

Asia C-102/20

**Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan mukainen
ennakkoratkaisupyynnön tiivistelmä**

Jättämispäivä:

26.2.2020

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Bundesgerichtshof (liittovaltion ylin tuomioistuin, Saksa)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

30.1.2020

Kantaja ja Revision-menettelyn valittaja:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Vastaaja ja Revision-menettelyn vastapuoli:

eprimo GmbH

Vastaajaa tukeva väliintulija:

Interactive Media CCSP GmbH

Pääasian kohde

Vilpallinen kilpailu, määräys lakata esittämästä kilpailunvastaisia mainoksia

Ennakkoratkaisupyynnön kohde ja oikeusperusta

Unionin oikeuden tulkinta, SEUT 267 artikla

Ennakkoratkaisukysymykset

1. Täyttyvätkö direktiivin 2002/58/EY 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettujen lähettämisen käsitteen kriteerit, 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 (Adserver) 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/EY 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettu viestin vastaanottaminen sitä, että saatuaan tiedon viestistä vastaanottaja aktivoi tahdonvaraisella vastaanottamispyyntönsä 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/EY 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitettusta 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/EY 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitettusta sähköpostin käytöstä suoramarkkinointitarkoituksiin, kun todetaan, että käyttäjään kohdistuu häiriötä vakavampi rasite?
 5. Onko ainoastaan silloin kyse direktiivin 2005/29/EY liitteessä I olevan 26 kohdan ensimmäisessä virkkeessä tarkoitettujen myyntiyhteydenoton edellytykset täyttävästä yksilöllisestä mainoksesta, kun asiakkaaseen otetaan yhteys sellaisen välineen avulla, joka on alun perin tarkoitettu lähettäjän ja vastaanottajan väliseen yksilölliseen viestintään, 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?

Unionin oikeuden säännökset, joihin on viitattu

Henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla (sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi) 12.7.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/58/EY (EYVL 2002, L 201, s. 37), johdanto-osan 1, 12, 26, 27 ja 40 perustelukappale, 1 artiklan 1 kohta, 2 artiklan h alakohta, 2 artiklan d alakohdan ensimmäinen virke, 6 artiklan 1 kohta ja 13 artiklan 1 kohta

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 (sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi) 11.5.2005 annettu

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/29/EY (EUVL 2005, L 149, s. 22), liitteessä I olevan 26 kohdan ensimmäinen virke

Kansallisen oikeuden säännökset, joihin on viitattu

Sopimattoman kilpailun estämisestä annettu laki (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, jäljempänä UWG), 3 §, 7 §:n 1 mom. ja 7 §:n 2 momentin 1–3 kohta sekä 8 §:n 1 ja 2 mom.

Lyhyt kuvaus tosiseikoista ja menettelystä

- 1 Asianosaiset toimittavat loppukäyttäjille sähköä. Vastaajaa tukeva väliintulija on mainostoimisto.
- 2 Vastaaja antoi väliintulijan toimeksiannoksi mainosten näyttämisen ilmaisen sähköpostipalvelun T-Online käyttäjien sähköpostilaatikoissa. Mainostaminen toteutettiin siten, että kyseisen sähköpostipalvelun käyttäjän yksityisessä postilaatikossa näkyi 15.1.2017 siinä kohdassa, jossa saapuneet sähköpostiviestit näytetään luettelona (jäljempänä: saapuneet-kansio), saapuneiden sähköpostiviestien joukossa seuraava, kansioon upotettu mainos: ”eprimo Mehr Sparen: Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf eprimo.de” (”eprimo Mehr Sparen: edullista sähköä ja kaasua. Varmistu nyt parhaista eprimo-hinnoista ja houkuttelevasta bonuksesta! Lue lisää osoitteessa eprimo.de”). Vastaavasti upotettuja mainoksia oli näkynyt käyttäjän saapuneet-kansiossa jo 12.12.2016 ja 13.1.2017.
- 3 Tämänäyttöisiä mainoksia näytetään upotettuina erityisissä, mainoksille tarkoitetuissa kohdissa Telekom Deutschland GmbH:n ilmaisen sähköpostipalvelun sähköpostilaatikon saapuneet-kansiossa. Mainoksia kutsutaan nimityksellä ”T-Online.de Mail Ad”, ja kyseisen palveluntarjoajan mainostaja-asiakkaat saattoivat ostaa niitä. Tällaisen ilmaisen sähköpostilaatikon käyttäjän avaamalla internetsivulla oli kyseisessä saapuneet-kansion kohdassa mainospalvelimen (jäljempänä Adserver) JavaScript-koodilinkki (TAG). Kyseinen koodi toimi niin, että kun internetsivu avattiin, lähetettiin Adserverille pyyntö (Adrequest) esittää useiden vaihtoehtojen (Pool) joukosta valittu mainoslaatikko (banner-mainos) sivulle upotettuna. Tämän perusteella Adserver lähetti pyyntöä vastaavat parametrit käyttäjän internetselaimelle ja siten käyttäjän saapuneet-kansiossa näkyi sattumanvaraisesti valittu mainoslaatikko. Jos käyttäjä klikkasi sivulla näkyvää mainosta, pyyntö ohjattiin ensin Adserverille, joka kirjasi klikkauksen ja ohjasi selaimen eteenpäin mainostajan internetsivuille. Saapuneet-kansiossa näkyvän mainoksen yhteydessä esitettiin sana ”Anzeige” (”ilmoitus”) ja mainos voitiin poistaa saapuneet-kansiosta klikkaamalla sen vieressä olevaa ristisymbolia ”x”. Mainos esitettiin – toisin kuin käyttäjän saapuneet-kansiossa näkyvät sähköpostiviestit – harmaalla taustalla eikä sitä ollut päivätty eikä sille ollut ilmoitettu lähettäjä. Sitä ei voitu myöskään arkistoida, siihen ei voitu vastata eikä sitä voitu välittää eteenpäin sähköpostipalvelun tarjoajan sähköpostiviestejä

varten tarjoamien käsittelyvaihtoehtojen mukaisesti. Sitä ei myöskään sisällytetty palvelun esittämään käyttäjän lukemattomien viestien määrään eikä se vienyt käyttäjän sähköpostitilin tallennustilaa.

- 4 Kantaja väittää, että mainos on kilpailunvastainen, koska siitä aiheutuu kohtuutonta häiriötä ja se on harhaanjohtava.
- 5 Landgericht (alueellinen alioikeus) määräsi vastaajan lakkaamaan esittämästä liiketoiminnan puitteissa ja kilpailutarkoituksessa edellä esitetyn kaltaisia mainoksia, jotka liittyvät sähkön myyntiin loppukuluttajille, T-online.de -sähköpostitilin kautta.
- 6 Vastaajan haettua ratkaisuun muutosta ylioikeus hylkäsi kanteen sillä perusteella, että kanteessa riitautettu mainosten sijoittelu yksityisten sähköpostilaatikkojen saapuneet-kansioon ei merkinnyt kilpailuoikeudellisesti kiellettyä kaupallista menettelyä.
- 7 Ylioikeuden sallimalla Revision-valituksellaan kantaja vaatii, että Landgerichtin tuomio pysytetään. Vastaaja vaatii hylkäämään Revision-valituksen.

Lyhyt esitys ennakkoratkaisupyynnön perusteista

- 8 Revision-valituksen menestyminen riippuu siitä, onko kantajalla vaatimuksensa mukaisesti oikeus saada ratkaisu, jossa vastaaja veloitetaan luopumaan kyseisestä menettelystä. UWG:n 8 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan tämä edellyttää, että vastaaja tai sen UWG:n 8 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla riidanalaisen mainoksen esittämistä koskevan toimeksiannon saanut väliintulija on syyllistynyt UWG:n 3 tai 7 §:ssä kiellettyyn kaupalliseen menettelyyn. Menettely, josta vastaajaa moititaan, voi olla kiellettyä UWG:n 7 §:n 2 momentin 3 kohdan nojalla. Lisäksi on mahdollista, että mainos on kielletty UWG:n 7 §:n 2 momentin 1 kohdan nojalla.
- 9 Kanteessa esitettyjen vaatimusten perusteltavuus riippuu siitä, miten UWG:n 7 §:n 2 momentin 3 kohdassa säädettyä on tulkittava, kun otetaan huomioon direktiivissä 2002/58 säädetty. Tässä yhteydessä tulee esiin kysymyksiä, joihin annettava vastaus on epäselvä ja jotka koskevat direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdan ja 13 artiklan 1 kohdan tulkintaa.
- 10 UWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan kiellettyjä ovat kaupalliset menettelyt, jotka häiritsevät markkinatoimijaa kohtuuttomasti. UWG:n 7 §:n 2 momentin 3 kohdassa säädetään, että kohtuuttomasta häirinnästä on aina katsottava olevan kyse muun muassa, kun mainostamiseen käytetään sähköpostia ilman, että vastaanottaja on nimenomaisesti ennalta antanut siihen suostumuksensa. UWG:n 7 §:n 2 momentin 3 kohdassa säädetty sopii yhteen direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan kanssa, ja sillä pannaan täytäntöön Saksan oikeudessa direktiivin 2002/58 direktiivin 13 artiklan 1 kohta.

Näin ollen sitä on tulkittava unionin oikeuden mukaisesti direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa säädetyin perusteella.

- 11 Direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan mukaan mm. sähköpostin käyttö suoramarkkinointitarkoituksiin voidaan sallia ainoastaan, jos se kohdistuu sellaisiin tilaajiin tai käyttäjiin, jotka ovat antaneet siihen ennalta suostumuksensa. Direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdan mukaan ”sähköpostilla” tarkoitetaan yleisessä viestintäverkossa lähetettävää teksti-, puhe-, ääni- tai kuvaviestiä, joka voidaan tallentaa verkkoon tai vastaanottajan päätteelle, kunnes vastaanottaja on vastaanottanut sen. On epäselvää, täyttyvätkö nämä edellytykset käsiteltävässä asiassa kyseessä olevissa olosuhteissa.
- 12 Ensinnäkin on kyseenalaista, onko mainosta, jonka vastaaja tai sen UWG:n 8 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla toimeksiannon saanut väliintulija toimittaa ja joka näkyy erityisissä, mainoksille tarkoitetuissa kohdissa ilmaisen sähköpostipalvelun käyttäjien sähköpostilaatikoiden saapuneet-kansiossa, pidettävä direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettuna sähköpostina.
- 13 Riidanalaisessa mainoksessa on kyse direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettua tekstiviestinnästä. Direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan d alakohdan ensimmäisen virkkeen mukaan ”viestinnällä” tarkoitetaan tietoa, jota vaihdetaan tai jota siirretään tiettyjen, määrällisesti rajattujen osapuolten kesken yleisesti saatavilla olevan sähköisen viestintäpalvelun avulla. Nämä edellytykset täyttyvät. Vastaajan mainos sisältää tietoa, joka on esitetty tekstimuodossa ja jossa keuhutaan vastaajan tarjousta markkinointitarkoituksessa. Tämä tieto on siirretty määrällisesti rajatulle joukolle osapuolia. Siirto sähköpostitilin käyttäjälle tapahtui siten, että kun käyttäjä oli avannut sähköpostitilinsä internetsivun kirjautumalla palveluun sisään, Adserverin ylläpitäjä välitti viestin reaaliajassa sähköpostitilisivun saapuneet-kansioon, jossa se näytettiin kyseisen sähköpostitilin käyttäjälle. Markkinointitiedot siirrettiin lisäksi yleisesti saatavilla olevan sähköisen viestintäpalvelun avulla. Mainos toimitettiin, koska käyttäjä avasi internetissä saatavilla olevan sähköpostilaatikkonsa, ja se näkyi kyseisellä internetsivustolla saapuneiden sähköpostiviestien esittämiseen tarkoitettuun saapuneet-kansiossa. Siten mainos on siirretty – kuten sähköpostiviestitkin – sähköisessä muodossa internetissä ja näin ollen yleisesti saatavilla olevassa mediassa. Sähköpostipalvelu, jota käyttäjät voivat käyttää internetin välityksellä, on sähköinen viestintäpalvelu.

Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

- 14 Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellä pyritään selvittämään, onko riidanalainen saapuneet-kansiossa näkyvä mainos ”lähetetty” myös direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettulla tavalla.
- 15 Ylioikeus katsoi, että kun lähettämisen käsitettä tarkastellaan kokonaisuutena, yhdessä niin ikään direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa

käytettyjen sanojen ”posti” ja ”viestintäverkko” kanssa, käsitteestä seuraa, että sähköpostilla tarkoitetaan ainoastaan viestin lähettämistä yhdeltä käyttäjältä toiselle sellaisen palvelua tarjoavan yrityksen (kuten esimerkiksi sähköpostipalveluntarjoajan) välityksellä, joka huolehtii viestin siirtämisestä sähköisesti mainitun toisen käyttäjän sähköiseen ”osoitteeseen” (kuten esimerkiksi sähköpostiosoitteeseen). Tällaisesta viestin osoittamisesta tietyille asiakkaille ei ole kyse käsiteltävässä asiassa, koska Adserver näyttää mainokset ainoastaan tietyissä, määritellyissä internetsivun osissa verkkosivuun liitettyjen, ennalta määriteltyjen ”AdTags/AdSlots” -kohtien välityksellä.

- 16 Tämän alkuperäisen sähköpostiviestin käsitteen kriteereihin perustuvan tulkinnan puolesta on todettava, että kun direktiivin 2002/58 annettiin, myös direktiivin säätäjä vaikuttaa pitäneen sähköpostiviestejä direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappaleessa nimenomaisesti mainittujen tekstiviestien (SMS, lyhytsanomapalvelu) lisäksi sähköpostin klassisena muotona.
- 17 Jos direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan alakohdan tulkinnan lähtökohdaksi otetaan kyseiset ylioikeuden oikeina pitämät, alkuperäisen sähköpostiviestin käsitteen kriteereihin perustuvat vaatimukset, viestiä ei käsiteltävässä asiassa ole ”lähetetty”, jolloin riitautettua saapuneet-kansiossa näkyvää mainosta ei ole pidettävä sähköpostina. Sähköisen viestintäpalvelun käyttäjä ei lähetä saapuneet-kansiossa näkyvää mainosta kyseisen käyttäjän valitsemalle toiselle käyttäjälle palvelua tarjoavan yrityksen (kuten esimerkiksi sähköpostipalveluntarjoajan) välityksellä mainitun toisen käyttäjän sähköiseen ”osoitteeseen” (kuten esimerkiksi sähköpostiosoitteeseen), vaan Adserver näyttää sen, kun sähköpostilaatikko avataan, tietyissä, tätä tarkoitusta varten laadituissa kohdissa sattumanvaraisesti valitun käyttäjän saapuneet-kansiossa.
- 18 Ylioikeuden omaksumaa lähettämistä koskevan kriteerin tulkintaa, joka perustuu alkuperäisen sähköpostiviestin käsitteen kriteereihin, vastaan voisi puhua direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan suojelutavoite. Kyseisellä säännöksellä, jossa viitataan direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan alakohdassa määriteltyyn sähköpostin käsitteeseen ja jossa säännellään sähköpostin käyttöä, pyritään suojaamaan käyttäjiä heidän yksityisyytensä loukkaamiselta ei-toivotulla viestinnällä, joka liittyy suoramarkkinointitarkoituksiin (ks. direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappale). Kun otetaan huomioon ennakoitavissa ollut nopeasti etenevä tekninen kehitys, ei ole ilmeistä, että direktiivin säätäjän tarkoituksena oli rajoittaa sähköpostin käsite koskemaan staattisesti direktiivin voimaantulohetkellä tunnettuja ”klassisia” sähköpostin muotoja eli sähköpostiviestejä (e-mail), tekstiviestejä (SMS) ja multimediamiestejä (MMS). On todennäköisempää, että direktiivin säätäjä valitsi käyttäjien yksityisyyden suojaamiseksi dynaamisen ja teknisesti neutraalin käsitteen, joka voi kattaa esimerkiksi myös vasta viime aikoina relevanteiksi tulleet sähköiset viestit sosiaalisissa verkostoissa. Koska sähköisten viestintävälineiden käyttäjien yksityisyyttä ei voida loukata vain klassisten yksilöviestinnän muotojen, joita ovat sähköpostiviestit, tekstiviestit ja multimediamiestit, avulla lähetetyillä ei-toivotuilla viesteillä vaan yhtäläillä elektronisen massaviestinnän uusien muotojen avulla,

vaikuttaa asianmukaiselta tulkita lähettämisen käsitettä tukeutumatta alkuperäisiin sähköisen viestinnän muotoihin, joissa tietty käyttäjä lähettää viestin toiselle, ennalta määritellylle käyttäjälle, ja sen sijaan funktionaalisesti siten, että lähettämällä tarkoitetaan levittämistä.

- 19 Jos lähtökohdaksi otetaan tällainen funktionaalinen, direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan suojelutavoitteeseen perustuva tulkinta lähettämisen käsitteestä, voitaneen katsoa, että käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva saapuneet-kansiossa näkyvä mainos on lähetetty direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettulla tavalla. Tätä tukee myös direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappale. Kyseisen perustelukappaleen mukaan yleisten sähköisten viestintäverkkojen käyttäjiä olisi suojattava ei-toivottujen suoramarkkinointitarkoituksiin käytettävien viestien aiheuttamaa yksityisyyden loukkaamista vastaan, koska tällaisia ei-toivottuja markkinointiviestejä on suhteellisen helppoa ja halpaa lähettää. Nämä näkökohdat sopivat käsiteltävänä olevaan saapuneet-kansiossa näkyvään mainokseen.

Toinen ennakkoratkaisukysymys

- 20 Toisella ennakkoratkaisukysymyksellä pyritään selvittämään, mitä vaatimuksia on asetettava sille direktiivin 2002/58/EY 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa säädetyille edellytykselle, että viesti voidaan tallentaa verkkoon tai vastaanottajan päätteelle, kunnes vastaanottaja on vastaanottanut sen.
- 21 Ylioikeus katsoi, että tässä tarkoitettua vastaanottamista ei tapahdu riidanalaisen saapuneet-kansiossa näkyvän mainoksen osalta. Direktiivin 2002/58 johdanto-osan 27 perustelukappaleesta ilmenee ylioikeuden mukaan, että viestin vastaanottaminen edellyttää vastaanottajan tietoista toimintaa. Saatuaan viestistä tiedon viestin vastaanottajan on toiminnallaan – eli tietoiseen päätökseen perustuvalla puuttumisella ulkomaailmaan – hankittava tiedot, jotka on tallennettu online-tilaan. Ratkaisevaa on, että vastaanottaja voi aktivoida vastaanottamispyynnöllään ohjelman teknisten ominaisuuksien mukaisesti toimivan tietojen välittämismekanismien. Käsiteltävässä asiassa tällaista viestin vastaanottamista ei ole tapahtunut. Pikemminkin on niin, että sähköpostipalvelun käyttäjän on ainoastaan avattava Deutsche Telekom internetsivuilla oleva sähköpostipalvelu verkkoselaimella, jotta mainoslaatikko näytetään hänelle Adserverin avulla reaaliajassa, eikä käyttäjä huomaa tätä prosessia tai voi päättää tietoisesti mainoksen näytämisen puolesta tai sitä vastaan.
- 22 Tämä tulkinta on direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa käytetyn sanan ”vastaanottaminen” mahdollisen merkityksen mukainen. Tulkintaa voi lisäksi puoltaa direktiivin 2002/58 johdanto-osan 27 perustelukappaleessa säädetty. Kyseisen perustelukappaleen mukaan sähköpostissa viestin välittäminen päättyy heti, kun osoitteen omistaja vastaanottaa viestin, yleensä palvelun tarjoajansa palvelimelta. Tämä muotoilu voisi viitata siihen, että sähköpostin

vastaanottaminen edellyttää jonkinlaista käyttäjän toimintaa, jolla pyritään viime kädessä viestin siirtämiseen yleensä palveluntarjoajan palvelimelta.

- 23 Tämän suppean, toisaalta sähköpostiviesteihin tyyppitapauksena perustuvan tulkinnan perusteella riidanalainen saapuneet-kansiossa näkyvä mainos ei täytä direktiivin 2002/58 2 artiklan toisen kohdan h alakohdassa tarkoitettua sähköpostin käsitteen edellytyksiä. Avaamalla sähköpostilaatikkonsa palveluntarjoajan internetsivuilla käyttäjä osoittaa haluavansa, että hänelle näytetään ja välitetään palvelun sähköpostiviestipalvelimille tallennetut sähköpostiviestit. Yleisen elämäkokemuksen mukaan käyttäjä ei kuitenkaan yleensä toivo, että Adserver näyttää hänelle lisäksi markkinointiviestejä hänen sähköpostitilinsä saapuneet-kansioon upotettuina.
- 24 Ylioikeuden omaksumaa käsitystä vastaan puhuu sen sijaan jälleen funktionaalinen, direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan suojelutavoitteeseen perustuva tulkinta. Tämän tulkinnan mukaan käyttäjää on suojeltava ei-toivotuilta markkinointiviesteilä, joita mainostaja voi suhteellisen helposti ja halvasti lähettää sähköisen viestintäverkon välityksellä ja jotka aiheuttavat käyttäjälle rasitteita (direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappale). Kun otetaan huomioon tämä tavoite, erottelua selvästi sähköpostin käsitteen alaan kuuluvan – mahdollisesti massalähetetyn – mainosisältöisen sähköpostiviestin ja riidanalaisen markkinointiviestin välillä on vaikea pitää vakuuttavana. Molemmat viestit näkyvät saapuneet-kansiossa ja siten käyttäjän sähköpostiviestiensä lukemista varten avaamaan internetsivun sellaisessa kohdassa, jossa kansion tarkoituksen mukaisesti näytetään sähköpostiviestejä. Sen rasittavan vaikutuksen kannalta, jota direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa pyritään torjumaan, ei myöskään ole merkitystä sillä, toimitetaanko markkinointiviesti sähköpostitilin saapuneet-kansioon palveluntarjoajan sähköpostipalvelimelta tai palveluntarjoajan Adserverilta vai toimittaako sen palveluntarjoajan yhteistyökumppanina toimiva yritys. Ratkaisevana olisi sen sijaan jälleen pidettävä teknisen tulkinnan sijaan funktionaalisesti suojelutavoitteeseen perustuvaa tulkintaa, jossa otetaan huomioon mainostyyppin käyttäjää rasittava vaikutus. Tällainen tulkinta voisi perustua siihen, että riidanalainen mainos siirretään näytettäväksi sähköpostitilin saapuneet-kansioon ja siten sellaiseen kohtaan, jossa käyttäjä odottaa ainoastaan hänelle yksilöllisesti osoitettuja sähköpostiviestejä.
- 25 Tällainen suojelutavoitteeseen perustuva tulkinta sopii yhteen myös direktiivin 2 artiklan toisen kohdan h alakohdan sanamuodon kanssa. Tällöin täyttyy edellytys vastaanottamisesta, jolla tarkoitetaan käyttäjän toimintaa, jonka tarkoituksena on viime kädessä saada tiedoksi sähköpostitilin saapuneet-kansioon saapuneet viestit. Ylioikeuden tosiseikkoja koskevien toteamusten mukaan Adserver siirtää mainoksen saapuneet-kansioon sen perusteella, että käyttäjä avaa internetissä sähköpostitilinsä internetsivun ja kirjautuu siellä sisään henkilökohtaisilla sisäänkirjautumistiedoillaan. Se, että tässä yhteydessä käyttäjä yleensä haluaa saada tiedokseen vain yksityisiä tai työelämäänsä liittyviä sähköpostiviestejä eikä hänen kannaltaan epämielenkiintoisia tai häiritseviä markkinointiviestejä, kuten roskapostiviestejä (spam) tai upotettuja mainoksia, ei vaikuta mitenkään siihen,

että edellytys tarkoituksellisesta vastaanottamistoimesta täyttyy, kun käyttäjä avaa sähköpostilaatikkonsa internetissä.

- 26 Riidanalainen saapuneet-kansiossa näkyvä mainos oli tallennettuna – kunnes se näytettiin sen seurauksena, että käyttäjä kirjautui sisään – Adserverille ja siten internettiin.
- 27 Toisenlaiseen tulkintaan ei liene päädyttävä direktiivin 2002/58 johdanto-osan 27 perustelukappaleen perusteella, jossa todetaan, että sähköpostissa viestin välittäminen päättyy heti, kun osoitteen omistaja vastaanottaa viestin, yleensä palvelun tarjoajansa palvelimelta. Kyseisen perustelukappaleen perusteella ei voida katsoa, että sähköposti kattaa ainoastaan viestit, jotka on tallennettu itse palveluntarjoajan palvelimelle, jo siksiäkään, että sanan ”yleensä” käytöstä seuraa, että direktiivin säätäjä ei ole säätänyt perustelukappaleessa poissulkevaa käsitteellistä edellytystä vaan pelkästään kuvaillut tosiasiallista tyyppitapausta. Lisäksi on otettava huomioon direktiivin 2002/58 johdanto-osan 27 perustelukappaleen sääntely-yhteys. Kyseisessä perustelukappaleessa on kyse siitä, milloin liikennetiedot on poistettava. Tältä osin ratkaiseva on viestin välittämisen päättymisajankohta (ks. direktiivin 2002/58 6 artiklan 1 kohta ja johdanto-osan 26 perustelukappale). Tässä yhteydessä direktiivin 2002/58 johdanto-osan 27 perustelukappaleessa otetaan kantaa sähköpostin välittämisen päättymishetkeen, joksi katsotaan hetki, jolloin osoitteen omistaja vastaanottaa viestin. Ei ole ilmeistä, että kyseisestä perustelukappaleesta voidaan johtaa ratkaisevia kriteerejä, joiden perusteella on tulkittava direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa säädettyä käyttäjän yksityisyyden suojaa ei-toivotulta, sähköpostitse välitetyltä suoramarkkinoinnilta.

Kolmas ennakkoratkaisukysymys

- 28 Kolmannella ennakkoratkaisukysymyksellä pyritään selvittämään, onko myös silloin kyse direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitettusta sähköpostista, kun viestiä ei lähetetä jo ennen viestin välittämistä konkreettisesti määritellylle yksittäiselle vastaanottajalle vaan esitetään sattumanvaraisesti valitulle käyttäjälle, kuten on käsiteltävässä tapauksessa.
- 29 Ylioikeus katsoi, että UWG:n 7 §:n 2 momentin 3 kohdassa tarkoitettu sähköpostin käsite edellyttää, että viesti lähetetään ”yksilöllisesti” eli konkreettisesti yksilöidylle vastaanottajalle, joka on määritelty ennen viestin lähettämistä ja jonka kanssa on näin ollen voitu aiemmin kommunikoida suostumuksesta viestin lähettämiseen. Ylioikeuden mukaan tällainen tulkinta seuraa siitä, että UWG:n 7 §:n 2 momentin 2 kohdassa säänneltyjen markkinointiviestinnän muotojen sallittavuus edellyttää, että vastaanottaja on ennalta antanut nimenomaisen suostumuksensa. Edellytys tällaisesta ennalta nimenomaisesti annetusta suostumuksesta edellyttää loogisesti välttämättä, että viestillä on konkreettinen vastaanottaja, joka voisi ilmoittaa mainostajalle, suostuuko hän mainontaan vai ei. Riidanalainen mainos näytetään kuitenkin

sattumanvaraisesti valikoituneille ilmaisen sähköpostipalvelun asiakkaille eikä siihen ole voinut liittyä ennakolta kommunikointia siitä, onko asiakas antanut suostumuksensa vai ei.

- 30 Ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin on epävarma siitä, voidaanko tätä tulkintaa pitää oikeana. Direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan mukaan sähköpostin käyttö suoramarkkinointitarkoituksiin voidaan sallia ainoastaan, jos se kohdistuu sellaisiin tilaajiin tai käyttäjiin, jotka ovat antaneet siihen ennalta suostumuksensa. Tästä edellytyksestä ei kuitenkaan voida a contrario päätellä, että kaikki viestintäverkkojen välityksellä tapahtuvat suoramarkkinoinnin muodot ovat sallittuja ilman suostumusta, jos mainostajan käyttämistä teknisistä menettelyistä seuraa, että käyttäjien suostumusta ei voida hankkia ennen konkreettisen mainoksen käyttämistä.

Neljäs ennakkoratkaisukysymys

- 31 Neljännellä ennakkoratkaisukysymyksellä pyritään selvittämään, onko ainoastaan silloin kyse direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta sähköpostin käytöstä suoramarkkinointitarkoituksiin, kun todetaan, että käyttäjään kohdistuu – ylioikeuden tosiseikkana toteamaa – häiriötä vakavampi rasite.
- 32 Ylioikeus katsoi, että UWG:n 7 §:n 2 momentin 3 kohdan tarkoitus, joka on määriteltävä direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappaleen perusteella, puhuu sitä vastaan, että kyseistä säännöstä sovellettaisiin riidanalaiseen mainokseen. On totta, että sähköpostipalvelun käyttäjää häiritsee se, että mainos näkyy postilaatikossa luokiteltuna uusien, saapuneiden sähköpostiviestien joukkoon. Kun mainos vaikuttaa pikaisesti tarkasteltuna sähköpostiviestiltä ja kun siihen siten kiinnitetään enemmän huomiota kuin saapuneet-kansion ulkopuolisiin mainoksiin, sen häiritsevyysastetta on lisäksi pidettävä korkeampana kuin postilaatikon reunalla näytettävän mainoksen. Tätä häiriötä merkitsevämpää rasitetta tai direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappaleessa tarkoitettuja kustannuksia mainos ei kuitenkaan aiheuta. Saapuneet-kansiossa näkyvää mainosta ei varsinkaan lasketa mukaan asiakkaan lukemattomina näkyvien sähköpostiviestien määrään eikä se vie sähköpostitilin tallennustilaa. Koska sähköpostiviestit ja upotettu markkinointiviesti näyttävät erilaisilta, ei tärkeiden sähköisten viestien ja sähköisen markkinointiroskan erottelu toisistaan myöskään edellytä minkäänlaista vaivannäköä.
- 33 Siihen, voidaanko tällaista tulkintaa pitää oikeana, ei ole yksiselitteistä vastausta. Ylioikeuden omaksumaa tulkintaa voisi puoltaa direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappaleen sanamuoto. Kyseisessä perustelukappaleessa ei puhuta käyttäjän häiritsemisestä. Sen sijaan yleisten sähköisten viestintäverkkojen käyttäjiä on tarkoitus suojata heidän yksityisyytensä loukkaamiselta ei-toivotuilla suoramarkkinointitarkoituksiin käytettävillä viesteillä, koska tällaisia ei-toivottuja markkinointiviestejä on yhtäältä suhteellisen helppoa ja halpaa lähettää ja toisaalta ne aiheuttavat rasitteita ja/tai kustannuksia vastaanottajalle. Lisäksi myös niiden

määrä saattaa joissain tapauksissa aiheuttaa ongelmia sähköisissä viestintäverkoissa ja päätelaitteissa. Koska käsiteltävässä asiassa kyse ei ole käyttäjälle aiheutuvista kustannuksista tai ongelmista sähköisissä viestintäverkoissa ja päätelaitteissa, ratkaisevaa on, rasitetaanko saapuneet-kansiossa näkyvällä mainoksella käyttäjän yksityisyyttä. Siitä, että tältä osin voi riittää, että aiheutuu häiriö, ei kuitenkaan nimenomaisesti säädetä direktiivin 2002/58 johdanto-osan 40 perustelukappaleessa.

- 34 Toisaalta sanan ”rasite” merkitys kattaa, kun otetaan huomioon asiassa merkityksellinen yksityisyyden suojaaminen ei-toivotulta suoramarkkinoinnilta, myös yksityisyyden häiritsevän rajoittamisen, joka ilmenee siten, että kuluttajalle ei näytetä mainoksia (ainoastaan) mainosten näyttämiseen yleensä käytetyissä ja siten hänen helposti huomiotta jättämissään internetsivun osissa vaan (myös) sähköpostitilin saapuneet-kansiossa ja näin ollen sähköpostipalvelun tarjoajan internetsivujen sellaisessa osassa, jossa näytetään käyttäjälle yksilöllisesti osoitetut sähköpostiviestit ja jonne hän siksi hakeutuu tarkoituksellisesti eli jota hän tarkastelee erityisen tarkkaavaisesti. Lisäksi on niin, että yleisen elämäkokemuksen mukaan käyttäjä kokee markkinointiviestit, jotka näkyvät käyttäjälle henkilökohtaisesti osoitettujen viestien näyttämiseen tarkoitettussa saapuneet-kansiossa, enemmän hänelle yksilönä osoitetuiksi kuin laatikkomainokset, jotka näytetään esimerkiksi internetsivun reunalla ja joiden osalta on ilmeistä, että ne ovat suurelle yleisölle tarkoitettuja. Myös tällä perusteella – riippuen mainoksen tekstistä ja kohteesta – voi syntyä häiritsevämpi vaikutus.
- 35 Tässä yhteydessä on lisäksi otettava huomioon, että yksityinen, salasanalla suojattu sähköpostitili kuuluu yleisellä henkilöoikeudella suojatun yksityiselämän viettämisen alaan. Tällä alalla asianomaista ei ole tarkoitus suojata vain siltä panostukselta, jota häneltä vaaditaan siten, että hänen on tutustuttava hänelle osoitettuihin viesteihin ja erotettava mainos muista viesteistä. Hänen henkilökohtaisen itsemääräämisoikeutensa nojalla suojataan myös asianomaisen tahtoa pitää yksityiselämänsä vapaana pakosta arvioida mainoksia ja niiden suggestiovaikutusta kriittisesti. Käyttäjän yksityisyyttä sähköisen viestinnän alalla suojataan direktiivin 2002/58 1 artiklan 1 kohdan ja direktiivin johdanto-osan ensimmäisen, 12 ja 40 perustelukappaleen mukaan myös direktiivin 13 artiklan 1 kohdalla. Lisäksi on otettava huomioon, että yksityisyyttä rajoittavan markkinointitoimenpiteen häiritsevän vaikutuksen arviointiin liittyy yleisen elämäkokemuksen mukaan vaara häiriöiden kumuloitumisesta markkinointimuodon yleistymisen perusteella.
- 36 Koska direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohdan suojelutavoitteeseen perustuvan tulkinnan kannalta ratkaisevaa merkitystä on yksityisyyden suojalla eikä käyttäjän suojaamisella harhaanjohtamiselta, kyseisen säännöksen arvioinnin kannalta on merkityksetöntä, että käyttäjien saapuneet-kansioon upotettu mainos eroaa visuaalisesti sähköpostiviesteistä ja että käyttäjälle lisäksi ilmoitetaan selvästi erosta sähköpostiviesteihin nähden sillä, että saapuneet-kansiossa näkyvän mainoksen yhteydessä esitetään sana ”Anzeige” (”ilmoitus”). Muutenkin yleisen

elämäkokemuksen mukaan käyttäjältä kuluu aikaa viestin rakenteen ja markkinointiviestin näyttämisen sekä pinnallisen lukemisen perusteella myös silloin, kun hän voi tunnistaa sähköpostitilinsä saapuneet-kansiossa näkyvän markkinointiviestin ennalta selvästi ja yksiselitteisesti mainokseksi ja poistaa sen. Samoista syistä ne ylioikeuden esittämät seikat, että mainosta ei lasketa mukaan asiakkaan lukemattomina näkyviin viesteihin eikä se vie sähköpostitilin tallennustilaa, eivät ole esteenä sille, että katsotaan, että direktiivin 2002/58 13 artiklan 1 kohtaa on rikottu.

- 37 Toisin kuin ylioikeus on katsonut, tulisi sen kannalta, rajoitetaanko yksityisen sähköpostipalvelun käyttäjän yksityisyyttä, edellä todetun perusteella todellakin olla merkitystä sillä, esitetäänkö käyttäjälle mainoksia paitsi tavallisesti markkinointiviestien näyttämiseen käytetyissä kohdissa myös sähköpostipalvelun tarjoajan internetsivuston sellaisessa kohdassa, jossa on tarkoitus esittää käyttäjälle henkilökohtaisesti osoitetut sähköpostiviestit ja johon käyttäjän henkilökohtainen mielenkiinto kiinnittyy välttämättä erityisen vahvasti. Tätä puoltavat myös ylioikeuden tosiseikkoja koskevat toteamukset. Kyseinen tuomioistuin totesi, että sähköpostipalvelun käyttäjää häiritsee se, että mainos näkyy sähköpostilaatikossa luokiteltuna uusien, saapuneiden viestien joukkoon. Koska mainos voi vaikuttaa pikaisesti tarkasteltuna sähköpostiviestiltä ja siihen voidaan siksi kiinnittää enemmän huomiota kuin mainoksiin muualla kuin saapuneiden sähköpostiviestien laatikossa, on sen häiritsevyydestä pidettävä korkeampana kuin postilaatikon reunalla näytettävän mainoksen. Nämä toteamukset vastaavat yleistä elämäkokemusta.

Viides ennakkoratkaisukysymys

- 38 Käsiteltävässä asiassa tulee esiin kysymys siitä, onko riidanalainen mainos kielletty UWG:n 7 §:n 2 momentin 1 kohdan nojalla. Näiden säännösten soveltamisen yhteydessä on kysyttävä kysymys direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan ensimmäisen virkkeen tulkinnasta.
- 39 UWG:n 7 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaan UWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisessä virkkeessä tarkoitettua kohtuuttomasta häirinnästä on aina katsottava olevan kyse, kun mainostamiseen käytetään UWG:n 7 §:n 2 momentin 2 tai 3 kohdassa erikseen luettelematonta etätavoittamiseen soveltuvaa kaupallisen viestinnän välinettä, jolla kuluttajaa lähestytään sinnikkäästi, vaikka on selvää, ettei kuluttaja toivo sitä. Kyseisellä säännöksellä on pantu täytäntöön direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan ensimmäinen virke ja sitä on tulkittava kyseisen säännöksen nojalla direktiivissä säädetyn mukaisesti. Direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan ensimmäisen virkkeen mukaan kaikissa olosuhteissa sopimattomana, aggressiivisena kaupallisena menettelynä pidetään sinnikkäitä ja ei-toivottuja myyntiyhteydenottoja puhelimitse, faksitse, sähköpostitse tai muuta etävälinettä käyttäen lukuun ottamatta – käsiteltävässä asiassa epärelevantteja – perusteltavissa olevia tilanteita, jotka liittyvät sopimusvelvoitteen täyttämiseen kansallisen lainsäädännön mukaisesti. Käsiteltävässä asiassa tulee esiin kyseisen

unionin oikeuden säännöksen tulkintakysymys, johon annettava vastaus ei ole yksiselitteisen selvä.

- 40 Viidennellä ennakkoratkaisukysymyksellä pyritään selvittämään, millaisia edellytyksiä on asetettava direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan ensimmäisessä virkkeessä tarkoitettulle ”myyntiyhteydenoton” käsitteelle.
- 41 Myyntiyhteydenoton kriteeri edellyttää nimenomaisesti yksittäiselle kuluttajalle kohdistettua markkinointia. Tältä osin tulee esiin kysymys siitä, onko ainoastaan silloin kyse myyntiyhteydenoton edellytykset täyttävästä yksilöllisesti kohdistetusta mainoksesta, kun asiakkaaseen otetaan yhteys sellaisen välineen avulla, joka on alun perin tarkoitettu lähettäjän ja vastaanottajan väliseen yksilölliseen viestintään ja joita ovat esimerkiksi puhelin, faksi ja sähköpostiviestit, vai riittääkö, että – kuten on käsiteltävässä asiassa – yhteys konkreettiseen asiakkaaseen perustuu siihen, että mainos näytetään yksityisen sähköpostitilin saapuneet-kansiossa ja siten siis kohdassa, jossa asiakas odottaa hänelle yksilöllisesti osoitettuja viestejä.
- 42 Direktiivin 2005/29 liitteessä I olevan 26 kohdan ensimmäisen virkkeen sanamuodon perusteella molemmat tulkinnat ovat mahdollisia. Koska asiakas tavoitetaan – kuten edellä esitettiin – saapuneet-kansiossa näkyvällä mainoksella yksityishenkilönä ja koska lisäksi tällaiset mainokset häiritsevät häntä enemmän kuin alkuperäiset laatikkomainokset yleensä niitä varten laadituissa internetsivun osissa, jotka eivät liity mitenkään henkilöön yksilönä, näyttää myös siltä, että asialla on liittymä säännöksen suojelutavoitteeseen.