

**Kohtuasi C-102/20**

**Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1**

**Saabumise kuupäev:**

26. veebruar 2020

**Eelotsusetaotluse esitanud kohus:**

Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus)

**Eelotsusetaotluse kuupäev:**

30. jaanuar 2020

**Hageja ja kassaator:**

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

**Kostja ja vastustaja kassatsioonimenetluses:**

eprimo GmbH

**Menetluse astuja kostja nõuete toetuseks:**

Interactive Media CCSP GmbH

---

**Põhikohtuasja ese**

Kõlvatu konkurents, hoidumine reklaami tegemisest konkurentsi kahjustaval viisil

**Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus**

Liidu õiguse tõlgendamine, ELTL artikkel 267

**Eelotsuse küsimused**

1. Kas mõiste „saatmine“ koosseisutunnused direktiivi 2002/58/EÜ artikli 2 teise lause punkti h tähenduses on täidetud, kui tegemist ei ole olukorraga, kus teenust osutava ettevõtja kaudu saadab üks elektroonilise side teenuse kasutaja sõnumi teise kasutaja elektroonilisele „aadressile“, vaid tegemist on

- olukorraga, kus salasõnaga kaitstud meilikontot majutava veebisaidi avamisel kuvavad reklaamvaraga serverid (edaspidi „Adserverid“) sõnumit automaatselt juhuslikkuse põhimõtte alusel valitud kasutaja sissetulevate e-kirjade postkasti asjaomastel väljadel (sissetulevate e-kirjade postkastis kuvatav reklaam)?
2. Kas sõnumi vastuvõtmine direktiivi 2002/58/EÜ artikli 2 teise lause punkti h tähenduses eeldab, et pärast sõnumi olemasolust teadasaamist käivitab sõnumi saaja tahtepõhise vastuvõtmisega sõnumi programmitehniliselt ette nähtud edastamise, või piisab sellest, et sõnum ilmub meilikonto sissetulevate e-kirjade postkasti siis, kui kasutaja avab salasõnaga kaitstud meilikontot majutava veebisaidi?
  3. Kas elektronpostiga direktiivi 2002/58/EÜ artikli 13 lõike 1 tähenduses on tegemist ka siis, kui sõnumit ei saadeta mitte konkreetsest isikust saajale, kes on kindlaks määratud juba enne sõnumi edastamist, vaid sõnumit kuvatakse juhuslikkuse põhimõtte alusel valitud kasutaja sissetulevate e-kirjade postkastis?
  4. Kas elektronposti kasutamisega otseturustuseks direktiivi 2002/58/EÜ artikli 13 lõike 1 tähenduses on tegemist vaid siis, kui tuvastatakse kasutaja koormamine määral, mis läheb kaugemale häirimisest?
  5. Kas „pakkumiste tegemise“ tingimustele vastava isikliku reklaamiga direktiivi 2005/29/EÜ I lisa punkti 26 esimese lause tähenduses on tegemist vaid siis, kui kliendiga võetakse ühendust saatja ja saaja vahel tavapärastel kasutatava vahendi abil, või piisab sellest, kui isiklik seos – nagu käesolevas asjas kõne all oleva reklaami puhul – luuakse nii, et reklaami kuvatakse isikliku meilikonto sissetulevate e-kirjade postkastis ja seega alal, kus klient ootab konkreetset talle endale adresseeritud sõnumeid?

### **Viidatud liidu õigusnormid**

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) (EÜT 2002, L 201, lk 37; ELT eriväljaanne 13/29, lk 514), põhjendused 1, 12, 26, 27 ja 40, artikli 1 lõige 1, artikli 2 punkt h, artikli 3 punkti d esimene lause, artikli 6 lõige 1, artikli 13 lõige 1

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 (ebausate kaubandustavade direktiiv, ELT 2005, L 149, lk 22), I lisa punkti 26 esimene lause

## Viidatud riigisiseseid õigusnormid

Kõlvatu konkurentsi vastane seadus (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, edaspidi „UWG“): § 3, § 7 lõige 1 ning lõike 2 punktid 1, 2 ja 3, § 8 lõiked 1 ja 2

## Asjaolude ja menetluse lühikokkuvõte

- 1 Pooled tarnivad lõppklientidele elektrienergiat. Kostja nõuete toetuseks menetlusse astunud isik on reklaamiagentuur.
- 2 Kostja andis menetlusse astunud isikule tellimuse kuvada tasuta meiliteenust T-online kasutavate isikute e-postkastides reklaamsõnumeid. Reklaami edastamiseks kuvati 15. jaanuaril 2017 kõnealuse meiliteenuse kasutaja isikliku e-postkasti sissetulevate e-kirjade loendit sisaldavas jaotuses (edaspidi „sissetulevate e-kirjade postkast“) sissetulnud e-kirjade vahel järgmise tekstiga sõnumit: „eprimo Mehr Sparen: Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf [eprimo.de](http://eprimo.de)“ (eprimo suurem sääst: soodne elektrienergia ja gaas. Vali nüüd eprimo parimad hinnad ja kasuta ära atraktiivne lisasoodustus! Lisateave veebisaidil [eprimo.de](http://eprimo.de)). Samasugused reklaamsõnumid ilmusid kasutaja sissetulevate e-kirjade postkasti juba 12. detsembril 2016 ja 13. jaanuaril 2017.
- 3 Sellist reklaami kuvatakse tasuta meiliteenust pakkuva ettevõtja Telekom Deutschland GmbH e-postkasti sissetulevate kirjade jaotuse asjaomastel reklaamiväljadel. See kannab nimetust „T-Online.de Mail Ad“ ja seda said tellida kõnealuse teenuseosutaja reklaamikliendid. Tasuta meilikontot majutaval veebisaidil, mille kasutaja avas, oli sissetulevate e-kirjade jaotus teatavas punktis ühendatud Adserveri (TAG) JavaScript-koodiga. Selle kaudu saadeti veebisaidi avamisel Adserverile käsk (Adrequest) valida ribareklaamide kogumist välja ribareklaam ja seda kuvada. Adserver saatis asjaomased tunnused kasutaja veebilehitsejasse, mille tulemusel kuvati kasutaja sissetulevate e-kirjade postkastis juhuslikkuse põhimõtte alusel valitud ribareklaami. Kui kasutaja klõpsas kuvatud reklaamile, siis edastati asjaomane teade esmalt Adserverile, mis klõpsu protokollis ja veebilehitseja reklaami tegija veebisaidile suunas. Sissetulevate e-kirjade postkastis kuvatav reklaamsõnum oli tähistatud sõnaga „reklaam“ ja seda sai kõrvalolevale sümbolile „x“ klõpsamisega sissetulevate e-kirjade postkastist kustutada. Reklaamsõnumil oli – erinevalt kasutaja e-postkastis sisalduvatest e-kirjadest – hall taust ja see ei sisaldanud kuupäeva ega saatjat. Seda ei saanud ka meiliteenust osutava ettevõtja pakutud võimalusi e-kirjade töötlemiseks kasutades arhiveerida, töödelda ega edasi saata. Seda ei arvatud ka kasutaja lugemata e-kirjade hulka, mis olid koondatud eraldi jaotusse, ja see ei vähendanud ka e-postkasti mahtu.
- 4 Hageja leiab, et kuna kõnealune reklaam on lubamatult häiriv ja eksitav, siis kahjustab see konkurentsi.

- 5 Landgericht (esimese astme kohus) kohustas kostjat lõpetama eespool kirjeldatud reklaamide saatmine meilikonto „T-online.de“ kaudu, mida tehti äritegevuses konkurentsi eesmärgil seoses elektrienergia tarnimisega lõpptarbijatele.
- 6 Kostja apellatsioonkaebuse alusel jättis apellatsioonikohus hagi rahuldamata põhjendusel, et hagi esemeks oleva reklaami kuvamine isiklike e-postkastide sissetulevate e-kirjade jaotuses ei ole konkurentsiõigusnormide alusel keelatud kauplemisvõte.
- 7 Apellatsioonikohtult menetlusloa saanud kassatsioonkaebusega palub hageja jätta esimese astme kohtu otsus muutmata; kostja palub jätta kassatsioonkaebus rahuldamata.

### **Eelotsusetaotluse põhjenduse lühikokkuvõte**

- 8 Kassatsioonkaebuse rahuldamine sõltub sellest, kas hageja esitatud tegevuse lõpetamise nõue on üldse vastuvõetav. UWG § 8 lõike 1 esimese lause kohaselt eeldab see seda, et kostja või menetlusse astunud isik, kellelt kostja vaidlusaluse reklaami tegemise UWG § 8 lõike 2 tähenduses tellis, on kasutanud UWG § 3 või § 7 kohaselt keelatud kauplemisvõtet. Kostja asjaomane tegevus võib olla keelatud kauplemisvõte UWG § 7 lõike 2 punkti 3 alusel. Peale selle võib sellise reklaami keeld tuleneda UWG § 7 lõike 2 punktist 1.
- 9 Hagi nõuete põhjendatus oleneb sellest, kuidas tuleb UWG § 7 lõike 2 punkti 3 tõlgendada, arvestades direktiivi 2002/58 sätteid. Seejuures vajavad selgitamist küsimused, mis puudutavad direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punkti h ja artikli 13 lõike 1 tõlgendamist.
- 10 UWG § 7 lõike 1 esimese lause kohaselt on keelatud turuosalist lubamatult häirivad kauplemisvõtted. UWG § 7 lõike 2 punkt 3 sätestab, et lubamatu häirimisega on tegemist reklaami edastamise korral elektronposti kaudu, kui aadressaat ei ole andnud selleks eelnevat sõnaselget nõusolekut. UWG § 7 lõike 2 punkt 3 on kooskõlas direktiivi 2005/29 I lisa punktiga 26 ja võtab Saksa õigusesse üle direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1. Seega tuleb seda tõlgendada kooskõlas liidu õigusega, võttes arvesse direktiivi 2002/58 artikli 13 lõiget 1.
- 11 Direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaselt on muu hulgas elektronposti kasutamine otseturustuseks lubatud ainult nende abonentide ja kasutajate puhul, kes on selleks andnud eelneva nõusoleku. Direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punkti h kohaselt on „elektronpost“ üldkasutatava sidevõrgu kaudu saadetav teksti-, kõne-, heli- või piltsõnum, mida saab hoida võrgus või saaja lõppseadmes, kuni saaja selle vastu võtab. On kaheldav, et nimetatud tingimused on käesoleva kohtuasja aluseks olevas olukorras täidetud.
- 12 Esmalt on küsitav, kas reklaami, mille töötas välja kostja või menetlusse astunud isik, kellelt kostja reklaami UWG § 8 lõike 2 tähenduses tellis, ja mida kuvatakse tasuta meiliteenuse kasutajatele nende sissetulevate e-kirjade postkasti asjaomastel

reklaamialadel, tuleb pidada elektronpostiks direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punkti h tähenduses.

- 13 Vaidlusaluse reklaami puhul on tegemist sidega tekstisõnumi kujul direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punkti h tähenduses. Direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punkti d esimese lause kohaselt on „side“ teave, mida vahetatakse või edastatakse määratud hulga osaliste vahel üldkasutatava elektroonilise side teenuse abil. Nimetatud tingimused on täidetud. Kostja reklaam sisaldab teksti kujul teavet, millega reklaamitakse kostja pakutavat teenust. Kõnealune teave on edastatud määratud hulgale osalistele. Teabe edastamine meilikonto kasutajale toimus selliselt, et pärast seda, kui kasutaja oli meilikontot majutavale veebisaidile sisse loginud, saatis Adserveri käitaja reaajas tekstisõnumi kasutaja e-postkasti sissetulevate e-kirjade jaotusse ja kuvas seda meilikonto kasutajale. Reklaami sisaldavat teavet edastati üldkasutatava elektroonilise side teenuse abil. Reklaami edastamine käivitus kasutaja meilikontot majutava veebisaidi avamisega ja reklaam edastati kasutaja sissetulevate e-kirjade postkasti. Selle põhjal saab väita, et reklaam – samamoodi nagu e-kirjad – edastati veebis elektrooniliselt ja seega üldkasutatava sidevahendi abil. Kasutajatele veebi kaudu kättesaadav meiliteenus on elektroonilise side teenus.

#### **Esimene eelotsuse küsimus**

- 14 Esimese eelotsuse küsimusega soovitakse teada saada, kas vaidlusalune reklaamsõnum sissetulevate e-kirjade postkassis on „saadetud“ direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punkti h tähenduses.
- 15 Apellatsioonikohus leidis, et kui hinnata mõistet „saatmine“ koos direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punktis h kasutatud mõistetega „post“ ja „sidevõrk“, siis tuleneb sellest mõistest, et „elektronpostiga“ on tegemist vaid siis, kui kasutaja saadab teisele kasutajale sõnumi teenust osutava ettevõtja kaudu (nt meiliteenust osutav ettevõtja), kes edastab sõnumi elektrooniliselt teise kasutaja elektroonilisele „adressile“ (nt e-posti aadressile). Käesolevas asjas ei esine sellist teatavatele klientidele adresseerimist, kuna Adserveri kaudu kuvatakse reklaami vaid veebisaidi teataval kindlaksmääratud väljal, kasutades veebisaidiga ühendatud ja eelnevalt määratletud rakendusi „AdTags/AdSlots“.
- 16 Tavalise e-kirja tunnustest lähtuva käsituse puhul tuleb möönda, et ilmselt leidis ka direktiivi andja direktiivi 2002/58 vastuvõtmisel, et e-kiri on direktiivi 2002/58 põhjenduses 40 sõnaselgelt mainitud lühisõnumite kõrval elektronposti klassikaline vorm.
- 17 Kui võtta direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punkti h tõlgendamisel aluseks tavalise e-kirja tunnustest lähtuvad nõuded, mida pidas õigeks apellatsioonikohus, siis ei ole käesolevas asjas tegemist sõnumi „saatmisega“, mistõttu ei saa vaidlusalust sissetulevate e-kirjade hulgas kuvatavat reklaamsõnumit pidada elektronpostiks. Sissetulevate e-kirjade postkassis kuvatavat reklaamsõnumit ei saada elektroonilise side teenuse kasutaja teisele tema enda poolt valitud

kasutajale, kasutades teenust osutavat ettevõtjat (nt meiliteenust osutav ettevõtja), kes saadab reklaamsõnumi teise kasutaja elektroonilisele „aadressile“ (nt e-posti aadressile), vaid reklaamsõnumi edastamine toimub selliselt, et meilikonto avamise järel kuvavad Adserverid reklaamsõnumit juhuslikkuse põhimõtte alusel valitud kasutaja sissetulevate e-kirjade postkasti asjaomastel väljadel.

- 18 Selle vastu, et tõlgendada tunnust „saadetud“ tavalise e-kirja tunnustest lähtuvalt, mida peab õigeaks apellatsioonikohus, võib rääkida direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kaitse-eesmärki. Kõnealuse sättega, mis sisaldab direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punktis h määratletud elektronposti mõistet ja reguleerib selle kasutamist, kaitstakse kasutajaid nende eraellu sekkumise eest otseturustusotstarbelise pealesunnitud teabega (vt direktiivi 2002/58 põhjendus 40). Ei ole alust eeldada, et kiiret tehnilist arengut arvestades oleks direktiivi andja soovinud elektronposti mõiste määratlemisel piirduda staatiliselt direktiivi jõustumise ajal tuntud e-kirja, lühisõnumi või multimeediasõnumi „klassikaliste“ vormidega. Pigem võib eeldada, et kasutajate eraellu kaitseks valis ta dünaamilise ja tehniliselt neutraalse mõiste, mis võimaldab hõlmata näiteks ka suhtlusportaalide kaudu edastatavaid elektronsõnumeid, mis on omandanud suure tähtsuse alles viimasel ajal. Kuna elektroonilise side vahendite kasutajate eraellu võidakse sekkuda mitte ainult elektroonilise isikliku suhtluse klassikaliste vormide nagu e-kirja, lühisõnumi või multimeediasõnumi kaudu saadetud pealesunnitud teabega, vaid ka elektrooniliste masspostituste uute vormidega, näib asjakohasena tõlgendada mõistet „saatmine“ nii, et lähtuda ei tule mitte elektroonilise side tavapäraest vormidest, mis hõlmavad saatmist teatavalt kasutajalt teisele eelnevalt kindlaks määratud kasutajale, vaid tõlgendamisel tuleb aluseks võtta levitamise funktsioon.
- 19 Kui võtta aluseks mõiste funktsionaalne tõlgendus, mis lähtub direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kaitse-eesmärgist, siis võiks teha järelduse, et kõnealune sissetulnud e-kirjade postkasti kuvatav reklaam on saadetud direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punkti h tähenduses. Seda järeldust toetab ka direktiivi 2002/58 põhjendus 40. Selle kohaselt tuleb üldkasutatavate elektroonilise side võrkude kasutajaid kaitsta nende eraellu sekkumise eest otseturustusotstarbelise pealesunnitud teabega, kuna pealesunnitud reklaamsõnumite saatmine sellises vormis võib olla suhteliselt lihtne ja odav. Need seisukohad peavad paika ka käesolevas asjas kõnealuse sissetulevate e-kirjade postkasti kuvatava reklaami puhul.

### **Teine eelotsuse küsimus**

- 20 Teise eelotsuse küsimusega on vaja välja selgitada, millised nõuded tuleb esitada direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punktis h sätestatud tingimusele, et sõnumit peab saama hoida võrgus või saaja lõppseadmes, kuni saaja selle vastu võtab.
- 21 Apellatsioonikohus leidis, et vaidlusalust sissetulevate e-kirjade postkasti kuvatav reklaami ei ole selles tähenduses vastu võetud. Direktiivi 2002/58



põhjendusest 27 tuleneb, et sõnumi vastuvõtmine eeldab adressaadi teadlikku tegevust. Sõnumi saaja, olles sõnumist teada saanud, peab teatava toiminguga – seega tahtest tuleneval otsusel põhineva sekkumisega – sõnumi reaalajas avama. Otsustav on see, et vastuvõtja saab oma vastuvõtmissooviga käivitada andmete tehniliselt kindlaksmääratud edastamisprotsessi. Käesoleval juhul ei ole sõnumi sellist vastuvõtmist toimunud. Selleks et ribareklaami Adserveri kaudu reaalajas kuvataks, peab meiliteenuse kasutaja veebilehitsejat kasutades avama Deutscher Telekomis veebisaidil üksnes meilikonto, ilma et ta seda protsessi ise üldse märkaks ja ilma et ta saaks teha tahtliku otsuse reklaami kuvamiseks või kuvamata jätmiseks.

- 22 Kõnealune tõlgendus on koosõlas mõiste „vastuvõtmine“ võimaliku tähendusega direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punktis h. Lisaks võib seda toetada direktiivi 2002/58 põhjendus 27. Selle kohaselt lõpeb edastamine elektronposti puhul kohe, kui adressaat saab sõnumi – üldjuhul oma teenuseosutaja serverist – kätte. Sõnastus võib viidata sellele, et elektronposti vastuvõtmine eeldab kasutaja tegevust, mis on lõplikult suunatud sõnumi edastamisele üldjuhul teenuseosutaja serverist.
- 23 Vastavalt sellele kitsale tõlgendusele, mis lähtub taas tavalisest e-kirjast, ei täida vaidlusalune sissetulnud e-kirjade postkastis kuvatav reklaam elektronposti tingimusi, mis on sätestatud direktiivi 2002/58 artikli 2 teise lause punktis h. Oma meilikonto avamisega teenuseosutaja veebisaidil dokumenteerib kasutaja oma soovi lasta endale kuvada ja saata teenuseosutaja meiliserverisse salvestatud e-kirjad. Kogemuse põhjal võib aga väita, et ta ei soovi, et tema meilikonto sissetulevate kirjade postkastis kuvatakse lisaks ka Adserveri reklaamsõnumeid.
- 24 Apellatsioonikohtu seisukohta ei toeta aga direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kaitse-eesmärgist lähtuv funktsionaalne tõlgendus. Selle kohaselt tuleb kasutajat kaitsta pealesunnitud reklaamsõnumite eest, mille saatmine on reklaami tegijatel elektroonilise side võrgu kaudu suhteliselt lihtne ja odav ning mis võivad kasutajale tähendada koormust (direktiivi 2002/58 põhjendus 40). Seda eesmärki arvestades ei näi olevat põhjendatud teha vahet kaheldamatult elektronposti mõiste alla kuuluva reklaamsisuga e-kirja – mille puhul võib tegemist olla masspostitusega – ja vaidlusaluse reklaamsõnumi vahel. Mõlemaid sõnumeid kuvatakse sissetulevate e-kirjade postkastis ja seega sellel veebisaidil, mille on kasutaja avanud oma e-kirjade vaatamiseks, täpsemalt selle veebisaidi e-kirjade kuvamiseks ette nähtud väljal. Direktiivi 2002/58 artikli 13 lõikega 1 ära hoitava koormuse seisukohast ei ole pealegi oluline, kas reklaamsõnum saabub sissetulevate e-kirjade postkasti teenuste osutaja meiliserverist või teenuseosutaja Adserverist või edastab selle teenuseosutajaga koostööd tegev ettevõtja. Määrav ei ole mitte niivõrd tehniline tõlgendus, kuivõrd kaitse-eesmärgist lähtuv funktsionaalne tõlgendus, mis võtab arvesse reklaami koormavat mõju kasutajale. Koormus võib tuleneda sellest, et vaidlusalune reklaam edastatakse kasutaja sissetulevate e-kirjade postkasti ja seega kohta, kus kasutaja ootab ainult isiklikult talle adresseeritud e-kirju.

- 25 Selline kaitse-eesmärgist lähtuv tõlgendus on kooskõlas ka direktiivi artikli 2 teise lause punktiga h. Tegemist on vastuvõtmisega kasutaja toimingus tähenduses, mille lõplik eesmärk on sissetulevate e-kirjade postkasti saabunud sõnumitega tutvumine. Apellatsioonikohtu poolt tuvastatu kohaselt käivitatakse reklaami edastamine Adserverist sissetulevate e-kirjade postkasti sellega, et kasutaja avab veebis meilikontot majutava veebisaidi ja logib sinna oma isiklike ligipääsuandmetega sisse. Tõsiasi, et kasutaja tahab üldjuhul vastu võtta vaid isiklike ja tööga seotud e-kirju ega tunne huvi tema jaoks ebahuvitavate või häirivate reklaamsõnumite, näiteks rämpsikirjade või reklaamklippide vastu, ei muuda seda, et meilikonto avamisega veebis tehakse lõplik vastuvõtmistoiming.
- 26 Vaidlusalune sissetulevate e-kirjade postkastis kuvatav reklaam oli kuni ajani, mil see sisselogimise tulemusel nähtavaks muutus, salvestatud Adserverisse ja seega võrku.
- 27 Direktiivi 2002/58 põhjendusest 27, milles on märgitud, et elektronposti puhul lõpeb edastamine kohe, kui aadressaat saab sõnumi – üldjuhul oma teenuseosutaja serverist – kätte, ei tulene teistsugust järeldust. Seda, et elektronpost hõlmab vaid sõnumeid, mis on salvestatud teenuseosutaja enda serverisse, ei saa sellest välja lugeda juba seetõttu, et sõnast „üldjuhul“ tuleneb, et direktiivi andja ei ole selles esitanud ammendavat loetelu, vaid on üksnes kirjeldanud tegelikku tavapärasest olukorda. Arvesse tuleb võtta direktiivi 2002/58 põhjenduse 27 seost direktiivi muude sätetega. Viidatud sättes on tegemist küsimusega, millal tuleb liiklusandmed kustutada. Siin on määrav sõnumi edastamise lõpetamise aeg (vt direktiivi artikli 6 lõige 1 ja põhjendus 26). Kõnealuses kontekstis lähtutakse direktiivi 2002/58 põhjenduses 27 sellest, et elektronposti edastamine on lõpetatud hetkel, mil aadressaat saab sõnumi kätte. Selle põhjal ei saa aga tuletada määravaid kriteeriume, et tõlgendada direktiivi 2002/58 artikli 13 lõikes 1 sätestatud kaitset kasutajate eraellu sekkumise eest elektronposti kaudu saadetava pealesunnitud teabega.

### **Kolmas eelotsuse küsimus**

- 28 Kolmanda eelotsuse küsimusega soovitakse välja selgitada, kas elektronpostiga direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses on tegemist ka siis, kui sõnumit ei saadeta mitte konkreetselt isikust saajale, kes on kindlaks määratud juba enne sõnumi edastamist, vaid sõnumit kuvatakse – nagu käesoleval juhul – juhuslikkuse põhimõtte alusel.
- 29 Apellatsioonikohus leidis, et elektronpost UWG § 7 lõike 2 punkti 3 tähenduses eeldab, et sõnum saadetakse „isikule“, see tähendab konkreetselt saajale, kes on kindlaks määratud juba enne saatmist ja kellega peab seepärast olema võimalik eelnevalt suhelda, et saada temalt saatmiseks nõusolekut. Sellist järeldust lubab teha tõsiasi, et UWG § 7 lõike 2 punktis 2 sätestatud reklaamivormid on lubatavad vaid aadressaadi eelneva sõnaselge nõusoleku korral. Sellise eelneva sõnaselge nõusoleku tingimus eeldab loogiliselt võttes aga konkreetse aadressaadi olemasolu,



kes saab esitada reklaami saatjale oma seisukoha reklaami vastuvõtmisega nõustumise või nõustumata jätmise kohta. Vaidlusalust reklaami kuvatakse tasuta meiliteenust kasutavatele klientidele aga juhuslikkuse põhimõtte alusel, ilma et eelnevalt oleks kliendilt võimalik küsida tema nõusolekut.

- 30 Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb, kas selle käsitusega saab nõustuda. Direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kohaselt on elektronposti kasutamine otseturustuseks lubatud ainult nende abonentide või kasutajate puhul, kes on selleks andnud eelneva nõusoleku. Selle nõude alusel ei saa aga teha ümberpöörduvalt järeldust, et ilma nõusolekuta on lubatavad elektroonilise side võrkude kaudu tehtava otseturustuse kõik vormid, mille puhul ei saa kasutajate nõusolekut enne konkreetse reklaami kasutamist küsida seetõttu, et reklaami saatja on kasutanud teatavaid tehnilisi protsesse.

### Neljas eelotsuse küsimus

- 31 Neljanda eelotsuse küsimusega tuleb selgeks teha, kas elektronposti kasutamise otseturustuseks direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 tähenduses on tegemist vaid siis, kui tuvastatakse kasutajale avalduv koormus, mis läheb kaugemale – käesoleval juhul apellatsioonikohtu tuvastatud – häirimisest.
- 32 Apellatsioonikohtu leidis, et UWG § 7 lõike 2 punkti 3 mõte ja eesmärk, mis tuleb kindlaks määrata direktiivi 2002/58 põhjenduse 40 arvestades, ei toeta viidatud sätte kohaldamist vaidlusaluse reklaami suhtes. On tõsi, et reklaami kuvamine sissetulnud uute e-kirjade seas häirib meiliteenuse kasutajat. Kuna pealiskaudsel vaatlemisel sarnaneb reklaam e-kirjale, mistõttu on selle mõju suurem kui väljaspool sissetulevate e-kirjade postkasti kuvataval reklaamil, siis häirib see kasutajat suuremal määral kui postkasti servades kuvatav reklaam. Häirimisest kaugemale minevat koormust või kulutusi direktiivi 2002/58 põhjenduse 40 tähenduses aga ei esine. Eelkõige ei arvata sissetulevate e-kirjade postkastis kuvatavat reklaami kliendi lugemata e-kirjade hulka ja see ei vähenda ka postkasti mahtu. E-kirjade ja reklaamsõnumite vaheliste optiliste erinevuste tõttu ei kulu ka aega, et teha vahet tähtsate e-kirjade ja rämpspostiks olevate reklaamsõnumite vahel.
- 33 Küsimusele, kas selline tõlgendus on õige, ei saa vastata üheti mõistetavalt. Apellatsioonikohtu tõlgendust võiks toetada direktiivi 2002/58 põhjenduse 40 sõnastus. Kasutaja häirimisest seal ei räägita. Pigem tuleb üldkasutatavate elektroonilise side võrkude kasutajaid kaitsta nende eraellu sekkumise eest otseturustusotstarbelise pealesunnitud teabega, kuna pealesunnitud reklaamsõnumite sellisel kujul 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. Kuna käesoleval juhul ei ole kõne all kasutaja kulutused ega raskused elektroonilistele sidevõrkudele ja lõppseadmetele, on määrav see, kas sissetulevate e-kirjade postkastis kuvatavate

reklaamsõnumitega sekkutakse kasutajate eraellu. Seda, et selles osas võib piisata häirimisest, ei ole direktiivi 2002/58 põhjenduses 40 sõnaselgelt märgitud.

- 34 Teiselt poolt hõlmab mõiste „häirimine“ tähendus, arvestades eraelu kaitset otseturustusotstarbelise pealesunnitud teabe eest, ka häirivat sekkumist eraellu, mis väljendub selles, et tarbija puutub reklaamiga kokku mitte (üksnes) veebi nendel aladel, mida reklaamiks tavaliselt kasutatakse ja mida on seepärast võimalik lihtsalt ignoreerida, vaid (ka) sissetulevate e-kirjade postkastis ja seega meiliteenuse osutaja veebisaidi sellisel alal, kus kuvatakse kasutajale isiklikult saadetud e-kirju ja mida kasutaja avab sihtotstarbeliselt, koondades sellele erilise tähelepanu. Lisaks võib kogemuse põhjal väita, et reklaamsõnumid, mida kuvatakse kasutaja isiklike sõnumite jaoks ette nähtud postkastis, kõnetavad kasutajat rohkem kui näiteks veebisaidi servades kuvatav ribareklaam, mis on ilmselgelt suunatud kõikidele kasutajatele. Ka sellest võib – olenevalt reklaamsõnumi sisust ja esemest – tuleneda suurem häiriv mõju.
- 35 Peale selle tuleb arvesse võtta, et isiklik salasõnaga kaitstud meilikonto kuulub üldise isikuõigusega kaitstud eraelu sfääri. Selles sfääris tuleb isikut kaitsta mitte üksnes pingutuse eest, mis tekib seetõttu, et ta peab talle adresseeritud sõnumid läbi vaatama ja reklaamsõnumid teistest sõnumitest eraldama. Isikliku enesemääramisõiguse väljendusena tuleb lisaks kaitsta isiku soovi hoida oma eraelust eemal mis tahes sunniviisiline kokkupuude reklaami ja selle sugestiivse mõjuga. Kasutaja eraelu kaitset elektroonilise side valdkonnas näeb vastavalt direktiivi 2002/58 artikli 1 lõikele 1 ja põhjendustele 1, 12 ja 40 ette ka direktiivi artikli 13 lõige 1. Lisaks tuleb arvesse võtta, et kogemuse põhjal tekib eraellu sekkuva reklaamimeetme häiriva mõju hindamisel oht, et reklaami massiivse leviku tõttu häiringud summeeritakse.
- 36 Kuna direktiivi 2002/58 artikli 13 lõike 1 kaitse-eesmärgist lähtuva tõlgenduse puhul on määrav eraelu kaitse ja mitte kasutaja kaitse eksitamise eest, on viidatud sätte hindamisel ebaoluline, et kasutajate sissetulevate e-kirjade postkastis kuvatav reklaam erineb välimuse poolest e-kirjadest ja kasutajale saab erinevus selgeks ka reklaamsõnumile lisatud märkusest „reklaam“. Kogemuse põhjal võib väita, et pealiskaudse lugemise korral tekib kasutajal sõnumi ülesehituse ja paigutuse tõttu ajakulu isegi siis, kui tal on võimalik sissetulevate e-kirjade postkasti saabuvat reklaamsõnumit algusest peale selgelt ja üheti mõistetavalt reklaamina tuvastada ja kustutada. Samadel kaalutlustel ei takista apellatsioonikohtu märgitud tõsiasi, et reklaamsõnumeid ei arvata kliendi lugemata e-kirjade hulka ja need ei vähenda postkasti mahtu, asumast seisukohale, et direktiivi 2002/58 artikli 13 lõiget 1 on rikutud.
- 37 Vastupidi apellatsioonikohtu seisukohale tuleb isikliku e-posti teenuse kasutaja eraellu sekkumise seisukohast siiski teha vahet, kas kasutaja puutub reklaamsõnumitega kokku üksnes kohtades, mida tavaliselt reklaamiks kasutatakse, või ka e-posti teenuse osutaja veebisaidi sellisel alal, mis on ette nähtud talle isiklikult saadetud e-kirjade kättesaamiseks ja millele ta pöörab paratamatult kõige rohkem tähelepanu. Seda järeldust kinnitab ka

apellatsioonikohtu poolt tuvastatu. Apellatsioonikohus märkis, et reklaamsõnumite kuvamine sissetulnud uute e-kirjade hulgas häirib kasutajaid. Kuna pealiskaudsel vaatlemisel sarnaneb reklaamsõnum e-kirjale, mistõttu on selle mõju suurem kui väljaspool sissetulevate e-kirjade postkasti kuvataval reklaamil, siis häirib see kasutajat suuremal määral kui postkasti servades kuvatav reklaam. Need järeldused on kooskõlas kogemusega.

### Viies eelotsuse küsimus

- 38 Käesoleval juhul tuleb kõne alla, et vaidlusalune reklaam on keelatud UWG § 7 lõike 2 punkti 1 alusel. Viidatud sätete kohaldamisel tekib selgitamist vajav küsimus direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 esimese lause tõlgendamise kohta.
- 39 UWG § 7 lõike 2 punkti 1 kohaselt on lubamatu häirimisega UWG § 7 lõike 1 esimese lause tähenduses tegemist reklaami korral, mille puhul kasutatakse kaubanduslike teadaannete edastamiseks sobivaid kaugside vahendeid, mida ei ole loetletud viidatud sätte punktides 2 ja 3 ja millega tehakse tarbijale järjekindlalt pakkumisi, kuigi on näha, et tarbija seda ei soovi. Sättega on üle võetud direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 esimene lause ja seda tuleb tõlgendada direktiiviga kooskõlas, võttes arvesse viidatud sätet. Direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 esimese lause kohaselt loetakse ebaausaks agressiivseks kaubandustavaks igas olukorras järjekindlate ja soovimatute pakkumiste tegemine telefoni, faksi, e-posti või muu kaugside vahendi abil, välja arvatud lepingulise kohustuse sissenõudmiseks riigisiseste õigusaktidega õigustatud tingimustel ja ulatuses. Käesoleval juhul tekib viidatud liidu õigusnormide tõlgendamise küsimus, millele ei saa vastata üheti mõistetavalt.
- 40 Viienda eelotsuse küsimusega soovitakse välja selgitada, milliseid nõudeid tuleb esitada „pakkumiste tegemisele“ direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 esimese lause tähenduses.
- 41 Pakkumiste tegemine eeldab sihipäraselt konkreetsele kliendile suunatud reklaami. Selles osas tekib küsimus, kas pakkumiste tegemise eeldustele vastava sihipärase konkreetsele kliendile suunatud reklaamiga on tegemist vaid siis, kui kliendiga võetakse ühendust saatja ja saaja vahel tavaliselt kasutatava sidevahendi, näiteks telefoni, faksi või e-kirja teel, või piisab sellest, kui isiklik seos – nagu käesolevas asjas – luuakse nii, et reklaami kuvatakse isikliku meilikonto sissetulevate e-kirjade postkastis ja seega alal, kus klient ootab isiklikult talle adresseeritud sõnumeid.
- 42 Direktiivi 2005/29 I lisa punkti 26 esimese lause sõnastus lubab mõlemat tõlgendust. Kuna sissetulevate e-kirjade postkastis kuvatav reklaam tähendab – nagu juba selgitatud – sekkumist eraellu ja lisaks tekitab see häiringuid suuremal määral kui tavapärase ribareklaam, mida kuvatakse veebisaidi selleks ette nähtud aladel, millega puudub kasutajal isiklik seos, siis on ilmselt rikutud ka sätte kaitseeesmärki.