramarkkinointitarkoituksiin. Mielestäni pääasiassa kyseessä olevan kaltaisten viestien upottamista yksityisten sähköpostiviestien luetteloon pitäisi siis pitää direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan kuuluvana sähköpostin *käyttönä* suoramarkkinointitarkoituksiin.

55. Koska kyseiset mainosviestit näkyvät sähköpostipalvelun käyttäjän tilin saapuneet-kansiossa, riidanalaisella mainostamistavalla kyseinen käyttäjä voidaan saavuttaa suoraan ja yksilöllisesti yksityiselämässään, jonka osa tällainen saapuneet-kansio on, sillä pääsy siihen edellyttää salasanaa, ja käyttäjä saavutetaan tällä tavalla mielestäni suurin piirtein yhtä tehokkaasti kuin ei-toivotuilla sähköpostiviesteilläkin (spam). Ei ole sattumaa, että riidanalainen mainos on päätetty sijoittaa saapuneet-kansioon, ja tämä valinta on direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan soveltamisen kannalta merkittävä erottava tekijä suhteessa mainoslaatikkoihin, jotka näkyvät sivun reunalla erotettuina yksityisten sähköpostiviestien luettelosta. Koska riidanalainen mainos nimittäin näkyy samalla tasolla kuin yksityiset sähköpostiviestitkin, käyttäjä kiinnittää siihen yhtä paljon huomiota kuin mainittuihin viesteihinsäkin. Kuten komissio perustellusti huomauttaa, tässä tilanteessa tällaisia mainoksia levittävät taloudelliset toimijat hyödyntävät yksityisille sähköpostiviesteille tarkoitettua saapuneet-kansiota ja sähköpostipalvelun käyttäjän mielenkiintoa ja luottamusta kyseiseen saapuneet-kansioon, jolloin heidän mainosviesteistään tulee viestejä, jotka tietyistä minimaalisista eroista huolimatta näyttävät samankaltaisilta kuin yksityiset sähköpostiviestitkin. Koska mainosviestit lisäksi näytetään normaalisti yksityisille sähköpostiviesteille tarkoitetuilla saapuneet-kansion riveillä ja koska ne näyttävät yksityisiltä sähköpostiviesteiltä, on vaarana, että nämä kaksi viestikategoriaa sekoitetaan toisiinsa, jolloin käyttäjä, joka klikkaa mainosviestin riviä, voidaan vastoin hänen tahtoaan ohjata edelleen kyseisen mainoksen esittäjän internetsivustolle sen sijaan, että hän jatkaisi yksityisten sähköpostiviestiensä lukemista.

56. Komission tavoin katson, että se, että – toisin kuin on yksityisten sähköpostiviestien osalta – mainosviesti esitetään harmaalla taustalla ja että se ei vie sähköpostitilin tallennustilaa eikä siihen voida soveltaa sähköpostin tavanomaisia toimintoja, ei estä tulkitsemasta, että tällaisella viestillä puututaan sähköpostipalvelun käyttäjien yksityisyyteen. Kun pääasiassa kyseessä olevat mainosviestit näytetään samassa luettelossa yksityisten sähköpostiviestien kanssa, niihin on kiinnitettävä yhtä paljon huomiota kuin ei-toivottuihin sähköpostiviesteihin (spam) ja niiden poistamiseksi on tehtävä yhtä paljon kuin silloin, kun halutaan eroon roskapostista, ja siksi nämä viestityypit vaikuttavat minusta yhtä häiritseviltä. Koska kyseisiin viesteihin ei voida soveltaa

[18] Kursivointi tässä.

samoja toimintoja kuin sähköpostiviesteihin, viesteihin liittyy lisäksi lisähäiriötekijä suhteessa ei-toivottuihin sähköpostiviesteihin (spam), koska se, että kyseisiä viestejä on käsiteltävä omalla tavallaan, voi johtaa virheisiin viesteistä eroon haluttaessa tai siihen, että mainoksia klikataan vahingossa.

57. Lyhyesti sanottuna yksityisyyttä loukataan mielestäni tässä tapauksessa siten, että käytetään sellaista viestinnän välinettä, tässä tapauksessa sähköpostia, joka on normaalisti tarkoitettu yksityisten viestien lähettämiseen ja vastaanottamiseen. Toisin kuin silloin, kun on kyse sivun reunalla erotettuina yksityisten sähköpostiviestien luettelosta näytetyistä mainoslaatikoista, se, että pääasiassa kyseessä olevat mainosviestit näytetään yksityisten sähköpostiviestien saapuneet-kansiossa, jota käyttäjä pitää osana yksityiselämäänsä, häiritsee käyttäjien sähköpostiviestien lukemista vastaavissa määrin ja hyvin samankaltaisesti kuin ei-toivotut sähköpostiviestitkin (spam). Tästä seuraa, että mielestäni tällaisella mainonnalla loukataan mainitun direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan, luettuna yhdessä direktiivin johdanto-osan 40 perustelukappaleen ja direktiivin 2009/136
johdanto-osan 67 perustelukappaleen kanssa, päämäärää, jona on suojata käyttäjiä yksityisyyttä loukkaavalta ei-toivotulta suoramarkkinointiviestinnältä. Näin ollen sillä, että mainontaan käytetään sähköpostin saapuneet-kansiota, loukataan yksityisyyttä ja tämä on mielestäni riittävä peruste sille, että pääasiassa kyseessä olevaan suoramarkkinointikeinoon on sovellettava vaatimusta siitä, että sähköpostipalvelun käyttäjältä on saatava siihen suostumus ennalta.

58. Mielestäni direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan tehokasta vaikutusta loukattaisiin, jos katsottaisiin, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisia mainosviestejä voidaan näyttää sähköpostipalvelun käyttäjän tilin saapuneet-kansiossa, vaikka kyseinen käyttäjä ei ole ennalta antanut suostumustaan tällaisten viestien vastaanottamiseen tässä muodossa ja tässä viestin näyttämispaikassa.

59. Kyseisen säännöksen tehokas vaikutus on näin ollen taattava unionin lainsäätäjän sen päämäärän perusteella, jona on suojata käyttäjää hänen yksityisten saapuneet-kansioidensa ja puhelinyhteyksiensä jatkuvalta täyttämiseltä ei-toivotuilla kaupallisilla viesteillä ja puheluilla. Tämä merkitsee, että säännöstä on tulkittava siten, että säännös koskee mainosviestejä, joilla loukataan sähköpostipalvelujen käyttäjien yksityisyyttä, koska viestit näyttävät yksityisiltä sähköpostiviesteiltä ja ne näytetään yksityisten sähköpostiviestien luetteloon upotettuina. Tällaiseen tulkintaan on päädyttävä, jotta vältytään siltä, että
direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa säädettyä ennalta annettua suostumusta koskevaa vaatimusta voitaisiin kiertää, vaikka pääasiassa kyseessä olevan kaltaista mainosviestiä on mielestäni kiistatta pidettävä sähköisenä suoramarkkinointina, jonka levittämiseen käytetään normaalisti ainoastaan yksityisille sähköpostiviesteille tarkoitettua saapuneet-kansiota, jolloin viestien vaikutus ja niistä aiheutuva häiriö ovat samoja kuin ei-toivotun mainossähköpostiviestinkin (spam), joka on yksi kyseisen säännöksen ensisijaisista kohteista.

60. Lisäksi myös – kuten edellä esitin – unionin lainsäätäjän tavoitteleman teknisen neutraalisuuden päämäärän näkökulmasta on tärkeää, että
direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan soveltamisalaa tulkitaan laajasti, jotta voidaan puuttua uusiin suoramarkkinoinnissa käytettäviin tekniikkoihin.

61. Lisään vielä vastauksena ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kolmanteen kysymykseen, että se, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen mainosviesti esitetään sattumanvaraisesti valitun käyttäjän saapuneet-kansiossa, ei suinkaan mielestäni estä katsomasta, että kyse on direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta sähköpostin käytöstä

suoramarkkinointitarkoituksiin. Katson nimittäin Portugalin hallituksen tavoin, että kyseisen säännöksen soveltamisedellytyksenä ei ole, että viestin vastaanottaja on valittu sattumanvaraisesti tai määritelty etukäteen. Toisin sanoen sillä, onko kyseinen mainos osoitettu ennalta määritellylle ja yksilöidylle vastaanottajalle vai onko kyse sattumanvaraisesta massalevittämisestä lukuisille vastaanottajille, ei ole merkitystä. Ratkaisevaa on, että kyse on kaupallisesta viestinnästä, joka saavuttaa sähköpostipalvelun käyttäjän tai useita käyttäjiä suoraan ja yksilöllisesti, koska se on upotettu kyseisten käyttäjien sähköpostitilin saapuneet-kansioon.

62. Lisäksi vastauksena ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen neljänteen kysymykseen on todettava, että se, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen mainostamistavan voidaan katsoa merkitsevän direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua sähköpostin käyttöä suoramarkkinointitarkoituksiin, ei edellytä sen toteamista, että käyttäjään kohdistuu häiriötä vakavampi rasite. Kuten nimittäin mainitun direktiivin johdanto-osan 40 perustelukappaleesta ilmenee, kyseisessä säännöksessä säädetty ennalta hankittua suostumusta koskeva vaatimus selittyy muun muassa sillä, että ei-toivotut suoramarkkinointiviestinnän muodot ”saattavat aiheuttaa rasitteita ja/tai kustannuksia vastaanottajalle”. Kun tällainen viestintä kuuluu direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, on oletettava, että niistä aiheutuu rasite niiden vastaanottajalle, eikä sitä, onko rasite häiriötä vakavampi, ole tarpeen määritellä.

63. Edellä todetusta seuraa, että mielestäni pääasiassa kyseessä olevan kaltainen mainosviesti kuuluu direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan. Näin ollen tällainen suoramarkkinointi on kiellettyä, ellei viestin vastaanottaja ole ennalta antanut siihen suostumustaan.

64. Kuten edellä totesin, tällaisen suostumuksen on oltava vähintäänkin vapaaehtoinen, yksilöity ja tietoinen. [19]

65. Tältä osin on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä tarkistaa, onko käyttäjälle ilmaisen sähköpostiosoitepalvelun käyttäjäksi rekisteröitymisen yhteydessä tai muulloin ilmoitettu täsmällisesti, miten mainoksia esitetään, kun hän avaa kyseisen sähköpostitilin internetsivun. Erityisesti on varmistuttava siitä, että kyseiselle käyttäjälle on selkeästi ja täsmällisesti ilmoitettu, että mainoslaatikkoja näytetään paitsi reunalla erotettuina yksityisten sähköpostiviestien luettelosta myös kyseisessä luettelossa. Käyttäjän on voitava tällaisten tietojen avulla helposti määrittää mahdollisesti antamansa suostumuksen seuraukset, ja näillä tiedoilla on taattava se, että tämä suostumus annetaan täysin tietoisena asiasta. [20] Näin ollen on tarkistettava, että kyseinen käyttäjä on antanut suostumuksensa yksilöidysti pääasiassa kyseessä olevaan mainostamistapaan eli että hän on nimenomaisesti suostunut näkemään mainosviestejä sähköpostitilinsä saapuneet-kansiossa. [21]

66. On totta, että monen internetpohjaisen sähköpostipalvelun ylläpitäjän liiketoimintamalli perustuu mainostamiseen. Tältä osin tällaisten palvelujen käyttäjät hyväksyvät, että palvelun maksuttomuutta kompensoidaan osin mainoksia näyttämällä. Tämä ei kuitenkaan vaikuta

[19] Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 50 kohta.

[20] Ks. mm. tuomio 11.11.2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

[21] Kuten unionin tuomioistuin totesi 11.11.2020 annetussa tuomiossaan Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), ”direktiivin 95/46 2 artiklan h alakohdassa ja asetuksen 2016/679 4 artiklan 11 alakohdassa edellytetään ’yksilöityä’ tahdonilmaisua siten, että sen on koskettava tarkalleen kyseessä olevaa tietojenkäsittelyä eikä sitä voida johtaa tahdonilmaisusta, jolla on eri kohde” (38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

vaatimukseen siitä, että kun mainokset esitetään sähköpostitilin varsinaisessa saapuneet-kansiossa, mainostamisen tällainen hyväksyminen edellyttää direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan nojalla sähköpostitilin käyttäjän suostumusta.

67. Edellä todetun perusteella ehdotan siis, että unionin tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle, että direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että mainosviestien näyttämistä sähköpostipalvelun käyttäjän saapuneet-kansiossa on pidettävä kyseisessä säännöksessä tarkoitettuna sähköpostin käyttönä suoramarkkinointitarkoituksiin, jos viestit näyttävät sähköpostiviesteiltä ja ne on sijoitettu kansioon sähköpostiviestien tavoin, ja että sillä, että viestien vastaanottajat valitaan sattumanvaraisesti, ei ole tältä osin merkitystä eikä tältä osin myöskään edellytetä, että käyttäjään kohdistuu häiriötä vakavampi rasite. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on tarkistaa, onko käyttäjä antanut suostumuksen, jonka on oltava vähintäänkin vapaaehtoinen, yksilöity ja tietoinen, ennen tällaisten mainosviestien näyttämistä hänen sähköpostitilinsä saapuneet-kansiossa.

### *B Direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan tulkinta*

68. Viidennellä ennakkoratkaisukysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lähinnä, onko direktiivin 2005/29 liitteessä I olevaa 26 kohtaa tulkittava siten, että mainosviestien näyttämistä sähköpostipalvelun käyttäjän saapuneet-kansiossa on pidettävä sinnikkäinä ja ei-toivottuina myyntiyhteydenottoina sähköpostitse.

69. Direktiivin 2005/29 5 artiklan 2 kohdassa vahvistetaan kriteerit, joiden avulla voidaan määrittää, onko kaupallinen menettely luonteeltaan sopimaton, ja sen 4 kohdassa täsmennetään, että sopimattomia ovat erityisesti kaupalliset menettelyt, jotka ovat kyseisen direktiivin 6 ja 7 artiklassa tarkoitetulla tavalla harhaanjohtavia ja kyseisen direktiivin 8 ja 9 artiklassa tarkoitetulla tavalla aggressiivisia. Direktiivin 2005/29 5 artiklan 5 kohdassa säädetään lisäksi, että direktiivin liitteessä I ”on luettelo niistä kaupallisista menettelyistä, joita pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina”. Direktiivin 2005/29 johdanto-osan 17 perustelukappaleessa täsmennetään tässä yhteydessä, että oikeusvarmuuden lisäämiseksi ainoastaan liitteessä I lueteltuja menettelyjä pidetään kaikissa olosuhteissa sopimattomina, ilman että niistä on tehtävä tämän direktiivin 5–9 artiklan säännöksiin perustuvaa tapauskohtaista arviointia.[22] Koska direktiivin 2005/29 liite I sisältää täydellisen ja tyhjentävän luettelon, pääasiassa kyseessä olevan kaupallisen menettelyn voidaan katsoa olevan tässä direktiivissä tarkoitettu kaikissa olosuhteissa aggressiivinen kaupallinen menettely vain, jos se vastaa jotakin mainitun liitteen 24–31 kohdassa lueteltua tilannetta.[23]

70. Kyseisessä liitteessä I olevassa 26 kohdassa mainitaan aggressiivisena kaupallisena menettelynä ”sinnikkäät ja ei-toivotut myyntiyhteydenotot puhelimitse, faksitse, sähköpostitse tai muuta etävälinettä käyttäen lukuun ottamatta perusteltavissa olevia tilanteita, jotka liittyvät sopimusvelvoitteen täyttämiseen kansallisen lainsäädännön mukaisesti”.

71. Kuten edellä totesin, pääasiassa kyseessä olevan kaltainen mainosviesti saavuttaa sähköpostipalvelun käyttäjän suoraan ja yksilöllisesti, koska viesti näytetään kyseisen käyttäjän sähköpostitilin saapuneet-kansiossa käyttäjän yksityisten sähköpostiviestien joukossa. Kyseisen käyttäjän näkökulmasta kyseinen mainosviesti näyttää sähköpostiviestiltä, joka on lähetetty hänelle yksilönä. Kuten komissio toteaa, tällaisen viestin vaikutus on siis samankaltainen kuin

[22] Ks. mm. tuomio 13.9.2018, Wind Tre ja Vodafone Italia (C-54/17 ja C-55/17, EU:C:2018:710, 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

[23] Ks. tuomio 12.6.2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, 25 kohta).

yksilöidyn suoramarkkinoinninkin riippumatta siitä, onko mainostaja yksilöinyt kyseistä nimenomaista vastaanottajaa vai ei, kun kyseinen viesti on teknisesti laadittu, ja siitä, käsitelläänkö viestiä eri tavalla kuin sähköpostiviestejä tallennustilan ja toimintojen näkökulmasta.

72. Näin ollen katson, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaista mainosviestiä, joka vastaa ominaisuuksiltaan suoramarkkinointia ja jota levitetään tässä tarkoituksessa, on pidettävä sähköpostipalvelun käyttäjille kohdistettuna ”myyntiyhteydenottona”, koska kyseinen viesti on osoitettu heille suoraan ja yksilöllisesti tilassa, joka on tarkoitettu heidän yksityisille sähköpostiviesteilleen.

73. Myyntiyhteydenottojen ominaisuuksista, joiden perusteella ne kuuluvat direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan soveltamisalaan, eli siitä, että niiden on oltava sinnikkäitä ja ei-toivottuja, katson, että on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä tarkistaa, täyttyvätkö ne pääasiassa. Tästä tarkistamisesta totean, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen mainoksen näyttämisen pitäisi direktiivin 2005/29 8 artiklassa säädetyn aggressiivisen kaupallisen menettelyn määritelmän perusteella olla riittävän toistuva ja säännöllinen, jotta sitä voitaisiin pitää sinnikkäänä myyntiyhteydenottona, mistä ei mielestäni vaikuta olevan kyse, jos viesti on näytetty vain kolme kertaa. Sen sijaan minusta näyttää siltä, että kyse olisi ei-toivotuista myyntiyhteydenotoista, jos osoittautuisi, että sähköpostipalvelun käyttäjä ei ole antanut ennalta suostumustaan mainosviestien näyttämiseen sähköpostitilinsä saapuneet-kansiossa. On lisäksi otettava huomioon se, että kyseinen käyttäjä lähetti 20.12.2016 eprimolle huomautuksen 12.12.2016 näytetystä mainoksesta ja ilmoitti siten nimenomaisesti eprimolle, että hän ei halua vastaanottaa tällaisia mainoksia.

74. Edellä todetun perusteella viidenteen kysymykseen on siis mielestäni vastattava siten, että direktiivin 2005/29 liitteessä I olevassa 26 kohdassa tarkoitettua käsitettä ”sinnikkäät ja ei-toivotut myyntiyhteydenotot – – sähköpostitse” on tulkittava siten, että se voi kattaa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen menettelyn, jossa sähköpostipalvelun käyttäjän saapuneet-kansiossa näytetään mainosviestejä, jotka näyttävät sähköpostiviesteiltä ja jotka on sijoitettu kansioon sähköpostiviestien tavoin. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen tehtävänä on kuitenkin tarkistaa yhtäältä, onko kyseisten mainosviestien näyttäminen ollut riittävän toistuvaa ja säännöllistä, jotta myyntiyhteydenottoja voidaan pitää ”sinnikkäinä”, ja toisaalta, voidaanko kyseisten viestien näyttämistä pitää ”ei-toivottuna”, kun otetaan huomioon se, onko käyttäjä antanut suostumuksensa – vai ei – ennen kyseisten viestien näyttämistä, ja se, onko käyttäjä ilmaissut vastustavansa tällaista mainostamista vai ei.

## V Ratkaisuehdotus

75. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Bundesgerichtshofin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla 12.7.2002 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/58/EY (sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi), sellaisena kuin se on muutettuna 25.11.2009 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2009/136/EY, 13 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että mainosviestien näyttämistä sähköpostipalvelun käyttäjän saapuneet-kansiossa on pidettävä kyseisessä säännöksessä tarkoitettuna sähköpostin käyttönä suoramarkkinointitarkoituksiin, jos viestit näyttävät sähköpostiviesteiltä ja ne on sijoitettu kansioon sähköpostiviestien tavoin, ja että sillä, että viestien vastaanottajat valitaan

sattumanvaraisesti, ei ole tältä osin merkitystä eikä tältä osin myöskään edellytetä, että käyttäjään kohdistuu häiriötä vakavampi rasite. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on tarkistaa, onko käyttäjä antanut suostumuksen, jonka on oltava vähintäänkin vapaaehtoinen, yksilöity ja tietoinen, ennen tällaisten mainosviestien näyttämistä hänen sähköpostitilinsä saapuneet-kansiossa.

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 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/29/EY (sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi) liitteessä I olevassa 26 kohdassa tarkoitettua käsitettä ”sinnikkäät ja ei-toivotut myyntiyhteydenotot – – sähköpostitse” on tulkittava siten, että se voi kattaa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen menettelyn, jossa sähköpostipalvelun käyttäjän saapuneet-kansiossa näytetään mainosviestejä, jotka näyttävät sähköpostiviesteiltä ja jotka on sijoitettu kansioon sähköpostiviestien tavoin. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen tehtävänä on kuitenkin tarkistaa yhtäältä, onko kyseisten mainosviestien näyttäminen ollut riittävän toistuvaa ja säännöllistä, jotta myyntiyhteydenottoja voidaan pitää ”sinnikkäinä”, ja toisaalta, voidaanko kyseisten viestien näyttämistä pitää ”ei-toivottuna”, kun otetaan huomioon se, onko käyttäjä antanut suostumuksensa – vai ei – ennen kyseisten viestien näyttämistä, ja se, onko käyttäjä ilmaissut vastustavansa tällaista mainostamista vai ei.