

Verkkokäyttötiedon keräämiseen liittyvät suostumusvaatimukset

Helsingin yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Viestintä- ja informaatio-oikeus
Pro gradu -tutkielma
Tammikuu 2019
Laatija: Heikki Hirvonen
Ohjaajat: Päivi Korpisaari ja
Susanna Lindroos-Hovinheimo



Tiedekunta/Osasto - Fakultet/Sektion – Faculty		Laitos - Institution – Department	
Oikeustieteellinen tiedekunta			
Tekijä - Författare – Author			
Heikki Hirvonen			
Työn nimi - Arbetets titel – Title			
Verkkokäyttätymistiedon keräämiseen liittyvät suostumusvaatimukset			
Oppiaine - Läroämne – Subject			
Viestintä- ja informaatio-oikeus			
Työn laji - Arbetets art – Level		Aika - Datum – Month and year	
Pro gradu -tutkielma		Tammikuu 2019	
		Sivumäärä - Sidoantal – Number of pages XVI + 75 s.	
Tiivistelmä - Referat – Abstract			
<p>Modernissa digitaalisessa yhteiskunnassa verkkokäyttätymistiedon hyödyntämisen merkitys on kasvanut merkittäväksi. Verkkokäyttätymistiedon keräämistä koskeva keskeinen sääntely on myös ollut murroksessa viime vuosina. Euroopan komissio julkaisi tammikuussa 2017 ehdotuksensa uudeksi sähköisen viestinnän tietosuojasetukseksi, joka tulee korvaamaan nykyisen sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin. Myös Euroopan unionin yleisen tietosuojasetuksen (EU) 2016/679 soveltaminen on alkanut toukokuussa 2018.</p> <p>Tutkielman tarkoituksena on perehtyä verkkokäyttätymistiedon keräämiseen liittyviin suostumusvaatimuksiin ja niihin liittyviin ongelmiin nykyisen sääntelykehikon valossa. Tarkastelussa perehdytään myös näiden ongelmien mahdollisiin ratkaisuihin ja valmisteilla olevan sähköisen viestinnän tietosuojasetuksen mahdollisiin vaikutuksiin.</p> <p>Suostumusvaatimusten tarkastelemisen edellyttää erityisesti suostumuksen käsitteen määrittelemistä eli pätevälle suostumukselle asetettavien vaatimusten systematisoimista sekä vaatimusten toteuttamisen tulkintaa verkkoympäristössä. Suostumuksen käsitteen määrittelemisen lisäksi suostumusvaatimusten tarkempi selvittäminen edellyttää myös yleisen tietosuojasetuksen ja sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin soveltamisalojen vertailemista ja niiden vaikutuksen arvioimista suostumusvaatimusten tulkinnan kannalta. Verkkokäyttätymistiedon keräämiseen liittyvien suostumusvaatimusten arvioimisen kannalta yleisen tietosuojasetuksen sääntelyn lisäksi keskeisin sääntely liittyy sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin päätelaitteiden suojaa koskevan 5(3) artiklan sääntelyyn ja siinä säädettyihin suostumusvaatimuksiin.</p> <p>Nykyisen sääntelykehikon puitteissa pätevän suostumuksen pyytäminen ja sen edellyttämän informaation tarjoaminen verkkoympäristössä vaikuttavat ongelmallisilta. Nykyinen sääntelykehikko näyttäisi myös mahdollistavan useita erilaisia tulkintoja suostumuksen pyytämistavan osalta. Osaa mahdollisista tulkinnoista voidaan pitää yleisen tietosuojasetuksen ja sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin perimmäisien tarkoitusten vastaisina. Valmisteilla oleva sääntely vastaa tämän hetkisten tietojen valossa osittain näihin ongelmiin.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords			
verkkokäyttätymistieto, päätelaitteiden suoja, evästeet ja muut vastaavat seurantatekniikat, suostumus, yleinen tietosuojasetus, sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi, sähköisen viestinnän tietosuojasetus			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited <input type="checkbox"/>			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

Sisällysluettelo

Lähteet	iii
Kirjallisuus ja artikkelit	iii
Virallislähteet.....	ix
Oikeuskäytäntö	xii
Verkkolähteet.....	xiii
Kuvat	xiv
Lyhenteet	xv
1. Johdanto.....	1
1.1 Verkkokäyttämistiedon merkitys digitalisoituvassa yhteiskunnassa.....	1
1.2 Tutkielman tarkoitus, rakenne ja rajaukset.....	3
1.3 Tutkimusmetodi ja keskeisimmät lähteet	5
2. Käsitteet	7
2.1 Verkkokäyttämistieto	7
2.2 Evästeet ja muut vastaavat seurantatekniikat	9
3. Suostumuksen muoto ja pätevän suostumuksen edellytykset	11
3.1 Suostumus yleisessä tietosuoja-asetuksessa	11
3.2 Vapaaehtoinen, yksilöity, tietoinen ja yksiselitteinen tahdonilmaisu.....	14
3.2.1 Vapaaehtoisuus.....	14
3.2.1.1 Ehdollisuuden vaikutus suostumuksen vapaaehtoisuuteen	15
3.2.1.2 Vallan epätasapainon vaikutus vapaaehtoisuuteen.....	18
3.2.1.3 Suostumusta koskevan pyynnön tarkkuuden vaikutus vapaaehtoisuuteen.....	20
3.2.1.4 Oikeus peruuttaa suostumus ilman haitan aiheutumista.....	22
3.2.2 Yksilöity ja tietoinen	22
3.2.2.1 Tietoinen tahdonilmaisu ja läpinäkyvyyden periaate	25
3.2.3 Yksiselitteinen	28
4. Tietosuoja-asetuksen ja ePrivacy-sääntelyn soveltamisalat	29
4.1 Yleisen tietosuoja-asetuksen ja ePrivacy-direktiivin soveltamisalat.....	29
4.2 Tulevan ePrivacy-asetuksen säätämisen vaikutus soveltamisalakysymykseen.....	33
4.3 Suostumus ePrivacy-direktiivissä.....	35
5. Verkkokäyttämistiedon keräämisen suostumusvaatimukset	37
5.1 Verkkokäyttämistiedon keräämisen oikeusperusteet	37
5.2 Evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntäminen.....	39
5.2.1 Lähtökohtana suostumus	42
5.2.1.1 Ota tai jätä -toimintamalli ja evästemuurit	44

5.2.1.2	Suostumuksen antamistavasta ja suostumuspyynnön muotoilusta.....	45
5.2.1.3	Suostumuksen antamisajankohta.....	46
5.2.1.4	Selainasetuksien kautta annettavan suostumuksen ongelmallisuus.....	48
5.2.2	Informoinnin merkitys suhteessa suostumusvaatimukseen.....	51
5.2.3	Poikkeukset suostumusvaatimuksesta	57
6.	ePrivacy-asetuksen mahdollinen vaikutus ongelmiin.....	60
6.1	Suostumusta koskeva sääntely.....	60
6.2	Evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskeva sääntely	62
7.	Yhteenveto.....	70

Lähteet

Kirjallisuus ja artikkelit

- Aarnio, Aulis 2011* Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta, Helsinki 2011.
- Buttarelli, Giovanni 2017* The Commission Proposal for a Regulation on ePrivacy: Why Do We Need a Regulation Dedicated to ePrivacy in the European Union, teoksessa *European Data Protection Law Review*, 2/2017.
- Carolan, Eoin 2016* The continuing problems with online consent under the EU's emerging data protection principles, teoksessa *Computer Law & Security Review*, volume 32, issue 3, 2016.
- De Lima, Desiree – Legge, Adam 2014* The European Union's approach to online behavioural advertising: Protecting individuals or restricting business? teoksessa *Computer Law & Security Review*, volume 30, issue 1, 2014.
- Dumortier, Jos 2016* Evaluation and Review of the ePrivacy Directive, teoksessa *European Data Protection Law Review*, 2/2016.
- Eckersley, Peter 2010* How unique is your web browser? saatavilla <https://panopticlick.eff.org/static/browser-unique-ness.pdf>, tarkistettu 4.11.2018.
- Eklund, Mia C. – Lilja, Johanna 2013* Kuluttajien profilointi markkinointitarkoituksiin – henkilötietojen käsittelyn ja tietosuojasääntelyn kehityssuuntia, teoksessa *Defensor Legis* 2013/2.

Feiler, Lukas – Forgó, Nikolaus, Weigl, Michaela 2018

The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2018.

Zuiderveen Borgesius, Frederik J. 2016

Singling out people without knowing their names – Behavioural targeting, pseudonymous data, and the new Data Protection Regulation, teoksessa Computer Law & Security Review, volume 32, issue 2 2016.

Guan, Yong – Kasera, Sneha Kumar – Wang, Cliff – Gerdes, Ryan M. 2016

Introduction, teoksessa Digital Fingerprinting, toimittanut, Wang, Cliff – Gerdes, Ryan M. – Guan, Yong – Kasera, Sneha Kumar, New York 2016.

Hanninen, Minna – Laine, Elli – Rantala, Kati – Rusi, Mari – Varhela, Markku 2017

Henkilötietojen käsittely: EU-tietosuoja-asetuksen vaatimukset, Helsinki 2017.

Helopuro, Sanna – Ristola, Juhapekka 2009

Sähköisen viestinnän tietosuoja, 2. uudistettu painos, Helsinki 2009.

Hirvonen, Ari 2012

Oikeuden ja lainkäytön teoria, Helsinki 2012.

Hirvonen, Ari 2011

Mitkä metodit – Opas oikeustieteen metodologiaan, Helsinki 2011.

Hoikka, Mikko – Neuvonen, Riku – Rautiainen, Pauli 2016

Viestintämarkkinaoikeus, Helsinki 2016.

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo 2008

Kirjoitetaan juridiikkaa: ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille, 2. uudistettu painos, Helsinki 2008.

Innanen, Antti – Saarimäki, Jarkko 2012

Internetoikeus, 2. uudistettu painos, Porvoo 2012.

Johnson, Nick 2017

The ePrivacy Regulation and adtech, teoksessa Digital Business Lawyer, volume 19, issue 7, 2017.

Johnson, Nick – Graham, Georgiana 2017

The draft ePrivacy Regulation and its impact on online advertising and direct marketing, teoksessa Digital Business Lawyer, volume 19 issue 1, 2017.

Jones, Richard – Tahri, Dalal 2011

An overview of EU data protection rules on use of data collected online, teoksessa Computer Law & Security Review, volume 27, issue 6, 2011.

Jones, Richard – Tahri, Dalal 2010

EU law requirements to provide information to website visitors, teoksessa Computer Law & Security Review, volume 26 issue 6, 2010.

Kaisto, Janne 2005

Lainoppi ja oikeusteoria – Oikeusteorian perusteista aineellisen varallisuus oikeuden näkökulmasta, Helsinki 2005.

Kirsch, S. Matthew 2011

Do-Not-Track: Revising the EU's Data Protection Framework to Require Meaningful Consent for Behavioral Advertising, teoksessa Richmond Journal of Law & Technology, Volume XVIII, Issue 1, 2011, saatavilla <http://jolt.richmond.edu/v18i1/article2.pdf>, tarkistettu 16.10.2018.

- Koivumäki, Elina 2018* Verkkokauppa ja evästeet, teoksessa Markkinointijuridiikka 2018, Porvoo 2018.
- Kolehmainen, Antti 2015* Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä, teoksessa Oikeustieteellinen opinnäyte – Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksesta, metodeista ja arvostelusta, toimittanut *Miettinen, Tarmo*, Edilex 2015.
- Korpisaari, Päivi 2018* Henkilötiedot ja paikkatiedot: Miten tietosuojalainsäädäntö vaikuttaa paikkatietojen julkaisemiseen ja luovuttamiseen, Ympäristöministeriön raportteja 10/2018, Helsinki 2018.
- Kosta, Eleni 2013 A* Consent in European Data Protection Law, Leiden 2013.
- Kosta, Eleni 2013 B* Peeking into the Cookie Jar: The European Approach towards the Regulation of Cookies, teoksessa International Journal of Law and Information Technology, volume 21, number 4, 2013.
- Krzysztofek, Mariusz 2017* Post-Reform Personal Data Protection in the European Union – General Data Protection Regulation (EU) 2016/679, Hollanti 2017.
- Leenes, Ronald – Kosta, Eleni 2015* Taming the cookie monster with Dutch law – A tale of regulatory failure, teoksessa Computer Law & Security Review, volume 31, issue 3, 2015.
- Luzak, Josia 2013* Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies, teoksessa European Review of Private Law 1/2013.
- Markou, Christina 2016* Behavioural Advertising and the New “EU Cookie Law” as a Victim of Business Resistance and a

Lack of Official Determination, teoksessa Data Protection on the Move – Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection, toimittanut *Gutwirth, Serge – Leenes, Ronald – De Hert, Paul*, New York 2016.

Mayer-Schönberger, Viktor – Cukier, Kenneth 2014

Big Data, A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think, New York 2014.

Määttä, Tapio 2006

Soft law som rättskälla på nya rättsområden i den nationella rätten, teoksessa JFT, 6/2006.

Määttä, Tapio 2005

Soft Law kansallisen oikeuden oikeuslähteenä – Tutkimus oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisen perusteista ympäristöoikeudessa, teoksessa Oikeustiede – Jurisprudentia 2005: XXXVIII.

Naranjo, Diego 2017

e-Privacy Regulation: Good Intentions but a Lot of Work to Do, teoksessa European Data Protection Law Review, volume 3, issue 2, 2017.

Neuvonen, Riku 2014

Yksityisyyden suoja Suomessa (2014), julkaistu e-kirjana Helsinki 2016.

Pesonen, Pirkko 2017

Viestinnän lait, Keuruu 2017.

Pitkänen, Olli – Tiilikka, Päivi – Warmma, Eija 2013

Henkilötietojen suoja, Helsinki 2013.

Roughton, Ashley 2018

iConsent and pesky emails – why “do nothing” is the sanest approach, teoksessa Privacy & Data Protection, volume 18, issue 6, 2018.

- Salminen, Markus 2009* Tietosuoja sähköisessä liiketoiminnassa, Talentum 2009.
- Skouma, Georgia – Léonard, Laura 2015* On-line Behavioral Tracking: What May Change After the Legal Reform on Personal Data Protection teoksessa Reforming European Data Protection Law, Lontoo 2015.
- Spiecker, Indra – Tambou, Olivia – Bernal, Paul – Hu, Margaret – et al. 2016* The Regulation of Commercial Profiling – A Comparative Analysis, teoksessa European Data Protection Law Review, 4/2016.
- Tsohou, Aggeliki – Kosta, Eleni 2017* Enabling valid informed consent for location tracking through privacy awareness of users: A process theory, teoksessa Computer Law & Security Review, volume 33, issue 4, 2017.
- Trzaskowski, Jan 2015* Privacy and the Processing of Personal Data, teoksessa Introduction to EU Internet Law, Kööpenhamina 2015.
- Voigt, Paul – von dem Bussche, Axel 2017* The EU general data protection regulation (GDPR): a practical guide, 2017.
- Zanetti, Davide – Capkun, Srdjan – Danev, Boris 2016* Types and Origins of Fingerprints, teoksessa Digital Fingerprinting, toimittanut Wang, Cliff – Gerdes, Ryan M. – Guan, Yong – Kasera, Sneha Kumar, New York 2016.

Zanfir, Gabriela 2014

Forgetting About Consent. Why The Focus Should Be On “Suitable Safeguards” in Data Protection Law, teoksessa *Reloading Data Protection – Multi-disciplinary Insights and Contemporary Challenges*, toimittanut *Gutwirth, Serge – Leenes, Ronald – De Hert, Paul*, New York 2014.

Zuiderveen Borgesius, Frederik J – Kruikemeier, Sanne – Boerman, Sophie C – Helberger, Natalie 2017

Tracking Walls, Take-It-Or-Leave-It Choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation teoksessa *European Data Protection Law Review*, 3/2017.

Virallislähteet

Euroopan komissio ja EU:n neuvoston puheenjohtajat

COM(2017) 10 final, 13256/18

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), 19.10.2018 versio.

COM(2017) 10 final

Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuojasetus).

COM(2015) 192 final

Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle digitaalisten sisämarkkinoiden strategiasta Euroopalle.

COM(2010) 609 final
Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle, Kattava lähestymistapa henkilötietojen suojaan Euroopan unionissa.

SWD(2017) 6 final
Commission Staff Working Document – Executive Summary of the Ex-post REFIT evaluation of the ePrivacy Directive.

SWD(2017) 5 final
Commission Staff Working Document – Ex-post REFIT evaluation of the ePrivacy Directive 2002/58/EC.

Hallituksen esitykset

HE 221/2013 vp
Hallituksen esitys eduskunnalle tietoyhteiskunta-kaareksi sekä laeiksi maankäyttö- ja rakennuslain 161 §:n ja rikoslain 38 luvun 8 b §:n muuttamisesta.

HE 238/2010 vp
Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi viestintämarkkinalain, radiotaajuuksista ja telelaitteista annetun lain, sähköisen viestinnän tietosuojalain ja eräiden markkinaoikeudellisten asioiden käsitte-lystä annetun lain muuttamisesta.

Tietosuojatyöryhmä (Article 29 Data Protection Working Party, WP29)

WP259 rev.01_fi
Asetuksen 2016/679 suostumusta koskevat suun-
taviivat.

WP251 rev.01_fi
Suuntaviivat automatisoiduista yksittäispäätök-
sistä ja profiloinnista asetuksen (EU) 2016/679
täytäntöönpanemiseksi.

WP249_fi
Lausunto 2/2017 tietojenkäsittelystä työpaikalla.

WP247_fi
Lausunto 1/2017 ehdotuksesta sähköisen viestin-
nän tietosuoja-asetukseksi (2002/58/EY).

WP224_fi	Lausunto 9/2014 direktiivin 2002/58/EY soveltamisesta laitesormenjälkiin.
WP208_en	Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies.
WP194_fi	Lausunto 04/2012 evästeisiin liittyvää suostumusta koskevasta vapautuksesta.
WP187_fi	Lausunto 15/2011 suostumuksen määritelmästä.
WP171_fi	Lausunto 2/2010 käyttötottumuksia seuraavasta internetmainonnasta.

Euroopan tietosuojaneuvosto (European Data Protection Board, EDPB)

European Data Protection Board (EDPB) 2018 A

Endorsement 1/2018, Endorsement of GDPR WP29 guidelines by the EDPB.

European Data Protection Board (EDPB) 2018 B

Euroopan tietosuojaneuvoston lausunto sähköisen viestinnän tietosuoja-asetuksen tarkistuksesta ja sen vaikutuksesta henkilöiden yksityisyyden suojaan ja heidän viestintänsä luottamuksellisuuteen, 25.5.2018.

Euroopan tietosuojavaltuutettu (European Data Protection Supervisor, EDPS)

European Data Protection Supervisor (EDPS) 2018 A

Summary of the Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Regulation on Pirvacy and Electronic Communications (ePrivacy Regulation), teoksessa, Euroopan unionin virallinen lehti, 2017/C234.

Euroopan komissio

Euroopan komissio 2017 A

Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector (SMART 2016/0080), Euroopan unioni 2017.

European Network and Information Security Agency (ENISA)

European Network and Information Security Agency (ENISA) 2012

Privacy considerations of online behavioural tracking -raportti, kirjoittanut *Castelluccia, Claude – Narayanan, Arvind*, 2012.

Oikeusministeriö

Oikeusministeriö 2017

EU:n yleisen tietosuojasetuksen täytäntöönpanotyöryhmän (TATTI) mietintö, Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 35/2017.

Oikeuskäytäntö

Euroopan unionin tuomioistuin

C-582/14

Patrick Breyer

C-70/10

Scarlet Extended SA

C-543/09

Deutsche Telekom AG

C-28/08 P

Bavarian Lager Co

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2018:112

Verkkolähteet

European Data Protection Supervisor (EDPS) 2018 B

The urgent case for a new ePrivacy law -verkkoartikkeli, saatavilla https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/blog/urgent-case-new-eprivacy-law_en, tarkistettu 1.12.2018.

Euroopan komissio 2017 B

Euroopan komission lehdistötiedote, Komissio ehdottaa korkeatasoisen yksityisyydensuojan varmistavia sääntöjä kaikkeen sähköiseen viestintään ja päivittää EU:n toimielimiä koskevia tietosuojasääntöjä, saatavilla http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-16_fi.htm, tarkastettu 2.10.2018.

Noyb.eu 2018

GDPR: noyb.eu filed four complaints over "forced consent" against Google, Instagram, WhatsApp and Facebook -verkkoartikkeli, saatavilla <https://noyb.eu/4complaints/>, tarkistettu 11.11.2018.

Shavit, Noa 2017

Ad Tech: Before and After Online Behavioral Data -verkkoartikkeli, saatavilla <https://www.jumpshot.com/ad-tech-online-behavioral-data/>, tarkistettu 9.10.2018.

Szymielewicz, Katarzyna – Budington Bill 2018

The GDPR and Browser Fingerprinting: How it Changes the Game for the Sneakiest Web Trackers -verkkoartikkeli, saatavilla <https://www.eff.org/deeplinks/2018/06/gdpr-and-browser-fingerprinting-how-it-changes-game-sneakiest-web-trackers>, tarkistettu 16.10.2018.

Ustaran, Eduardo 2018

Cookie Consent Is the New Panic -verkkoartikkeli, saatavilla <https://www.hldataprotection.com/2018/07/articles/international-eu-privacy/cookie-consent-is-the-new-panic/>, tarkistettu 20.11.2018.

Ustaran, Eduardo 2014

Cookie Consent – What’s Changed? -verkkoartikkeli, saatavilla <https://iapp.org/news/a/cookie-consent-whats-changed/>, tarkistettu 13.11.2018.

Viestintävirasto

Evästeitä koskeva ohjeistus, saatavilla <https://www.viestintavirasto.fi/kyberturvallisuus/tietoturvaohjeet/palveluidenturvallinen-kaytto/evasteet.html>, tarkistettu 10.11.2018.

Kuvat

Kuva 1

Suostumuksen edellytykset, s. 11.

Kuva 2

ePrivacy-direktiivin ja EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 päivätyn asetusehdotuksen pääsääntö evästeiden ja muiden vastaavien seuranta-tekniikoiden hyödyntämiselle, s. 64.

Kuva 3

ePrivacy-direktiivin ja EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 päivätyn asetusehdotuksen poikkeukset, s. 69.

Lyhenteet

DSM-strategia	Digitaalisten sisämarkkinoiden strategia
EDPB	European Data Protection Board (Euroopan tietosuojaneuvosto)
EDPS	European Data Protection Supervisor (Euroopan tietosuojavaltuutettu)
ePrivacy-direktiivi	sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin ja sitä muuttaneen uudistuneen sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin muodostama sääntelykokonaisuus
ePrivacy-asetus	Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus)
EU	Euroopan unioni
EU:n perusoikeuskirja	Euroopan unionin perusoikeuskirja, 2012/C 326/02
Euroopan unionin tuomioistuin	EUT
HE	Hallituksen esitys eduskunnalle
Henkilötiedodirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 95/46/EY yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta
Sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/58/EY henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla
SEUT	Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus
TSA ja yleinen tietosuoja-asetus	Euroopan Parlamentin ja Neuvoston Asetus (EU) 2016/679 luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta

Uudistettu sähköisen viestinnän
tietosuojadirektiivi

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi
2009/136/EY yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuk-
sista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen
alalla annetun direktiivin 2002/22/EY, henkilötie-
tojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköi-
sen viestinnän alalla annetun direktiivin
2002/58/EY ja kuluttajansuojalainsäädännön täy-
täntöönpanosta vastaavien kansallisten viran-
omaisten yhteistyöstä annetun asetuksen
(EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta
Article 29 Data Protection Working Party (tieto-
suojatyöryhmä)

WP29

1. Johdanto

1.1 Verkkokäyttäjätiedon merkitys digitalisoituvassa yhteiskunnassa

Modernissa digitaalisessa yhteiskunnassa henkilötietojen ja ihmisten verkkokäyttäjätiedon hyödyntämisen merkitys yrityksille, yksityishenkilöille ja valtioille on kasvanut merkittäväksi. Verkkokäyttäjätietoa pystytään hyödyntämään useilla eri tavoilla, kuten käyttötottumuksia seuraavassa internetmainonnassa ja palveluiden personoimisessa¹ sekä kehittämisessä. Esimerkiksi Google pystyi ennustamaan jo vuonna 2009 keräämänsä verkkokäyttäjätiedon perusteella H1N1-viruksen leviämistä Yhdysvalloissa.² Vastaavasti Amazon pystyy suosittamaan³ ja markkinoimaan käyttäjilleen sopivia kirjoja ja muita tuotteita heidän verkkokäyttäjätietojensa perusteella. Ihmisten verkkokäyttäjätiedosta kerätäänkin huomattavasti erilaista tietoa, jota voidaan hyödyntää käyttäjätiedon ennustamiseen tai esimerkiksi markkinointiviestinnän kohdentamiseen ja personoimiseen.

Myös Euroopan komissio on havahtunut yhteiskunnan digitalisoitumiseen ja verkkokäyttäjätiedon merkitykseen. Komissio julkaisi vuonna 2015 digitaalisten sisämarkkinoiden (*Digital Single Market*) strategian Euroopalle⁴ (jäljempänä ”DSM-strategia”). DSM-strategian tarkoituksena oli vastata kiihtyvään tahtiin digitalisoituvan yhteiskunnan ja maailmantalouden tuomiin taloudellisiin, yhteiskunnallisiin ja yksilöiden suojaan kohdistuviin haasteisiin luomalla Euroopan Unionille (jäljempänä ”EU”) digitaaliset sisämarkkinat, joilla tavat, ihmiset, palvelut ja pääoma voisivat liikkua vapaasti. Tämän lisäksi DSM-strategian tarkoituksena oli turvata sisämarkkinoilla myös korkeatasoinen tietosuojajärjestelmä ja kuluttajansuoja sekä mahdollistaa terve kilpailu.⁵ Komission DSM-strategia rakentuu kolmen erillisen peruspilarin varaan, jotka koskettavat kuluttajien ja yritysten verkkotuotteiden ja palveluiden saannin parantamista sisämarkkinoilla, suotuisien olosuhteiden luomista digitaaliverkoille ja -palveluille sekä Euroopan digitaalisen talouden kasvupotentiaalin maksimointia.⁶

Digitaalisia palveluita ja henkilötietojen käsittelyä koskevalla sääntelyllä on suuri merkitys digitaalisten sisämarkkinoiden turvallisuuden ja luottamuksen vahvistamisen kannalta⁷.

¹ Markou 2016, s. 216 – 218.

² Mayer-Schönberger – Cukier 2014, s. 2 – 3.

³ Mayer-Schönberger – Cukier 2014, s. 132 ja 147.

⁴ Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle digitaalisten sisämarkkinoiden strategia Euroopalle, COM(2015) 192 final.

⁵ COM(2015) 192 final, s. 3.

⁶ COM(2015) 192 final, s. 3 – 4.

⁷ COM(2015) 192 final, s. 9 ja 13 – 14.

Tältä osin henkilötietojen käsittelemistä koskevaa sääntelyä on DSM-strategian julkistamisen jälkeen yhtenäistetty EU tasolla. Rekisteröityjen oikeuksia ja henkilötietoja käsittelevien tahojen velvollisuuksia on pyritty vahvistamaan ja täsmentämään⁸ Euroopan Parlamentin ja Neuvoston Asetuksella (EU) 2016/679 luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta (”yleinen tietosuojasetus”, jäljempänä myös ”TSA”), jonka soveltaminen alkoi toukokuun 25 päivänä 2018.

Tällä hetkellä yleisen tietosuojasetuksen lisäksi henkilötietojen, kuten verkkotunnistietojen⁹, hyödyntämiseen liittyy erityisesti sähköistä viestintää ja päätelaitteiden suojaa koskevaa erityissääntelyä¹⁰. Nykyinen eurooppalainen sähköistä viestintää koskeva sääntely rakentuu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2002/58/EY henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla (jäljempänä ”sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi”) sekä sitä muuttaneen Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2009/136/EY yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla annetun direktiivin 2002/22/EY, henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla annetun direktiivin 2002/58/EY ja kuluttajansuojalainsäädännön täytäntöönpanosta vastaavien kansallisten viranomaisten yhteistyöstä annetun asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta varaan (jäljempänä ”uudistettu sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi”). Tässä tutkielmassa sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin ja uudistetun sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin muodostamasta kokonaisuudesta käytetään selventävää ja yksinkertaistavaa nimitystä ”ePrivacy-direktiivi”.

ePrivacy-direktiivin tarkoituksena on ollut täsmentää ja selkiyttää sähköisiin viestimiin liittyvää sääntelyä ja mahdollistaa EU:n perusoikeuskirjan (Euroopan unionin perusoikeuskirja, 2012/C 326/02) 7 artiklan mukaisen perusoikeuden, viestinnän luottamuksellisuuden, toteutuminen.¹¹ Nykyistä sääntelyä on kuitenkin joiltain osin pidetty epäselvänä ottaen erityisesti huomioon teknologian kehityksen¹². Sääntely on myös johtanut jäsenvaltioissa erilaisiin soveltamiskäytäntöihin esimerkiksi päätelaitteiden suojaan liittyvän suostumuksen osalta¹³. Euroopan komissio onkin pyrkinyt vastaamaan näihin ongelmiin julkaisemalla DSM-strate-

⁸ Ks. TSA:n johdanto-osan 11 perustelukappale.

⁹ Ks. TSA:n johdanto-osan 30 perustelukappale.

¹⁰ Ks. TSA:n johdanto-osan 173 perustelukappale ja 95 artikla, joiden perusteella TSA:ssa ei puututa siihen näiden erityissääntelynä pidettävässä Privacy direktiivissä säädettyihin erityisiin velvoitteisiin.

¹¹ Naranjo 2017, s. 152.

¹² SWD(2017) 5 final, s. 41 ja 47.

¹³ De Lima – Legge 2014, s. 69.

giaan liittyen tammikuussa 2017 ehdotuksen uudeksi sähköisen viestinnän tietosuoja-asetukseksi, COM(2017) 10 final, Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus, jäljempänä myös ”ePrivacy-asetus”), jolla pyritään entisestään parantamaan luottamusta digitaalisiin sisämarkkinoihin ja niiden turvallisuuteen.¹⁴ Ehdotuksen tarkoituksena on yhdenmukaistaa sähköistä viestintää koskeva sääntely suhteessa yleiseen tietosuoja-asetukseen.¹⁵ Kyseisestä ePrivacy-asetusta koskevasta ehdotuksesta on sittemmin annettu useampia lausuntoja ja ehdotuksia, joista viimeisin tässä tutkielmassa tarkasteltu ehdotusluonnos on EU:n neuvoston puheenjohtajien ehdotusluonnos lokakuulta 2018¹⁶.

1.2 Tutkielman tarkoitus, rakenne ja rajaukset

Pro gradu -tutkielmani tarkoituksena on perehtyä verkkokäyttäytymistiedon keräämiseen liittyviin suostumusvaatimuksiin ja niihin liittyviin ongelmiin. Keskityn tutkielmassani tarkastelemaan verkkokäyttäytymistiedon keräämistä koskevia suostumusvaatimuksia ja niihin liittyviä ongelmia tämän hetkisen sääntelyn eli ePrivacy-direktiivin ja yleisen tietosuoja-asetuksen valossa. Suostumusvaatimusten tarkastelemisen edellyttää erityisesti suostumuksen käsitteen määrittelemistä eli pätevälle suostumukselle asetettavien vaatimusten systematisoimista sekä vaatimusten tulkintaa verkkoympäristössä.

Kiinnitän tutkielmassani lisäksi huomiota yleisen tietosuoja-asetuksen ja ePrivacy-direktiivin soveltamisalojen selkeyttämiseen ja tämän vaikutukseen verkkokäyttäytymistiedon keräämistä koskevissa suostumusvaatimuksissa. Nykyisen sääntelyn suostumusvaatimusten ja niihin liittyvien ongelmien lisäksi tarkastelen myös ePrivacy-asetusta koskevaan ehdotukseen perustuvia mahdollisia muutoksia ja niiden vaikutusta nykyisen lainsäädännön ongelmiin ja suostumusvaatimusten tulkintaan. ePrivacy-asetusta tarkastellaan tutkielmassa EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 julkaisemaan ehdotusversioon sekä alkuperäiseen Euroopan komission 10.1.2017 julkaisemaan ehdotukseen perustuen.

¹⁴ COM(2017) 10 final, s. 2.

¹⁵ Ks. Euroopan komissio 2017 B, Komissio ehdottaa korkeatasoisen yksityisyydensuojan varmistavia sääntöjä kaikkeen sähköiseen viestintään ja päivittää EU:n toimielimiä koskevia tietosuoja-sääntöjä -lehdistötiedote, tarkistettu 2.10.2018.

¹⁶ EU:n neuvoston puheenjohtajat ovat julkaisseet 19.10.2018 viimeisimmän ehdotuksensa (13256/18) ePrivacy-asetuksen muotoiluksi.

Pro Gradu -tutkielmani voidaan jakaa karkeasti kolmeen eri kokonaisuuteen. Ensimmäisessä kokonaisuudessa lähdän liikkeelle keskeisimpien käsitteiden määrittelemisestä toisaalta tietosuoja-asetuksen ja toisaalta ePrivacy-direktiivin kannalta. Keskityn erityisesti määrittelemään tämän hetkisen tulkinnan verkkokäyttäjätiedon, evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden sekä suostumuksen käsitteistä. Kiinnitän myös erityistä huomiota pätevän suostumuksen edellytysten systematisoimiseen.

Tutkielman toisessa osassa keskityn verkkokäyttäjätiedon keräämisen liittyvien suostumusvaatimusten selvittämiseen. Näiden osalta tarkastelussa kiinnitetään erityisesti huomiota ePrivacy-direktiivistä ja sen kansallisesta implementaatiosta johdettavissa oleviin vaatimuksiin evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämisen osalta sekä informoinnin merkitykseen suostumusvaatimuksille. Tarkastelussa sivutaan myös lyhyesti henkilötiedon käsittelyn oikeusperusteita, joita ei kuitenkaan tutkimusekonomisista syistä tarkastella lyhyttä katsausta syvällisemmin. Tutkielman viimeisessä osassa tarkastelu kohdistuu ePrivacy-asetusehdotukseen perustuviin mahdollisiin tuleviin muutoksiin ja sen arviointiin, näyttäisikö tuleva sääntely ratkaisevan suostumusvaatimuksiin liittyviä ongelmia tai selkiyttäväkään sääntely vallitsevia tulkintakäytäntöjä.

Pro gradu -tutkielmassani huomioidaan ePrivacy-direktiivin luonteen vuoksi myös nykyisen ePrivacy-direktiivin kansallinen implementaatio Suomessa, joskin tältä osin tulkintakäytännössä tukeudutaan laajalti taustalla olevasta EU-tason sääntelystä johdettaviin tulkintoihin. Kansallisen sääntelyn osalta tarkastelun ulkopuolelle on rajattu 5.12.2018 säädetty kansallinen tietosuojalaki (1050/2018). Tutkielman ulkopuolelle on rajattu myös tietoyhteiskunnan palveluihin liittyvät lapsen suostumuksen erityistilanteet. Tämän lisäksi tutkielmassa ei tarkastella TSA:n 9 artiklan mukaista nimenomaista suostumusta tai erityisiin henkilötietoryhmiin liittyvää henkilötietojen käsittelyä siitä huolimatta, että verkkokäyttäjätietoa voisi mahdollisesti sisältää tällaista tietoa.

Tässä tarkastelussa ei myöskään perehdytä tarkemmin profilointiin liittyviin suostumusvaatimuksiin. Tarkastelun ulkopuolelle rajataan yleisesti myös verkkokäyttäjätiedon tarkemmat tietosisällöt, kuten mahdollinen geolokaatiotieto, ja näiden tietosisältöjen vaikutus suostumusvaatimuksiin. Tutkielmassa ei myöskään käsitellä tutkimusekonomisista syistä tarkemmin joulukuussa 2018 säädettyä eurooppalaista sähköisen viestinnän säännöstöä¹⁷ tai

¹⁷ Ks, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2018/1808 eurooppalaisesta sähköisen viestinnän säännöstöstä (uudelleenlaadittu).

sen vaikutusta verkkokäyttäytymistiedon keräämiseen liittyvien suostumusvaatimusten tulkintaan. Pätevän suostumuksen lisäedellytyksien eli 7(1) artiklan osoitusvelvollisuuden ja 7(3) artiklan peruuttamisoikeuden tarkastelu rajataan tutkimusekonomisista syistä lyhyeksi yleiskatsaukseksi, kuten myös käsittelyn oikeusperusteiden tarkastelu.

1.3 Tutkimusmetodi ja keskeisimmät lähteet

Hyödynnän pro gradu -tutkielmassani lainopillista tutkimusmetodia eli oikeusdogmaattista metodia, jonka tarkoituksena on voimassa olevan oikeuden selvittäminen.¹⁸ Oikeusdogmaattisessa metodissa pyritään selvittämään, systematisoimaan sekä tulkitsemaan oikeuden sisältöä ja sääntöjä kussakin tutkittavassa oikeusongelmassa.¹⁹ Tarkoituksena on siis systematisoinnin, tulkinnan ja punninnan avulla luoda kannanotto siitä, mitä voimassa oleva oikeus on.²⁰

Systematisoinnilla tarkoitetaan eräänlaista lainopin teoreettista ulottuvuutta²¹, jossa pyritään jäsentämään ja määrittämään yleisiä oikeusoppeja oikeusalakohtaisesti. Tästä syntyy uusia oikeudellisia teorioita ja uusia oikeusalojen yleisiä oppeja.²² Systematisoinnissa voidaan toisaalta myös katsoa olevan kysymys oikeusnormien välisten suhteiden määrittelemisestä ja niiden järjestämisestä loogiseksi kokonaisuudeksi. Käytännössä kyseessä on siis pohjimmiltaan olemassa olevan lain säännöksiin pohjautuvan järjestelmän uudelleen järjestäminen erillaiseen muotoon.²³ Systematisoinnilla mahdollistetaan viime kädessä oikeuden yleiskatsauksellisuus, täsmällisyys ja ajattelun ekonomisuus.²⁴ Pyrkimyksenä on siten eräällä tavalla koherentin teoreettisen kokonaiskuvan ja järjestelmän luominen, joka on irrallinen yksittäisistä oikeudellisista kysymyksistä²⁵ ja kasuistisista yksittäistapauksista.

Tulkinnalla eli lainopin praktisella ulottuvuudella²⁶ pyritään puolestaan selvittämään kunkin oikeusnormilausekkeen sisältöä,²⁷ eli antamaan oikeuslähteestä eräänlainen tulkintakannanotto²⁸. Siitä huolimatta, että tulkinnan voidaan katsoa olevan praktista toimintaa ja systematisoinnin teoreettista, ei niitä voida pitää toisistaan erillisinä.²⁹ Kyseessä on enemmänkin

¹⁸ Hirvonen 2011, s. 21 – 23.

¹⁹ Husa – Mutanen – Pohjolainen 2008, s. 20.

²⁰ Hirvonen 2011, s. 25.

²¹ Hirvonen 2011, s. 25.

²² Aarnio 2011, s. 104.

²³ Kaisto 2005, s. 352.

²⁴ Aarnio 2011, s. 97 – 98.

²⁵ Kolehmainen 2015, s. 19.

²⁶ Hirvonen 2011, s. 25.

²⁷ Hirvonen 2011, s. 24.

²⁸ Hirvonen 2011, s. 38.

²⁹ Aarnio 2011, s. 104 – 105.

eräänlainen symbioosi, jossa systematisointi muokkaa tulkintaa ja tulkinta puolestaan systematisointia.

Pyrin tutkielmassani sekä systematisoimaan että tulkitsemaan voimassa olevaa oikeutta verkkokäyttäjätiedon keräämistä koskevien suostumusvaatimusten osalta. Tämän lisäksi tutkielmassani on myös *de lege ferenda* – arvioinnin piirteitä, sillä tarkastelen myös valmisteltavana olevaa sääntelyä – ePrivacy-asetusta, ja sitä näyttäisikö se vastaavan nyky sääntelyn ongelmakohtiin. Tältä osin arvioinnissa huomioidaan ePrivacy-asetusta koskevan ehdotuksen oikeuslähdeopillinen asema ja se, ettei sille voida antaa varsinaista painoarvoa samalla tavalla kuin esimerkiksi vahvasti tai heikosti velvoittaville auktoriteetilähteille³⁰. ePrivacy-asetusta koskevan ehdotukselle annetaan lähinnä painoarvoa sallittuihin oikeuslähteisiin rinnastuvana lähteenä arvioitaessa nykyisen sääntelyn ongelmien ratkaisemista tulevaisuudessa.

Tutkielmassani hyödynnettyjä pääasiallisia lähteitäni ovat yleinen tietosuoja-asetus ja ePrivacy-direktiivi sekä niiden johdanto-osien perustelukappaleet ja direktiivin kansallinen implementaatio, sähköisen viestinnän palveluista annettu laki (2014/917), ja kyseistä kansallista lakia koskevat hallituksen esitykset. Tutkielmassani hyödynnetään myös joiltain osin Euroopan unionin tuomioistuimen (”EUT”) ratkaisusta johdettavia oikeusohjeita. Tutkielmassani tarkastellaan lisäksi Euroopan komission valmisteluasiakirjoja ja komission teettämiä ePrivacy-direktiiviä koskevia arvioita ja selvityksiä. Hyödynnän myös runsaasti muita sallittuihin oikeuslähteisiin³¹ lukeutuvia, tutkielmani aihepiiriä käsitteleviä tieteellisiä artikkeleita, oikeuskirjallisuutta ja verkkoartikkeleita.

Tietosuoja-asetuksen mukaisen suostumuksen määrittämisen ja evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevien tulkintojen kannalta yhden keskeisimmistä hyödynnetyistä lähteistäni ovat Euroopan tietosuojaneuvoston (*European Data Protection Board*, jäljempänä ”EDPB” tai ”tietosuojaneuvosto”) 25.5.2018 hyväksymät³² henkilötietodirektiivin³³ 29 artiklan mukaisen tietosuojatyöryhmän (jäljempänä ”WP29”) antamat suuntaviivat ja lausunnot. Näistä erityisesti asetuksen 2016/679 mukaista suostumusta koskevat suuntaviivat (WP259 rev.01, jäljempänä ”WP259”) ovat keskeisessä roolissa tutkielmassani suostumusta määriteltäessä. WP29:n lausuntoja ja suuntaviivoja voidaan lähinnä pitää niin sanottuna *soft*

³⁰ Ks auktoriteetilähteistä, esim. Hirvonen 2012, s. 151 ja Hirvonen 2011, s. 43.

³¹ Sallituilla oikeuslähteillä tarkoitetaan sellaisia ei-velvoittavia oikeuslähteitä, joiden hyödyntäminen on kuitenkin sallittua ja vahvistaa perusteluita. Ks. Hirvonen 2012, s. 155 – 157 ja Hirvonen 2011, s. 42 – 43.

³² EDPB 2018 A, s. 1.

³³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 95/46/EY annettu 24 päivänä lokakuuta 1995, yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta (”henkilötietodirektiivi”).

law -sääntelynä³⁴, sillä ne eivät sellaisenaan ole sitovia. WP29:n tarkoituksena on lähinnä ollut toimia neuvoo-antavana kansallisten valvontaviranomaisten yhteistyöelimenä³⁵. Erityisesti suostumusta koskevien lausuntojen ja suuntaviivojen osalta vaikuttaisi kuitenkin siltä, että WP29:n lausunnoille ja linjauksille voitaneen antaa suostumuksen käsitteen tulkinnassa merkitystä, sillä yleisen tietosuoja-asetuksen suostumusta koskeviin artikloihin ja johdanto-osan perustelukappaleisiin on pitkälti tuotu WP29:n aikaisemmassa tulkintakäytännössä esitettyjä linjauksia³⁶.

2. Käsitteet

2.1 Verkkokäyttäytymistieto

Verkkokäyttäytymistietoa ei ole suoraan määritelty tällä hetkellä sovellettavassa tietosuojasääntelyssä. Tukea käsitteen määrittelemiseen voitaneen hakea WP29:n aikaisemmasta, vuonna 2010 julkaisemasta verkkokäyttäytymiseen perustuvaa markkinointia koskevasta lausunnosta (Lausunto 2/2010 käyttötottumuksia seuraavasta internetmainonnasta, jäljempänä ”WP171”). Tältä osin on kuitenkin huomioitava, ettei EDPB ole vahvistanut kyseistä lausuntoa, joten sille voitaneen antaa vain rajoitetusti merkitystä käsitteen määrittelemisessä.

Kyseisen lausunnon mukaan käyttötottumuksia seuraavalla internetmainonnalla tarkoitetaan sellaista markkinointia, joka perustuu henkilön verkossa toteutuneesta käyttäytymisestä ja liikkumisesta kerättyyn tietoon, jota käytetään kohdennettaessa henkilölle hänelle sopivaa mainontaa.³⁷ Tältä osin myös oikeuskirjallisuudessa käyttötottumuksia seuraavalla internetmainonnalla on katsottu tarkoitettavan samaa asiaa.³⁸ Kerättyä tietoa voivat olla esimerkiksi henkilön käyttäjätunnuksen tieto, sivuvierailut sekä erilaiset henkilön toteuttamat toimenpiteet verkkosivuilla, kuten klikkaukset ja hakutoimintojen käyttäminen sekä henkilön IP-osoitetta koskevat tiedot.³⁹ Tästä käyttötottumuksia seuraavasta internetmainonnan käsitteestä voidaan puolestaan johtaa verkkokäyttäytymistiedon käsite. Käytännössä verkkokäyt-

³⁴ *Soft law* -sääntelyllä tarkoitetaan pitkälti muodollisesti ei-velvoittavaa sääntelyä, joka on kuitenkin relevanttia huomioiden normiperustan ja oikeuslähteiden laajentumisen. Tyypillisesti *soft law* -lähteet voivat olla erilaisia viranomaistahojen suosituksia ja lausuntoja. Ks. Määttä 2005, s. 342 – 343 ja tarkemmin Määttä 2006.

³⁵ Pitkänen – Tiilikka – Warma 2013, s. 254.

³⁶ WP259 rev.01_fi, s. 3.

³⁷ WP171_fi, s. 3 – 5.

³⁸ Skouma – Léonard 2015, s. 37 ja Kirsch 2011 s. 20.

³⁹ WP171_fi, s. 3 – 5 ja 10.

täytymistiedolla tarkoitetaan siis kaikkea henkilön eri verkkosivuilla koskevaa käyttäytymistä kuvaavaa tietoa yhdistettynä henkilön laitteesta saataviin tietoihin⁴⁰. Tällaista tietoa ovat esimerkiksi henkilön tekemät ostokset, kiinnostuksen kohteet⁴¹ ja käyttämät hakusanat yhdistettynä päätelaitteen tai selaimen verkkotunnistietoihin, kuten evästeillä kerättyyn selaushistoriaan⁴² tai IP-osoitteeseen⁴³.

Ennen yleistä tietosuojasetusta ei edellä mainittua verkkotunnistietoa selkeästi kytetty sääntelyssä henkilötietoon. Toisaalta esimerkiksi WP29:n käyttötottumuksia seuraavaa internetmainontaa koskevasta lausunnosta voitiin jossain määrin päätellä verkkotunnistietojen luonne henkilötietona.⁴⁴ Myös EUT:n oikeuskäytännössä oli katsottu, että muun muassa IP-osoite voi olla henkilötieto. Ratkaisussa C-582/14 (*Patrick Breyer v. Saksan valtio*, ”Patrick Breyer”) on todettu, että dynaamista internetprotokollaosoitetta voidaan pitää henkilötietona, jos se yhdistetään muuhun tietoon, jonka perusteella henkilö voidaan tunnistaa.⁴⁵ Myös aikaisemmassa EUT:n ratkaisussa C-70/10 (*Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL, Belgian Entertainment Association Video ASBL:n ja Belgian Entertainment Association Music ASBL:n*, ”Scarlet Extended SA”) tuomioistuin on tulkinnut, että IP-osoitteet voivat olla suojattuja henkilötietoja, jos niiden avulla voidaan tunnistaa luonnollisia henkilöitä.⁴⁶

Sääntelyn epäselvä tilanne muuttui yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkamisen myötä, kun oikeuskäytännössä todetulla tavalla verkkotunnistietojen kerrottiin nimenomaisesti olevan henkilötietoja. TSA:n johdanto-osan 30 perustelukappaleen mukaan erilaisien laitteiden, sovellusten ja työkalujen verkkotunnistiedot, kuten IP-osoitteet, evästeet ja muut tunnisteet ymmärretään selkeästi henkilötiedoksi, sillä luonnollinen henkilö voidaan tietyissä tilanteissa tunnistaa kyseisien tietojen perusteella. Vastaavasti verkkotunnistiedon käsite on myös tuotu suoraan henkilötiedon määritelmään 4 artiklan 1 kohdan 1 alakohdassa. Käytännössä tämä yleisessä tietosuojasetuksessa otettu linja tarkoittaa sitä, että myös verkkokäyttäytymistietoa, joka koostuu verkkotunnistiedoista ja henkilön verkossa tapahtunutta käyttäytymistä kuvaavasta tiedosta, voidaan pitää henkilötietona, jos luonnollinen henkilö voidaan tunnistaa suoraan tai epäsuorasti tämän tiedon perusteella.

⁴⁰ Skouma – Léonard 2015, s. 37 – 38.

⁴¹ Skouma – Léonard 2015, s. 36.

⁴² Shavit 2017, Ad Tech: Before and After Online Behavioral Data -verkkoartikkeli, tarkistettu 9.10.2018.

⁴³ WP171_fi, s. 10.

⁴⁴ Ks. mm. WP171_fi, s. 10.

⁴⁵ Ks. C-582/14 tuomiolauselma.

⁴⁶ Ks. C-70/10, ratkaisun kohta 51.

2.2 Evästeet ja muut vastaavat seurantatekniikat

Yksi yleisimmistä tavoista verkkokäyttäjätiedon keräämiseen on tiedon kerääminen evästeiden (*Cookies*) avulla. Evästeellä tarkoitetaan kansallisessa sääntelyssämme pientä tietomäärää, kuten tekstitiedostoa,⁴⁷ jonka verkkopalvelun tarjoajan palvelin lähettää palvelun käyttäjän selaimelle. Samalla tieto tallennetaan käyttäjän päätelaitteelle, kuten esimerkiksi tietokoneelle tai älypuhelimelle. Verkkopalvelun tarjoajan palvelin voi tämän jälkeen pyytää kyseisen tiedon takaisin.⁴⁸ Vastaavaa evästeen määritelmää on käytetty myös WP171:ssä⁴⁹ sekä muualla eurooppalaisessa oikeuskirjallisuudessa⁵⁰.

Evästeet ovat useimmiten tarpeellisia verkkopalvelun palvelimen ja selainohjelman välisen toiminnan takaamiseksi⁵¹, mutta niitä voidaan myös käyttää palvelun käyttäjän toimintaa koskevien tietojen⁵² eli siis verkkokäyttäjätiedon keräämiseen sekä mainosten ja markkinoinnin vaikutusten seuraamiseen⁵³. TSA:n johdanto-osan 30 perustelukappale ja 4 artiklan 1 kohdan henkilötiedon määritelmä huomioiden evästeet voidaan katsoa henkilötiedoiksi, jos ne voidaan liittää tunnistettuun tai tunnistettavissa olevaan luonnolliseen henkilöön.

Evästeet voidaan jakaa eri tyyppisiin evästeisiin muutamalla eri tavalla. Yksi tavoista on evästeiden jakaminen niiden asettavan tahon perusteella ensimmäisen osapuolen evästeisiin (*First-party cookie*) ja kolmannen osapuolen evästeisiin (*Third-party cookie*). Ensimmäisen osapuolen evästeet ovat käytännössä vierailun verkkosivun, eli selaimen osoitepalkista näkyvän sivun asettamia evästeitä. Kolmannen osapuolen evästeet ovat vastaavasti vierailusta verkkosivusta ulkopuolisen tahon asettamia evästeitä. Kolmannen osapuolen evästeitä voidaan käyttää esimerkiksi sisällön, kuten mainosten, lisäämiseen verkkosivulle.⁵⁴ Käytännössä sekä ensimmäisen että kolmannen osapuolen evästeitä voidaan käyttää verkkosivun käyttäjän toimintaa koskevan tiedon seuraamiseen, vaikka useimmiten ensimmäisen osapuolen evästeitä käytetäänkin lähinnä verkkosivun perustoimintojen tarjoamiseen⁵⁵ tai verkkosivua koskevien tilastojen keräämiseen.⁵⁶

⁴⁷ HE 238/2010 vp, s. 21.

⁴⁸ Innanen – Saarimäki 2012, s. 98.

⁴⁹ WP171_fi, s. 6.

⁵⁰ Ks. esim. Kirsch 2011, s. 21 ja Skouma – Léonard 2015, s. 39 sekä ENISA 2012, s. 6.

⁵¹ Innanen – Saarimäki 2012, s. 97.

⁵² Spiecker – Tambou – Bernal – Hu et al. 2016, s. 537.

⁵³ Pesonen 2017, s. 79.

⁵⁴ Skouma – Léonard 2015, s. 39 – 40

⁵⁵ Kirsch 2011, s. 21.

⁵⁶ SWD(2017) 5 final, s. 42.

Ensimmäisen ja kolmannen osapuolen evästeiden lisäksi evästeet voidaan jakaa myös niiden eliniän sekä tallentamissijainnin perusteella pysyviin evästeisiin (*Persistent cookie*) ja vain palvelun käytön ajan säilyviin evästeisiin (*Session cookie*) sekä selainohjelman ulottuvilla oleviin evästeisiin että selainohjelman ulottumattomissa oleviin evästeisiin, kuten esimerkiksi *Flash*-evästeisiin⁵⁷ (kutsutaan myös nimellä *Local Shared Object*) eli evästeisiin, joita ei voida hallita ja poistaa selainohjelman kautta.⁵⁸ Palvelun käytön ajan säilyviä evästeitä hyödynnetään tyypillisesti sivun ominaisuuksien tarjoamiseen ja ne poistuvat kun selain suljetaan. Pysyvillä evästeillä puolestaan pyritään useimmiten keräämään tietoa verkkosivulla vierailevien tahojen käyttäytymisestä ja niiden tarkoituksena on säilyä myös selaimen sulkemisen jälkeen, jotta verkkosivulla käynyt taho voidaan tunnistaa ja hänen aikaisempi toimintansa yhdistää häneen.⁵⁹

Evästeiden lisäksi verkkokäyttäjätietoa kerätään pitkälti myös muilla vastaavilla seurantatekniikoilla. Tällaisia muita vastaavia seurantatekniikoita ovat esimerkiksi javascript-tiedostot (*Javascript files*)⁶⁰ sekä laite- ja selainsormenjäljet (*Device fingerprint ja Browser fingerprint*)⁶¹. Javascript-tiedostolla tarkoitetaan verkkosivulta selaimelle latautuvaa javascript-ohjelmatiedostoa, jonka avulla voidaan päästä käsiksi mm. käyttäjän selaimelle asetettuihin tietoihin, kuten sivuhistoriaan tai päivittää ensimmäisen osapuolen evästeiden tietoja.⁶² Laite- ja selainsormenjäljillä puolestaan tarkoitetaan seurantatekniikkaa, jossa käyttäjän selaimen tai päätelaitteen tietojen perusteella käyttäjälle lasketaan matemaattinen tunniste, jonka perusteella hänen selaimensa tai päätelaitteensa voidaan tunnistaa yhdistettynä muuhun käyttäjästä kerättyyn tietoon.⁶³ Tällaisia hyödynnettäviä tietoja ovat esimerkiksi selainsormenjälkien kohdalla erilaiset selaimen asetukset, kuten kellonaika, kieli, resoluutio ja käytetyt fontit.⁶⁴ Käytännössä selain- ja laitesormenjälkiä on vaikeaa havaita⁶⁵, eivätkä ne luonteensa puolesta aina tallenna suoraan käyttäjän päätelaitteelle tai selaimelle tietoja, vaan vain hyödyntävät selaimesta tai päätelaitteesta saatavia tietoja.⁶⁶

⁵⁷ Ks. esim. Kirsch 2011, s. 22 ja ENISA 2012, s. 7.

⁵⁸ Innanen – Saarimäki 2012, s. 100 – 101.

⁵⁹ Skouma – Léonard 2015, s. 40.

⁶⁰ Skouma – Léonard 2015, s. 41.

⁶¹ WP224_fi, s. 4 ja Skouma – Léonard 2015, s. 41.

⁶² ENISA 2012, s. 6 – 7.

⁶³ ENISA 2012, s. 7.

⁶⁴ Skouma – Léonard 2015, s. 41.

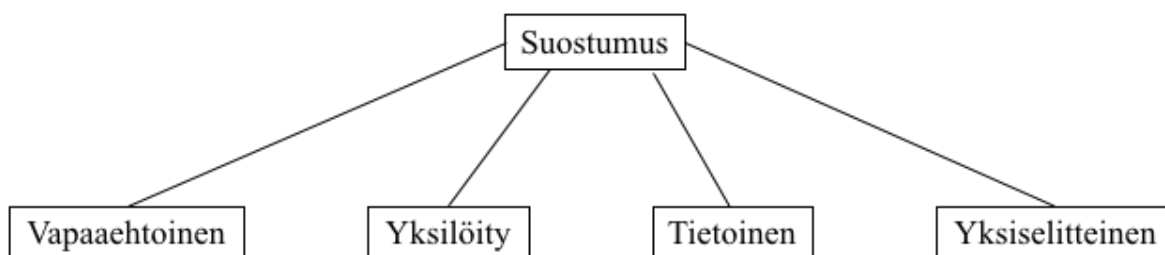
⁶⁵ WP224_fi, s. 7 ja ENISA 2012, s. 7.

⁶⁶ Szymielewicz – Budington 2018, The GDPR and Browser Fingerprinting: How it Changes the Game for the Sneakiest Web Trackers -verkkoartikkeli, tarkistettu 16.10.2018.

3. Suostumuksen muoto ja pätevän suostumuksen edellytykset

3.1 Suostumus yleisessä tietosuoja-asetuksessa

TSA:n 4 artiklan 11 kohdan mukaan rekisteröidyn suostumuksella tarkoitetaan mitä tahansa rekisteröidyn vapaaehtoista, yksilöityä, tietoista ja yksiselitteistä tahdonilmaisua, jolla rekisteröity hyväksyy häntä koskevien henkilötietojen käsittelemisen. Tämä tahdonilmaisuu voidaan antaa toteuttamalla jokin selkeästi suostumusta ilmaiseva toimi tai antamalla suostumusta koskeva lausuma.⁶⁷



Kuva 1: Suostumuksen edellytykset.

Vaikka suostumus on määritelty TSA:n 4 artiklan 11 kohdassa, ei 11 kohdan sanamuodosta voida tarkalleen päätellä sitä, mitä vapaaehtoinen, yksilöity, tietoinen ja yksiselitteinen tahdonilmaisuu tarkoittaa. TSA:n 4 artiklan 11 kohdan suostumuksen määritelmän tulkitsemisen keskeisimpiä tulkintalähteitä ovat yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan perustelukappaleet ja Euroopan tietosuojaneuvoston 25.5.2018 hyväksymät⁶⁸ WP29:n antamat asetuksen 2016/679 mukaista suostumusta koskevat suuntaviivat (WP259 rev.01). Näissä suuntaviivoissa WP29 on avannut yleisen tietosuoja-asetuksessa säädettyjä pätevää suostumusta koskevia vaatimuksia ja täsmennyksiä.

Käytännössä yleisen tietosuoja-asetuksen suostumuksen käsitteen tulkinta pohjautuu myös pitkälti WP29:n aikaisempaan suostumuksen käsitettä koskevaan lausuntoon (lausunto 15/2011 suostumuksen määritelmästä, jäljempänä, ”WP187”), sillä yleisen tietosuoja-asetuksen sääntelyssä on tosiasiallisesti koottu yhteen aikaisempia WP29:n suostumusta koskevia ohjeistuksia ja tulkintakäytäntöjä. Tästä johtuen yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisen

⁶⁷ Krzysztófek 2017, s. 66 – 68.

⁶⁸ EDPB 2018 A, s. 1.

suostumuksen käsitteen tulkinnassa voitaneen nojautua myös aikaisempiin suostumusta koskeviin lausuntoihin niiltä osin, kun ne eivät poikkea yleisen tietosuojasetuksen sääntelyä.⁶⁹

WP187:n perusteella suostumusta koskevan sääntelyn keskeisimpinä tarkoituksina on aikaisemmin ollut toisaalta suostumuksen toimiminen yhtenä tietojenkäsittelyn oikeusperusteista ja toisaalta taas rekisteröityjen henkilötietojen käsittelemisen valvonnan mahdollistaminen.⁷⁰ Kysymys on siis tietyllä tavalla rekisteröityjen tiedollisen itsemääräämisoikeuden varmistamisesta.⁷¹ Tätä suostumuksen merkitystä rekisteröityjen tiedollisen itsemääräämisoikeuden varmistamisessa korostavat myös EU:n perusoikeuskirjan artikloiden muotoilut, joiden perusteella suostumus toimii pitkälti yksilön itsemääräämisoikeuden mahdollistajana antamalla yksilölle mahdollisuuden tehdä itsenäisesti päätöksiä hänen henkilötietojensa käyttämisestä⁷².

Suostumuksen keskeisimmät tarkoitukset vaikuttaisivat pysyneen samoina myös yleisessä tietosuojasetuksessa – toisin sanoen suostumuksen on yhä tarkoitus toimia tiedollisen itsemääräämisoikeuden varmistajana ja henkilötietojen käsittelyn oikeusperusteena.⁷³ Käytännössä siten myös aikaisemmat WP187:ssä esitetyt kannanotot näihin teemoihin liittyen ovat yhä varteenotettavia yleisen tietosuojasetuksen mukaisen suostumuksen tulkinnassa.

Edellä mainitun TSA:n 4 artiklan 11 kohdan suostumuksen määritelmän lisäksi TSA:n 7 artiklassa on asetettu pätevää suostumusta koskevia lisäedellytyksiä. Näitä ovat erityisesti 7(1) artiklassa ja johdanto-osan 42 perustelukappaleessa⁷⁴ rekisterinpitäjälle määritelty osoitusvelvollisuus suostumuksen olemassaolosta ja 7(3) artiklan mukainen rekisteröidyn oikeus peruuttaa suostumus milloin tahansa. TSA:n 7 artiklan 2 ja 4 kohta tarkentavat puolestaan pääasiallisesti TSA:n 4 artiklan 11 kohdan mukaista suostumuksen määritelmää. Suostumuksen lisäedellytyksiä ei käsitellä alla olevaa lyhyttä esitystä tarkemmin tässä pro gradu -tutkielmassa.

⁶⁹ Ks. WP259 rev.01_fi, s. 3.

⁷⁰ WP187_fi, s. 6 ja 9.

⁷¹ Pesonen 2017, s. 99.

⁷² Carolan 2016, s. 463.

⁷³ WP259 rev.01_fi, s. 3 ja TSA:n johdanto-osan 7 ja 40 perustelukappaleet, joista 40 perustelukappaleen mukaan suostumus on yhä yksi henkilötietojen käsittelyn oikeusperusteista. Tämä 40 perustelukappaleen muotoilu on tuotu TSA:n 6 artiklan 1 kohdan a alakohtaan. Lisäksi johdanto-osan 7 perustelukappaleen mukaan asetuksen keskeisenä tarkoituksena on antaa luonnollisille henkilöille mahdollisuus valvoa omien henkilötietojensa käsittelyä.

⁷⁴ TSA:n johdanto-osan 42 perustelukappaleen mukaan rekisterinpitäjän on voitava osoittaa, että rekisteröity on antanut suostumuksen käsittelytoimiin, jos tietojenkäsittelyn perustuu suostumukseen.

Osoitusvelvollisuutta koskeva lisäedellytys tarkoittaa sitä, että suostumukseen perustuvassa tietojenkäsittelyssä rekisterinpitäjän on pystyttävä osoittamaan, että rekisteröity on antanut suostumuksensa kussakin yksittäistapauksessa⁷⁵. Käytännössä rekisterinpitäjällä on 7(1) artiklan johdosta todistustaakka suostumuksen olemassaolosta ja myös kaikkien pätevän suostumuksen osatekijöiden olemassaolosta⁷⁶. Tämä osoitusvelvollisuus jatkuu aina suostumukseen perustuvan tietojenkäsittelyn alkamisesta käsittelytoiminnan päättymiseen asti.⁷⁷ Suostumuksen peruuttamiseen liittyen, WP29:n mukaan rekisterinpitäjällä on myös TSA:n 7(1) artiklan perusteella osoitusvelvollisuus suostumuksen vapaaehtoisuudesta ja siitä, ettei suostumuksen peruuttamisesta aiheudu haittaa rekisteröidylle.⁷⁸ Tämän tulkinnan perusteella osoitusvelvollisuuden voitaneen siis katsoa koskevan myös suostumuksen peruuttamisen helppoutta eli rekisterinpitäjän olisi osoitettava, ettei sen määrittelemä suostumuksen peruuttamista ole hankalampi kuin sen antamista.

Pätevän suostumuksen toisen lisäedellytyksen, peruuttamisoikeuden, on oltava 7(3) artiklan mukaan yhtä helppoa, kuin mitä suostumuksen antaminen on.⁷⁹ Peruuttamismenettelylle ei ole annettu yleisessä tietosuojasetuksessa mitään tiettyä määrämuotoa, joten peruuttamisen ei välttämättä tarvitse tapahtua samalla tavalla tai samassa toimintaympäristössä kuin missä suostumus on pyydetty⁸⁰. Toisaalta tältä osin oikeuskirjallisuudessa on esitetty päinvastainenkin tulkinta ja katsottu, että jos rekisteröity antaa suostumuksen verkkosivulla, on rekisteröidyn pystyttävä antamaan peruutus myös verkkosivulla⁸¹. Tältä osin 7(3) artiklan sanamuoto ei vaikuta suoraan tukevan vaatimusta siitä, että peruuttamisen pitäisi olla mahdollista samalla tavalla verkkosivulla, vaan 3 kohdan perusteella keskeistä vaikuttaisi olevan ainoastaan se, että peruuttamisen on oltava yhtä helppoa kuin suostumuksen antamisen. Vaikuttaisikin siltä, että olennaista olisi vain se, että peruuttamisesta ei saa aiheutua haittaa⁸² rekisteröidylle, eikä se saa olla vaikeampaa kuin suostumuksen antaminen⁸³. Käytännössä

⁷⁵ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 93.

⁷⁶ WP259 rev.01_fi, s. 10.

⁷⁷ WP259 rev.01_fi, s. 22.

⁷⁸ WP259 rev.01_fi, s. 11.

⁷⁹ Pesonen 2017, s. 82.

⁸⁰ Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.4.6 Mahdollisuus peruuttaa suostumus ja suostumuksen tarpeellisuus.

⁸¹ Feiler – Forgó – Weigl 2018, s. 88.

⁸² WP259 rev.01_fi, s. 11.

⁸³ WP259 rev.01_fi, s. 23.

tämä tarkoittanee sitä, että, jos suostumus pyydetään esimerkiksi verkkosivulla ruudun raskittamisella, ei rekisteröityä voida vaatia peruuttamaan suostumusta maksullisella kirjatulla kirjeellä rekisterinpitäjän ilmoittamaan toimipaikkaan.

Oikeudesta peruuttaa suostumus on myös tiedotettava rekisteröityä ennen suostumuksen antamista. Käytännössä tämä tarkoittanee sitä, että suostumusta koskevan pyynnön yhteydessä on ilmoitettava siitä, miten rekisteröity voi peruuttaa suostumukseen.⁸⁴ Peruuttamisen jälkeen kaiken suostumukseen perustuvan käsittelyn on päätyttävä. Jos henkilötietojen käsittelylle ei ole muuta oikeusperustetta, niin suostumukseen perustuvat henkilötiedot on poistettava⁸⁵ henkilötietojen säilytyksen rajoittamisen periaatteen mukaisesti⁸⁶. Suostumuksen peruuttamisen osalta on myös syytä huomioida, että rekisterinpitäjien osalta suostumuksen peruuttaminen ei kuitenkaan vaikuta sellaisen käsittelyn lainmukaisuuteen, joka on perustunut suostumukseen ja tapahtunut ennen suostumuksen peruuttamista.⁸⁷

3.2 Vapaaehtoinen, yksilöity, tietoinen ja yksiselitteinen tahdonilmaisu

3.2.1 Vapaaehtoisuus

Yleisessä tietosuoja-asetuksessa annettu suostumuksen määritelmä koostuu selkeästi neljästä erillisestä edellytyksestä tai osatekijästä – suostumuksen on oltava vapaaehtoinen, yksilöity, yksiselitteinen ja tietoinen tahdonilmaisu. Ensimmäisellä osatekijällä, vapaaehtoisuudella, tarkoitetaan yksinkertaisimmillaan sitä, että rekisteröidyllä on oltava todellinen mahdollisuus valita hyväksyvä tai kieltävä vastaus hänen henkilötietojensa käsittelemiseen sekä ylipäättensä rekisteröidyllä on oltava mahdollisuus kieltäytyä suostumuksen antamisesta.⁸⁸ Tästä vaatimuksesta seuraa, että vapaaehtoisuuden on aina perustuttava rekisteröidyn aitoon vapaan valinnan mahdollisuuteen ilman, että rekisteröity joutuu pelottelun, harhaanjohtamisen tai pakottamisen kohteeksi.⁸⁹ Rekisteröidyllä ei voida myöskään katsoa olevan todellista vapaan valinnan mahdollisuutta, jos rekisteröity kokee olevansa pakotettu antamaan suostumuksensa tai mikäli suostumuksen antamatta jättämisestä aiheutuu hänelle kielteisiä seurauksia⁹⁰, kuten merkittävää haittaa⁹¹.

⁸⁴ WP187_fi, s. 20.

⁸⁵ WP259 rev.01_fi, s. 24.

⁸⁶ Ks. TSA:n 5 artiklan 1 kohdan e alakohta.

⁸⁷ Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.4.6 Mahdollisuus peruuttaa suostumus ja suostumuksen tarpeellisuus.

⁸⁸ Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.4.2 Edellytyksenä rekisteröidyn tietoisuus ja vapaaehtoisuus.

⁸⁹ WP187_fi, s. 13.

⁹⁰ WP259 rev.01_fi, s. 6 ja Krzysztofek 2017, s. 70.

⁹¹ WP187_fi, s. 13.

Käytännössä tahdonilmaisun vapaaehtoisuuden osalta on vielä huomioitava useampia yksittäistapauksissa arviointiin vaikuttavia osatekijöitä, jotka voidaan määritellä neljään eri ryhmään:

1. Ehdollisuuden vaikutus suostumuksen vapaaehtoisuuteen;
2. vallan epätasapainon vaikutus vapaaehtoisuuteen;
3. suostumusta koskevan pyynnön tarkkuuden vaikutus vapaaehtoisuuteen; ja
4. oikeus peruuttaa suostumus ilman haitan aiheutumista.

3.2.1.1 Ehdollisuuden vaikutus suostumuksen vapaaehtoisuuteen

Ehdollisuuden vaikutuksella suostumuksen vapaaehtoisuuteen tarkoitetaan TSA:n 7(4) artiklassa määriteltyä suostumuksen vapaaehtoisuuden arviointia. 7(4) artiklan mukaan vapaaehtoisuutta arvioitaessa on otettava mahdollisimman kattavasti huomioon muun muassa se, onko jonkin palvelun tarjoamisen tai muun sopimuksen täytäntöönpanon ehdoksi asetettu suostumus sellaisten henkilötietojen käsittelyyn, jotka eivät ole tarpeen kyseisen sopimuksen täytäntöönpanoa tai palvelun tarjoamista varten.⁹² Tätä sopimuksen ja palvelun täytäntöönpanoon liittyvää ehdollisuutta on käsitelty myös TSA:n 43 perustelukappaleessa, jonka mukaan suostumusta ei katsota vapaaehtoisesti annetuksi, jos sopimuksen täytäntöönpanon, mukaan lukien palvelun tarjoamisen, edellytyksenä on suostumuksen antaminen huolimatta siitä, että tällainen suostumus ei ole tarpeellista sopimuksen täytäntöön panemiseksi.

TSA:n 7(4) artiklasta ilmenevän ehdollisuuden kiellon laajuus ei selviä täysin suoraan 4 kohdan sanamuodon perusteella.⁹³ 7(4) artiklan tarkoituksena vaikuttaisi kuitenkin olevan sen varmistaminen, ettei kahta erillistä henkilötietojen käsittelyn oikeusperustetta – suostumusta ja sopimusta voitaisi yhdistää keskenään keinottelutarkoituksissa. TSA:n 7(4) artiklan ideana vaikuttaisi siis olevan estää pyrkimykset salata käsittelyn tarkoitus rekisteröidyltä ja estää suostumuksen sitominen sopimuksen tai palvelun täytäntöönpanoon, johon suostumukseen perustuva henkilötietojen käsittely ei ole tarpeen.⁹⁴ Tämä WP259:ssä esitetty tulkinta vaikuttaisi johtavan siihen, että 7(4) artikla viittaisi nimenomaisesti suostumukseen perustuvaan henkilötietojen käsittelyyn eikä pelkkään suostumukseen. Tältä osin oikeuskir-

⁹² Voigt – von dem Busche 2017, s. 95.

⁹³ Voigt – von dem Busche 2017, s. 95.

⁹⁴ WP259 rev.01_fi, s. 8.

jallisuudessa on esitetty vastakkainenkin tulkinta, jossa on katsottu, että 7(4) artiklan englanninkielisen version loppuosa ”*is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract*” viittaisi nimenomaisesti vain suostumuksen tarpeellisuuteen, eikä suostumukseen perustuvan henkilötietojen käsittelyn tarpeellisuuteen.⁹⁵

Tämä tarkoittaisi käytännössä sitä, että 7(4) artikla soveltuisi vain niissä tilanteissa, joissa suostumus, ei henkilötietojen käsittely, ei olisi tarpeen sopimuksen täytäntöönpanoa varten. Tällaiseen tulkintaan voitaneen päätyä tarkastelemalla yleisen tietosuoja-asetuksen 7(4) artiklan ja johdanto-osan 43 perustelukappaleen englanninkielistä sanamuotoa. Toisaalta tulkinta, jossa 7(4) artiklan katsottaisiin koskevan vain pelkän suostumuksen tarpeellisuutta, ei suostumukseen perustuvan henkilötietojen käsittelyn tarpeellisuutta, ei tosiasiallisesti vaikuttaisi olevan suostumuksen tarkoituksen⁹⁶ tai yleisen tietosuoja-asetuksen päämäärien mukainen, sillä se estäisi rekisteröityjä valvomasta ja päättämästä henkilötietojensa käsittelystä tehokkaasti. Tulkinta voisi myös tosiasiallisesti vaikuttaa negatiivisesti EU:n perusoikeuskirjan 8 artiklassa ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 16 artiklassa määriteltyyn luonnollisen henkilön oikeuteen henkilötietojen suojaan, joiden voidaan katsoa kuuluvan luonnollisten henkilöiden perusoikeuksiin⁹⁷. Vaikuttaisikin siten loogisemmalta tulkita 7(4) artiklan koskevan WP259:ssä esitetyn⁹⁸ mukaisesti nimenomaisesti suostumukseen perustuvan henkilötietojen käsittelyn tarpeellisuutta.

7(4) artiklan kohdalla on myös huomattava käsittelyn oikeusperusteiden osalta, ettei suostumus voine tulla kyseeseen käsittelyn oikeusperusteena niissä tilanteissa, joissa henkilötietojen käsittely on tarpeen sopimuksen täytäntöön panemisesta johtuen. Tällaisessa tilanteessa on kyseessä TSA:n 6(1) artiklan b alakohdassa mainittuun oikeusperusteeseen⁹⁹ perustuva käsittely.¹⁰⁰ Tosiasiallisesti sopimuksen täytäntöönpanoa ei voitane lainkaan linkittää sellaiseen suostumukseen perustuvaan henkilötietojen käsittelyyn, joka ei ole tarpeellinen sopimuksen täytäntöön panemiseksi.¹⁰¹

⁹⁵ Feiler – Forgó – Weigl 2018, s. 88.

⁹⁶ Ks. suostumuksen tarkoituksesta Carolan 2016, s. 463.

⁹⁷ Ks. TSA:n johdanto-osan 1 perustelukappale.

⁹⁸ WP259 rev.01_fi, s. 8 – 9.

⁹⁹ TSA 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan henkilötietojen käsittely on lainmukaista, jos käsittely on tarpeen sellaisen sopimuksen täytäntöön panemiseksi, jossa rekisteröity on osapuolena tai jos kyseessä on sopimuksen tekemistä edeltävien toimenpiteiden toteuttaminen rekisteröidyn pyynnöstä.

¹⁰⁰ WP259 rev.01_fi, s. 9.

¹⁰¹ Voigt – von dem Busche 2017, s. 95 – 96.

WP259:ssä on pidetty esimerkkinä tällaisesta 7(4) artiklassa esitetystä kielletystä toiminnasta kuvankäsittelyyn tarkoitettua mobiilisovellusta, jonka käyttäminen edellyttää rekisteröityä aktivoimaan GPS-paikantamisen päätelaitteessaan, GPS-paikantamisen perusteella saatuja tietoja ei hyödynnetä itse kuvankäsittelyssä, vaan käyttäytymiseen perustuvan verkkomainnon tarjoamiseen.¹⁰² Vastaavana tilanteena voitaisiin mahdollisesti pitää myös sosiaalisen median keskustelualustoja tai kuvanjakopalveluita, joiden käyttäminen edellyttäisi sitä, että rekisteröity hyväksyy ylimääräisten, palvelun tarjoamisen kannalta tarpeettomien verkkokäyttäytymistietojen käsittelemisen myös muita tarkoituksia varten, kuten esimerkiksi markkinointitarkoituksissa, vaikka nämä tiedot eivät tosiasiallisesti liity sosiaalisen median keskustelualustan tai kuvanjakopalvelun tarjoamiseen.¹⁰³

7(4) artiklan tulkinnassa on myös huomioitava 4 kohdan sanamuoto – kohdassa on käytetty muun muassa -sanamuotoa. Kyseisen sanamuodon hyödyntäminen 7(4) artiklassa tarkoittaa pitkälti sitä, ettei 7(4) artiklan listaus ole tyhjentävä, vaan kohtaa olisi tulkittava laajasti, jolloin myös kaikenlaiset muut mahdolliset tilanteet sopimuksien ja palveluiden tarjoamisen lisäksi on otettava huomioon suostumuksen vapaaehtoisuuden arvioinnissa. WP29 on päätenyt vastaavaan tulkintaan WP259:ssä ja todennut yleisesti, että suostumus on epäpätevä, jos rekisteröityyn on kohdistunut mitä tahansa epäasianmukaista painostusta tai vaikuttamista, joka estää rekisteröityä hyödyntämästä omaa vapaata tahtoaan¹⁰⁴.

Toisaalta tämän lisäksi WP29 on kuitenkin tulkinnut, että muun muassa -sanamuodon hyödyntäminen tarkoittaa sitä, etteivät 7(4) artiklan asettamat vaatimukset ehdollisuuden suhteen ole täysin ehdottomia. Toisin sanoen on mahdollista, että joissain harvoissa erityistapauksissa ehdollisuus ei tekisi suostumuksesta pätemätöntä.¹⁰⁵ Tältä osin TSA:n 7(4) artiklassa on käytetty kuitenkin myös muotoilua ”otettava mahdollisimman kattavasti huomioon”. Tämä muotoilu puolestaan näyttäisi viittaavan siihen, että, jos edellä mainitun kaltainen tilanne olisi mahdollinen, niin se olisi hyvin harvinainen. Tätä suppeaa tulkintaa tukee lisäksi TSA:n johdanto-osan 43 perustelukappaleessa käytetty muotoilu ”Suostumusta ei katsota vapaaehtoisesti annetuksi”, joka viittaa sanamuotonsa perusteella hyvinkin tarkkaan tulkintaan sopimuksien ja muiden palveluiden tarjoamisen yhteydessä¹⁰⁶.

¹⁰² WP259 rev.01_fi, s. 6.

¹⁰³ Esimerkiksi Noyb.eu jätti 25.5.2018 neljä erillistä valitusta kansallisille tietosuojaviranomaisille Googlen, Instagramin, WhatsAppin ja Facebookin suostumusta koskevista käytännöistä, ks Noyb.eu 2018, GDPR: noyb.eu filed four complaints over ”forced consent” against Google, Instagram, WhatsApp and Facebook -verkkoartikkeli, tarkistettu 11.11.2018.

¹⁰⁴ WP259 rev.01_fi, s. 6.

¹⁰⁵ WP259 rev.01_fi, s. 10.

¹⁰⁶ WP259 rev.01_fi, s. 10.

Tämän lisäksi WP29 on myös todennut, ettei 7(4) artiklan tarkoitusta voitaisi kiertää siten, että rekisterinpitäjä väittäisi, että rekisteröidyllä on myös rekisterinpitäjän palvelun tarjoamiseen liittyvän, ylimääräisiä käyttötarkoituksia koskevan suostumuksen antamisen sijaan mahdollisuus valita vastaava kilpaileva palvelu. Käytännössä näissä tilanteissa rekisteröity jäisi yleisen markkinakehityksen armoille ja olisi riippuvainen muista markkinatoimijoista¹⁰⁷ ja kyseessä olisi pitkälti niin sanottu ”ota tai jätä”-tilanne, joita on käytetty verkkoympäristöissä esimerkiksi evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevien suostumusten kohdalla¹⁰⁸.

Tätä rekisterinpitäjän kannalta kapeaa tulkintaa suostumuksen hyödynnettävyyteen sopimuksien ja palveluiden tarjoamisen yhteydessä tukee myös TSA:n säätämistarkoitus – luonnollisten henkilöiden suojeleminen henkilötietojen käsittelemisen yhteydessä ja perusoikeuksien ja vapauksien huomioiminen.¹⁰⁹ Lisäksi TSA:n johdanto-osan 11 perustelukappaleessa korostetaan erityisesti rekisteröityjen oikeuksien ja vastaavasti rekisterinpitäjien ja muiden henkilötietoja käsittelevien tahojen velvollisuuksien vahventamista ja täsmentämistä.¹¹⁰ Näistä seikoista johtuen on epätodennäköistä, että 7(4) artiklaa päädyttäisiin tulkitsemaan laveasti tai rekisteröityjen etujen vastaisesti. Tämä olisi myös suostumuksen tarkoituksen¹¹¹ vastaista, sillä tulkittaessa 7(4) artiklaa laveasti, rekisteröity ei voi tosiasiallisesti valvoa hänen henkilötietojensa käyttämistä ja tehdä vapaasti päätöstä siitä, mihin tarkoitukseen hänen henkilötietojaan käytetään.

3.2.1.2 Vallan epätasapainon vaikutus vapaaehtoisuuteen

Vapaaehtoisuuteen liittyvän aidon vapaan valinnan mahdollisuuden arvioinnissa on puolestaan keskeisiltä osin huomioitava rekisteröidyn ja rekisterinpitäjän välillä mahdollisesti vallitseva epäsuhta¹¹² – eräänlainen vallan epätasapaino¹¹³. Tällä epäsuhdalla tarkoitetaan TSA:n johdanto-osan 43 perustelukappaleen mukaan esimerkiksi tilanteita, joissa viran-

¹⁰⁷ WP259 rev.01_fi, s. 10.

¹⁰⁸ Ks. esimerkiksi Kosta 2013 B, s. 396, Carolan 2016, s. 465 sekä Zuiderveen Borgesius – Kruikemeier – Boerman – Helberger 2017 s. 355 ja 360.

¹⁰⁹ Ks. TSA:n johdanto-osan perustelukappaleet 1 – 2.

¹¹⁰ Ks. TSA:n johdanto-osan 11 perustelukappale.

¹¹¹ Ks. Carolan 2016, s. 463 ja WP187_fi, s. 6 ja 9.

¹¹² Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.4.2 Edellytyksenä rekisteröidyn tietoisuus ja vapaaehtoisuus.

¹¹³ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 95.

omainen saattaisi pyrkiä käsittelemään rekisteröidyn henkilötietoja suostumuksen perusteella. Myös WP259:n¹¹⁴ ja oikeuskirjallisuuden¹¹⁵ perusteella näissä tilanteissa on usein kyseessä selkeä epätasapaino rekisteröidyn ja rekisterinpitäjänä toimivan julkisen tahon, kuten viranomaisen välillä. Näistä syistä viranomaisien olisikin tarkoituksenmukaisempaa pyrkiä hyödyntämään muita yleisen tietosuojasetuksen mukaisia käsittelyn oikeusperusteita, kuten lakisääteistä velvoitetta tai yleistä etua koskevan tehtävän suorittamista tai rekisterinpitäjälle kuuluvan julkisen vallan käyttämistä.¹¹⁶

Käytännössä viranomaistilannetta vastaavan vallan epätasapainon tilanteen voidaan myös katsoa olevan joissain tilanteissa käsillä työntekijän ja työnantajan välisessä suhteessa¹¹⁷, sillä työntekijä on pitkälti heikommassa, työnantajasta riippuvassa asemassa.¹¹⁸ Vastaava tulkinta on esitetty WP29:n lausunnossa 2/2017 tietojenkäsittelystä työpaikalla (jäljempänä ”WP249”)¹¹⁹ ja aikaisemmassa WP29:n suostumusta koskevassa lausunnossa WP187¹²⁰. WP249:ssä on todettu, ettei suostumus voi lähtökohtaisesti toimia henkilötietojen käsittelyn oikeusperusteena työpaikalla työnantajan ja työntekijän välisen suhteen luonteen vuoksi¹²¹. Aikaisemmassa suostumusta koskevassa WP187:ssä on vastaavasti todettu, että työsuhteen rekisteröity voi joissain tilanteissa olla työnantajasta riippuvainen siinä määrin, ettei työsuhteen luonne tai erityislaatu huomioden suostumusta voida pitää vapaaehtoisesti annettuna.¹²²

Yleisen tietosuojasetuksen tekstistä on kuitenkin poistettu aikaisemmissa ehdotuksissa olleet maininnat vallan epätasapainosta työsuhteiden kohdalla.¹²³ Tämä viitanee jossain määrin siihen, että työntekijän ja työnantajan välisessä suhteessa arviointi on pitkälti tapauskohtaista. TSA:n johdanto-osan 43 perustelukappaleen muotoilu huomioden on myös mahdollista, että 43 perustelukappaleessa mainitun tilanteen lisäksi vastaavaa vallan epätasapainoa voi esiintyä myös muissa vastaavissa suhteissa.¹²⁴ Vastaava vallan epätasapainon tilanne

¹¹⁴ WP259 rev.01_fi, s. 6.

¹¹⁵ Ks. esim. Krzysztófek 2017, s. 68 – 69 ja Voigt – von dem Bussche 2017, s. 95.

¹¹⁶ Ks. Oikeusministeriö 2017, s. 101 sekä WP259 rev.01_fi, s. 6.

¹¹⁷ Zanfir 2014, s. 241.

¹¹⁸ Esimerkiksi kansallinen työsopimuslakimme (55/2001) 1 §:n lähtökohtana on se, että työntekijä on työnantajan johdon ja valvonnan alainen. Suostumuksen antamisesta kieltäytymisestä voi tosiasiallisesti tästä syystä aiheutua työntekijälle pidemmällä aikavälillä vahinkoa, sikäli kun työnantaja seuraa työntekijöiden käyttäytymistä ja suoriutumista työtehtävissä.

¹¹⁹ WP249_fi, s. 6.

¹²⁰ WP187_fi, s. 13.

¹²¹ WP249_fi, s. 6.

¹²² WP187_fi, s. 13 – 14.

¹²³ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 95.

¹²⁴ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 95.

voisi siten tulla myös teoreettisesti kyseeseen esimerkiksi sellaisen verkossa tarjottavan palvelun ja palvelun käyttäjän välisessä suhteessa, jos suostumuksen antamatta jättäminen ja palvelusta ulos sulkeminen johtaisi rekisteröidylle haitallisiin seurauksiin. Toisaalta tällaisessa tilanteessa on todennäköistä, ettei suostumus ole TSA:n 7(4) artiklan perusteella edes mahdollinen edellytys palvelun tarjoamiseksi.

Toisaalta edellä mainittua vallan epätasapainoa kahden eri tahon välisessä suhteessa ei voida pitää täysin ehdottomana. Suostumusta voidaan mahdollisesti käyttää niissä tilanteissa, joissa rekisteröidyllä on aito vapaa valinnan mahdollisuus. Keskeistä näissä tilanteissa on se, ettei rekisteröityä ole pakotettu, harhaanjoitettu, painostettu tai peloteltu antamaan suostumusta, vaan kyseessä on aito vapaa valinta ilman esimerkiksi merkittävien lisäkustannusten riskiä.¹²⁵ Vapaaehtoisuuden arvioinnin on kuitenkin kaikissa tilanteissa oltava tapauskohtaista¹²⁶.

3.2.1.3 Suostumusta koskevan pyynnön tarkkuuden vaikutus vapaaehtoisuuteen

Vapaaehtoisuuden arvioinnissa on edellä mainittujen seikkojen lisäksi huomioitava suostumusta koskevan pyynnön muotoilun tarkkuus ja siihen liittyvä mahdollisuus antaa suostumus vain tiettyjä käsittelytarkoituksia varten. Tällä tarkoitetaan TSA:n johdanto-osan 43 perustelukappaleen mukaan sitä, että suostumusta ei voida katsoa vapaaehtoisesti annetuksi, jos ei ole mahdollista antaa eri henkilötietojen käsittelytoimille omaa erillistä suostumusta siitä huolimatta, että se olisi asianmukaista yksittäistapauksissa.

Suostumuksen muotoilun tarkkuutta koskeva vaatimus liittyy läheisesti yksilöidyn tahdonilmaisun vaatimukseen eli siihen, että suostumuksen on oltava yksilöity eli rekisteröidyllä on oltava vapaa mahdollisuus valita ne suostumukseen perustuvat eri käsittelytoimet, jotka rekisteröity haluaa hyväksyä tai hylätä, jos se on asianmukaista kyseisessä yksittäistapauksessa.¹²⁷ Johdanto-osan 43 perustelukappaleen muotoilua vahvistaa myös TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleessa esitetty vaatimus siitä, että suostumuksen tulee kattaa kaikki ne käsittelytoimet, joissa on kyseessä sama käsittelytarkoitus. Jos puolestaan henkilötietojen käsittelyllä on useampia eri tarkoituksia, niin kaikkia käsittelytarkoituksia varten on annettava suostumus.¹²⁸

¹²⁵ WP259 rev.01_fi, s. 6 – 8.

¹²⁶ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 95.

¹²⁷ WP259 rev.01_fi, s. 10 – 11.

¹²⁸ TSA:n 32 perustelukappaleen mukaan ”Suostumuksen olisi katettava kaikki käsittelytoimet, jotka toteutetaan samaa tarkoitusta tai samoja tarkoituksia varten. Jos käsittelyllä on useita tarkoituksia, suostumus olisi

Käytännössä tämä tarkoittanee sitä, että jos henkilötietojen käsittelyn oikeusperuste on suostumus ja sen perusteella kerättyä verkkokäyttäytymistietoa halutaan hyödyntää sekä markkinointitarkoituksiin että verkkosivun personointiin, on kumpaankin erilliseen käyttötarkoitukseen pyydettävä oma suostumus. Eri asia tältä osin on kuitenkin, kuinka nämä erilliset suostumusta koskevat pyynnöt muotoillaan tai millä tarkkuudella ne pitää muotoilla. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin esitetty, että yksittäisiä käyttötapauksia ei tarvitsisi mainita – toisin sanoen riittävää olisi mainita tietty käyttötarkoitus.¹²⁹

Käytännössä tämä 43 perustelukappaleen muotoilu näyttäisi aiheuttavan jossain määrin tulkintaongelmia sähköisien suostumuspyyntöjen tarkkuusedellytyksen kohdalla. Tämä johtuu siitä, että TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleessa edellytetään sähköisen pyynnön perusteella annettavalta suostumusta koskevalta pyynnöltä selkeää muotoilua ja tiivistä esitysasua siten, ettei pyyntö häiritse tarpeettomasti palvelun käyttöä¹³⁰. Tämä TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleen vaatimus on toisaalta ymmärrettävissä, sillä verkkoympäristössä pyydettäviä suostumuksia on pidetty erityisen hankalina oikeuskirjallisuudessa jo ennen yleisen tietosuoja-asetuksen säätämistä. Tämä johtuu pitkälti siitä, että pääosa rekisteröidyistä ei tutustu tarkemmin suostumuspyynnön sisältöön ennen suostumuksen antamista.¹³¹

Nämä johdanto-osan 43 ja 32 perustelukappaleista ilmenevät erilliset vaatimukset vaikuttavat siten olevan jossain määrin ristiriidassa sähköisien suostumuspyyntöjen muotoilun tarkkuuden kohdalla, sillä 32 perustelukappaleen muotoilu edellyttää suostumusta koskevan pyynnön selkeyttä ja toisaalta tiivistä ja vähän häiritsevää esitysasua. 43 perustelukappaleen sanamuoto puolestaan edellyttää, että rekisteröidylle on tarjottava mahdollisuus antaa eri käsittelytoimia varten erilliset suostumukset. Tämä vaatimus saattaa hankaloittaa tiiviin ja mahdollisimman yksinkertaisen ja vähän palvelun käyttöä häiritsevän suostumuspyynnön esitysasun käyttämistä.

annettava kaikkia käsittelytarkoituksia varten. Jos rekisteröidyn on annettava suostumuksensa sähköisen pyynnön perusteella, pyynnön on oltava selkeä ja tiiviisti esitetty eikä se saa tarpeettomasti häiritä sen palvelun käyttöä, jota varten se annetaan”.

¹²⁹ Feiler – Forgó – Weigl 2018, s. 64.

¹³⁰ Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.4.4 Suostumuksen kattavuus ja esitystapa.

¹³¹ Zafir 2014, s. 244.

Edellä käsitelty suostumusta koskevan pyynnön tarkkuus liittyy myös yksilöidyn tahdonilmaisun lisäksi erittäin läheisesti tietoisesta tahdonilmaisusta suostumusta koskevien tietojen toimittamisen osalta.¹³² Vaikuttaisikin siltä, että sikäli, jos suostumus täyttää edellä mainitun tarkkuuden vaatimuksen, tulee se useimmiten myös täyttämään tietoiselle suostumukselle asetettavat edellytykset tietojen toimitustavan osalta.

3.2.1.4 Oikeus peruuttaa suostumus ilman haitan aiheutumista

Vapaaehtoisuuteen kuuluu myös olennaisilta osin TSA:n johdanto-osan 42 perustelukappaleen mukaan rekisteröidyn oikeus myöhemmin kieltäytyä suostumuksen antamisesta sekä oikeus peruuttaa annettu suostumus ilman, että siitä aiheutuu rekisteröidylle haittaa. Haittaa ei ole tarkemmin määritelty TSA:ssa, mutta WP29 on pitänyt haittana sekä suoraan rekisteröidylle aiheutunutta vahinkoa että rekisteröidyn yleistä harhaanjohtamista, pelottelua, pakkotamista ja muita merkittäviä kielteisiä seurauksia, jotka johtuvat siitä, että rekisteröity ei anna suostumusta tai peruuttaa suostumuksensa. WP29:n mukaan tällaisena haittana voidaan pitää esimerkiksi palvelun käytettävyyden rajoittamista.¹³³ Tosiasiallisesti vaikuttaisi siltä, että haittaa voidaan tulkita WP29:n tulkintalinja huomioiden laajasti. Suostumuksen peruuttamista koskeva oikeus on määritelty tarkemmin TSA:n 7(3) artiklassa, jota on käsitelty aikaisemmin luvun 3.1 yhteydessä.

3.2.2 Yksilöity ja tietoinen

TSA:n 4(11) artiklan suostumuksen määritelmän mukaan suostumuksen on myös oltava vapaaehtoisen tahdonilmaisun lisäksi yksilöity ja tietoinen.¹³⁴ Nämä kaksi vaatimusta ovat hyvin lähellä toisiaan ja linkittyvätkin osin keskenään¹³⁵. Käytännössä yksilöidyllä tahdonilmaisulla tarkoitetaan yleisesti sitä, että suostumuksen perusteella tapahtuvan henkilötietojenkäsittelyn tarkoitus on määriteltävä tarkasti huomioiden erityisesti tietojen käsittelyn laajuus ja seuraukset.¹³⁶ Toisin sanoen käsiteltävät henkilötiedot ja niiden käyttötarkoitukset on tuotava esiin kaikkien tietojenkäsittelyn osatekijöiden osalta, eikä suostumusta yleistä käsittelyä varten (*Blank consent*) voida sallia.¹³⁷ Tietoisella tahdonilmaisulla tarkoitetaan puoles-

¹³² Ks. WP 259 rev.01_fi, s. 15 – 16.

¹³³ WP259 rev.01_fi, s. 11.

¹³⁴ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 96.

¹³⁵ WP259 rev.01_fi, s. 12.

¹³⁶ WP187_fi, s. 18.

¹³⁷ Krzysztofek 2017, s. 70.

taan sitä, että rekisteröidyn on ymmärrettävä, mihin ja kenen toimesta tapahtuvaan käsittelyyn rekisteröity on antamassa suostumuksensa ja mihin tarkoitukseen tietoja on tarkoitus käsitellä.¹³⁸

Yksilöidyn ja tietoisien tahdonilmaisun vaatimukset näyttäisivät liittyvän erityisesti TSA:n 6 artiklan 1 kohdan a alakohdasta¹³⁹ ilmenevään suostumuksen hyödyntämiseen henkilötietojen käsittelyn oikeusperusteena. Liityntä 6(1) artiklan a alakohdan käsittelyn oikeusperusteeseen ilmenee muun muassa TSA:n johdanto-osan 42 ja 43 perustelukappaleiden sanamuodosta.

42 perustelukappaleen mukaan henkilötietojen käsittelyn perustuessa suostumukseen ja jos suostumus annetaan muuta seikkaa koskevan kirjallisen ilmoituksen yhteydessä, on varmistettava suojatoimilla, että rekisteröity on tietoinen antamastaan suostumuksesta. Lisäksi rekisteröidyn on oltava tietoinen siitä, kuinka pitkälle menevästä suostumuksesta on kyse – eli mihin kaikkiin käsittelytarkoituksiin rekisteröity on antanut suostumuksensa. Toisin sanoen suostumuksen perusteella käsiteltävät tiedot on yksilöitävä muista tiedoista. Tämän lisäksi rekisteröidyn on myös tiedettävä vähintään rekisterinpitäjän henkilöllisyys ja ne tarkoitukset, joita varten henkilötietoja on tarkoitus käsitellä. Tämä johdanto-osaan kirjattu suostumuksen muotoilu koskeva vaatimus on myös sisällytetty TSA:n 7(2) artiklaan, jossa on toistettu vaatimus siitä, että suostumuksen antamista koskeva pyyntö on esitettävä selkeästi erillään muista asioista, mikäli rekisteröity antaa suostumuksensa kirjallisessa ilmoituksessa, joka käsittelee myös muita asioita. Vaikka 7(2) artikla liittyy pitkälti tietoisuuteen, on sillä vaikutusta myös yksilöidyn tahdonilmaisun antamisessa, sillä yksilöityä tahdonilmaisua ei voida antaa, jos rekisteröity ei tiedä mitä tietoja hänestä käsitellään kussakin käyttötarkoituksessa¹⁴⁰.

43 perustelukappaleessa on puolestaan edellytetty, että rekisteröidyn on pystyttävä yksilöimään ne käsittelytoimet, joita varten hän haluaa antaa suostumuksensa.¹⁴¹ Yksilöidyn suostumuksen vaatimus liittyy vahvasti myös edellä käsiteltyyn, vapaaehtoisuuteen vaikutta-

¹³⁸ Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.4.2 Edellytyksenä rekisteröidyn tietoisuus ja vapaaehtoisuus.

¹³⁹ TSA:n 6(1) artiklan a alakohdan mukaan henkilötietojen käsittely on lainmukaista, jos rekisteröity on antanut suostumuksensa henkilötietojensa käsittelyyn yhtä tai useampaa erityistä tarkoitusta varten.

¹⁴⁰ WP259 rev.01_fi, s. 13.

¹⁴¹ TSA:n johdanto-osan 43 perustelukappaleen mukaan suostumusta ei voi katsoa vapaaehtoisesti annetuksi, jos rekisteröidyllä ei ole mahdollisuutta antaa erillistä suostumusta eri henkilötietojen käsittelytoimille huolimatta siitä, että tämä on asianmukaista yksittäistapauksessa.

vaan, suostumusta koskevan pyynnön tarkkuuteen vaatimukseen, jonka perusteella rekisteröidyn on voitava antaa erillinen suostumus eri henkilötietojen käsittelytoimille. Nämä TSA:n johdanto-osan perustelukappaleista ilmenevät yksilöidyn ja tietoisin suostumuksen vaatimukset liittyvät puolestaan selkeästi suostumuksen hyödyntämiseen käsittelyn oikeusperusteena¹⁴².

Siltä osin, kun rekisterinpitäjä pyrkii käyttämään suostumusta käsittelyn oikeusperusteena, on myös huomioitava TSA 5(1) artiklan b alakohdasta¹⁴³ ilmenevä käyttötarkoitussidonnaisuuden periaate. Tosiasiallisesti käyttötarkoitussidonnaisuuden periaate¹⁴⁴ yhdistettynä yksilöidyn suostumuksen vaatimukseen sekä 6(1) artiklan a alakohdan muotoiluun ”yhtä tai useampaa erityistä tarkoitusta varten” tarkoittanee sitä, ettei suostumuksen perusteella tapahtuvaa käsittelyä voida laajentaa muihin käyttötarkoituksiin kyseisen erityisen käyttötarkoituksen lisäksi. Toisaalta on kuitenkin huomioitava, että suostumus voi kattaa useampia eri toimintoja siltä osin, kun ne palvelevat samaa käyttötarkoitusta.¹⁴⁵ Joka tapauksessa vaikuttaisi siltä, että tähän erityiseen käyttötarkoitukseen annettavan suostumuksen on oltava yksilöity juuri kyseistä erityistä käyttötarkoitusta varten¹⁴⁶ ja käyttötarkoituksen muuttuessa rekisterinpitäjän on hankittava uusi suostumus¹⁴⁷.

Käyttötarkoitussidonnaisuutta ja suostumusta on tarkasteltu tietyiltä osin aikaisemmin myös EUT:n ratkaisussa C-543/09 (*Deutsche Telekom AG v. Saksan liittotasavalta*, ”Deutsche Telekom AG”). Ratkaisussa todettiin, että tilaajalta ei edellytetä uutta suostumusta, jos tilaaja on antanut aikaisemmin suostumuksensa henkilötietojen julkaisemiseen yhdessä luettelossa ja tämän jälkeen henkilötiedot julkaistaan toisessa luettelossa edellyttäen, että tilaajalle on asianmukaisesti ilmoitettu tällaisesta mahdollisuudesta. Lisäksi ratkaisussa edellytettiin, ettei kyseisiä tietoja käytetä niiden luovuttamisen jälkeen muihin tarkoituksiin kuin niihin, joita varten ne on kerätty niiden ensimmäistä julkaisemista varten.¹⁴⁸

¹⁴² WP259 rev.01_fi, s. 12 – 14.

¹⁴³ TSA 5(1) artiklan b alakohdan mukaan henkilötiedot on kerättävä ”tiettyä, nimenomaista ja laillista tarkoitusta varten, eikä niitä saa käsitellä myöhemmin näiden tarkoitusten kanssa yhteensopimattomalla tavalla”.

¹⁴⁴ Henkilötietojen käsittelyn tarkoitusta ja käyttötarkoitussidonnaisuutta on arvioitu osittain myös kansallisessa oikeuskäytännössämme KHO:n ratkaisussa 2018:112, joka koski tarpeettomien henkilötietojen poistamista Google Search -hakutuloksista. Tältä osin ratkaisu on kuitenkin perustunut henkilötietodirektiivin aikaiseen sääntelyyn, eikä yleisen tietosuojasetuksen sääntelyyn.

¹⁴⁵ Ks. TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappale.

¹⁴⁶ WP259 rev.01_fi, s. 12 – 13.

¹⁴⁷ Krzysztofek 2017, s. 71.

¹⁴⁸ C-543/09, kohta 67 ja lopullinen ratkaisu.

Ratkaisun valossa vaikuttaisi siten selkeästi siltä, että myöskään suostumuksen perusteella tapahtuvaa henkilötietojen käsittelyä ei voitane laajentaa alkuperäisestä käyttötarkoituksesta muihin uusiin käyttötarkoituksiin. Tältä osin on tosin huomioitava, että EUT:n ratkaisu asiassa C-543/09 liittyi ePrivacy-direktiiviin ja yleispalveludirektiiviin (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/22/EY, annettu 7 päivänä maaliskuuta 2002, yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja palvelujen alalla). Tästä huolimatta kyseisestä ratkaisusta voidaan hakea tulkinta-apua yksilöidyn tahdonilmaisun ja käyttötarkoitussidonnaisuuden tulkintaan, sillä asiassa C-543/09 ratkaistavana on ollut EU:n perusoikeuskirjan 8 artiklan henkilötietojen suojaan liittyvä kysymys¹⁴⁹, jolloin suojan kohde on sama kuin aikaisemmassa henkilötietodirektiivissä ja nyt sovellettavassa tietosuojasetuksessa. Lisäksi ePrivacy-direktiivin suostumukselle on annettava sama merkityssisältö, kuin yleisessä tietosuojasetuksessa.¹⁵⁰

Käytännössä yksilöity suostumus edellyttää siis kolmen osatekijän täyttymistä:

1. Suostumuksen perusteella käsiteltävät tiedot on yksilöitävä muista tiedoista¹⁵¹;
2. suostumusta koskevan pyynnön on oltava tarkasti määritelty¹⁵²; ja
3. suostumusta koskevassa pyynnössä ilmoitetun henkilötietojen käyttötarkoituksen tulee olla täsmällinen, jotta henkilötietoja ei käsitellä muihin kuin alkuperäiseen käyttötarkoitukseen¹⁵³

3.2.2.1 Tietoinen tahdonilmaisus ja läpinäkyvyyden periaate

Tietoisesta tahdonilmaisusta vaatimus liittyy puolestaan läheisesti TSA:n 5(1) artiklan a alakohdasta ilmenevään läpinäkyvyyden periaatteeseen, sillä 42 perustelukappaleen sanamuodon perusteella tietoinen suostumus edellyttää tietynasteista läpinäkyvyyttä eli sitä, että rekisteröity tietää rekisterinpitäjän henkilöllisyyden ja henkilötietojen käsittelyn tarkoitukset. Myös WP259:n mukaan yksilöidyn ja tietoisesta tahdonilmaisusta tarkoituksena on mahdollis-

¹⁴⁹ C-543/09, kohdat 49, 52 ja 66.

¹⁵⁰ Ks. tarkemmin luku 4 ja esim. WP259 rev.01 fi, s. 4.

¹⁵¹ TSA:n johdanto-osan 42 perustelukappale, TSA:n 7(2) artikla sekä tietoisuuden vaatimus TSA:n 4 artiklan 11 kohdassa.

¹⁵² TSA:n johdanto-osan 43 perustelukappale.

¹⁵³ Käyttötarkoitussidonnaisuuden periaate yhdistettynä TSA 6(1) a alakohdan muotoiluun sekä yksilöidyn suostumuksen vaatimukseen TSA: 4 artiklan 11 kohdassa. Lisäksi myös C-543/09.

taa läpinäkyvyys suhteessa henkilötietojen käsittelyyn ja toisaalta myös tietyntasoinen mahdollisuus valvoa rekisteröidyn henkilötietojen käsittelytarkoituksia¹⁵⁴, joka puolestaan vastaa suostumuksen varsinaista tarkoitusta toimia tiedollisen itsemääräämisoikeuden varmistajana.¹⁵⁵

Tietoisuuden vaatimus liittyy edellä mainitulla tavalla läheisesti siihen, että rekisteröidyn on voitava pystyä ymmärtämään ne asiat, joihin rekisteröity on antamassa suostumusta.¹⁵⁶ Ilman tätä rekisteröity ei pysty tekemään tietoisia päätöksiä eikä valvomaan omien henkilötietojensa käyttämistä. Suostumuksen tietoisuus edellyttää 42 perustelukappaleessa kerrotulla tavalla rekisterinpitäjää antamaan tiedot rekisterinpitäjän henkilöllisyydestä ja suostumukseen perustuvan henkilötietojen käsittelyn tarkoituksesta.¹⁵⁷ Rekisteröidyn on myös saatava tieto: kerättävistä ja kyseisessä henkilötietojen käsittelyssä käytettävistä tiedoista¹⁵⁸, 7(3) artiklan mukaisesti oikeudesta peruuttaa suostumus¹⁵⁹, tietojen hyödyntämisestä automaattisessa tietojenkäsittelyssä ja päätöksenteossa (ml. profilointi)¹⁶⁰ ja mahdollisista tietosiirtojen riskeistä, jotka johtuvat asianmukaisten suoja-toimien ja tietosuojan tason riittävyttä koskevan päätöksen puuttumisesta¹⁶¹. Tämän rekisteröidyn informoinnin on aina tapahduttava ennen suostumuksen pyytämistä.¹⁶²

Edellä mainittujen tietojen antamiseen liittyy myös erinäisiä muotovaatimuksia, vaikka tietosuojalaki ei nimenomaisesti sääntele suoraan tietojen toimitustapaa, vaan tiedot voidaan toimittaa useilla erilaisilla tavoilla, kuten kuvana tai kirjallisesti¹⁶³. Nämä muotovaatimukset koskevat erityisesti informoinnin laatua sekä tietojen saatavuutta ja näkyvyyttä.¹⁶⁴ Tietoisuutta arvioitaessa on huomioitava erityisesti TSA:n 7(2) artiklassa korostettu vaatimus siitä, että kirjallisen ilmoituksen yhteydessä suostumuksen antamista koskeva pyyntö on esitettävä helposti ymmärrettävässä ja saatavilla olevassa muodossa sekä selkeällä ja yksikertaisella kielellä. Käytännössä näissä tilanteissa suostumusta koskevaa pyyntöä ei siis voida muotoilla siten, että pelkästään juristinkoulutuksen saanut henkilö ymmärtäisi suostumuksen, vaan myös keskiverto ihmisen on ymmärrettävä se. Suostumusta ei voida siten aina

¹⁵⁴ WP259 rev.01_fi, s. 12 ja 14.

¹⁵⁵ Pesonen 2017, s. 99 ja Carolan 2016, s. 463.

¹⁵⁶ WP187_fi, s. 20.

¹⁵⁷ Feiler – Forgó – Weigl 2018, s. 64.

¹⁵⁸ WP187_fi, s. 20.

¹⁵⁹ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 97.

¹⁶⁰ WP251 rev.01_fi, s. 13 ja s. 26 – 27.

¹⁶¹ Ks. TSA:n 49 artiklan 1 kohdan a alakohta ja Krzysztofek 2017, s. 71.

¹⁶² WP187_fi, s. 20 ja WP 259 rev.01_fi, s. 14.

¹⁶³ WP259 rev.01_fi, s. 15.

¹⁶⁴ WP187_fi, s. 21.

antaa, esimerkiksi kirjallisessa sopimuksessa sopimusehtojen yhteydessä, ellei suostumusta koskevaa osiota ole selkeästi korostettu muusta sopimuksesta¹⁶⁵ ja rekisteröidylle annettu tosiasiallista mahdollisuutta vapaaehtoisesta, yksilöidyn, tietoisesta ja yksiselitteisen tahdonilmaisun antamiseen.

Lisäksi sähköisen suostumusta koskevan pyynnön kohdalla on myös noudatettava TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleesta ilmeneviä vaatimuksia selkeästä muotoilusta ja tiivistä esitysasusta, joka ei kuitenkaan häiritse tarpeettomasti palvelun käyttämistä. Näiden seikkojen lisäksi myös TSA:n 13 ja 14 artiklojen tietojenantovelvollisuudet on täytettävä, jotta suostumus voisi olla tietoinen¹⁶⁶. Käytännössä tietoisesta tahdonilmaisun edellyttämien tietojen on myös oltava selkeästi rekisteröidyn saatavilla – pelkkä viittaus dokumenttiin, johon rekisteröidyllä ei ole pääsyä ei riittäne.¹⁶⁷

Käytännössä tietoisuus edellyttää tietojen antamista:

1. rekisterinpitäjätahosta;
2. suostumukseen perustuvan henkilötietojen käsittelyn tarkoituksesta;
3. kerättävistä ja kyseisessä henkilötietojen käsittelyssä käytettävistä tiedoista;
4. oikeudesta peruuttaa suostumus;
5. tietojen käyttämisestä automatisoituun päätöksentekoon (ml. profilointi);
6. mahdollisista tietosiirtojen riskeistä, jotka johtuvat asianmukaisten suojatoimien ja tietosuojan tason riittävyttä koskevan päätöksen puuttumisesta; sekä
7. TSA:n 13 ja 14 artikloiden informointivelvollisuuksien täyttämistä.

¹⁶⁵ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 94 ja TSA:n 7(2) artikla.

¹⁶⁶ Krzysztofek 2017, s. 71 ja WP259 rev.01_fi, s. 15 – 16.

¹⁶⁷ WP187_fi, s. 21.

3.2.3 Yksiselitteinen

Pätevän suostumuksen on oltava edellä mainittujen vapaaehtoisen, yksilöidyn ja tietoisien tahdonilmaisun lisäksi myös yksiselitteinen eli se ei saa jättää epäselvyyttä suostumuksen antamisesta.¹⁶⁸ Tämä tarkoittaa sitä, että suostumus on annettava selkeästi suostumusta ilmaisevalla toimella, jolla rekisteröity hyväksyy tietojensa käsittelyn.¹⁶⁹ Suostumus edellyttää toisin sanoen rekisteröidyn aktiivista toimintaa, eikä suostumusta ei voida antaa vaikeanalla, valmiiksi rastitetulla ruudulla tai jättämällä toteuttamatta jokin toimenpide.¹⁷⁰ Myös henkilötietodirektiivin voimassaoloaikana EUT on *Bavarian Lager Co* -ratkaisussaan C-28/08 P (*Euroopan komissio v. The Bavarian Lager Co. Ltd*, ”Bavarian Lager Co”) päättynyt vastaavaa lopputulokseen, jonka perusteella jonkin henkilön passiivisuutta ei voida katsoa suostumukseksi¹⁷¹.

TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleen mukaan yksiselitteinen suostumus voidaan ilmaista esimerkiksi kirjallisella, sähköisellä tai suullisella lausumalla, josta ilmenee selkeästi rekisteröidyn antama vapaaehtoinen, yksilöity, yksiselitteinen ja tietoinen tahdonilmaisu hänen henkilötietojensa käsittelemisen hyväksymisestä. Suostumuksen antamiselle ei siten ole asetettu mitään tarkkaa määrämuotoa¹⁷². Käytännössä suostumus voidaan antaa muun muassa rastittamalla ruutu verkkosivulla, valitsemalla tietoyhteiskunnan palveluiden teknisiä asetuksia tai millä tahansa muulla lausumalla tai toiminnalla, joka osoittaa rekisteröidyn hyväksyvän hänen henkilötietojensa käsittelemisen¹⁷³.

Yksiselitteisyyden kannalta keskeisintä on tosiasiallisesti se, että rekisteröidyn toimen pitää selkeästi osoittaa rekisteröidyn hyväksyvän hänen henkilötietojensa käsittelyä koskevan ehdotuksen juuri kyseisessä yksittäistilanteessa. Tilanteessa ei saa jäädä epäselvyyttä siitä, onko rekisteröity antanut suostumuksen tarkoituksellisesti vai vahingossa.¹⁷⁴ Tämä tarkoittaa

¹⁶⁸ Jones – Tahri 2011, s. 632.

¹⁶⁹ Krzysztofek 2017, s. 66 – 67.

¹⁷⁰ Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.4.1 Suostumus edellyttää rekisteröidyn aktiivista toimintaa.

¹⁷¹ Ks. C-28/08 P, erityisesti kohdat 75 ja 76, joissa EUT on todennut komission toimineen oikein kieltäytyessään luovuttamasta kolmen henkilön nimitietoa, koska komissio ei ollut saanut heihin yhteyttä, eivätkä nämä henkilöt olleet antaneet yksiselitteistä suostumustaan.

¹⁷² Voigt – von dem Bussche 2017, s. 93 – 94.

¹⁷³ Pesonen 2017, s. 83.

¹⁷⁴ Ks. TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappale ja WP187_fi, s. 22.

taa sitä, että kussakin yksittäistilanteessa on myös huomioitava erityisesti suostumuksen antamista koskeva tilanne ja vallitsevat olosuhteet.¹⁷⁵ Myös 7(2) artiklan vaatimuksilla on jossain määrin vaikutusta yksiselitteisyyden osalta. Yksiselitteistä suostumusta ei voida antaa verkkoympäristössä tarjottavan palvelun yleisien käyttöehtojen hyväksymisellä,¹⁷⁶ ellei suostumusta ole selkeästi erotettu käyttöehdoista¹⁷⁷ siten, että rekisteröidyn on myös mahdollista havaita ja ymmärtää ehdot ja siten antaa vapaaehtoinen, yksilöity, tietoinen ja yksiselitteinen tahdonilmaisu. WP259:n mukaan yleisien käyttöehtojen hyväksymistä ei sellaisenaan voida muutoinkaan pitää yksiselitteisenä suostumuksen antamista ilmaisevana toimenpiteenä.¹⁷⁸

Yksiselitteisen tahdonilmaisun vaatimus näyttäisi olevan digitaalisissa toimintaympäristöissä tietynasteisessa ristiriidassa TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleesta ilmenevän tarpeetonta häiritsemistä koskevan kiellon osalta, sillä käytännössä yksiselitteisen suostumusta ilmaisevan toimen, kuten ponnahdusikkunassa esille tulevan hyväksymisruudun raskittaminen häiritsee jossain määrin palvelun käyttöä. Toisaalta yksiselitteisyyttä koskeva vaatimus osaltaan ohjaa rekisterinpitäjiä käyttämään hyvinkin selkeitä ja yksiselitteisiä ilmaisuja, jolloin myös tietoisuuden¹⁷⁹ ja vapaaehtoisuuden¹⁸⁰ vaatimukset täyttyvät.

4. Tietosuoja-asetuksen ja ePrivacy-sääntelyn soveltamisalat

4.1 Yleisen tietosuoja-asetuksen ja ePrivacy-direktiivin soveltamisalat

Suostumuksen käsitteen sekä verkkokäyttäjätiedon keräämiseen ja sen hyödyntämiseen liittyvien suostumusvaatimusten tulkittamisen kannalta on keskeistä hahmottaa sovellettavan tietosuojaoikeudellisen sääntelyn – yleisen tietosuoja-asetuksen sekä tällä hetkellä sovellettavan ePrivacy-direktiivin ja sen kansallisen implementaation¹⁸¹, suojan kohteiden ja soveltamisalojen välinen suhde sekä tämän vaikutus suostumusvaatimusten tulkintaan.

¹⁷⁵ Krzysztofek 2017, s. 66.

¹⁷⁶ Krzysztofek 2017, s. 67.

¹⁷⁷ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 94.

¹⁷⁸ WP259 rev.01_fi, s. 18.

¹⁷⁹ Ks. tietoisuuden osalta luku 3.2.2.1.

¹⁸⁰ Suostumusta koskevan pyynnön on oltava luvussa 3.2.1.3 kuvatulla tavalla riittävän tarkka, jotta suostumus voi olla vapaaehtoisesti annettu.

¹⁸¹ Tämän tutkielman kannalta ePrivacy-direktiivin keskeisin verkkokäyttäjätiedon keräämistä koskeva sääntely on implementoitu sähköisen viestinnän palveluista annetulla lailla (917/2014).

Yleisen tietosuojasetuksen lähtökohtana on asetuksen johdanto-osan 1 perustelukappaleen mukaan suojella EU:n perusoikeuskirjan 8 artiklassa ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (jäljempänä ”SEUT”) 16 artiklassa määriteltyä luonnollisen henkilön oikeutta henkilötietojen suojaan. TSA:n sääntelyn suojan kohteella on paljolti vaikutusta asetuksen soveltamisalaa määriteltäessä. Käytännössä TSA:n soveltamisalaan kuuluu kaikenlainen luonnollisten henkilöiden henkilötietojen käsittely EU:n alueella tai EU-kansalaisiin kohdistuen, joka on osittain tai kokonaan automaattista tai, joka muodostaa rekisterin osan tai jonka on tarkoitus muodostaa rekisterin osa.¹⁸² Kyseessä on tietyllä tavalla luonnollisten henkilöiden henkilötietojen käsittelyä koskeva yleislaki, *lex generalis*, jota sovelletaan käytännössä lähes kaikkeen henkilötietojen käsittelyyn.¹⁸³

ePrivacy-direktiivin tarkoituksena on puolestaan ollut varmistaa EU:n perusoikeuskirjan 7 artiklassa vahvistetun yksityis- ja perhe-elämän kunnioittamisen sekä viestinnän luottamuksellisuuden¹⁸⁴ ja 8 artiklassa vahvistetun henkilötietojen suojan täysimääräinen kunnioittaminen.¹⁸⁵ Tältä osin huomio on direktiivissä kohdistettu erityisesti EU:n perusoikeuskirjan 7 artiklasta ilmenevään viestinnän luottamuksellisuuden turvaamiseen¹⁸⁶ sähköisissä viestintäpalveluissa¹⁸⁷. ePrivacy-direktiivin suojan kohde on siten tosiasiallisesti laaja-alaisempi kuin yleisen tietosuojasetuksen, jonka tarkoituksena on vain EU:n perusoikeuskirjan 8 artiklan mukaisien oikeuksien suojaaminen.

ePrivacy-direktiivin kolmiportainen tarkoitus on määritelty tarkemmin 1 artiklassa. Direktiivin keskeisin tarkoitus on:

1. taata yhtäläisien perusoikeuksien ja -vapauksien suoja erityisesti yksityisyyttä koskevan oikeuden osalta henkilötietojen käsittelyssä sähköisen viestinnän alalla;
2. taata yhtäläinen perusoikeuksien ja -vapauksien suoja erityisesti henkilötietojen suoja koskevan oikeuden osalta henkilötietojen käsittelyssä sähköisen viestinnän alalla;
ja
3. varmistaa henkilötietojen vapaa liikkuvuus sähköisen viestinnän alalla sekä sähköisten viestintälaitteiden ja -palvelujen vapaan liikkuvuus EU:ssa.

¹⁸² Ks. TSA:n artiklat 1 – 3.

¹⁸³ Ks. tältä osin COM(2017) 10 final, s. 2, jonka sanamuodosta voidaan päätellä, että TSA:n on yleissäädös ja ePrivacy-asetus tulisi vastaavasti olemaan erityissäädös eli *lex specialis*.

¹⁸⁴ COM(2017) 10 final, s. 2.

¹⁸⁵ Ks. Sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 2 perustelukappale.

¹⁸⁶ Ks. Sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 3 perustelukappale.

¹⁸⁷ COM(2017) 10 final, s. 2.

Edellä mainitusta direktiivin tarkoituksesta voidaan päätellä, että ePrivacy-direktiivillä on ollut tarkoitus säädellä tarkkarajaisesti henkilötietojen käsittelystä vain ja ainoastaan sähköisen viestinnän alalla. ePrivacy-direktiivin tarkoituksena ei siis ole ollut puuttua henkilötietodirektiivin¹⁸⁸ soveltamisalaan, vaan täydentää ja täsmentää henkilötietodirektiivin sääntelyä.¹⁸⁹ Henkilötietodirektiiviä on ollut tarkoitus soveltaa kaikkiin sellaisiin perusoikeuksien ja -vapauksien turvaamista koskeviin kysymyksiin, jotka eivät nimenomaisesti sisälly ePrivacy-direktiivin tarkentaviin säännöksiin.¹⁹⁰ ePrivacy-direktiivin on siis voitu katsoa olevan *lex specialis* suhteessa henkilötietodirektiiviin.¹⁹¹ Tätä ePrivacy-direktiivin luonnetta *lex specialiksena* on myös korostettu direktiivin 3(1) artiklassa, jonka mukaan direktiivin soveltamisalaa rajoittuu nimenomaisesti henkilötietojen käsittelyyn, joka liittyy yleisesti saatavilla olevien sähköisten viestintäpalveluiden tarjoamiseen yleisissä viestintäverkoissa, joihin luetaan mukaan tiedonkeruu- ja tunnistuslaitteita tukevat yleiset viestintäverkot.¹⁹²

Direktiivin soveltaminen edellyttää siten tosiasiallisesti kolmen erillisen edellytyksen samanaikaista täyttymistä:

1. kaikissa soveltumistilanteissa kyseessä pitää olla sähköinen viestintäpalvelu;
2. palvelua pitää tarjota sähköisessä viestintäverkossa; ja
3. kyseisen viestintäverkon ja siinä tarjotun palvelun on oltava julkisia.¹⁹³

Näistä edellytyksistä johtuen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävät siten esimerkiksi yritysverkot ja suljetut käyttäjäryhmät¹⁹⁴ sekä sellaiset palvelut, joita ei tarjota sähköisinä viestintäpalveluina. Tosiasiallisesti tästä johtuen osa hyvinkin vastaavanlaisista palveluista kuuluu sääntelyn soveltamisalaan ja osa ei. Palveluita, jotka eivät kuulu tällä hetkellä soveltamisalaan ovat esimerkiksi internetpuhelupalvelut ja sosiaalisessa mediassa tapahtuva viestinvaihto. Toisaalta, esimerkiksi ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskeva sääntely soveltuu kuitenkin selvästi myös muiden, kuin

¹⁸⁸ Tässä yhteydessä on hyvä huomioida, että henkilötietodirektiivi on kumottu yleisellä tietosuoja-asetuksella. TSA:n 94(2) artiklan mukaan viittauksia henkilötietodirektiivin pidetään viittauksina yleiseen tietosuoja-asetukseen.

¹⁸⁹ Jones – Tahri 2010, s. 615.

¹⁹⁰ Ks. Sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 10 perustelukappale.

¹⁹¹ Kosta 2013 A, s. 278.

¹⁹² Dumortier 2016, s. 248.

¹⁹³ Kosta 2013 A, s. 268.

¹⁹⁴ Kosta 2013 A, s. 266.

pelkkien sähköisien viestintäpalveluiden kohdalla.¹⁹⁵ ePrivacy-direktiivin osalta on myös syytä huomioida, että direktiivi antaa suojaa sekä sähköisien viestintäpalveluiden käyttäjille että tilaajille. Tästä johtuen ePrivacy-direktiivin sääntely voi soveltua sekä luonnollisiin henkilöihin että oikeushenkilöihin¹⁹⁶, kun taas TSA antaa suojaa vain luonnollisille henkilöille¹⁹⁷.

Edellä mainittu ePrivacy-direktiivin tarkoitus ja soveltamisala sekä direktiivissä esiintyvät viittaukset henkilötietodirektiiviin¹⁹⁸ huomioiden, vaikuttaisi siltä, että ePrivacy-direktiivin sääntelyä on tulkittava henkilötietodirektiivin aikaa vastaavalla tavalla¹⁹⁹ erityissäädöksenä eli *lex specialiksena* suhteessa yleiseen tietosuoja-asetukseen, ainakin siltä osin, kun ePrivacy-direktiivin sääntely ei ole päällekkäistä tai TSA:n vastaista. Tätä tulkintaa tukee TSA:n 94(2) artiklan sääntely²⁰⁰ ja WP259:ssä esitetty kannanotto siitä, että ePrivacy-direktiivin viittaukset henkilötietodirektiiviin on katsottava viittauksiksi yleiseen tietosuoja-asetukseen²⁰¹.

Tämä kannanotto vaikuttaa myös perustellulta tarkasteltaessa komission teettämän REFIT (*Regulatory Fitness and Performance Programme*) -arvioinnin lopputulosta. Arvioinnin mukaan ePrivacy-direktiivin sääntely on tarkoitukseensa nähden keskeisiltä osin yhä relevanttia, eikä direktiivi sisällä suuria epäjohtonmukaisuuksia muun sen yhteydessä sovellettavan EU-sääntelyn kanssa²⁰², vaikka se on joiltain osin päällekkäistä TSA:n sääntelyn kanssa²⁰³. Toisaalta myös vastakkaisia arvioita ePrivacy-direktiivin sääntelyn toimivuudesta on esitetty oikeuskirjallisuudessa erityisesti siltä osin, kykeneekö vanha sääntely vastaamaan nykyisen alati kehittyvän digitaalisen yhteiskunnan vaatimukseen.²⁰⁴ Edellä mainittua tulkintaa ePrivacy-direktiivin ja yleisen tietosuoja-asetuksen suhteesta voitaneen myös soveltaa

¹⁹⁵ Dumortier 2016, s. 248.

¹⁹⁶ SWD(2017) 6 final, s. 2.

¹⁹⁷ TSA:n johdanto-osan 14 perustelukappaleen mukaan TSA ei koske oikeushenkilöiden ja erityisesti oikeushenkilön muodossa perustettujen yritysten henkilötietojen käsittelyä, mukaan lukien oikeushenkilön nimeä, oikeudellista muotoa ja yhteystietoja.

¹⁹⁸ Ks. TSA:n 94(2) artikla.

¹⁹⁹ Henkilötietodirektiivin ja ePrivacy-direktiivin soveltamisalasta, ks. esimerkiksi Kosta 2013 A, s. 278.

²⁰⁰ TSA:n 94(2) mukaan viittauksia kumottuun henkilötietodirektiiviin on pidettävänä viittauksina yleiseen tietosuoja-asetukseen.

²⁰¹ WP259 rev.01_fi, s. 4.

²⁰² SWD(2017) 6 final, s. 2 – 3.

²⁰³ SWD(2017) 5 final, s. 63 – 64.

²⁰⁴ Ks. Buttarelli 2017, s. 156.

vastaavasti kansallisen sähköisen viestinnän palveluista annetun lain ja yleisen tietosuoja-asetuksen väliseen suhteeseen²⁰⁵.

4.2 Tulevan ePrivacy-asetuksen säätämisen vaikutus soveltamisalakysymykseen

Vaikka ePrivacy-asetus on vielä valmisteltavana ja asetuksen viimeinen ja varsinainen sanamuoto tulee selviämään aikaisintaan vasta vuoden 2019 aikana, on suostumusvaatimusten arvioimisen kannalta silti keskeistä tarkastella sitä, näyttäisikö ePrivacy-asetus muuttavan tulevaisuudessa vallitsevaa oikeustilaa ePrivacy-sääntelyn ja yleisen tietosuoja-asetuksen soveltamisalan osalta. ePrivacy asetusehdotuksen on tarkoitus kumota ja korvata nykyinen ePrivacy direktiivi²⁰⁶.

Tulevan ePrivacy-asetuksen on tarkoitus olla komission ensimmäisen ePrivacy-asetusta koskevan ehdotuksen²⁰⁷ mukaan erityissäädös eli *lex specialis* suhteessa yleiseen tietosuoja-asetukseen. Tämä johtuu siitä, että, ePrivacy-asetuksella on ensimmäisen ehdotusversion mukaan tarkoituksena vain täsmentää ja täydentää²⁰⁸ sähköistä viestintää koskevilta osin yleisen tietosuoja-asetuksen sääntelyä. Vastaavasti kaikki muut henkilötietojen käsittelyyn liittyvät seikat, joita ePrivacy-asetuksessa ei nimenomaisesti säännellä, kuuluvat yleisen tietosuoja-asetuksen soveltamisalaan.²⁰⁹

Sekä komission ensimmäisessä²¹⁰ että EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 ehdotusluonnoksessa²¹¹ sääntelyn keskeisimpänä tarkoituksena on EU:n perusoikeuskirjan 7 artiklassa turvattu viestinnän luottamuksellisuuden suojaaminen.²¹² 19.10.2018 ehdotusluonnoksen johdanto-osan 1 perustelukappaleessa²¹³ on erityisesti korostettu sitä, että tämä viestinnän luottamuksellisuuden oikeus ulottuu sekä luonnollisiin että oikeushenkilöihin.²¹⁴ Tältä osin on syytä kiinnittää huomiota lisäksi siihen, että 3 perustelukappaleen mukaan

²⁰⁵ Tällainen tulkinta on perusteltu huomioiden sen, että sähköisen viestinnän palveluista annetulla lailla on implementoitu ePrivacy-direktiivin sääntelyä ja ePrivacy-direktiivin sääntelyn voidaan katsoa olevan *lex specialis* suhteessa yleisen tietosuoja-asetuksen sääntelyyn.

²⁰⁶ COM(2017) 10 final, 27 artikla, s. 36 ja COM(2017) 10 final, versio 13256/18, 27 artikla, s. 79.

²⁰⁷ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus), COM(2017) 10 final, annettu 10.1.2017.

²⁰⁸ Myös WP29 on WP247:ssä korostanut ePrivacy-asetuksen täsmentävää ja täydentävää luonnetta suhteessa TSA:n sääntelyyn, ks. WP247_fi, s. 3.

²⁰⁹ COM(2017) 10 final, s. 2 – 3.

²¹⁰ COM(2017) 10 final, johdanto-osan perustelukappaleet 1 ja 4, s. 12 – 13.

²¹¹ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, pvm 19.10.2018.

²¹² COM(2017) 10 final, versio 13256/18, johdanto-osan perustelukappale 1, s. 4.

²¹³ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 4.

²¹⁴ Vrt. komission ensimmäinen ehdotus, 10.1.2017, jossa ei kyseistä korostusta ollut.

myös TSA:n sääntely, mukaan lukien suostumusta koskeva sääntely, soveltuu *mutatis mutandis* oikeushenkilöihin silloin kun se on ePrivacy-asetuksen sääntelyn suhteen tarpeen.²¹⁵ Käytännössä siis myös EU:n perusoikeuskirjan 7 artiklan lisäksi myös 8 artiklan mukaisen henkilötietojen suojaa koskevan oikeuden toteutumisen voidaan katsoa olevan yksi ePrivacy-asetuksen tarkoituksista²¹⁶. Tämä ilmenee erityisesti 19.10.2018 ehdotusluonnoksen perustelukappaleista 2a ja 4.²¹⁷

2a perustelukappaleen mukaan ePrivacy-asetuksen on tarkoitus vain täsmentää ja täydentää tietosuojaa-asetuksessa säädettyjä yleisiä henkilötietojen käsittelyä koskevia sääntöjä henkilötiedoksi luokiteltavien sähköisen viestinnän tietojen osalta. Tarkoituksena ei ole heikentää TSA:n takaamaa luonnollisten henkilöiden suojan tasoa. Perustelukappaleen mukaan TSA:n sääntelyä sovelletaankin kaikkeen henkilötietojen käsittelyyn ja ePrivacy-asetuksen sääntely ainoastaan täydentää TSA:n sääntelyä asettamalla sääntelyä myös sellaisiin asioihin liittyen, jotka eivät kuulu TSA:n soveltamisalaan. Ehdotuksen mukaan tällaisia ovat muun muassa loppukäyttäjien eli oikeushenkilöiden suojaaminen – joskin tältä osin TSA:n sääntelyä sovelletaan loppukäyttäjiin vain nimenomaisesti siinä laajuudessa kuin ePrivacy-asetus edellyttää.²¹⁸

ePrivacy-asetuksen EU:n perusoikeuskirjan 7 artiklasta johdettavissa oleva säätämistarkoitus vastaa pitkälti ePrivacy-direktiivin säätämistarkoitusta. Myös direktiivin ja asetusehdotuksen sääntelyn luonne *lex specialiksena* suhteessa yleisempään henkilötietojen suojaa koskevaan sääntelyyn vaikuttaisi pysyvän samankaltaisena. Vaikuttaisikin siltä, että ePrivacy-asetuksella ei ole varsinaisesti tarkoitus muuttaa nykyistä tilannetta voimassa olevan yleisen tietosuojaa-asetuksen ja ePrivacy-direktiivin soveltamisalojen osalta. Tätä näkemystä tukee myös se, että komission REFIT-arvioinnin perusteella ePrivacy-direktiivin periaatteet, keskeiset säännökset ja päämäärät ovat olleet yhä relevantteja²¹⁹. Lisäksi ePrivacy-asetuksen nimenomainen suojankohde on jätetty sekä ensimmäisessä komission ePrivacy-asetusta koskevassa ehdotuksessa²²⁰ että myös EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 päivätyssä

²¹⁵ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 6.

²¹⁶ Ks. COM(2017) 10 final, versio 13256/18, 1(1) artikla, josta ilmenee sekä henkilötietojen suojan että myös viestinnän luottamuksellisuuden merkitys asetuksen tarkoitukselle.

²¹⁷ Ks. COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 5 – 6.

²¹⁸ Ks. COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 5.

²¹⁹ SWD(2017) 5 final, s. 63.

²²⁰ COM(2017) 10 final, s. 4.

versiossa²²¹ samaksi kuin ePrivacy-direktiivissä. Tosiasiallisesti siis myös ePrivacy-asetuksen suojan kohteen on tarkoitus olla laaja-alaisempi kuin yleisen tietosuoja-asetuksen, joka pyrkii turvaamaan EU:n perusoikeuskirjan 8 artiklan oikeutta henkilötietojen suojaan.²²²

Toisaalta ePrivacy-asetuksen soveltamisala näyttäisi tulevan kuitenkin jossain määrin laaja-alaisemmaksi kuin ePrivacy-direktiivin, sillä asetuksen sääntely koskee myös uudempia *Over-The-Top* -palveluita, joita ei säännelty ePrivacy-direktiivissä. Myös päätelaitteiden suoja on määritelty sekä komission ensimmäisessä ehdotusluonnoksessa²²³ että EU:n neuvoston puheenjohtajien viimeisessä ehdotusluonnoksessa laaja-alaisemmin kuin aikaisemmassa direktiivissä.²²⁴ Tämän lisäksi EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 ePrivacy-asetusehdotuksen perusteella soveltamisalaan kuuluu yleisestä tietosuoja-asetuksesta poiketen myös muutakin tietoa, kuin pelkkää henkilötietoa.²²⁵ Tosiasiallisesti ePrivacy-asetuksen tarkoituksena näyttäisikin olevan tarjota tarkempia ja laajempia²²⁶ suojatoimia sähköisen viestinnän alalla suhteessa yleisen tietosuoja-asetuksen sääntelyyn.²²⁷ Vaikuttaisikin pitkälti siltä, että vallitseva oikeustila yleisen tietosuoja-asetuksen ja ePrivacy-sääntelyn soveltamisalojen suhteen tulee tietyiltä osin pysymään samana, mutta joiltain osin on mahdollista, että tulevan ePrivacy-asetuksen soveltamisala on laaja-alaisempi kuin nykyisen ePrivacy-direktiivin.

4.3 Suostumus ePrivacy-direktiivissä

Suostumuksen käsitettä ei ole nimenomaisesti määritelty ePrivacy-direktiivissä. Tältä osin kuitenkin sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 17 perustelukappaleen ja 2 artiklan f alakohdan mukaan tilaajan suostumus tulee mieltää samanlaiseksi suostumukseksi, kuin mitä rekisteröidyltä edellytetään henkilötietodirektiivissä²²⁸. Direktiivin johdanto-osan 17 perustelukappaleen mukaan suostumus voidaan antaa käyttäen mitä tahansa soveltuvaan tapaan, joka mahdollistaa vapaasti esitetyn täsmällisen ja tietoon perustuvan ilmoituksen käyttäjän toiveista, mukaan lukien ruudun rastittaminen vierailtaessa Internet-sivustolla. Huomioiden edellä mainitun 2 artiklan f alakohdan viittauksen henkilötietodirektiiviin ja henkilötietodirektiivin ja ePrivacy-direktiivin välisen suhteen, vaikuttaisi siltä, että

²²¹ Ks. tältä osin COM(2017) 10 final, versio 13256/18, johdanto-osan perustelukappaleet 1, 2a ja 4, s. 4 – 6.

²²² EDPS 2018 B, The urgent case for a new ePrivacy law -verkkoartikkeli, tarkistettu 1.12.2018.

²²³ WP247 fi, s. 8 – 9.

²²⁴ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, johdanto-osan perustelukappaleet 20, 21 ja 21a sekä artikla 8, s. 23 – 26 ja 57 – 58.

²²⁵ Buttarelli 2017, s. 156.

²²⁶ Ks. COM(2017) 10 final, versio 13256/18, johdanto-osan perustelukappale 2a ja 1(3) artikla, s. 5 ja 41.

²²⁷ Buttarelli 2017, s. 157.

²²⁸ Kosta 2013 A, s. 277.

henkilötietodirektiivin suostumusta koskevaa sääntelyä tulisi soveltaa niiltä osin, kun ePrivacy-direktiivi ei nimenomaisesti sääntele asiaa.²²⁹

Tämä suostumusta koskeva viittauskäytäntö on jossain määrin hankaloitunut yleisen tietosuoja-asetuksen soveltamisen alkamisen jälkeen, sillä henkilötietodirektiivi on sen myötä kumottu.²³⁰ Sovellettavan suostumuksen käsitteen – ja tosiasiallisesti soveltuvan sääntelyn osaltakin on erityisesti tarkasteltava TSA:n johdanto-osan 173 perustelukappaletta sekä 95 artiklaa. Lisäksi huomioita on kiinnitettävä TSA:n 94 artiklan 2 kohdan sääntelyn henkilötietodirektiiviä koskevista viittauksista, jonka perusteella edellä mainittua ePrivacy direktiivin 2 artiklan f alakohdan viittausta voitaisiin pitää viittauksena yleiseen tietosuoja-asetukseen.

TSA:n 173 perustelukappaleen mukaan yleistä tietosuoja-asetusta sovelletaan kaikkiin sellaisiin seikkoihin, jotka koskevat perusoikeuksien ja -vapauksien suojelua henkilötietojen käsittelyssä ja joihin ei sovelleta ePrivacy-direktiivissä säädettyjä erityisiä velvoitteita, joilla on sama tavoite. Perustelukappaleen mukaan tähän kuuluvat myös rekisterinpitäjää koskevat velvoitteet ja luonnollisten henkilöiden oikeudet. Johdanto-osan perustelukappaletta vastaava toteamus on tuotu myös suoraan mukaan TSA:n 95 artiklaan. 95 artiklan perusteella yleisessä tietosuoja-asetuksessa ei aseteta luonnollisille henkilöille tai oikeushenkilöille lisävelvoitteita sellaisen käsittelyn osalta, joka liittyy yleisesti saatavilla olevien sähköisten viestintäpalvelujen tarjoamiseen yleisissä viestintäverkoissa, niiltä osin kuin ePrivacy-direktiivissä on asetettu erityisiä velvoitteita, joilla on sama tavoite. Tämä 95 artiklasta ja johdanto-osan 173 perustelukappaleesta ilmenevä yleisen tietosuoja-asetuksen ja ePrivacy-direktiivin soveltamisalaa koskeva sääntö näyttäisi viittaavaan siihen, että TSA:n sääntelyllä ei ole tarkoitus asettaa lisävelvoitteita suhteessa sääntelyyn, joka koskee samaan tavoitteeseen pyrkiviä ePrivacy-direktiivissä asetettuja erityisiä velvoitteita.

Asetuksen sanamuodon perusteella ei kuitenkaan suoraan selviä, mitä TSA:n 95 artiklassa mainituilla lisävelvoitteilla tarkoitetaan tai voidaanko yleisen tietosuoja-asetuksen mukainen suostumus mieltää tällaiseksi. Yhden esityksen mukaan TSA:n johdanto-osan 173 perustelukappaletta ja 95 artiklaa voitaisiin tulkita siten, ettei yleisen tietosuoja-asetuksen soveltamisen alkaminen vaikuttaisi suostumuksen käsitteen tulkintaan, eikä siten myöskään niin

²²⁹ Kosta 2013 A, s. 278.

²³⁰ Ks. TSA 94 artiklan 1 kohta.

sanotun konkludenttisen suostumuksen hyväksyttävyyteen tietojen tallentamisessa käyttäjien päätelaitteelle tai käyttäjän päätelaitteelle tallennettujen tietojen käyttämisen osalta²³¹. Tämä tulkinta näyttäisi viittaavan siihen, että pätevän suostumuksen edellytyksiä pidettäisiin sellaisena lisävelvoitteena, jota yleisellä tietosuoja-asetuksella ei ole tarkoitus asettaa.

Kyseinen tulkinta vaikuttaa melko pitkälle menevältä, sillä suostumuksen käsitteen tarkentaminen ja täsmentäminen henkilötietodirektiivin määritellystä²³² ei aseta minkäänlaisia lisävelvoitteita suhteessa ePrivacy-direktiivissä asetettuihin erityisiin velvoitteisiin, joilla on sama tavoite. WP29 on myös päätenyt vastaavaan tulkintaan WP259:ssä ja todennut, että pätevän suostumuksen edellytyksiä voidaan myös soveltaa ePrivacy-direktiivin soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa. Tämä perustuu siihen, että WP29:n mukaan ePrivacy-direktiivin viittaukset kumottuun henkilötietodirektiiviin katsotaan viittauksiksi yleiseen tietosuoja-asetukseen. WP29 on erityisesti tältä osin korostanut sitä, että tämä viittauksia koskeva ohjeistus tarkoittaa myös kaikkia viittauksia, jotka koskevat suostumusta. Tulkinta perustuu siihen, että ePrivacy-asetus ei ole vielä voimassa sovellettavana sääntelynä tietosuoja-asetuksen soveltamisen alettua ja toisaalta siihen, että suostumusta koskevia vaatimuksia ei voida katsoa TSA:n 95 artiklassa mainituiksi lisävelvoitteiksi vaan pikemminkin lainmukaisen tietojenkäsittelyn edellytyksiksi.²³³ Käytännössä siis yleisen tietosuoja-asetuksen mukaista suostumusta tulee siten soveltaa kaikissa niissä tilanteissa, joissa ePrivacy-direktiivissä on viitattu henkilötietodirektiiviin tai on käytetty suostumuksen käsitettä – olettaen ettei ePrivacy-direktiivi nimenomaisesti ole säännelty asiasta toisin.

5. Verkkokäyttämistiedon keräämisen suostumusvaatimukset

5.1 Verkkokäyttämistiedon keräämisen oikeusperusteet

Henkilötietojen käsittelemisen lähtökohtana on jonkin yleisen tietosuoja-asetuksen käsitteilyn oikeusperusteen olemassaolo. Ilman oikeusperustetta henkilötietojen käsittely ei ole lainmukaista.²³⁴ Niissä tilanteissa, joissa verkkokäyttämistietoa voidaan pitää yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisena henkilötietona, edellyttää myös sen kerääminen jonkin TSA:n 6 artiklan mukaisen oikeusperusteen olemassaoloa. TSA:n 6 artiklan perusteella jäsenvaltioilla on myös mahdollisuus säätää yksityiskohtaisempia säännöksiä niiltä osin, kun käsittely

²³¹ Johnson 2017, s. 4.

²³² Ks. WP259 rev.01_fi, s. 2 ja 4 – 5, joiden perusteella suostumuksen käsitettä on vain selkeytetty ja täsmennetty yleisessä tietosuoja-asetuksessa vastaamaan jo ennen asetuksen säätämistä vallinnutta oikeustilaa.

²³³ WP259 rev.01_fi, s. 4.

²³⁴ TSA:n 6(1) artiklan mukaan käsittely on lainmukaista vain siltä osin kuin vähintään yksi käsittelyn oikeusperusteista täyttyy.

on tarpeen rekisterinpitäjän lakisääteisen velvoitteen noudattamiseksi tai käsittely on tarpeen yleistä etua koskevan tehtävän suorittamiseksi tai rekisterinpitäjälle kuuluvan julkisen vallan käyttämiseksi. Tässä tutkielmassa ei tarkastella tarkemmin kansalliseen tietosuojasääntelyyn perustuvia käsittelyn oikeusperusteita.

TSA:n 6 artiklan mukaisia käsittelyn oikeusperusteita ovat sopimuksen täytäntöön paneminen tai sopimuksen tekemistä edeltävien toimenpiteiden toteuttaminen rekisteröidyn pyynnöstä, rekisterinpitäjän tai kolmannen osapuolen oikeutettu etu, rekisterinpitäjän lakisääteisen velvoitteen noudattaminen, rekisteröidyn tai luonnollisen henkilön elintärkeiden etujen suojaaminen, yleistä etua koskevan tehtävän suorittaminen tai rekisterinpitäjälle kuuluvan julkisen vallan käyttäminen sekä rekisteröidyn antama suostumus yhtä tai useampaa erityistä tarkoitusta varten.²³⁵

Käytännössä eri oikeusperusteet voivat soveltua samanaikaisesti verkkokäyttäjätiedon käsittelyyn.²³⁶ Tältä osin on kuitenkin huomioitava se, että vaikka useampikin oikeusperuste voi soveltua samanaikaisesti, on rekisterinpitäjän silti päätettävä ennen henkilötietojen käsittelyn aloittamista nimenomaisesti siitä, mihin oikeusperusteeseen tai oikeusperusteisiin kuhunkin tiettyyn käyttötarkoitukseen tapahtuva käsittely perustuu.²³⁷ Toisin sanoen rekisterinpitäjä ei voi jälkikäteen vaihtaa käsittelyn oikeusperustetta sellaiseen oikeusperusteeseen, johon rekisterinpitäjä ei ole ilmoittanut käsittelyn perustuvan.

Käytännössä todennäköisimpiä verkkokäyttäjätiedon keräämiseen soveltuvia oikeusperusteita ovat useimmissa tilanteissa sopimus, oikeutettu etu tai suostumus. Tämä johtuu siitä, että verkkokäyttäjätiedon kerääminen ja hyödyntäminen ei useimmiten liity lakisääteisen velvoitteen täyttämiseen, yleisen edun tai julkisen vallan käyttämiseen taikka rekisteröidyn tai jonkin toisen luonnollisen henkilön elintärkeän edun suojaamiseen. Toisaalta, jos kyseessä on viranomaistaho, niin voi olla mahdollista, että viranomaistahon verkossa tarjoama lakisääteinen palvelu edellyttää henkilötiedoksi laskettavan verkkokäyttäjätiedon keräämistä. Näissä tilanteissa voisi myös olla mahdollista, että verkkokäyttäjätiedon

²³⁵ Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.1 Tietosuoja-asetuksen mukaiset käsittelyperusteet.

²³⁶ Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.1 Tietosuoja-asetuksen mukaiset käsittelyperusteet.

²³⁷ WP259 rev.01_fi, s. 25.

kerääminen perustuisi yleistä etua koskevan tehtävän suorittamiseen tai rekisterinpitäjälle kuuluvan julkisen vallan käyttämisen piiriin.²³⁸

Tosiasiallisesti ensimmäinen verkkokäyttäjätiedon keräämiseen liittyvä suostumusvaatimus voi siis esiintyä jo käsittelyn oikeusperusteissa niissä tilanteissa, joissa verkkokäyttäjätiedon katsotaan olevan henkilötietoa. Siltä osin, kun käsittelyn oikeusperusteena on suostumus, on syytä huomioida, että TSA:n 4 artiklan 11 kohdasta sekä 7 artiklasta ilmenevien pätevästi suostumuksen edellytyksien on täytyttävä, jotta kyseistä oikeusperustetta voidaan tosiasiallisesti soveltaa.

Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että suostumuksen tulee olla edellä luvussa 3 todetulla tavalla vapaaehtoinen, tietoinen, yksilöity ja yksiselitteinen tahdonilmaisu, jonka rekisteröity voi peruuttaa ilman pelkoa häneen kohdistuvasta haitasta. Lisäksi on syytä huomioida, että käsittelyn oikeusperusteena suostumus on hankittava aina ennen henkilötietojen käsittelemistä. Tämä johtuu siitä, että TSA:n 6 artiklan lainmukaisen henkilötietojen käsittelyn oikeusperusteen on oltava olemassa ennen henkilötietojenkäsittelyn aloittamista.²³⁹

5.2 Evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntäminen

Verkkokäyttäjätiedon kerääminen ja esimerkiksi verkkokäyttäjätietoa hyödyntävä markkinointi²⁴⁰ edellyttää pitkälti evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämistä.²⁴¹ Evästeiden hyödyntämistä koskeva tämänhetkinen sääntelymme perustuu direktiivillä 2009/136/EY muutettuun sähköisen viestinnän tietosuojadirektiiviin²⁴² ja sen kansalliseen implementaatioon sähköisen viestinnän palveluista annetun lain (2014/917) 205 §:ään.

Sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205.1 §:n mukaan evästeiden tai muiden palvelun käyttöä kuvaavien tietojen tallentaminen käyttäjän päätelaitteelle ja näiden tietojen käyttö on sallittua ainoastaan, jos käyttäjä on antanut suostumuksensa saatuaan kattavat ja

²³⁸ Ks. Korpisaari 2018, s. 67, jonka perusteella paikkatietojen käsittelemisen oikeusperuste voi olla TSA:n 6 artikla 1 kohdan c alakohdan mukainen lakisäätövelvoite tai e alakohdan mukainen julkisen vallan käyttäminen. Vastaavaa tulkintaa voitaneen myös soveltaa verkkokäyttäjätietoon, sillä myös verkkokäyttäjätietoa voi sisältää paikkatietoja.

²³⁹ WP259 rev.01_fi, s. 19.

²⁴⁰ Pesonen 2017, s. 79.

²⁴¹ De Lima – Legge 2014, s. 68.

²⁴² Ustaran 2018, Cookie Consent Is the New Panic -verkkoartikkeli, tarkistettu 20.11.2018.

ymmärrettävät tiedot tallentamisen tai käytön tarkoituksesta. Vastaavasti ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan mukaan tietojen tallentaminen tai tilaajan tai käyttäjän päätelaitteelle tallennettujen tietojen käyttäminen on sallittua ainoastaan, jos tilaaja tai käyttäjä on antanut tähän suostumuksensa ja on ennen suostumuksen antamista saanut selkeät ja kattavat tiedot yleisen tietosuojasetuksen²⁴³ mukaisesti. Direktiivin 5(3) artiklassa ei siis puhuta suoraan nimenomaisesti evästeistä, vaikka nämä tosiasiallisesti kuuluvat käyttäjän tai tilaajan päätelaitteelle tallennettavina tietoina sääntelyn piiriin.²⁴⁴ Kansallisessa implementaatiossa evästeet on puolestaan mainittu suoraan 205 §:ssä.

Sekä kansallisen implementaation että sen taustalla olevan direktiivin perusteella jää epäselväksi se, mitä kaikkea sääntely koskee tosiasiallisesti. Kansallisessa implementaatiossa mainitaan evästeiden lisäksi vain muut palvelun käyttöä kuvaavat tiedot. Myöskään ePrivacy-direktiivissä ei suoraan mainita sitä, mitä kaikkea sääntely koskee. Haettaessa tulkinta-apua ePrivacy-direktiivin muotoilusta, huomataan, että ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan sanamuodon perusteella sääntelyn pitäisi koskea vain ja ainoastaan tietojen tallentamista päätelaitteelle tai päätelaitteelle tallennettujen tietojen käyttämistä. Tämä artiklan muotoilu aiheuttaa jossain määrin epäselvyyttä siitä, koskeeko suostumusvaatimus sellaisia verkkokäyttäytymistiedon keräämiseen käytettyjä tekniikoita, joissa ei tallenneta tietoja päätelaitteelle tai hyödynnetä tällaisia tietoja²⁴⁵. Esimerkiksi laite- ja selainsormenjälkien kohdalla ei ole läheskään aina kysymys tietojen tallentamisesta päätelaitteelle tai tällaisten tallennettujen tietojen hyödyntämisestä²⁴⁶. Tästä seikasta johtuen on mahdollista, että sääntely ei koske niitä tekniikoita, joissa ei tallenneta tietoja päätelaitteelle tai käytetä näitä tietoja.

Toisaalta ePrivacy-direktiivin johdanto-osassa puhutaan 5(3) artiklan kohdalla evästeiden ja muiden vastaavien menetelmien tallentamisesta käyttäjän tai tilaajan päätelaitteelle²⁴⁷. Ottaen huomioon vuonna 2002 säädetyn sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin 25 perustelukappaleen sanamuodon, jossa nimenomaisesti mainitaan muut vastaavat menetelmät ja

²⁴³ ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklassa viitataan henkilötietodirektiiviin, mutta W29:n suuntaviivojen ja TSA:n 94 artiklan 2 kohdan perusteella myös tätä viittausta henkilötietodirektiiviin voidaan pitää viittauksena yleiseen tietosuojasetukseen, ks. WP259 rev.01 fi, s. 4.

²⁴⁴ Ustaran 2018, Cookie Consent Is the New Panic -verkkoartikkeli, tarkistettu 20.11.2018 sekä sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 25 perustelukappale, jossa mainitaan esimerkinomaisesti evästeet.

²⁴⁵ Ks. esimerkiksi SWD(2017) 5 final, s. 41.

²⁴⁶ Markou 2016, s. 219.

²⁴⁷ Ks. sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 25 perustelukappale.

vuoden 2009 direktiivillä muutetun kokonaisuuden tavoitteen säännellä kattavasti ja teknologianeutraalisti²⁴⁸ kaikenlaista sähköistä viestintää²⁴⁹, on mahdollista, että suostumusvaatimuksen on tarkoitettu koskevan aivan kaikkia teknologioita, joilla käyttäjien päätelaitteiden tietoja voidaan seurata – riippumatta siitä, tallennetaanko tietoja tai käytetäänkö tallennettuja tietoja.

Tällainen laaja-alainen tulkinta on myös perusteltavissa ottaen huomioon ePrivacy-direktiivin sääntelytarkoitus – viestinnän luottamuksellisuuden sekä henkilötietojen ja yksityisyyden suojan yhdenmukaisen tason takaaminen riippumatta käytetystä tekniikasta.²⁵⁰ Tulkintaa tukee myös uudistetun sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 65 ja 66 perustelukappaleiden muotoilu pyrkimyksestä ehkäistä käyttäjien yksityisyyden suojaa uhkaavien toimintojen, kuten erilaisien vakoiluohjelmien, aiheuttamaa vakavaa vaaraa käyttäjien yksityisyydelle informointi- ja suostumusvaatimusten kautta.²⁵¹ Käytännössä tämä tarkoittaisi sitä, että esimerkiksi laite- tai selainsormenjälkien hyödyntäminen voisi kuulua 5(3) artiklan soveltamisalaan.

Myös WP29:n tulkintakäytännössä on päädytty vastaavan lopputulokseen.²⁵² Tästä johtuen on mahdollista, että suostumusvaatimuksen on sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 25 perustelukappale huomioiden tarkoitus kattaa evästeiden lisäksi myös kaikki muut vastaavat tallennus- ja seurantatekniikat, kuten laitesormenjäljet.²⁵³ EDPB on myöhemmin 25.5.2018 antamassaan lausunnossa käytännössä vahvistanut aikaisemman WP29:n tulkintakäytännön. Lausunnon mukaan ePrivacy-direktiivin päätelaitteiden suojaamista koskevan 5(3) artiklan sääntely koskee evästeiden lisäksi kaikkia muita seurantateknologioita.²⁵⁴

Jos selain- ja laitesormenjälkien katsotaan kuuluvan ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan sääntelyn piiriin, voitaneen tätä tulkintaa myös soveltaa kansalliseen sääntelyyimme, jolloin sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205.1 §:n suostumusvaatimus voisi koskea myös sellaisia seurantatekniikoita, joissa käyttäjän tai tilaajan päätelaitteelle ei tallenneta tietoja tai saada pääsyä tällaisiin tietoihin. Siten niissä tilanteissa, joissa kansallisessa sääntelyssä

²⁴⁸ Kosta 2013 A, s. 264.

²⁴⁹ SWD(2017) 5 final, s. 6 ja 11.

²⁵⁰ Sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 3 ja 4 perustelukappale.

²⁵¹ Innanen – Saarimäki 2012, s. 100.

²⁵² Ks. WP224_fi, s. 11.

²⁵³ WP194_fi, s. 2 ja WP 224_fi, s. 4 ja 11.

²⁵⁴ EDPB 2018 B, s. 2.

tai EU-sääntelyssä puhutaan evästeistä, voitaisiin tarkoittaa tosiasiallisesti myös kaikkia muita vastaavia seuranta- ja tallennustekniikoita, joista käytetään tässä tutkielmassa nimitystä muut vastaavat seurantatekniikat. Tämä nimitys on perusteltavissa ottaen huomioon sen, että kaikki seurantatekniikat, kuten laite- ja selainsormenjäljet eivät aina tosiasiallisesti käytä käyttäjän tai tilaajan päätelaitteen tallennusominaisuuksia²⁵⁵, vaan esimerkiksi laitteesta tai selaimesta saatavia muita tietoja²⁵⁶.

5.2.1 Lähtökohtana suostumus

Aikaisemmin todetulla tavalla ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevat säännökset on implementoitu kansalliseen sääntelyyn sähköisen viestinnän palveluista annetulla lailla. Lain 205 §:n perusteella evästeiden ja muiden palvelun käyttöä kuvaavien tietojen tallentaminen ja kyseisten tietojen käyttäminen edellyttää käyttäjältä saatua suostumusta ja käyttäjän informoimista.²⁵⁷ Sääntelyn kansallinen implementaatio vastaa pitkälti direktiivin sanamuotoa, joskin tilaajan käsite on tässä yhteydessä jätetty pois 205.1 §:stä.

Evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämistä sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205 §:n mukaisen suostumuksen perusteella rajoittaa jossain määrin 205 §:n 3 momentin sääntely, jonka mukaan evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden käyttäminen on sallittua ainoastaan tarjotun palvelun edellyttämässä laajuudessa eikä tämä saa myöskään rajoittaa käyttäjän yksityisyyden suojaa enempää kuin on välttämätöntä.²⁵⁸ Toisin sanoen evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita saa hyödyntää vain silloin kun se on käyttötarkoituksen takia välttämätöntä.²⁵⁹ Tämä tarkoittanee sitä, että evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevaa sääntelyä olisi tulkittava jossain määrin rajoittavasti siten, ettei niitä saisi käyttää turhaan tai pyrkiä keräämään niillä kaikkia päätelaitteesta saatavia tietoja, jos se ei ole esimerkiksi tarjotun verkkosivun tai palvelun takia tarpeellista.²⁶⁰

²⁵⁵ Markou 2016, s. 219 – 220.

²⁵⁶ Eckersley 2010, s. 2 – 4, Guan – Kasera – Wang – Gerdes 2016, s. 2 – 3 sekä Zanetti – Capkun – Danev 2016, s. 13 – 14.

²⁵⁷ Innanen – Saarimäki 2012, s. 99.

²⁵⁸ Innanen – Saarimäki 2012, s. 99.

²⁵⁹ Neuvonen 2014, 7.2.1 Paikkatiedot.

²⁶⁰ Helopuro – Ristola 2009, s. 239.

Sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205.1 §:n suostumusvaatimuksen tulkintaan voidaan hakea tulkinta-apua EU-sääntelyn suostumukselle asetetuista vaatimuksista eli ePrivacy-direktiivin ja yleisen tietosuoja-asetuksen sääntelystä. EU-sääntelyn lähtökohtana on ollut vuodesta 2009 tilaajan tai käyttäjän suostumus evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämiseen. ePrivacy-direktiivin mukaiseen suostumukseen ja myös sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205 §:n suostumusvaatimukseen sovelletaan tosiasiallisesti yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisen suostumuksen käsitettä²⁶¹. Tämä tarkoittaa sitä, että myös tietojen tallentaminen tai tilaajan tai käyttäjän päätelaitteelle tallennettujen tietojen käyttäminen edellyttää vapaaehtoista, yksilöityä, tietoista ja yksiselitteistä tahdonilmaisua²⁶², joka on voitava peruuttaa²⁶³ ilman että siitä aiheutuu haittaa rekisteröidylle²⁶⁴. Tämän lisäksi evästeitä tai muita vastaavia seurantatekniikoita hyödyntävän tahon on myös pystyttävä osoittamaan suostumuksen antaminen.²⁶⁵

Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että tilaajalla tai käyttäjällä on oltava aito vapaan valinnan mahdollisuus, jonka johdosta suostumuksen antamatta jättämisestä ei saa aiheutua haittaa tilaajalle tai käyttäjälle.²⁶⁶ Lisäksi on keskeistä, ettei henkilöä pakoteta antamaan suostumusta sellaisen verkkokäyttäytymistiedon keräämiseen palvelun tarjoamisen tai sopimuksen täytäntöönpanemisen yhteydessä, jos suostumukseen perustuva verkkokäyttäytymistiedon kerääminen ei ole tarpeen näihin liittyvän tietojenkäsittelyn osalta.²⁶⁷ Tämä tarkoittanee sitä, että tilaajaa tai käyttäjää ei voida pakottaa antamaan suostumusta sopimuksen tai palvelun yhteydessä esimerkiksi verkkokäyttäytymistiedon keräämiseksi sähköistä suoramarkkinointia varten, jos sähköinen suoramarkkinointi ei ole verkossa tarjottavan palvelun tai sopimuksen täyttämiseksi välttämätöntä.

²⁶¹ Ks. Luku 4.3.

²⁶² Ks. TSA:n 4 artiklan 11 kohta.

²⁶³ Ks. TSA:n 7 artiklan 3 kohta.

²⁶⁴ Ks. TSA:n johdanto-osan 42 perustelukappale.

²⁶⁵ Hanninen – Laine – Rantala – Rusi – Varhela 2017, kappale 4.4.5 Suostumuksen olemassaolo on pystyttävä osoittamaan.

²⁶⁶ WP187_fi, s. 13.

²⁶⁷ Krzysztofek 2017, s. 70.

5.2.1.1 Ota tai jätä -toimintamalli ja evästemuurit

Vapaaehtoisuutta koskevasta edellytyksestä huolimatta osissa tilanteista evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskeva informointi ja suostumuksen pyytäminen on pyritty toteuttamaan ns. seuranta- tai evästemuureilla (*Cookie wall/Tracking wall*), jotka estävät käyttäjiltä ja tilaajilta sivulle pääsyn ennen kuin he antavat suostumuksensa.²⁶⁸ Tällaisen ratkaisun ei voida välttämättä katsoa täyttävän yleisen tietosuojasetuksen mukaisen suostumuksen vaatimuksia, koska evästemuurit eivät anna käyttäjille mahdollisuutta aidon vapaaehtoisen suostumuksen antamiseen²⁶⁹, vaan muistuttavat pikemminkin käyttäjän tai tilaajan pakottamista suostumusta koskevaan päätökseen, jos käyttäjä tai tilaaja haluaa päästä verkkosivulle²⁷⁰. Toisaalta sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 25 perustelukappaleessa mahdollistetaan kuitenkin verkkosivun sisällön rajoittaminen, jos käyttäjä tai tilaaja ei hyväksy evästettä tai vastaavaa menetelmää ja kyseistä menetelmää käytetään lailiseen tarkoitukseen. Käytännössä siis direktiivin johdanto-osan 25 perustelukappale näyttäisi mahdollistavan ota – tai jätä mallisen toiminnan, jossa suostumuksen antaminen voisi estää verkkosivun käyttämisen.²⁷¹

Tältä osin WP29 on kuitenkin aikaisemmassa ohjeistuksessaan tuonut esille, että sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin 25 perustelukappaleen muotoilu ei tarkoita sitä, että koko sivun käyttäminen voitaisiin asettaa evästeiden hyväksymisen taakse, vaan tämä on mahdollista vain tiettyjen toimintojen tai osien kohdalla.²⁷² EDPB on myöhemmin ePrivacy-asetusta koskevassa lausunnossaan vahvistanut näkemyksensä siitä, ettei evästemuurien kautta annettu suostumus täytä vapaaehtoisen tahdonilmaisun edellytyksiä ja EDPB on myös vaatinut, että tällaiset käytännöt olisi kiellettävä nimenomaisesti ePrivacy-asetuksessa.²⁷³ Myös oikeuskirjallisuudessa on katsottu vastaavasti, etteivät suostumuksen antamiseen pakottavat käytännöt mahdollista aitoon vapaaseen tahdonilmaisuuun perustuvan suostumuksen antamista.²⁷⁴

²⁶⁸ Markou 2016, s. 229.

²⁶⁹ Ustaran 2018, *Cookie Consent Is the New Panic* -verkkoartikkeli, tarkistettu 20.11.2018.

²⁷⁰ Zuiderveen Borgesius – Kruikemeier – Boerman – Helberger 2017, s. 355.

²⁷¹ Carolan 2016, s. 465.

²⁷² WP208_en, s. 5.

²⁷³ EDPB 2018 B, s. 3 – 4.

²⁷⁴ Buttarelli 2017, s. 157.

Nämä seikat huomioiden, on mahdollista, että nykymuotoiset evästemuurit eivät täytä yleisen tietosuojasetuksen vapaaehtoiselle suostumukselle asetettuja vaatimuksia²⁷⁵. Tällaiseen tulkintaan voidaan myös päätyä huomioiden yleisen tietosuojasetuksen säätämistarkoituksen ja sen keskiössä oleva luonnollisten henkilöiden suojeleminen henkilötietojen käsittelyssä.²⁷⁶ Toisaalta sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 25 perustelukappaleen muotoilu näyttäisi kuitenkin mahdollistavan jonkinasteisen verkkosivun sisällön rajaamisen.

5.2.1.2 Suostumuksen antamistavasta ja suostumuspyynnön muotoilusta

Vapaaehtoisuuden luonteesta johtuen evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevan suostumuspyynnön on myös oltava tarpeeksi tarkasti, selkeästi ja ymmärrettävästi muotoiltu²⁷⁷ ja tilaajan tai käyttäjän on voitava antaa erilliset suostumukset eri käsittelytarkoituksia varten.²⁷⁸ Tämä tarkoittaa sitä, että suostumus on voitava antaa erikseen esimerkiksi sellaisia evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita varten, joita hyödynnetään markkinointitarkoituksissa (esim. verkkokäyttäytymistietoa kerätään markkinoinnin kohdentamiseksi) ja myös sellaisien evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden osalta, joita hyödynnetään palveluiden personoinnissa. Suostumus voidaan kuitenkin antaa samalla useampia kuin yhtä eri evästettä tai muuta vastaavaa seurantatekniikkaa varten, kunhan niiden käyttötarkoitus on sama.²⁷⁹ Vapaaehtoisuutta koskeva tarkkuuden vaatimus linkittyy myös läheisesti tietoisuuden vaatimukseen sekä yksilöidyn tahdonilmaisun vaatimukseen. Ne puolestaan liittyvät erityisesti ennen suostumuksen antamista tarjottavan informaation sisältöön.

Evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevan suostumuksen on myös oltava riittävän yksiselitteinen eli suostumus on annettava riittävän selkeästi suostumusta ilmaisevalla toimella²⁸⁰. Verkkoympäristössä tällaisena toimena voidaan pitää TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleen mukaan esimerkiksi ruudun rastittamista, kunhan toimi täyttää suostumukselle asetetut muut vaatimukset. Toisaalta hiljaisen suostumuksen oletaminen palvelun käyttämistä jatkamalla tai valmiiksi rastitetuilla ruuduilla ei näyttäisi olevan enää yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkamisen jälkeen sallittua, sillä tämä on nimenomaisesti

²⁷⁵ Zuiderveen Borgesius – Kruikemeier – Boerman – Helberger 2017, s. 361.

²⁷⁶ TSA:n johdanto-osan 1 perustelukappale.

²⁷⁷ Ks. TSA: 7 artiklan 2 kohta ja johdanto-osan 42 perustelukappale.

²⁷⁸ WP259 rev.01_fi, s. 10 – 11.

²⁷⁹ Markou 2016, s. 230.

²⁸⁰ Roughton 2018, s. 4 – 6.

kielletty TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleessa ja myös WP29:n suostumusta koskevilla suuntaviivoissa.²⁸¹

Tältä osin jo aikaisemmassa oikeuskirjallisuudessa on esitetty evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden käyttämiseen tarvittavan suostumuksen edellyttävän rekisteröidyltä aktiivista toimintaa.²⁸² Olemme joka tapauksessa viimeistään yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkamisen jälkeen liikkuneet ns. *Opt-in* -malliseen suostumukseen eli käyttäjän aktiivista toimintaa edellyttävään malliin evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämisen kohdalla, vaikka tästä vaatimuksesta on käyty keskustelua aina vuonna 2009 muutetun ePrivacy-direktiivin soveltamisen alkamisesta lähtien.²⁸³

Edellä mainittuja ePrivacy-direktiivin muotoiluun ja yleisen tietosuojasetuksen suostumusta koskevaan sääntelyyn perustuvia evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevia tulkintoja voidaan soveltaa kansallisella tasolla Suomessa. Tämä tarkoittaa sitä, että myös kansallisessa sääntelyssämme lähtökohtana tulisi olla *Opt-in* -mallinen suostumus eli evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntäminen edellyttää käyttäjän etukäteistä aktiivista suostumusta ja tätä edeltävää informointia.²⁸⁴ Toisaalta tältä osin on ongelmallista, millä tavalla suostumus voidaan pyytää ja antaa, jotta se täyttää pätevälle suostumukselle annetut vaatimukset – erityisesti huomioiden sen, että keskivertokäyttäjä ei välttämättä ymmärrä edes evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevan suostumuksen merkitystä²⁸⁵.

5.2.1.3 Suostumuksen antamisajankohta

Opt-in -mallissa on myös huomioitava se, että WP29:n aikaisemman tulkintakäytännön perusteella ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan mukainen suostumus evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämiseen on annettava ennen evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämisen aloittamista.²⁸⁶ Tämä WP29:n tulkinta on perustunut pitkälti 5 artiklan 3 kohdan sanamuotoon ja suostumuksen luonteeseen tietojen käsittelyperusteena.²⁸⁷ Ennen yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkamista, yritykset

²⁸¹ WP259 rev.01_fi, s. 17.

²⁸² Jones – Tahri 2011, s. 632 ja 634.

²⁸³ Luzak 2013, s. 234.

²⁸⁴ Hoikka – Neuvonen – Rautiainen 2016, s. 423.

²⁸⁵ Kosta 2013 B, s. 405 – 406.

²⁸⁶ WP208_en, s. 4.

²⁸⁷ WP187_fi, s. 32.

olivatkin pyrkineet joissain tilanteissa eri EU-jäsenvaltioissa virtaviivaistamaan verkkopalveluiden toimintaa asettamalla evästeitä samanhetkisesti suostumusta pyydettyäessä. Esimerkiksi Alankomaissa tietosuojaviranomaiset olivat kuitenkin puuttuneet tällaiseen toimintaan jo ennen yleisen tietosuoja-asetuksen soveltamisen alkamista.²⁸⁸

Tältä osin edellä mainittu WP29:n tulkintakäytäntö vaikuttaisi olevan yhä sovellettavissa myös yleisen tietosuoja-asetuksen soveltamisen alkamisen jälkeen. Tämä johtuu yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisen suostumuksen luonteesta, sillä käsittelyn oikeusperusteena suostumus on TSA:n 6 artiklan sanamuoto huomioiden hankittava aina ennen tietojen käsittelyn aloittamista.²⁸⁹ Toisaalta voisi olla myös teoreettisesti mahdollista, että evästeillä ja muilla vastaavilla seurantatekniikoilla ei käsiteltäisi henkilötietoa. Tällaisessa tilanteessa suostumus ei toimisi henkilötietojen käsittelyn oikeusperusteena, eikä sitä siten välttämättä tarvitsisi hankkia etukäteen käsittelyn oikeusperusteena.

Kuitenkin ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan sanamuodon perusteella evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntäminen on sallittua lähtökohtaisesti vain suostumuksen perusteella ja ennen suostumuksen antamista tilaajaa tai käyttäjää on myös informoitava selkeästi ja kattavasti muun muassa käsittelyn tarkoituksesta. Lisäksi on syytä huomata, että 5(3) artiklan sääntelyssä ei puhuta henkilötiedosta, vaan yleisesti päätelaitteelle tallennetuista tiedoista. Tämä tarkoittanee sitä, että sääntely, ja suostumusvaatimus, eivät koske pelkästään henkilötietoa, vaan kaikkea päätelaitteelle tallennettua tietoa tai päätelaitteesta saatavaa tietoa²⁹⁰ riippumatta sen luonteesta henkilötietona.

Tosiasiallisesti nämä seikat huomioiden, ennen suostumuksen antamista ja ennen informointia, ei ole oikeutta käyttää evästeitä tai muita vastaavia seurantatekniikoita riippumatta kerättävän tiedon luonteesta. Lisäksi ottaen huomioon suostumuksen keskeisen luonteen tiedollisen itsemääräämisoikeuden ja valvonnan mahdollistajana²⁹¹ on varsin todennäköistä, että suostumus jo sen luonteen vuoksi tarvitaan kaikissa tilanteissa ennen evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämistä – riippumatta siitä onko kerättävä verkkokäyttäytymistieto henkilötietoa vai ei.

²⁸⁸ Ustaran 2014, Cookie Consent – What’s Changed? -verkkoartikkeli, tarkistettu 13.11.2018.

²⁸⁹ WP259 rev.01_fi, s. 19.

²⁹⁰ Leenes – Kosta 2015, s. 320.

²⁹¹ Pesonen 2017, s. 99.

Suostumuksen antamisajankohdan osalta, myös kansallisella tasolla vaatimusta on tulkittu siten, että suostumus on annettava ennen henkilötietojen käsittelyä.²⁹² Tämä perustuu siihen, että sähköisen viestinnän palveluista annetun lain esitöiden mukaan lain 205 § vastaa entistä sähköisen viestinnän tietosuojalain 7 §:ää. Sääntelyn tarkoitukselle voidaan siten hakea tulkinta-apua myös jo kumotun sähköisen viestinnän tietosuojalain (516/2004) esitöistä.²⁹³ Kumotun sähköisen viestinnän tietosuojalain esitöiden sanamuodon perusteella suostumus tulee pyytää etukäteen ennen henkilötietojen käsittelyä evästeiden avulla.²⁹⁴ Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että verkkokäyttäytymistiedon keräämiseen käytettäviä evästeitä ei ole saanut kansallisessa sääntelysääntelyssä asettaa verkkopalvelussa ennen suostumuksen kysymistä²⁹⁵ tai samanaikaisesti suostumusta kysyttäessä. Tämä suostumuksen antamisajankohtaa koskeva kansallinen tulkinta ei näytä muuttuneen yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkamisen jälkeen.

5.2.1.4 Selainasetuksien kautta annettavan suostumuksen ongelmallisuus

Suostumuksen etukäteinen pyytäminen evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämiseen on siis ollut kansallisen sääntelyn nimenomaisena edellytyksenä jo ennen yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkamista. Aikaisemmassa suomalaisessa tulkintakäytännössä on kuitenkin katsottu, että suostumus evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita varten on voitu antaa selainasetuksien tai muun sovelluksen asetusten kautta²⁹⁶. Tämä on ollut kansallisen tulkinnan mukaan mahdollista, vaikka oletusasetuksissa evästeet ja muut vastaavat seurantatekniikat ovat yleensä lähtökohtaisesti hyväksytyjä²⁹⁷, eivätkä nämä asetukset käytännössä mahdollista evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden kieltämistä muun muassa eri käyttötarkoitusten osalta. Tämä kansallinen käytäntö näyttäisi pitkälti perustuneen vuoden 2009 uudistetun sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 66 perustelukappaleen sanamuotoon.

Edellä mainittu aikaisempi suomalainen käytäntö ei todennäköisesti täytä nykyään yleisessä tietosuojasetuksessa säädetyn suostumuksen edellytyksiä, ottaen huomioon sen, että tilaajilla tai käyttäjillä ei ole useimmiten tietoa siitä, että selainasetuksia voi muuttaa ja myös sen, että lähtökohtaisesti verkkoselaimissa evästeiden käyttäminen on oletuksena päällä²⁹⁸.

²⁹² Hoikka – Neuvonen – Rautiainen 2016, s. 423.

²⁹³ HE 221/2013 vp, s. 170.

²⁹⁴ HE 238/2010 vp, s. 122.

²⁹⁵ Eklund – Lilja 2013, s. 221.

²⁹⁶ Viestintävirasto, evästeitä koskeva ohjeistus, tarkistettu 10.11.2018 sekä HE 238/2010 vp, s. 122.

²⁹⁷ Luzak 2013, s. 235.

²⁹⁸ Luzak 2013, s. 226, 232 ja 235.

Näissä tilanteissa ei siten ole välttämättä kyseessä tilaajan tai käyttäjän vapaaehtoinen, yksilöity, tietoinen ja yksiselitteinen tahdonilmaisuus, sillä suostumus saattaisi perustua vain siihen, että käyttäjä tai tilaaja on hankkinut verkkoselaimen tai käyttänyt sitä. Tällaisessa tilanteessa suostumus perustuisi käytännössä valmiiksi rastitettuun ruutuun tai oletusasetuksiin, eikä käyttäjä ole edes tietoinen suostumuksen antamisesta.²⁹⁹

Käytännössä tämä aikaisempi kansallinen käytäntö on ollut osittain myös WP29:n aikaisempien suostumusta koskevien lausuntojen vastainen, sillä jo ennen yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkamista WP29 on katsonut, että suostumuksen on tullut olla vapaaehtoinen, tietoinen, yksilöity ja yksiselitteinen ja sen on perustuttava rekisteröidyn aktiiviseen toimintaan, jota ei voida tulkita siitä, että rekisteröity jättää jonkin toimen tekemättä.³⁰⁰ Toisaalta WP29 on kuitenkin tuonut myös esiin, että suostumus on mahdollista antaa selainasetuksien kautta tiettyjen edellytyksien täytyessä.³⁰¹ Joskin tosiasiallisesti tämä on ollut mahdollista vain niillä selaimilla, joissa evästeet ja muut vastaavat seurantatekniikat ovat olleet oletuksena pois päältä. Näissä tilanteissa suostumus on voitu antaa yksiselitteisesti suostumusta ilmaisevalla toimella, kuten evästeiden kytkemisellä päälle.³⁰²

Selainasetuksien kautta annettavan suostumuksen hyväksyttävyyden tulkintaa hankaloittaa myös TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleen maininta kyseisestä suostumuksen antamistavasta. Käytännössä myös toisenlainen tulkinta saattaisi teoriassa olla siis mahdollinen. Tosiasiallisesti tämä saattaa edellyttää kuitenkin selaimien kehittämistä, sillä tällä hetkellä selainasetuksien kautta ei ole mahdollista antaa WP29:n kuvaamalla tavalla suostumusta erillisiä käyttötarkoituksia varten, saati että selainasetuksien avulla olisi mahdollista saada tieto rekisterinpitäjätahosta.³⁰³ Vaikuttaisikin siltä, että verkkoympäristössä toimivasta pätevän suostumuksen pyytämistavasta ei ole vielä täyttä selkeyttä.

Tämä aikaisempi suomalainen tulkintakäytäntö on ollut osittain myös mahdollinen, koska aikaisemmin sekä suostumusta koskeva sääntely että myös evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämistä koskeva sääntely on perustunut kahden eri direktiivin sääntelyyn, mikä on direktiivien luonteen vuoksi edellyttänyt sääntelyn kansallista implementaatiota. Käytännössä direktiivien kansallinen implementaatio on johtanut erilaiseen sääntelyyn ja soveltamiskäytäntöön esimerkiksi suostumuksen käsitteen ja suostumuksen

²⁹⁹ Innanen – Saarimäki 2012, s. 104.

³⁰⁰ WP187_fi, s. 13 – 25 ja WP208_en, s. 3.

³⁰¹ WP171_fi, s. 14 – 16.

³⁰² Dumortier 2016, s. 250.

³⁰³ WP259 rev.01_fi, s. 19.

antamistavan osalta eri jäsenvaltioissa³⁰⁴, mikä puolestaan on saattanut heikentää paikoitellen sääntelyn tosiasiallisen tarkoituksen toteutumista. Tämä on tarkoittanut sitä, että joissain jäsenvaltioissa suostumukselta on edellytetty kirjallista muotoa ja joissain jäsenvaltioissa taas implisiittinen suostumus on ollut pätevä.³⁰⁵ Osa tällaisista tavoista on pitkälti noudattanut *browse-wrap* -sopimuksien³⁰⁶ kaltaista menettelyä, joissa käyttäjä suostuu evästeiden avulla tapahtuvaan verkkokäyttäytymistiedon keräämiseen konkludenttisesti jatkamalla sivuston käyttämistä.³⁰⁷ Esimerkiksi Iso-Britannian tietosuojaviranomainen on aikaisemmin katsonut, että ns. konkludenttisen suostumuksen oletaminen olisi ollut sallittua ePrivacy-direktiivin sääntelyn osalta.³⁰⁸

Tältä osin yleisen tietosuoja-asetuksen säätäminen ja asetuksen mukaisen suostumuskäsitteen soveltaminen saattaa tosiasiallisesti jossain määrin yhtenäistää käytäntöjä eri jäsenvaltioissa, sillä asetuksen mukaisen suostumuksen käsite on suoraan sovellettavaa sääntelyä kaikissa EU jäsenvaltioissa. Toisaalta yleisen tietosuoja-asetuksen sääntely ei anna TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleen³⁰⁹ lisäksi tarkempia ohjeita suostumuksen antamisesta verkkoympäristössä, joten tietynasteista epäselvyyttä voi esiintyä pätevän suostumuksen antamisesta verkkoympäristössä.

Kaiken kaikkiaan vaikuttaisi siltä, että yleisen tietosuoja-asetuksen soveltamisen alkaminen ei ole tosiasiallisesti olennaisesti muuttanut itse suostumusta koskevaa sääntelyä. Tämä johtuu siitä, että evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevan suostumuksen käsite ei ole keskeisimmiltä osiltaan, eli suostumuksen luonteen osalta vapaaehtoisena, yksilöitynä, tietoisena ja yksiselitteisenä tahdonilmaisuna³¹⁰, muuttunut sisällöllisesti yleisen tietosuoja-asetuksen soveltamisen alkamisen jälkeen verrattuna aikaisempaan henkilötietodirektiivin mukaiseen määritelmään.³¹¹ Toisaalta yleinen tietosuoja-asetus näyttäisi kuitenkin yhtenäistäneen ja selkiyttäneen jo aikaisempia WP29:n tulkintoihin perustuvia suostumusta koske-

³⁰⁴ De Lima – Legge 2014, s. 69.

³⁰⁵ COM (2010) 609 final, s. 8.

³⁰⁶ Innanen – Saarimäki 2012, s. 271.

³⁰⁷ Luzak 2013, s. 231 – 232.

³⁰⁸ Carolan 2016, s. 467.

³⁰⁹ TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleessa mainitaan verkkoympäristössä suostumuksen antamisesta ruudun rastittaminen sekä tietoyhteiskunnan palvelun teknisien asetusten muuttaminen. Toisaalta samassa perustelukappaleessa vaaditaan, ettei suostumusta koskeva pyyntö saa häiritä tarpeettomasti palvelun käyttämistä.

³¹⁰ Ks. sekä WP187_fi ja WP259 rev.01_fi, joissa kummassakin esiintyvät samat suostumuksen osatekijät.

³¹¹ WP259 rev.01_fi, s. 3.

via vaatimuksia ja on jossain määrin myös poistanut aikaisempaa direktiivien implementoinnin kautta syntyneitä jäsenvaltioiden toisistaan eroavaa tulkintakäytäntöä³¹² suostumuksen käsitteen ja mahdollisen antamistavan osalta³¹³.

Yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkaminen ei kuitenkaan näytä antaneen ratkaisua siihen, kuinka pätevä suostumus tulisi pyytää verkkoympäristössä. Tosiasiallisesti pätevän suostumuksen hankkiminen verkkoympäristössä näyttäisikin olevan yhä haastavaa myös yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkamisen jälkeen ottaen erityisesti huomioon, TSA:n johdanto-osan 32 ja uudistetun sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 66 perustelukappaleesta ilmenevät vaivattomuuden ja käyttäjäystävällisyyden vaatimukset.

5.2.2 Informoinnin merkitys suhteessa suostumusvaatimukseen

Kansallisessa sääntelyssä ePrivacy-direktiivin evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskeva informointi on implementoitu sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205.1§:ään suostumusvaatimuksen yhteyteen. 205.1 § edellyttää palvelun tarjoajaa antamaan käyttäjälle ymmärrettävät ja kattavat tiedot tallentamisen tai käytön tarkoituksesta³¹⁴ ennen suostumuksen pyytämistä.³¹⁵ Suomen kansallisessa implementaatioissa on pyritty varmistamaan se, että käyttäjät ovat tietoisia heidän päätelaitteelleen tallennettavista evästeistä ja muista vastaavista seurantatekniikoista sekä niillä käyttäjästä kerättävistä tiedoista³¹⁶, jotta voitaisiin ehkäistä luvaton käyttäjän tietojen hyödyntämistä sekä tunkeutumista yksityiselämän alueelle. Sanamuodosta ”ymmärrettävät ja kattavat tiedot tallentamisen tai käytön tarkoituksesta” huolimatta ePrivacy-direktiivin kansallisessa implementaatioissa ei ole tosiasiallisesti ollut tarkoitus rajoittaa tiedonantovelvollisuutta vain käyttötarkoitukseen. Lain esitöiden perusteella annettaviin tietoihin sisältyy erityisesti tiedot siitä, mitä tietoja suostumuksen perusteella käsitellään ja mitkä ovat tietojen käyttötarkoitukset.³¹⁷

³¹² De Lima – Legge 2014, s. 69.

³¹³ Jäsenvaltioiden erilainen tulkintakäytäntö huomioitiin jo komission vuoden 2010 tiedonannossa Kattavasta lähestymistavasta henkilötietojen suojaan Euroopan unionissa, ks. COM(2010) final 6, s. 8 – 9.

³¹⁴ Eklund – Lilja 2013, s. 221.

³¹⁵ Ks. esim. HE 238/2010 vp, s. 122, jonka sanamuodon perusteella informoinnin on ollut tarkoitus tapahtua ennen kuin käyttäjä ryhtyy toimiin, jotka voivat johtaa tietojen tallentamiseen tai käyttämiseen hänen päätelaitteeltaan.

³¹⁶ Helopuro – Ristola 2009, s. 237.

³¹⁷ HE 238/2010 vp, s. 122.

Tämä sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205.1 §:stä ilmenevän informointivelvollisuuden sisältöä ei ole edellä mainittua tarkemmin määritelty kansallisessa sääntelysämme.³¹⁸ Ottaen huomioon yleisen tietosuoja-asetuksen suostumuskäsitteen soveltamisen, sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205.1 §:n mukaisien informointivelvoitteiden lisäksi on myös huomioitava suoraan sovellettavasta yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisesta suostumuksesta johtuvat vaatimukset informoinnille, erityisesti yksilöidyn ja tietoisien tahdonilmaisun osalta. Käytännössä kansallisella tasolla evästeitä ja muita vastaavia seuranta-tekniikoita koskevan suostumuksen on siis täytettävä TSA:n 4 artiklan 11 kohdasta ja 7 artiklasta johtuvat suostumuksen edellytykset.

Sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205.1 §:n informointivelvollisuuden sisällön tulkitsemiseen voidaan jossain määrin hakea tulkinta-apua ePrivacy-direktiivin johdanto-osan perustelukappaleista sekä artikloiden sanamuodoista. Direktiivin 5 artiklan 3 kohdan perusteella ennen suostumuksen antamista käyttäjän tai tilaajan on myös saatava selkeät ja kattavat tiedot³¹⁹ siitä, mikä muun muassa on käsittelyn tarkoitus yleisen tietosuoja-asetuksen³²⁰ mukaisesti. Tätä etukäteistä tiedonantovelvollisuutta voidaan pitää suostumuksen ohella keskeisimpänä evästeiden hyödyntämisen edellytyksenä.³²¹ Informoinnin tarkoituksena on ehkäistä luvaton tietojen käyttämistä ja tunkeutumista yksityiselämän alueelle.³²² Tämän tavoitteen toteutumisen kannalta on erityisen tärkeää, että tilaajan tai käyttäjän on saatava selkeällä ja ymmärrettävällä tavalla tieto evästeiden käyttämisestä, niihin liittyvistä valintamahdollisuuksista sekä siitä, miten evästeiden kieltäminen vaikuttaa verkossa tarjottavan palvelun toimivuuteen ja käytettävyyteen³²³ ennen kuin käyttäjä tai tilaaja antaa suostumuksen.

Uudistetun sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 66 perustelukappaleessa tämän informoinnin osalta on erityisesti korostettu sitä, että tarjottavan informaation tulee olla esitetty selkeästi, käyttäjäystävällisesti ja sen on oltava kattavaa. Muilta osin ePrivacy-direktiivissä ei ole kuitenkaan otettu kantaa siihen, millä tavalla tiedot olisi annettava

³¹⁸ Innanen – Saarimäki 2012, s. 107.

³¹⁹ Trzaskowski 2015, s. 99.

³²⁰ ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklassa viitataan henkilötietodirektiiviin, mutta W29:n suuntaviivojen perusteella myös tätä viittausta henkilötietodirektiiviin voidaan pitää viittauksena yleiseen tietosuoja-asetukseen, ks. WP259 rev.01_fi, s. 4.

³²¹ Koivumäki 2018, s. 342.

³²² Ks. uudistetun sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 66 perustelukappale ja Luzak 2013, s. 230.

³²³ Koivumäki 2018, s. 342.

tilaajalle tai käyttäjälle. Tämä on johtanut erilaisiin tulkintakäytäntöihin ja tietojenesitystapoihin eri jäsenvaltioissa, esimerkiksi tietosuojakäytännöissä.³²⁴ Sekä oikeuskirjallisuudessa että WP29:n aikaisemmassa ohjeistuksessa³²⁵ informoinnin on aikaisemmin katsottu voivan tapahtua selkeällä eri tasoissa tapahtuvalla informoinnilla, jossa käyttäjä tai tilaaja saa keskeisimmät tiedot heti saavuttuaan verkkosivulle ja osan muusta tiedosta toiselta sivulta esimerkiksi linkin kautta.³²⁶ Keskeistä on kuitenkin, ettei tietoa piiloteta vaikeasti löydettävissä oleviin paikkoihin, vaan käyttäjälle tai tilaajalle annetaan tiedot heti verkkosivulle saavuttaessa.³²⁷ Tämä vaatimus johtuu siitä, että suostumusta ei käytännössä voida sääntelyn sanamuoto³²⁸ sekä suostumukselle asetettavat vaatimukset³²⁹ huomioiden antaa pätevästi ilman, että käyttäjä tai tilaaja on ensin saanut artiklan edellyttämät tiedot.

Tosiasiallisesti tämä tarkoittaa sitä, että informaatio voidaan mahdollisesti antaa käyttäjälle tai tilaajalle heti verkkosivulle saavuttaessa kattavalla, selkeällä ja käyttäjäystävällisellä tavalla, kuten sivulla esiintyvällä evästeilmoituksella³³⁰ ennen suostumuksen pyytämistä. Tässä ilmoituksessa olisi annettava kaikista keskeisin tieto evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden käyttämisestä. Näinä keskeisimpinä kerrottavina asioina on aikaisemmassa WP29:n ohjeistuksessa pidetty esimerkiksi käytettävien evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden käyttötarkoitusta sekä tietoa siitä, saavatko kolmannet osapuolet evästeillä ja muilla vastaavilla seurantatekniikoilla kerättyjä tietoja tilaajan tai käyttäjän toiminnasta. Muut tarkemmat tiedot voitaisiin puolestaan antaa tasoittain evästeilmoituksen kautta löytyvän linkin takana olevalla sivulla.³³¹

Evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevasta informoinnista on muodostunut vielä tärkeämpää yleisen tietosuojasetuksen soveltamisen alkamisen jälkeen, ottaen erityisesti huomioon sen, että ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan perusteella evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden käyttämisen lähtökohtana on suostumus, johon sovelletaan yleisen tietosuojasetuksen mukaisia vaatimuksia.³³² Käytännössä tämä johtaa siihen, että

³²⁴ Luzak 2013, s. 230 – 231.

³²⁵ WP208_en, s. 2 – 3.

³²⁶ Markou 2016, s. 224.

³²⁷ Luzak 2013, s. 231.

³²⁸ Luzak 2013, s. 230 ja Trzaskowski 2015, s. 99.

³²⁹ WP187_fi, s. 32, WP208_en, s. 4 ja WP259 rev.01_fi, s. 19.

³³⁰ Ustaran 2014, Cookie Consent – What’s Changed? -verkkootikkeli, tarkistettu 13.11.2018.

³³¹ WP208_en, s. 3.

³³² WP259 rev.01_fi, s. 4.

evästeistä ja muista vastaavista seurantatekniikoista on tarjottava samalla sellainen informaatio, että TSA:n 4 artiklan 11 kohdan ja 7 artiklan mukainen pätevä suostumus on mahdollista antaa.

Tämä tarkoittaa sitä, että annettavan informaation on mahdollistettava vapaaehtoisen, yksiselitteisen, yksilöidyn ja tietoisien tahdonilmaisun antaminen. Näistä vaatimuksista erityisesti yksilöityyn ja tietoiseen tahdonilmaisuuun kohdistuvat vaatimukset liittyvät siihen, että informoitaessa rekisteröityä evästeistä ja muista vastaavista seurantatekniikoista ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan edellyttämällä tavalla, on rekisteröidylle kerrottava selkeästi ja kattavasti³³³ evästeillä ja muilla vastaavilla seurantatekniikoilla kerättävän tai käsiteltävän verkkokäyttäytymistiedon käyttötarkoituksista, jotta rekisteröity voi antaa suostumuksensa informaation perusteella haluamiinsa käyttötarkoituksiin.³³⁴ Evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevan suostumuksen on siten perustuttava sellaiseen informaatioon, että tahdonilmaisu on riittävän yksilöity eli käyttäjän tai tilaajan on saatava tietoonsa kaikki evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden käyttötarkoitukset³³⁵.

Direktiivin 5(3) artiklan edellyttämän informoinnin kohdalla käyttötarkoitusten osalta pelkkä yleinen tiedottaminen, jossa ei yksilöidä käyttötarkoituksia toisistaan ja siten mahdollisteta rekisteröidylle mahdollisuutta olla antamatta suostumusta johonkin tiettyyn käyttötarkoitukseen, ei näyttäisi täyttävän yleisen tietosuojasetuksen mukaisen suostumuksen vaatimuksia.³³⁶ Käytännössä rekisteröidylle olisi yleisen tietosuojasetuksen mukaisen pätevän suostumuksen vaatimusten täyttymiseksi kerrottava kaikki evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämiseen liittyvät käyttötarkoitukset³³⁷, kuten tietojen hyödyntäminen markkinointitarkoituksissa tai mahdollinen tietojen käyttäminen palvelun personointiin. Muussa tilanteessa rekisteröity ei voi antaa yksilöityä suostumustaan kuhunkin erilliseen käyttötarkoitukseen ja suostumus ei ole pätevä.³³⁸

Toisaalta ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklassa³³⁹ ja myös kansallisessa implementaatiossa on myös nimenomaisesti säädetty poikkeuksista, joiden puitteissa erillisistä käyttötarkoituk-

³³³ Trzaskowski 2015, s. 99.

³³⁴ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 96.

³³⁵ Krzysztofek 2017, s. 70.

³³⁶ WP187_fi, s. 18 ja TSA:n johdanto-osan 42 ja 43 perustelukappaleet.

³³⁷ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 96.

³³⁸ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 96.

³³⁹ Luzak 2013, s. 237.

sista ei tarvitse tarjota informaatiota käyttäjälle tai tilaajalle, saati pyytää suostumusta. Ottaen huomioon ePrivacy-direktiivin sekä kansallisen implementaation³⁴⁰ sääntelyn luonteen *lex specialiksena* suhteessa yleiseen tietosuoja-asetukseen³⁴¹, on mahdollista, että jos tiettyjen evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntäminen kuuluu ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan poikkeuksien³⁴² ja sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205 §:ssä mainittujen vastaavien poikkeuksien, kuten viestintäverkossa tapahtuvan viestin välittämistä koskevien poikkeuksen tai välttämättömyyspoikkeuksen piiriin, ei rekisteröityä tarvitsisi informoida näistä poikkeuksien piiriin kuuluvista käyttötarkoituksista. Tällaisessa tilanteessa evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntäminen ei tapahdu suostumuksen perusteella.

Edellä mainitun informointivelvollisuuden lisäksi on kuitenkin huomioitava yleisen tietosuoja-asetuksen mukaiset informointivelvollisuudet, joita on noudatettava siltä osin, kun käsitellään henkilötietoa. Käytännössä tämä tarkoittaa TSA:n 13 ja 14 artikloiden mukaisen informointivelvollisuuden täyttämistä. Käsittelyn kohdistuessa henkilötietoihin on siis todennäköistä, että rekisteröidyn on silti saatava yleisen tietosuoja-asetuksen edellyttämät tiedot³⁴³ TSA:n 5(1) artiklan a alakohdan lainmukaisuuden, kohtuullisuuden ja läpinäkyvyyden periaatteiden mukaisesti.³⁴⁴

Käytännössä henkilötiedon ollessa kyseessä, on käyttötarkoituksista annettava aina informaatio rekisteröidylle riippumatta siitä, soveltuuko ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan poikkeus vai ei. Eri asia tältä osin on se, onko tämä informaatio annettava evästeitä ja muita seurantatekniikoita koskevan tiedottamisen yhteydessä heti sivulle saavuttaessa, vai riittääkö myöhempi informoiminen esimerkiksi verkkosivun tietosuojaa koskevassa osiossa. Tältä osin on kuitenkin noudatettava yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisia vaatimuksia läpinäkyvästä informoinnista.³⁴⁵ Toisaalta taas niissä poikkeustilanteissa, joissa kerättävä verkkokäyttäjätietä ei ole henkilötietoa³⁴⁶, ei yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisia muita informointivelvollisuuksia todennäköisesti tarvitse täyttää.

³⁴⁰ Ks. esim. Salminen 2009, s. 44 – 46.

³⁴¹ Ks. luku 4 Tietosuoja-asetuksen ja ePrivacy-sääntelyn soveltamisalasta.

³⁴² Trzaskowski 2015, s. 99.

³⁴³ Jones – Tahri 2010, s. 618.

³⁴⁴ Voigt – von dem Bussche 2017, s. 88.

³⁴⁵ Ks. TSA:n 12 artikla.

³⁴⁶ ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan sääntely ja siten kansallinen implementaatio ei koske pelkkää henkilötietoa, ks. Kosta 2013 B, s. 385 – 386.

Niissä tilanteissa, joissa verkkokäyttäytymistiedon kerääminen evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden perusteella tapahtuu ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan pääsäännön mukaisesti suostumukseen perustuen, on tilaajan tai käyttäjän myös pystyttävä tarjotun informaation perusteella ymmärtämään, minkälaiseen henkilötietojen käsittelyyn hän on suostumassa ja kenen toimesta tämä käsittely tapahtuu, jotta hän voi tehdä tietoisien päätöksen suostumuksen antamisesta. Tämä tietoisuuteen liittyvä vaatimus tarkoittaa sitä, että evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämistä koskevan pyynnön yhteydessä on tilaajalle tai käyttäjälle annettava tietoa sellaisessa muodossa, että tilaaja tai käyttäjä ymmärtää esimerkiksi, mitä tarkoitusta varten ja miten evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita hyödynnetään, minkälaista tietoa kerätään, miten käyttäjä tai tilaaja voi peruuttaa suostumuksensa ja ketkä näitä tietoja hyödyntävät sekä keille tietoja luovutetaan.³⁴⁷ Näiden kaikkien tietojen antaminen siten, että pätevä suostumus on mahdollista antaa voi olla haastavaa johtuen pätevän suostumuksen edellyttämästä etukäteisestä tietomäärästä.

Tämän ongelman osalta on myös huomioitava jo edellä mainittu TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappaleen sekä uudistetun sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 66 perustelukappaleen vaatimus käyttäjäystävällisyydestä ja mahdollisimman vähäisestä häiriöstä palvelun käytölle. Nämä seikat huomioden on hyvin todennäköistä, ettei pätevän suostumuksen edellyttämä informointi voi tapahtua verkkosivun käyttämistä huomattavasti häiritsevällä tavalla, kuten koko sivun peittävällä informointivälilehdellä. Tältä osin on mahdollista, että informaatio voidaan antaa edellä mainitun WP29:n ohjeistuksen mukaisesti tasoittain siten, että keskeisimmät tiedot, kuten käyttötarkoitukset, annetaan käyttäjille ja tilaajille heti ja osa tiedoista saadaan erillisen linkin takaa.³⁴⁸ Tällaisessa menettelyssä noudatettaisiin TSA:n johdanto-osan 32 ja sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 66 perustelukappaleen vaatimusta, joskin tasoittain tapahtuvassa informoinnissa on mahdollista, että käyttäjä ei saa ennen suostumuksen antamista riittävästi informaatiota, jotta tietoisien suostumuksen antaminen olisi mahdollista.

Kokonaisuutena arvioiden evästeillä ja muilla vastaavilla seurantatekniikoilla kerättävän verkkokäyttäytymistiedon eri käyttötarkoitukset saattavat vaikuttaa paljolti informointivollisuuden laajuuteen ja annettavien tietojen määrään. Huomioden ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan³⁴⁹ ja kansallisen sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205 §:n säänte-

³⁴⁷ Krzysztorefek 2017, s. 70 – 71.

³⁴⁸ WP208_en, s. 2 – 3.

³⁴⁹ Ks. Kosta 2013 B, s. 385 – 386.

lyn laaja-alaisuus ja käyttötarkoituksista informoiminen sekä suostumukseen liittyvät vaatimukset, on hyvin hankalaa määritellä yleisellä tasolla sitä, kuinka laajasti käyttäjää tai tilaajaa on informoitava.

Selkeästi vaikuttaisi kuitenkin siltä, että käyttäjää on vähintään informoitava heti verkkosivulle saavuttaessa evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden käyttötarkoituksista³⁵⁰. Myös muu edellytetty informaatio, kuten TSA:n 13 ja 14 artikloiden mukaiset tiedot³⁵¹, henkilötiedon ollessa kyseessä, on tarjottava käyttäjälle, mutta tämä voidaan mahdollisesti toteuttaa tasoittain³⁵². Informaatio on tarjottava selkeällä ja yksinkertaisella kielellä³⁵³. Informoinnin riittävyuden ja toteuttamistavan osalta arvioinnin on kuitenkin tapahduttava todennäköisesti tapauskohtaisesti sekä huomioiden suostumuksen määritelmä ja erityisesti tietoisuuden ja yksilöidyn tahdonilmaisun vaatimukset. Tämä voinee johtaa ongelmiin informointivaatimuksen ennustettavuuden suhteen ja toimivan toteuttamistavan suhteen.

5.2.3 Poikkeukset suostumusvaatimuksesta

Suostumus ei ole aina täysin pakollinen evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämiseksi. Kansallisessa sääntelyssämme suostumusvaatimukseen liittyvä poikkeus on implementoitu sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205 §:n 2 momenttiin, jonka mukaisesti suostumusvaatimus ja käyttäjän informoiminen tallentamisen tai käytön tarkoituksista ei koske sellaista tallentamista tai käyttöä:

1. jonka ainoana tarkoituksena on viestin välittäminen viestintäverkoissa; tai
2. jos se on välttämätöntä tilaajan tai käyttäjän nimenomaisesti pyytämän palvelun tarjoamiseksi.³⁵⁴

Suomen kansallisessa sääntelyssä edellä mainittujen poikkeuksien piiriin kuuluvina tilanteina on pidetty muun muassa sellaisia evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita, jotka ovat ehdottoman välttämättömiä palvelun tehokkuuden, turvallisuuden ja käyttäjäystävällisyyden takaamiseksi.³⁵⁵ Käytännössä siten esimerkiksi verkkopankissa hyödynnettävät henkilöllisyyden varmistamiseen ja turvallisuuden takaamiseen liittyvät evästeet ja muut vastaavat seurantatekniikat kuuluvat todennäköisesti tämän poikkeuksen piiriin. Ilman näiden

³⁵⁰ Ks. WP208_en, s. 2 – 3 ja esim. sähköisen viestinnän palveluista annettu laki 205.1 §.

³⁵¹ Krzysztofek 2017, s. 71.

³⁵² WP208_en, s. 2 ja Markou 2016, s. 224.

³⁵³ Ks. TSA:n johdanto-osan 42 perustelukappale ja 7(2) artikla sekä tietoisuuden vaatimus.

³⁵⁴ Hoikka – Neuvonen – Rautiainen 2016, s. 423.

³⁵⁵ HE 238/2010 vp, s. 122.

evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämistä verkkopankkia ei voida tarjota käyttäjälle tai tilaajalle. Tältä osin myös 205 §:n 2 momentin poikkeuksen kohdalla on huomioitava 3 momentista ilmenevä vaatimus siitä, että tallentaminen ja käyttö ovat sallittuja vain ja ainoastaan siinä laajuudessa, kuin palvelu vaatii, eikä näillä saa myöskään rajoittaa yksityisyyden suojaa enempää kuin on välttämätöntä. Näyttäisi siltä, että 205.2 §:n poikkeuksien soveltamisen kynnyksen tulisi olla varsin korkealla.

Käytännössä kansallinen implementaatio vastaa sisällöltään pitkälti ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan sanamuotoa, jolloin myös poikkeuksien soveltamiseen mahdollista hakea tukea ePrivacy-direktiivin sääntelystä ja erityisesti siihen liittyvistä WP29:n tulkintakäytännöistä. ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklassa mahdollistetaan myös evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntäminen ilman suostumusta tietyissä poikkeustilanteissa. Näissä poikkeustilanteissa ei edellytetä suostumusta eikä myöskään tilaajan tai käyttäjän informoimista evästeistä ja muista vastaavista seurantatekniikoista.

Ensimmäinen näistä poikkeustilanteista on puhtaasti tekninen pääsy käyttäjän päätelaitteen tietoihin ja tallennusominaisuuksiin evästeiden sekä muiden vastaavien seurantatekniikoiden avulla, jonka ainoana tarkoituksena on viestinnän välittäminen sähköisissä viestintäverkoissa.³⁵⁶ Ensimmäisen poikkeustilanteen soveltaminen on artiklan ja uudistetun sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 66 perustelukappaleen sanamuoto huomioiden mahdollista vain niissä tilanteissa, joissa evästeen tai muun vastaavan seurantatekniikan hyödyntämisen ainoa tarkoitus on viestin välittäminen sähköisissä viestintäverkoissa.³⁵⁷ WP29:n tulkintakäytännön perusteella mikään muu tarkoitus ei kuulu tämän poikkeuksen soveltamisen piiriin, riippumatta siitä nopeuttaako tai parantaako se viestin välittämistä.³⁵⁸

Toinen poikkeuksista on sellaisien evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden käyttäminen, jotka ovat ehdottoman välttämättömiä sellaisen palvelun tarjoamiseksi, jota käyttäjä tai tilaaja on nimenomaisesti pyytänyt.³⁵⁹ Tämän poikkeuksen osalta on kiinnitettävä erityisesti huomiota vaatimukseen siitä, että tätä poikkeustilannetta voidaan soveltaa ainoastaan silloin, kun tekninen tallentaminen on ehdottoman välttämätöntä palvelun tarjoamiseksi.³⁶⁰ Sellainen toiminta, joka ei ole ehdottoman välttämätöntä palvelun tarjoamiseksi,

³⁵⁶ Trzaskowski 2015, s. 99.

³⁵⁷ Tsohou – Kosta 2017, s. 438.

³⁵⁸ WP194_fi, s. 2 – 3.

³⁵⁹ Trzaskowski 2015, s. 99.

³⁶⁰ Ks. ePrivacy-direktiivin johdanto-osan 66 perustelukappale.

mutta saattaa hyödyttää palvelun tarjoajan muuta toimintaa, ei käytännössä siis kuulu poikkeuksen piiriin.³⁶¹

Myös WP29:n tulkintakäytännössä tämän poikkeuksen soveltamista on pidetty sen sanamuoto huomioiden erittäin korkeana. Käytännössä WP29 on katsonut, että käyttäjän tai tilaajan on tullut pyytää erityisesti ja omatoimisesti juuri kyseistä tietoyhteiskunnan palvelua ja evästeen tai muun vastaavan seurantatekniikan hyödyntäminen on ehdottoman välttämättömä tontä nimenomaisesti pyydetyn tietoyhteiskunnan palvelun mahdollistamiseksi – muussa tilanteessa kyseisen palvelun tarjoaminen ei ole mahdollista tilaajalle tai käyttäjälle. Toisin sanoen evästeen tai muun vastaavan seurantatekniikan välttämättömyydellä ja pyydetyn palvelun välillä tulee olla selkeä yhteys.³⁶² Tällaisena ehdottoman välttämättömänä evästeenä voidaan pitää esimerkiksi verkkokaupan ostoskorin tarjoamista³⁶³, joka edellyttää käytännössä joko evästeen³⁶⁴ tai LSO:n hyödyntämistä, jotta valitut tuotteet pysyvät ostoskorissa verkkokauppaa selattaessa.

Ottaen huomioon näiden poikkeuksien soveltamiselle asetetun korkean kynnyksen ePrivacy-direktiivissä³⁶⁵ sekä kansallisen sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205.3 §:n sanamuodon, on todennäköistä, että näitä poikkeuksia on sovellettava hyvin suppeasti, eikä niillä voitane pyrkiä kiertämään ePrivacy-direktiivin 5 artiklan 3 kohdan ja kansallisen sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205 §:n suostumusvaatimusta. Nämä seikat huomioiden on todennäköistä, että useimmissa tilanteissa verkkokäyttäjätiedon kerääminen edellyttää käyttäjän tai tilaajan etukäteistä suostumusta ja informoimista. Siten esimerkiksi verkkokäyttäjätiedon kerääminen markkinointitarkoituksia varten ei näytä mahdolliselta poikkeuksien perusteella, sillä markkinointitarkoitukset eivät liity viestin välittämisen mahdollistamiseen sähköisissä viestintäverkoissa eikä verkkokäyttäjätiedon kerääminen tähän tarkoitukseen ole useimmiten myöskään ehdottoman välttämättömä sellaisen palvelun tarjoamiseksi, jota käyttäjät tai tilaajat ovat nimenomaisesti pyytäneet. Myös oikeuskirjallisuudessa on päädytty vastaavaan tulkintaan.³⁶⁶

³⁶¹ Tsohou – Kosta 2017, s. 438.

³⁶² WP194_fi, s. 3.

³⁶³ Markou 2016, s. 224.

³⁶⁴ Trzaskowski 2015, s. 100.

³⁶⁵ Jones – Tahri 2011, s. 634.

³⁶⁶ Markou 2016, s. 225 ja Eklund – Lilja 2013, s. 221.

6. ePrivacy-asetuksen mahdollinen vaikutus ongelmiin

6.1 Suostumusta koskeva sääntely

Tulevaa ePrivacy-asetusta koskevassa komission ensimmäisessä ehdotuksessa pyrittiin sääntelemään suostumuksen käsitteestä ePrivacy-direktiiviä vastaavalla tavalla eli viittamalla henkilötietojen käsittelyä koskevan yleissäädöksen suostumusta koskevaan määrittelymään, joka ePrivacy-asetuksen kohdalla on yleinen tietosuoja-asetus.³⁶⁷ Tämä viittaus yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisen suostumuksen soveltamiseen on säilynyt myös 19.10.2018 päivättyssä EU:n neuvoston puheenjohtajien ePrivacy-asetusta koskevassa ehdotusluonnoksessa.³⁶⁸ 19.10.2018 ehdotuksen 4a artiklan 1 kohdan mukaan yleisen tietosuoja-asetuksen suostumusta koskevaa sääntelyä sovelletaan sekä luonnollisiin että *mutatis mutandis* oikeushenkilöihin.³⁶⁹ Käytännössä ePrivacy-asetuksen suostumusta koskeva sääntely ei siten näyttäisi vaikuttavan merkittävästi suostumuksen soveltamista koskeviin, tällä hetkellä vallitseviin peruseriaatteisiin – yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisen suostumuksen soveltamiseen. Toisaalta ePrivacy-asetusehdotuksen nykyinen sanamuoto saattaisi poistaa kaikki epäselvyydet siitä, millaista suostumusta sähköisiin viestintäverkkoihin ja päätelaitteiden tietoihin liittyvissä tilanteissa sovelletaan.

EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 ehdotuksessa on myös tuotu selkeästi esille, yleisen tietosuoja-asetuksen suostumusta täydentävää ja täsmentävää sääntelyä muun muassa siltä osin, miten suostumus voidaan antaa hyödynnettäessä loppukäyttäjän päätelaitteiden tallennuskapasiteettia, tietojenkäsittelymahdollisuuksia tai kerätessä tietoa päätelaitteesta. Ehdotuksen 4a artiklan 2 kohdan perusteella suostumus loppukäyttäjän päätelaitteen tietojenkäsittely- tai tallennustoimintojen hyödyntämiseen ja loppukäyttäjän päätelaitteen tietojen keräämiseen on mahdollista hankkia myös sähköisen viestinnän mahdollistavan ohjelmiston yleisien teknisien asetusten kautta.³⁷⁰ Käytännössä tämä vastaa pitkälti aikaisemmin, ennen tietosuoja-asetuksen soveltamisen alkamista, osassa jäsenvaltioita sovellettua ePrivacy-direktiivin johdanto-osan 66 perustelukappaleen muotoiluun³⁷¹ perustuvaa tulkintaa, jonka perusteella suostumuksen on voinut antaa esimerkiksi selaimen asetusten

³⁶⁷ COM(2017) 10 final, s. 10.

³⁶⁸ Ks. COM(2017) 10 final, versio 13256/18, johdanto-osan 3 perustelukappale, s. 6 ja 4(1) artikla, s. 45 ja 4a artikla, s. 48.

³⁶⁹ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 48.

³⁷⁰ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 48.

³⁷¹ ePrivacy-direktiivin johdanto-osan 66 perustelukappaleen mukaan suostumus voidaan antaa selaimen tai muun sovelluksen asetuksen avulla, jos se on teknisesti mahdollista, tehokasta sekä henkilötietodirektiivin säännöksiä mukaista.

kautta.³⁷² Tältä osin asetusehdotus ei näyttäisi antavan vastausta aikaisemmin ilmenneisiin ongelmiin selainasetuksien kautta annettavan suostumuksen kohdalla³⁷³ saati verkossa tarjottavien palveluiden käytettävyyttä koskevaan ongelmaan.

Tätä ePrivacy-asetuksen suostumuksen antamista koskevaa muotoilua voidaan pitää jossain määrin ongelmallisena, sillä WP29:n tulkinnan perusteella yleisien selainasetuksien kautta annettavan suostumuksen ei ole katsottu täyttävän pätevän suostumuksen vaatimuksia kaikissa tilanteissa, sillä suostumus ei ole välttämättä selainasetuksien kautta annettuna riittävän tietoinen tai yksilöity³⁷⁴. Tosiasiallisesti useimpien selaimien oletusasetukset eivät edes mahdollista tämän toteuttamista.³⁷⁵ Edellä mainittu WP29:n tulkinta perustuu komission ePrivacy-asetusehdotuksen muotoiluun, mutta EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 version muotoilu³⁷⁶ vastaa sisällöllisesti pitkälti komission ehdotusta, jolloin WP29:n lausunto voidaan yhä huomioida asetusehdotuksen muotoilua tarkasteltaessa.

WP29:n lausuma näyttäisi viittaavan siihen, että selainasetuksien kautta annettu suostumus ei todennäköisesti täytä pätevän suostumuksen vaatimuksia, ellei selainasetuksia kehitetä huomattavasti, jotta tietoisien ja yksilöidyn suostumuksen antaminen olisi mahdollista. Tältä osin WP29:n aikaisempi ehdotus, eräänlaisen apuohjelman (*Privacy wizard*) kehittämisestä³⁷⁷ saattaisi helpottaa selainasetuksen kautta annettavaa suostumusta koskevia ongelmia, joskin tällaisen toiminnollisuuden kehittämistä koskevan vaatimuksen tuominen suoraan lainsäädäntöön saattaa olla hankalaa ja kohdata vastustusta. Myös toinen aikaisemmin esitetty ratkaisuvaihtoehto, *Do-Not-Track* -standardin hyödyntämisen laajentaminen³⁷⁸, saattaisi mahdollisesti toimia selainasetusten kautta annettavien suostumusten kohdalla, joskin tältäkin osin ongelmaksi voinee tulla kehityskulun ohjaaminen sääntelyn kautta.

19.10.2018 ehdotusluonnos ei näytä suostumusta koskevilta osiltaan tarkentavan eväste- ja seurantamuureja koskevia ongelmia. WP29:n on alun perin erityisesti komission ePrivacy-asetusehdotusta koskevassa lausunnossaan kiinnittänyt huomiota siihen, että seurantaa koskevan suostumuksen osalta asetuksessa pitäisi pyrkiä selkeästi kieltämään kaikki sellaiset

³⁷² Ks. esimerkiksi kansallisella tasolla Viestintävirasto, evästeitä koskeva ohjeistus, tarkistettu 10.11.2018.

³⁷³ Ks. esim. tästä ongelmasta Kosta 2013 B, s. 398 – 399 ja Luzak 2013, s. 226, 232 ja 235.

³⁷⁴ WP247_fi, s. 18.

³⁷⁵ Euroopan komissio 2017 A, s. 137.

³⁷⁶ Ks. COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 39.

³⁷⁷ Ks. WP171_fi s. 16 ja Kosta 2013 B, s. 398 – 399.

³⁷⁸ Ks. *Do-not-track* -standardista tarkemmin, Kirsch 2011.

suostumuskäytännöt, jotka eivät täytä yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisen pätevän suostumuksen vaatimuksia. Näitä ovat WP29:n mukaan muun muassa erilaiset palvelut, jotka pakottavat hyväksymään seurannan tai niin sanotut eväste- tai seurantamuurit, joissa on pakko antaa suostumus loppukäyttäjän verkkokäyttäjämistiedon keräämiseen, jotta verkkosivulle tai palveluun voi päästä.³⁷⁹

Myös Euroopan tietosuojavaltuutettu (*European Data Protection Supervisor*, jäljempänä ”EDPS”) on kiinnittänyt samaan ongelmaan huomiota ja vaatinut vapaaehtoisen suostumuksen turvaamista.³⁸⁰ Käytännössä WP29:n ja EDPS:n kehotukseen näiden tekniikoiden nimenomaisesta kieltämisestä tulevassa asetuksessa ei ole puututtu vielä EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 versiossa. Tältä osin vaikuttaisi kuitenkin järkevältä, että tulevaisuudessa evästemuurien hyväksyttävyyttä koskevia käytäntöjä selkiytettäisiin ja niiden kieltö mainittaisiin nimenomaisesti esimerkiksi tulevan sääntelyn johdanto-osan perusteissa.

6.2 Evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskeva sääntely

Suostumusta koskevien täsmennyksien lisäksi 19.10.2018 päivätyssä ehdotusversiossa ePrivacy-asetusta koskevaksi sääntelyksi on sekä muokattu että myös täsmennetty evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevaa sääntelyä suhteessa aikaisempaan ePrivacy-direktiivin sääntelyyn. 19.10.2018 ehdotusversion evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskeva yleinen sääntely on sisällytetty ePrivacy-asetusehdotuksen 8 artiklan loppukäyttäjien päätelaitteiden tietojen suojaamista koskevaan sääntelyyn³⁸¹.

EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 ehdotusversion 8(1) artiklan mukaan lähtökohtaisesti loppukäyttäjää koskevien tietojen kerääminen loppukäyttäjän päätelaitteesta, mukaan lukien päätelaitteen ohjelmistoista tai päätelaitteen teknisistä laitteista, on kiellettyä, ellei loppukäyttäjä itse toteuta sitä. Myös päätelaitteen tallennus ja käsittelytoimintojen hyödyntäminen on lähtökohtaisesti kiellettyä. Tästä kiellosta on säädetty 8 artiklassa seitsemän eri tilannetta, joiden kohdalla toiminta on sallittua:

³⁷⁹ WP247_fi, s. 3 ja 4.

³⁸⁰ EDPS 2018 A, s. 5.

³⁸¹ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 57.

1. toiminta on tarpeen yksinomaan sähköisen viestinnän välittämiseksi sähköisissä viestintäverkoissa;
2. toiminta on tarpeen loppukäyttäjän pyytämän tietoyhteiskunnan palvelun tarjoamiseksi;
3. loppukäyttäjä on antanut toiminnalle suostumuksensa;
4. toiminta on tarpeen yleisömittausta varten ja yleisömittaus toteutetaan loppukäyttäjän pyytämän tietoyhteiskunnan palvelua tarjoavan tahon tai sellaisen kolmannen osapuolen toimesta, joka toimii kyseisen tietoyhteiskunnan palveluntarjoajan puolesta, jos TSA:n 28 artiklan sääntelyn vaatimukset täyttyvät;
5. toiminta on tarpeen tietoyhteiskunnan palvelun ylläpitämiseksi tai tietoturvallisuuden palauttamiseksi, petoksien ehkäisemiseksi tai teknisien ongelmien löytämiseksi; tai
6. toiminta on tarpeen ohjelmistopäivitystä varten ja;
 - a. päivitys on tarpeen tietoturvasyistä ja ei millään tavalla muuta loppukäyttäjän yksityisyysasetuksia;
 - b. loppukäyttäjää informoidaan etukäteen jokaisen päivityksen asentamisesta; ja
 - c. loppukäyttäjälle annetaan mahdollisuus lykätä tai poistaa käytöstä päivityksien automaattinen asentaminen; tai
7. toiminta on tarpeen päätelaitteen paikantamiseksi, jos loppukäyttäjä hyödyntää joko eurooppalaista tai kansallista hätänumeroa 13(3) artiklan mukaisesti.³⁸²

Ehdotusversiossa huomionarvoista on edellä mainitun 8 artiklan evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevan sääntelyn rakenteen mahdollinen muuttuminen suhteessa aikaisempaan ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan rakenteeseen. Nykyisin sovellettavan direktiivin 5(3) artiklassa evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämistä koskeva sääntely on rakennettu siten, että tietojen tallentaminen päätelaitteelle tai sille tallennettujen tietojen käyttäminen on sallittua ainoastaan, jos käyttäjä tai tilaaja on antanut suostumuksensa saatuaan kattavat tiedot käsittelyn tarkoituksista. Lähtökohtana ja pääsääntönä toiminnan hyväksyttävyydelle on siis käyttäjän tai tilaajan suostumus. Tämän lisäksi direktiivin 5(3) artiklassa säädetään myös tietyistä poikkeuksista, joiden kohdalla suostumusta ei vaadita³⁸³. Näiden poikkeuksien soveltamiselle pitäisi kuitenkin WP29:n tulkintalinjaukset

³⁸² COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 57 – 58.

³⁸³ ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan ja kansallisen sähköisen viestinnän palveluista annetun lain poikkeuksia on käsitelty aikaisemmin luvussa 5.2.3.

huomioiden asettaa varsin korkeat vaatimukset sekä niiden soveltamisen pitäisi myös olla varsin tarkkarajaista.³⁸⁴

Tämä suostumukseen perustuva pääsääntö on jossain määrin perusteltu huomioiden ePrivacy-direktiivin suojan kohde sekä suostumuksen tarkoitus toimia tiedollisen itsemääräämisoikeuden³⁸⁵ ja henkilötietojen käsittelemisen valvonnan välineenä.³⁸⁶ Toisaalta suostumukseen perustuvan menettelyn on myös jossain määrin katsottu olevan ylimitoitettu, sillä sen on nähty kattavan yksityisyyttä loukkaamatonta toimintaa.³⁸⁷ Lisäksi suostumuksen käyttämisestä voitaneen pitää edellä todetulla tavalla ongelmallisena, sillä yleisen tietosuojasetuksen mukaisen pätevän suostumuksen pyytäminen on hankalaa verkkoympäristössä ottaen erityisesti huomioon suostumuksen määritelmän. Suostumus edellyttää käytännössä suostumukseen perustuvan käsittelyn eri käyttötarkoitusten yksilöintiä ja suostumuksen antamista erikseen kutakin tiettyä käyttötarkoitusta varten sekä tosiasiallisesti TSA:n 13 ja 14 artikloissa mainittujen tietojen antamista³⁸⁸ selkeällä ja yksinkertaisella kielellä³⁸⁹ ennen suostumuksen pyytämistä³⁹⁰, kun kerättävä verkkokäyttäjätieto on henkilötietoa. Näiden kaikkien suostumuksen edellytyksien on täytyttävä, mutta suostumusta koskeva pyyntö ei kuitenkaan saa häiritä palvelun käyttöä³⁹¹.

ePrivacy-direktiivi	ePrivacy-asetus
5(3) artikla "Jäsenvaltioiden on varmistettava, että tietojen tallentaminen tai tilaajan tai käyttäjän päätelaitteelle tallennettujen tietojen käyttäminen sallitaan ainoastaan sillä edellytyksellä, että kyseinen tilaaja tai käyttäjä on antanut suostumuksensa saatuaan selkeät ja kattavat tiedot muun muassa käsittelyn tarkoituksesta direktiivin 95/46/EY mukaisesti."	8(1) artikla "Muiden kuin asianomaisen loppukäyttäjän suorittama päätelaitteen käsittely- ja tallennustoimintojen käyttö ja tiedonkeruu loppukäyttäjien päätelaitteilta, mukaan lukien päätelaitteen ohjelmistoa ja laitteistoa koskeva tieto, on kielletty paitsi seuraavin perustein:"

Kuva 2: ePrivacy-direktiivin ja EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 päivätyn asetusehdotuksen pääsääntö evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämiselle.

³⁸⁴ WP194_fi, s. 3.

³⁸⁵ Pesonen 2017, s. 99 ja Carolan 2016, s. 463.

³⁸⁶ WP187_fi, s. 6 ja 9.

³⁸⁷ SWD(2017) 5 final, s. 41.

³⁸⁸ Krzysztofek 2017, s. 70 – 71.

³⁸⁹ Ks. TSA:n johdanto-osan 42 perustelukappale ja 7(2) artikla.

³⁹⁰ Trzaskowski 2013, s. 99.

³⁹¹ Ks. TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappale.

Viimeisimmän ePrivacy-asetusehdotuksen 8 artiklan muotoilun perusteella loppukäyttäjien päätelaitteista heitä koskevien tietojen kerääminen sekä tallennusominaisuuksien tai tietojenkäsittelytoimintojen hyödyntäminen on lähtökohtaisesti kiellettyä³⁹², ellei tiettyjä poikkeusperusteita ole olemassa tai loppukäyttäjä itse toteuta sitä. Tämä tarkoittanee myös sitä, että evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntäminen ja siten verkkokäyttäytymistiedon kerääminen on lähtökohtaisesti kiellettyä. Tälle kiellolle on puolestaan asetettu seitsemän erillistä poikkeustilannetta, joista suostumus on yksi.³⁹³

Tämä 8 artiklan kieltomuoto vaikuttaisi perustuvan johdanto-osan 20 perustelukappaleessa korostettuun päätelaitteiden tietojen suojan kuulumiseen EU:n perusoikeuskirjan 7 artiklan viestinnän yksityisyyden suojan piiriin. Tämän lisäksi lähtökohtaista kieltä korostetaan loppukäyttäjien päätelaitteista saatavaan huomattavan tietomäärään takia. Tiedot voivat paljastaa erilaisia tietoja esimerkiksi loppukäyttäjän viestien sisällöstä sekä yksilön poliittisesta ja sosiaalisesta toiminnasta.³⁹⁴ Nämä tiedot voivat myös kuvastaa loppukäyttäjien toimintaa verkossa, jota voidaan pitää henkilötietona silloin kun luonnollinen henkilö voidaan tunnistaa tietojen perusteella. Asetusehdotuksessa on myös tunnistettu, että tähän päätelaitteista kerättävään tietoon, kuten verkkokäyttäytymistietoon puolestaan liittyy tietojen luonne huomioiden riski yksityisyyttä loukkaavasta ja mahdollisesti myös loppukäyttäjien tietämättä tapahtuvasta tiedon keräämisestä ja käsittelystä. Näistä syistä asetusehdotuksen mukaan loppukäyttäjien päätelaitteiden tiedot edellyttävät tehostettua yksityisyyden suojaa.³⁹⁵

Tällaisina yksityisyyden suojaa loukkaavina toimina on pidetty esimerkiksi seurantaevästeitä ja erilaisia vakoiluohjelmia. EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 päivätyn ehdotusversion johdanto-osan 20 perustelukappaleessa mainitaan tässä yhteydessä myös nimenomaisesti evästeitä vastaavat muut seurantatekniikat, kuten laitesormenjäljet.³⁹⁶ Näillä tekniikoilla voidaan puolestaan kerätä verkkokäyttäytymistietoa, jota voidaan hyödyntää käyttäjien tunnistamiseen ja seuraamiseen etänä³⁹⁷. Tällaisen toiminnan katsotaan 20 perustelukappaleessa olevan sallittua ainoastaan loppukäyttäjän suostumuksella tai joitain tiettyjä nimenomaisia ja avoimia tarkoituksia varten.³⁹⁸

³⁹² COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 57 – 58.

³⁹³ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 57 – 58.

³⁹⁴ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 23.

³⁹⁵ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 23.

³⁹⁶ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 23.

³⁹⁷ Ks. Esimerkiksi Kirsch 2011, s. 1 – 2 ja 20 – 21.

³⁹⁸ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 23.

Johdanto-osan muotoilu on tuotu myös asetusehdotuksen 8(1) artiklaan sanamuodolla ”tiedonkeruu loppukäyttäjien päätelaitteilta”³⁹⁹, joka näyttäisi kattavan johdanto-osan 20 perustelukappaleen sanamuoto huomioiden myös selain- ja laitesormenjäljet. Edellä mainitun perusteella WP29:n aikaisemmassa lausunnossa⁴⁰⁰ esittämä tulkinta erilaisien laite- ja selain-sormenjälkien kuulumisesta evästeitä vastaavan sääntelyn piiriin voi siis tulla nimenomaisesti osaksi sääntelyä. Käytännössä tämä muotoilu vaikuttaisi poistavan nykyisen evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevan sääntelyn soveltamiseen liittyvät erimielisyydet tältä osin⁴⁰¹.

Johdanto-osan 20 perustelukappaleen sanamuoto sekä 8 artiklan rakenteen muuttaminen siten, että suostumus on yksi niistä seitsemästä poikkeuksesta lähtökohtaiseen kieltoon, vaikuttaisi jossain määrin myös vähentävän loppukäyttäjän suostumuksen merkitystä verkkokäyttäytymistiedon keräämisessä evästeillä ja muilla vastaavilla seurantatekniikoilla. Asetusehdotuksen johdanto-osan 21 perustelukappaleessa ja 21a perustelukappaleessa on toisaalta nimenomaisesti korostettu myös suostumuksen merkitystä loppukäyttäjien päätelaitteista kerättävän tiedon suojaamisessa. 21 perustelukappaleessa todetaan nimenomaisesti, että ilman loppukäyttäjän suostumusta tapahtuva päätelaitteiden käsittely- ja tallennustoimintojen käyttäminen tai pääsy päätelaitteella olevaan tietoon tulee rajata sellaisiin tilanteisiin, joissa loppukäyttäjän yksityisyyttä ei voida loukata tai loukkaus jää hyvin vähäiseksi. 21a perustelukappaleessa puolestaan todetaan, että loppukäyttäjän suostumusta edellytetään aina kaikissa niissä tilanteissa, joissa evästeillä tai vastaavilla tunnisteilla pyritään tunnistamaan loppukäyttäjä.⁴⁰² Tämä vaikuttaisi olevan linjassa myös asetusehdotuksen keskeisimmän suojan kohteen⁴⁰³ kanssa.

Edellä mainittu huomioiden vaikuttaisikin siltä, että sääntelyn rakenteellisesta muutoksesta huolimatta, suostumuksen asema voi säilyä vahvana loppukäyttäjien päätelaitteista kerättävän tiedon, kuten verkkokäyttäytymistiedon suojaamisessa. Tämä olisi myös asetusehdotuksen johdanto-osan 2a perustelukappaleessa määritellyn ePrivacy-asetuksen tarkoituksen mukaista. Lisäksi sääntely ei myöskään tällöin laskisi asetusehdotuksessa korostettua luonnollisten henkilöiden nauttiman henkilötietojen suojan tasoa.⁴⁰⁴

³⁹⁹ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 57.

⁴⁰⁰ Ks. WP224_fi, s. 11.

⁴⁰¹ SWD (2017) 5 final, s. 41.

⁴⁰² COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 25 – 26.

⁴⁰³ Ks. COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 4, johdanto-osan perustelukappale 1.

⁴⁰⁴ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 5.

Näyttäisikin siltä, että sääntelyn rakenteellinen muutos saattaisi jossain määrin vähentää suostumuksen pyytämistapaan liittyviä ongelmia sekä suostumuksen turhaa pyytämistä ja käyttäjien kuormittamista evästeilmoituksilla⁴⁰⁵. Tämä vastaisi myös komission ensimmäisen asetusehdotuksen alun perusteluissa mainittuun ePrivacy-direktiivin ongelmiin.⁴⁰⁶ Lisäksi ePrivacy-asetusehdotuksen mukainen lähtökohtainen kieltomuoto evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämiselle voinee myös parantaa loppukäyttäjien päätelaitteista saatavien verkkokäyttäytymistietojen nauttimaa yksityisyyden suojaa.

Edellä mainittujen suostumusta koskevien muutoksien lisäksi yksi merkittävä muutos ePrivacy-asetusehdotuksen perusteella vaikuttaisi olevan nimenomaisen etukäteisen informointivelvollisuuden poistuminen evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevista artikloista⁴⁰⁷. Tämä voi toisaalta liittyä osittain siihen, että TSA:n 4 artiklan 11 kohdan ja 7 artiklan perusteella pätevän suostumuksen antaminen ei ole mahdollista ilman loppukäyttäjän informoimista riittävällä tarkkuudella, muun muassa käyttötarkoituksista, ennen kuin suostumukseen perustuva käsittely aloitetaan. Lisäksi myös muut yleisen tietosuojasetuksen mukaiset informointivelvollisuudet on aina täytettävä henkilötietoa käsiteltäessä. Toisaalta nimenomaisen informointivelvollisuuden poistuminen voinee myös osittain liittyä tarpeettomien evästeilmoitusten poistamiseen ja sääntelyn selkeyttämiseen.⁴⁰⁸

Poikkeuksien osalta ePrivacy-asetusta koskeva ehdotus näyttäisi pysyvän joiltain osin ePrivacy-direktiiviä vastaavana. Kumpikin ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklassa mainituista poikkeuksista⁴⁰⁹ on sisällytetty asetusehdotukseen. Toisaalta asetusehdotuksen perusteella erilaisia poikkeuksia näytettäisiin jossain määrin täsmennettävän ja laajennettavan ePrivacy-direktiivin sääntelyyn verrattuna.⁴¹⁰ Tästä kertoo jo poikkeuksien määrän kasvaminen aikaisemmasta kahdesta seitsemään.

Erilaiset poikkeukset lähtökohtaisesta kiellosta mainitaan myös asetusehdotuksen johdanto-osan 21 a perustelukappaleessa. Perustelukappaleessa lähdetään liikkeelle siitä, että evästeitä

⁴⁰⁵ Ks. turhista suostumuspyynnöistä SWD(2017) 5 final, s. 46 – 47.

⁴⁰⁶ COM(2017) 10 final, s. 6.

⁴⁰⁷ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, 8(1) artikla, s. 57.

⁴⁰⁸ Ks. tältä osin COM(2017) 10 final, s. 6, jossa on tuotu esille nykyisen suostumusta koskevan säännön yllimitoitu luonne suhteessa sellaisiin toimintoihin, jotka eivät loukkaa yksityisyyttä.

⁴⁰⁹ ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan perusteella poikkeuksia ovat tekninen tallentaminen tai käyttö, jonka ainoana tarkoituksena on toteuttaa viestinnän välittäminen sähköisissä viestintäverkoissa sekä sellainen tallentaminen tai käyttö, joka on ehdottoman välttämätöntä tietoyhteiskunnan palvelun tarjoajalle sellaisen palvelun tarjoamiseksi, jota tilaaja tai käyttäjä on erityisesti pyytänyt.

⁴¹⁰ Johnson – Graham 2017, s. 6.

voidaan pitää hyödyllisinä ja laillisina, kun niillä esimerkiksi arvioidaan tietoyhteiskunnan palvelun tarjoamisen tehokkuutta. Käytännön esimerkkeinä tällaisesta laillisesta toiminnasta on mainittu markkinoinnin tai verkkosivulla vierailevien loppukäyttäjämäärien arviointi.⁴¹¹ Johdanto-osan 21a perustelukappaleessa on myös ehdotettu poikkeuksiksi sellaista loppukäyttäjän päätelaitteen tietojenkäsittelytoimintojen käyttämistä, jonka tarkoituksena on korjata turvallisuuspuutteita, jos nämä turvallisuuspäivitykset eivät muutoin mitenkään muuta ohjelmiston tai laitteiden toiminnallisuuksia tai loppukäyttäjän valitsemia yksityisyysasetuksia. Loppukäyttäjällä on tämän poikkeuksen soveltamiseksi oltava kuitenkin mahdollisuus poistaa tällaiset automaattiset päivitykset käytöstä. Perustelukappaleessa on myös nimenomaisesti mainittu, että mitkään muut päivitykset eivät kuulu tämän suostumusta koskevan poikkeuksen soveltamisalaan.⁴¹² Myös tietoyhteiskunnan palveluiden, kuten esineiden internetin (*Internet of Things*) laitteiden, edellyttämä tallennus- ja tietojenkäsittelytoimintojen hyödyntäminen kuuluu ePrivacy-direktiiviä vastaavalla tavalla poikkeuksien piiriin johdanto-osan 21 perustelukappaleen mukaisesti, jos loppukäyttäjä on pyytänyt kyseistä palvelua.⁴¹³

Näyttäisikin siltä, että näillä tarkennuksilla pyritään varmistamaan, etteivät yksityisyyttä loukkaamattomat⁴¹⁴ ja lailliset toiminnot⁴¹⁵ tule lähtökohtaisen kiellon tai erillisen suostumusvaatimuksen piiriin. Tämä asetusehdotuksessa mainittu muutos vaikuttaisikin täsmentävän sellaista sallittua toimintaa, joka ei loukkaa loppukäyttäjien yksityisyyttä. Toisaalta osaa nyt ehdotetuista poikkeuksista on voitu jo nykyään myös pitää ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklassa mainittuihin poikkeuksiin kuuluvina. Tällaisia ovat erityisesti tietoturvallisuutta koskevat poikkeukset, joiden on katsottu tietyissä tilanteissa jo ennestään kuuluvan ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan poikkeuksien piiriin⁴¹⁶. Ainoat tosiasialliset muutokset ja sääntelyn selkeytyminen tältä osin näyttäisivät koskevan yleisömittauksia ja päätelaitteen paikantamista hyödynnettäessä eurooppalaista tai kansallista hätänumeroa sekä suostumuksen tuomista pääsäännöstä yhdeksi poikkeukseksi.

⁴¹¹ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 26.

⁴¹² COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 26.

⁴¹³ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 25.

⁴¹⁴ COM(2017) 10 final, s. 6 ja SWD(2017) 5 final, s. 41.

⁴¹⁵ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, johdanto-osan 21 perustelukappale, s. 25.

⁴¹⁶ WP194_fi, s. 7 ja 11.

ePrivacy-direktiivi 5(3) artikla	19.10.2018 ePrivacy-asetusehdotus 8(1) artikla
1. toiminnan ainoana tarkoituksena on toteuttaa viestinnän välittäminen sähköisissä viestintäverkoissa	1. toiminta on tarpeen yksinomaan sähköisen viestinnän välittämiseksi sähköisissä viestintäverkoissa
2. toiminta on ehdottoman välttämätöntä tietoyhteiskunnan palvelun tarjoajalle sellaisen palvelun tarjoamiseksi, jota tilaaja tai käyttäjä on erityisesti pyytänyt	2. toiminta on tarpeen loppukäyttäjän pyytämän tietoyhteiskunnan palvelun tarjoamiseksi
	3. loppukäyttäjä on antanut toiminnalle suostumuksensa
	4. toiminta on tarpeen yleisömittausta varten
	5. toiminta on tarpeen tietoyhteiskunnan palvelun ylläpitämiseksi tai tietoturvallisuuden palauttamiseksi, petoksien ehkäisemiseksi tai teknisien ongelmien löytämiseksi
	6. toiminta on tarpeen tietoturvasyistä tapahtuvaa ohjelmistopäivitystä varten
	7. toiminta on tarpeen päätelaitteen paikantamiseksi hyödynnettäessä eurooppalaista tai kansallista hätänumeroa

Kuva 3: ePrivacy-direktiivin ja EU:n neuvoston puheenjohtajien 19.10.2018 päivätyn asetusehdotuksen poikkeukset.

Asetusehdotuksen johdanto-osan 20 perustelukappaleessa on ehdotettu mahdolliseksi myös sitä, että pääsy tiettyyn verkkosivulla olevaan aineistoon voitaisiin tehdä riippuvaiseksi tiettyissä tilanteissa loppukäyttäjän suostumuksesta hyödyntää evästä tai muuta vastaavaa tunnistetta muihin ei välttämättömiin tarkoituksiin. Näissäkin tilanteissa tosin edellytetään sitä, että loppukäyttäjän on mahdollista käyttää vastaavaa muuta sisältöä ilman suostumusta evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämiseen muita tarkoituksia varten.⁴¹⁷

Tämä johdanto-osan muotoilu voi vaikuttaa edellä käsiteltyihin eväste- ja seurantamuureihin, joskin niitä ei nimenomaisesti mainita. Muotoilu vastaa jo nyt sinällään aikaisempaa WP29:n

⁴¹⁷ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 24.

tulkintakäytännössä⁴¹⁸ esiintynyttä linjausta sekä myös sähköisen viestinnän tietosuojadi-
rektiivin johdanto-osan 25 perustelukappaleessa todettua mahdollisuutta⁴¹⁹. Toisaalta jois-
sain tilanteissa tämä voi johtaa kohtuuttomiin tilanteisiin, esimerkiksi viranomaistahojen tar-
joamien palveluiden kohdalla. Näissä tilanteissa ominaisuuksia ei aina voida asettaa suostu-
muksen taakse, sillä kyseessä ei välttämättä ole vapaa valinta.⁴²⁰ Tämäkin asetusehdotuksen
johdanto-osan perustelukappaleen tulkinta vastaa sinällään WP29:n aikaisempaa tulkintalin-
jaa.⁴²¹ Näyttäisikin siltä, että tältä osin asetusehdotuksen mukaisen sääntelyn säätäminen ei
tosiasiallisesti muuttaisi vallitsevaa oikeustilaa, joskin se saattaisi selkeyttää sitä.

7. Yhteenveto

Voimassa olevassa sääntelyssä ei ole suoraan määritelty verkkokäyttäjätietomistiedon tai sen
keräämiseen käytettävien evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden käsitteitä.
Näistä seikoista huolimatta verkkokäyttäjätietomistiedolla ja myös evästeillä ja muilla vastaa-
villa seurantatekniikoilla on alati kasvava merkitys modernissa digitaalisessa yhteiskunnassa
ja esimerkiksi verkkokäyttäjätietomistietoon perustuvassa personoidussa markkinointiviestin-
nässä.⁴²² Yleisellä tasolla verkkokäyttäjätietomistiedon voidaan katsoa tarkoittavan kaikkea
henkilön verkkosivuilla harjoittamaa toimintaa kuvaavaa tietoa yhdistettynä henkilön pääte-
laitteesta saataviin tietoihin⁴²³. WP29:n lausunnot, oikeuskäytäntö ja yleisen tietosuoja-ase-
tuksen sääntely huomioiden verkkokäyttäjätietomistieto voi olla henkilötietoa, jos luonnollinen
henkilö voidaan tämän tiedon perusteella.⁴²⁴

Verkkokäyttäjätietomistietoa kerätään pitkälti evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekni-
koiden, kuten selain- ja laitesormenjälkien avulla. Suostumuksella on keskeinen merkitys
tässä toiminnassa, sillä verkkokäyttäjätietomistiedon keräämiseen liittyy selkeitä suostumus-
vaatimuksia. Niissä tilanteissa, joissa verkkokäyttäjätietomistiedon katsotaan olevan henkilö-
tietoa, suostumus voi toimia yleisen tietosuoja-asetuksen sääntelyn mukaisena käsittelyn oi-
keusperusteena. Myös sähköisen viestinnän palveluista annetun lain 205 §:n päätelaitteiden

⁴¹⁸ WP208_en, s. 5.

⁴¹⁹ Leenes – Kosta 2015, s. 320.

⁴²⁰ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 24.

⁴²¹ Ks. WP187_fi, s. 16 – 17.

⁴²² Ks. esim. verkkokäyttäjätietomistiedon merkityksestä, Zuiderveen Borgesius 2016, s. 257 ja Mayer-Schön-
berger – Cukier 2014, s. 2 – 3.

⁴²³ Skouma – Léonard 2015, s. 37 - 38.

⁴²⁴ Ks. esim. TSA:n WP171_fi, s. 10, C-70/10 ratkaisun kohta 51 ja C-582/14 tuomiolauselma sekä TSA:n
johdanto-osan 30 perustelukappale ja 4(1) artiklan 1 alakohta.

suojaa koskevan sääntelyn lähtökohtana on käyttäjän tai tilaajan etukäteinen suostumus ja informointi ennen evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämistä⁴²⁵.

Sähköisen viestinnän palveluista annetun lain evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevalla sääntelyllä on implementoitu ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan sääntely kansalliseen lainsäädäntöön. Direktiivin tulkintakäytäntöä voidaan pitkälti hyödyntää myös kansallisen implementaation suostumusvaatimuksien tulkinnassa. Sähköisen viestinnän palveluista annetun lain ja ePrivacy-direktiivin suostumuksella tarkoitetaan käytännössä yleisen tietosuojaa-asetuksen mukaista suostumusta.⁴²⁶

TSA:n 4 artiklan 11 kohdassa määritellyllä ja 7 artiklassa täsmennetyllä suostumuksella tarkoitetaan mitä tahansa vapaaehtoista, yksilöityä, tietoista ja yksiselitteistä tahdonilmaisua, jolla rekisteröity hyväksyy selkeästi henkilötietojen käsittelyn. Suostumuksen käsite on kuitenkin TSA:n 4 artiklan 11 kohdan määritelmästä ilmenevää muotoilua moniulotteisempi käsite. Jokainen suostumuksen neljästä osa-alueesta sisältää omat erityisedellytyksensä ja kussakin yksittäistapauksessa huomioitavat seikkansa, joilla voi olla vaikutusta suostumuksen pätevyuden arvioimisessa.

Tiivistettynä yleisen tietosuojaa-asetuksen mukaisen pätevän suostumuksen arvioimisessa on huomioitava:

1. Tahdonilmaisun vapaaehtoisuus ja aidon vapaan valinnan mahdollisuus, minkä arvioinnissa on huomioitava erityisesti:
 - a. ehdollisuuden vaikutus vapaaehtoisuuteen, eli kielto sitoa suostumukseen perustuva henkilötietojen käsittely sellaisen palvelun tarjoamiseen tai sopimuksen täytäntöönpanemiseen, joka ei edellytä suostumukseen perustuvaa henkilötietojen käsittelyä;
 - b. vallan epätasapainon vaikutus vapaaehtoisuuteen eli suostumuksen antavan rekisteröidyn ja suostumusta pyytävän tahon asemien ja voimasuhteiden välisen epäsuhteen vaikutus vapaaehtoisuuteen;

⁴²⁵ Hoikka – Neuvonen – Rautiainen 2016, s. 423, Innanen – Saarimäki 2012, s. 99 ja 106 sekä Koivumäki 2018, s. 342.

⁴²⁶ Ks. tältä osin tarkemmin luku 4.

- c. suostumusta koskevan pyynnön tarkkuuden vaikutus vapaaehtoisuuteen, eli suostumusta koskeva pyyntö on muotoiltava siten, että henkilön on mahdollista antaa erillinen suostumus eri käyttötarkoituksia varten; ja
 - d. oikeus peruuttaa suostumus ilman haitan aiheutumista rekisteröidylle.
- 2. Tahdonilmaisun yksilöity luonne eli erityisesti käyttötarkoitusten vaikutus. Tästä johtuen:
 - a. suostumuksen perusteella käsiteltävät tiedot on yksilöitävä muista tiedoista;
 - b. suostumusta koskeva pyyntö on määriteltävä tarkasti; ja
 - c. pyynnössä ilmoitetun tietojen käyttötarkoituksen on oltava täsmällinen, eikä tietoja saa käsitellä käyttötarkoitussidonnaisuudenperiaatteen vastaisesti.
- 3. Tahdonilmaisun tietoisuus eli rekisteröidyn on pystyttävä ymmärtämään, mihin hän on antamassa suostumuksensa. Tietoisuus edellyttää etukäteistä tietojen kertomista:
 - a. rekisterinpitäjätahosta;
 - b. suostumukseen perustuvan henkilötietojen käsittelyn tarkoituksesta;
 - c. kerättävistä ja kyseisessä henkilötietojen käsittelyssä käytettävistä tiedoista;
 - d. oikeudesta peruuttaa suostumus;
 - e. tietojen mahdollisesta käyttämisestä automatisoituun päätöksentekoon (ml. profilointi);
 - f. mahdollisista tietosiirtojen riskeistä, jotka johtuvat asianmukaisten suoja-toimien ja tietosuojan tason riittävyttä koskevan päätöksen puuttumisesta; sekä
 - g. TSA:n 13 ja 14 artikloiden informointivelvollisuuksien täyttämistä, kun kyseessä on henkilötietoa.
- 4. Tahdonilmaisun yksiselitteisyys eli tahdonilmaisuu ei saa jättää epäselvyyttä suostumuksen antamisesta.

Edellä mainitun yleisen tietosuojasetuksen mukaisen pätevän suostumuksen pyytäminen verkkokäyttäjätiedon keräämisen yhteydessä on haastavaa. Sovellettavassa sääntelyssä ei ole annettu täsmällistä ohjeistusta siitä, kuinka pätevä suostumus tulisi pyytää. Aikaisemmin Suomessa hyödynnetty selainasetuksien kautta annettava suostumus ei näytä täyttävän yleisen tietosuojasetuksen mukaisen pätevän suostumuksen vaatimuksia, sillä selainasetukset eivät mahdollista tosiasiallisesti vapaaehtoisen, yksilöidyn, tietoisen ja yksiselitteisen tahdonilmaisun antamista. Myöskin eräänlaiset eväste- ja seurantamuurit vaikuttavat jossain määrin ongelmallisilta yleisen tietosuojasetuksen mukaisen suostumuksen pyytämisen

suhteen, sillä ne eivät näytä mahdollistavan aidon vapaan valinnan mahdollisuutta⁴²⁷, vaan ovat pikemminkin ota tai jätä -toimintamalliin perustuvia⁴²⁸. Toisaalta sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 25 perustelukappale näyttäisi antavan mahdollisuuden tällaiseen ota tai jätä -toimintamalliin⁴²⁹.

Selainasetuksien kautta annettavan suostumuksen voi mahdollisesti korvata verkkosivulla esiintyvällä evästeilmoituksella ja sen yhteydessä esitettävällä suostumuspyynnöllä. Vapaaehtoisen, tietoisin, yksiselitteisen ja yksilöidyn tahdonilmaisun vaatimuksista johtuen evästeilmoituksissa tarjottavan informaation ja suostumuspyyntöjen muotoileminen voi kuitenkin olla kohtuuttoman haastavaa ja vaikeuttaa verkkosivujen käyttämistä huomattavasti. Tämän lisäksi suostumusta koskevat pyynnöt ja evästeistä ja muista vastaavista seurantatekniikoista informoiminen eivät saisi TSA:n johdanto-osan 32 perustelukappale ja uudistetun sähköisen viestinnän direktiivin johdanto-osan 66 perustelukappale huomioiden, häiritä tarpeettomasti tarjottavien palveluiden käyttämistä, vaan niiden pitäisi olla käyttäjäystävällisiä.

Myös evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevan suostumusvaatimuksen soveltamisalan osalta on esiintynyt epäselvyyttä – erityisesti sellaisien seurantatekniikoiden osalta, joissa ei aina tallenneta käyttäjien tai tilaajien päätelaitteille tietoja tai saada pääsyä tällaisiin tietoihin. Käytännössä vaikuttaisi siltä, että ePrivacy-direktiivin sääntelyn⁴³⁰ ja WP29:n tulkintakäytännön⁴³¹ perusteella tällaisien seurantatekniikoiden, kuten selain- ja laitesormenjälkien voidaan mahdollisesti katsoa kuuluvan suostumusvaatimuksen piiriin. Tältä osin myös toisenlainen tulkinta on kuitenkin mahdollinen sovellettavan sääntelyn sanamuoto huomioiden.⁴³²

Tuleva ePrivacy-asetus näyttäisi ehdotusluonnoksien perusteella mahdollisesti vastaavan osaan verkkokäyttäjätiedon keräämistä koskevien suostumusvaatimusten ongelmista.

⁴²⁷ Ustaran 2018, Cookie Consent Is the New Panic -verkkoartikkeli, tarkistettu 20.11.2018, EDPB 2018 B, s. 3 ja EDPS 2018 A, s. 5.

⁴²⁸ Zuiderveen Borgesius – Kruikemeier – Boerman – Helberger 2017, s. 355.

⁴²⁹ Carolan 2016, s. 465.

⁴³⁰ Ks. sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin johdanto-osan 25 perustelukappale.

⁴³¹ WP224 fi, s. 11.

⁴³² Ks. ePrivacy-direktiivin 5(3) artiklan nimenomainen sanamuoto.

Asetusehdotus näyttäisi jättävän suostumuksen käsitteen tulkinnan sinällään yhä yleisen tietosuoja-asetuksen määritelmän varaan⁴³³, eikä asetusehdotus näytä tarjoavan uusia vaihtoehtoja suostumuksen pyytämistavan suhteen – käytännössä selainasetuksien kautta annettava suostumus näyttäisi tulevan suoraan suostumusta koskeviin artikloihin⁴³⁴.

Asetusehdotuksen perusteella suostumuksen merkitys saattaa kuitenkin jossain määrin vähentyä, sillä pääsäännöksi on ehdotettu kieltomuotoa evästeiden ja muiden vastaavien seurantatekniikoiden hyödyntämisen osalta.⁴³⁵ Tämä rakenteellinen muutos yhdistettynä mahdolliseen evästeitä ja muita vastaavia seurantatekniikoita koskevan nimenomaisen informointivelvollisuuden poistumiseen saattaa puolestaan vähentää suostumuksen pyytämiseen ja informaation tarjoamiseen liittyviä ongelmia, joskin suostumuksella säilyy yhä oma roolinsa verkkokäyttäytymistiedon keräämisen edellytyksenä. Toisaalta suostumusta hyödynnettäessä sovellettavaksi tulevat yhä suostumukseen liittyvät informointivelvollisuudet sekä henkilötiedon ollessa kyseessä, myös muu yleisen tietosuoja-asetuksen edellyttämä informointi.

Yleisellä tasolla pääsäännön poikkeuksien tarkempi määrittelemine selkeyttäne myös joiltain osin suostumusvaatimuksia ja mahdollisesti ehkäisee tarpeettomia evästeilmoituksia ja suostumuspyyntöjä – joskin suurin osa poikkeuksista on jo nykyisen WP29:n tulkintakäytännön perusteella kuulunut poikkeuksien piiriin. Myös selain- ja laitesormenjälkien nimenomainen mainitseminen asetusehdotuksen johdanto-osan perustelukappaleissa⁴³⁶ ja päätelaitteiden suoja koskevan 8(1) artiklan sanamuoto näyttäisivät viimeistään poistavan kaikki epäselvyydet siitä, sovelletaanko päätelaitteiden suoja koskevaa sääntelyä myös selain- ja laitesormenjälkiin. Toisaalta asetusehdotus näyttäisi yhä mahdollistavan ota tai jätä -toimintamallin, eikä asetusehdotuksessa nimenomaisesti kielletä eväste- ja seurantamuurien käyttämistä EDPB⁴³⁷ ja EDPS⁴³⁸ lausunnoista huolimatta.

Kokonaisuutena arvioituna tuleva ePrivacy-asetus ei näytä 19.10.2018 asetusehdotuksen perusteella tuovan selkeyttä kaikkiin suostumuksen pyytämistä koskeviin ongelmiin, joskin se saattaa vähentää suostumusvaatimuksia verkkokäyttäytymistiedon keräämisen yhteydessä.

⁴³³ COM(2017) 10 final, s. 10 ja 29 sekä myöhemmin COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 6 ja s. 48.

⁴³⁴ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 48.

⁴³⁵ COM(2017) 10 final, s. 28 ja myöhemmin COM(2017) 10 final, versio 13256/18, s. 57.

⁴³⁶ COM(2017) 10 final, versio 13256/18, johdanto-osan 20 perustelukappale, s. 23.

⁴³⁷ EDPB 2018 B, s. 3 – 4.

⁴³⁸ EDPS 2018 A, s. 5.

Aikaisemmassa oikeuskirjallisuudessa ja WP29:n lausunnoissa on esitetty ongelman ratkaisuvaihtoehtoina *Do-not-track* -standardia⁴³⁹ sekä eräänlaista *Privacy wizardia*⁴⁴⁰, joka ohjaisi käyttäjiä evästeasetuksien muokkaamisessa. Näiden vaihtoehtojen toteuttaminen lainsäädännöllisillä toimenpiteillä saattaa kuitenkin olla haastavaa käytännössä.

Joka tapauksessa asetustasoisien sääntelyn tarve on selkeä.⁴⁴¹ Asetuksena ePrivacy-sääntely saattaa mahdollistaa yhdessä yleisen tietosuojasetuksen sääntelyn kanssa EU laajuisen yhtenäisen ja ennustettavan sääntelyn verkkokäyttäjätiedon keräämisen ja siihen liittyvien suostumusvaatimusten osalta. Tämä voi puolestaan edistää EU:n perusoikeuskirjan 7 artiklan viestinnän luottamuksellisuuden suojan ja myös 8 artiklan henkilötietojen suojan toteutumista sekä mahdollistaa paremmin komission DSM-strategian toteuttamisen. Nykyinen sääntelykehikko – yleinen tietosuojasetus ja sähköisen viestinnän palveluista annettu laki sekä sen tulkinnassa auttava ePrivacy-direktiivi – jättävät tällä hetkellä mahdollisuuden erilaisiin tulkintavaihtoehtoihin suostumusvaatimusten osalta, mikä heikentää sääntelyn tarkoituksien toteutumista.

⁴³⁹ Ks. Kirsch 2011.

⁴⁴⁰ WP171_fi s. 16 ja Kosta 2013 B, s. 398 – 399.

⁴⁴¹ Ks. esimerkiksi EDPS 2018 B, The urgent case for a new ePrivacy law -verkkoartikkeli, tarkistettu 1.12.2018.