

Vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta

Katariina Ruuskanen

307916

OTM -tutkielma

Itä-Suomen Yliopisto, Oikeustieteiden laitos

17.04.2021

Ohjaaja: Professori Katja Lindroos

TIIVISTELMÄ

ITÄ-SUOMEN YLIOPISTO

Tiedekunta Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunta		Yksikkö Oikeustieteiden laitos	
Tekijä Katariina Ruuskanen			
Työn nimi Vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta			
Pääaine Kauppaoikeus	Työn laji OTM-tutkielma	Aika 16.04.2021	Sivuja XIV + 84
<p>Tiivistelmä</p> <p>Vaikuttajamarkkinoinnin toimijoiden tavoitteena voi olla mahdollisimman ei-kaupallinen mainossisältö, joka on monilta osin ristiriidassa piilomainontakiellon kanssa. Mikäli kuluttajansuojalain mukaista piilomainontakieltoa ei noudateta, piilomainonnasta voi joutua vastuuseen. Tutkielma selvittää ketkä vaikuttajamarkkinoinnin toimijat voivat joutua vastuuseen piilomainonnasta ja millä perusteilla. Vastuun realisoitumisen edellytyksenä on piilomainontakiellon rikkominen, joten tutkielma selvittää myös, kuinka piilomainontakielto voidaan täyttää vaikuttajamarkkinoinnissa.</p> <p>Tutkielmassa selvisi, että vaikuttajamarkkinoinnin piilomainontaa arvioidaan sosiaalisen median keskivertokuluttajan näkökulmasta. Lisäksi piilomainontakiellon alaista sisältöä on vain kaupallinen sisältö, josta on sovittu yrityksen ja vaikuttajan välillä. Piilomainontakiellon noudattaminen edellyttää alan toimijoilta tietoisuutta vaikuttajamarkkinointiin soveltuvasta piilomainontakiellosta ja sen erityispiirteistä. Piilomainontakielto voidaan täyttää varmistumalla siitä, että vaikuttajamarkkinointi erottuu sekä vaikuttajan että sosiaalisen median muusta sisällöstä. Lisäksi kaupallinen sisältö on erotettava heti mainokseksi. Mainostunnisteen tulee olla sijoittelultaan, kooltaan, muotoilultaan, fontiltaan ja väritykseltään sellainen, että se kiinnittää heti kuluttajan huomion.</p> <p>Vastuu vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnasta realisoidaan markkinaoikeuden määräämällä uhkasakolla tehostetulla kieltopäätöksellä. Kuluttajansuojaviranomaisten toimivaltuuksien vahvistaminen voi vaikuttaa vastuun realisointiin ja piilomainonnan esiintymiseen, mutta tämän voidaan odottaa edellyttävän tuomioistuintasosta päätöstä vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvistä piilomainonnasta.</p> <p>Vastuu kohdistetaan ensisijaisesti yritykseen. Tutkielmassa selvisi, että yritys voi joutua vastuuseen, mikäli se ei täytä ohjeistusvelvollisuuttaan vaikuttajaa tai muita vaikuttajamarkkinoinnin toimijoita kohtaan. Edellytyksenä voi olla myös julkaisujen tarkastusvelvollisuuden laiminlyönti tai se, ettei yritys ole edellyttänyt vaikuttajaa ja muita toimijoita noudattamaan piilomainontakieltoa. Vaikuttajan ja muiden vaikuttajamarkkinoinnin toimijoiden vastuu on toissijaista. Muu vaikuttajamarkkinoinnin toimija, kuten mainostoimisto, voi joutua vastuuseen piilomainonnasta, jos tämä on toiminut markkinoivan yrityksen puolesta tai sen lukuun. Vastuu voi realisoitua myös, jos toimija on vaikuttanut merkittävästi ja välittömästi piilomainontaan. Sama pätee vaikuttajan vastuuseen. Tutkielmassa selvisi, että merkittävää ja välitöntä vaikuttamista on päätösvalta lopullisesta sisällöstä ja sen julkaisemisesta. Piilomainonnan ehkäisemiseksi ja kuluttajansuojan toteutumiseksi kaikkien vaikuttajien vastuuta tulisi arvioida tämän perusteella. Vaihtoehtoisesti harrastajavaikuttajia tulisi kohdella elinkeinonharjoittajina KSL:n tarkoittamassa merkityksessä, jotta piilomainontakielto koskettaisi kaikkia vaikuttajamarkkinoinnin toimijoita.</p>			
<p>Avainsanat</p> <p>Markkinoinnin tunnistettavuus, piilomainonta, piilomainontakielto, piilomarkkinointi, vaikuttajamarkkinointi, vaikuttaja, ammattimainen vaikuttaja, harrastajavaikuttaja, sosiaalinen media, markkinointioikeus, markkinointi, kuluttajansuoja, kieltopäätös, uhkasakko.</p>			

SISÄLLYS

TIIVISTELMÄ	II
LÄHTEET	VI
LYHENNELUETTELO	XIII
KUVIOLUETTELO	XIV
1 JOHDANTO	1
1.1 Ilmiön taustaa	1
1.2 Tutkimusasetelma ja aiheen rajaus	5
1.3 Tutkielman metodologiset valinnat	6
1.4 Käytetyt lähteet	6
1.5 Tutkielman rakenne	8
2 VAATIMUS MARKKINOINNIN TUNNISTETTAVUUDESTA	10
2.1 Markkinoinnin tunnistettavuuden säädöspohja	10
2.2 Markkinoinnin tunnistettavuuteen sovellettavat arviointiperusteet	14
2.3 Markkinoinnin tunnistettavuuden itsesääntely	16
2.3.1 ICC:n markkinointisäännöt ja Mainonnan eettinen neuvosto	16
2.3.2 Itsesääntelyn oikeuslähdeopillista arviointia	19
2.4 Markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimus viranomaislinjauksissa	20
2.4.1 Kuluttaja-asiamiehen piilomainontaa koskevat linjaukset	20
2.4.2 Kuluttaja-asiamiehen linjausten oikeuslähdeopillista arviointia	22
2.5 Kokoavia havaintoja markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksesta	22
3 VAIKUTTAJAMARKKINOINTI JA SEN ERITYISPIIRTEET	
MARKKINOINTIMUOTONA	24
3.1 Vaikuttajamarkkinointi markkinointimuotona	24
3.2 Vaikuttajan määrittelyä ja kategorisointia	26
3.2.1 Vaikuttajan määritelmä ja vaikuttavuus	26
3.2.2 Ammattimainen vaikuttaja ja harrastajavaikuttaja	29
3.2.3 Vaikuttaja elinkeinonharjoittajana	31
3.3 Kokoavia havaintoja vaikuttajamarkkinoinnin erityispiirteistä	35
4 MARKKINOINNIN TUNNISTETTAVUUS VAIKUTTAJAMARKKINOINNISSA	37

IV

4.1 Vaikuttajamarkkinointiin soveltuva piilomainontakielto ja sitä koskevat arviointiperusteet	37
4.2 Keskivertokuluttaja vaikuttajamarkkinoinnissa	38
4.3 Vaikuttajamarkkinoinnin erottaminen muusta toimituksellisesta aineistosta	39
4.4 Vaatimus mainonnan tunnistamisesta ensisilmäyksellä	41
4.4.1 Mainostunniste	41
4.4.2 Tieto markkinoivasta yrityksestä	47
4.5 Keskivertokuluttajan kyky tehdä perusteltu kaupallinen ratkaisu	49
4.6 Piilomainontakiellon piiristä jäävät vaikuttajamarkkinoinnin keinot	50
4.6.1 Piilomainontakiellon piiristä jäävä vaikuttajamarkkinointi	50
4.6.2 Brändilähettilyys ja sponsorointi	50
4.6.3 Muu toimituksellinen aineisto	52
4.6.4 Vaikuttaja-PR ja ilmaismainonta	53
4.7 Kokoavia havaintoja markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksesta vaikuttajamarkkinoinnissa	55
5 VAIKUTTAJAMARKKINOINNIN TUNNISTETTAVUUTEEN SOVELLETTAVA VALVONTA- JA SEURAAMUSJÄRJESTELMÄ	57
5.1 Valvonta- ja seuraamusjärjestelmän toimijat	57
5.2 Markkinaoikeuden asettama uhkasakolla tehostettu kielto	57
5.3 Rikosoikeudelliset seuraamukset	61
5.4 Kuluttaja-asiamiehen toimet	62
5.4.1 Kuluttaja-asiamiehen toimivaltuuksien säädöspohja ja kieltopäätös	62
5.4.2 Kuluttaja-asiamiehen hakemuksesta määrättävä seuraamusmaksu ja oikeus puuttua digitaalisessa ympäristössä julkaistuu sisältöön	64
5.5 Vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuuteen soveltuvien seuraamuksien arviointia	66
5.6 Kokoavia havaintoja vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuuteen sovellettavasta valvonta- ja seuraamusjärjestelmästä	67
6 VASTUU VAIKUTTAJAMARKKINOINNIN TUNNISTETTAVUUDESTA	69
6.1 Markkinoivan yrityksen vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta	69
6.1.1 Markkinoivan yrityksen vastuun arviointiperusteet	69
6.1.2 Markkinoivan yrityksen vastuun arviointi	70

6.2 Muiden toimijoiden vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta	72
6.2.1 Muiden toimijoiden vastuun arviointiperusteet	72
6.2.2 Muiden toimijoiden vastuun arviointi	74
6.3 Vaikuttajan vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta	76
6.3.1 Vaikuttajan vastuun arviointiperusteet	76
6.3.2 Vaikuttajan vastuun arviointi	77
6.3.3 Harrastajavaikuttajan vastuun arviointi	79
6.4 Kokoavia havaintoja vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuuden vastuusta	80
JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	82

LÄHTEET

KIRJALLISUUS

- Aarnio, Aulis, Laintulkinnan teoria. WSOY 1989.
- Aarnio, Aulis, Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2011.
- Apukka, Satu – Erkkilä, Salla – Hakanen, Laura – Hautala, Patrik – Jaskari, Minna – Mäkilä, Elli – Petrelius, Vilma – Rousi, Sanna – Tähtinen, Päivi – Vaahto, Ria – Verronen, Noora – Viitala, Tommi, IAB, Vaikuttajamarkkinoinnin opas, 2019 [https://www.iab.fi/oppaat-suositukset/oppaat/vaikuttajamarkkinoinnin-opas-022019]. (28.01.2021)
- Bach, Seung B. – Soojin Kim, Online Consumer Complaint Behaviors: The Dynamics of Service Failures, Consumers' Word of Mouth, and Organization-Consumer Relationships. *International Journal of Strategic Communication*, 01/2012 [https://www.tandfonline-com.ezproxy.uef.fi:2443/doi/full/10.1080/1553118X.2011.634871]. (28.01.2021)
- Bärlund, Johan, Sopimaton menettely liiketoiminnassa. Teos Villa, Seppo, Yritysoikeus, s. 957-998. Talentum 2014.
- Bergström, Seija – Leppänen, Arja, Yrityksen asiakasmarkkinointi, Edita Publishing Oy 2009.
- Fay, Brad – Cakim, Idil – Carpenter, Scott – Hershberger, Steve – O'Driscoll, Sean – Rabasca, Erik – Selvas, Filiberto – Suckernek, Warren, WOMMA, Influencer Handbook. 2015 [https://painepublishing.com/wp-content/uploads/2015/06/Influencer-Handbook-v4-2.pdf]. (28.01.2021)
- Halonen, Misme, Vaikuttajamarkkinointi. Alma Talent Oy 2019.
- Hirvonen, Ari, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan, 2011 [https://www.helsinki.fi/sites/default/files/atoms/files/hirvonen_mitka_metodit.pdf]. (28.01.2021)
- Jansen, B. J., Zhang, M., Sobel, K. and Chowdury, A. 2009. Twitter power: Tweets as electronic word of mouth. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 60(11): 2168–2188.
- Jännes, Pia, Mitä on vaikuttajaviestintä tänään? Akvamariini, 16.01.2018. [https://akvamariini.fi/blogit/mita-on-vaikuttajaviestinta-tanaan/] (3.2.2021).
- Koho, Teemu, Lapset ja markkinointi – ohjeita vastuulliseen markkinointiviestintään. Mainostajien Liitto 2012.

- Koivumäki, Elina – Häkkänen, Petteri, *Markkinointijuridiikka*, Bookwell Oy 2018.
- Korkka, Heli, *Liiketoimintarikoksen tuottaman hyödyn mittaaminen*. Sastamala 2015.
- Lehtomaa, Emmi, *Somevaikuttajaksi*, Otava, 2020.
- Määttä, Tapio, *Soft law kansallisen oikeuden lähteenä*, s. 337-460. Julkaisussa: *Oikeustiede: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja 2005*.
- Neuvonen, Riku, *Tapaoikeus oikeuslähdeopissa*. *Lakimies* 3/2006, s- 405-432.
- Ollila, Riitta, *Sananvapaus ja sopimattoman markkinoinnin sääntely*. *Defensor Legis* N:o 2/2009, s. 276–291.
- Palokangas, Piritta, *Somevaikuttajat tekevät yhä enemmän pitkiä markkinointikampanjoita: ”Me olemme tällaisia yhden naisen mainostoimistoja nykyään”*. *Kauppalehti* 18.5.2019. [<https://www.kauppalehti.fi/uutiset/somevaikuttajat-tekevät-yha-enemman-pitkia-markkinointikampanjoita-me-olemme-tallaisia-yhden-naisen-mainostoi-mistoja-nykyaan/f8068e84-d0a4-38aa-aa6d-8794f8331294>]. (28.01.2021).
- Paloranta, Paula, *Markkinoinnin etiikka käytännössä*. Alma talent Oy 2014.
- Paloranta, Paula – *Vastuullinen markkinointi sosiaalisessa mediassa*. *Defensor Legis* N:o 4/2019.
- Peltonen, Anja – Määttä, Kalle, *Kuluttajansuojaoikeus*. Alma Talent Oy, 2015.
- Perttula, Ville, *Vaikuttajamarkkinoinnin merkitseminen kaipaa selkeitä pelisääntöjä – ”kannattaa käyttää maalaisjärkeä”*. *Markkinointi & Mainonta* 21.2.2019.
- Sammis, Kristy – Lincoln, Cat – Pomponi, Stefania, *Influencer Marketing for Dummies*. John Wiley & Sons 2015.
- Sng, Kylie – Au, Tsi Ying – Pang, Augustine, *Social Media Influencers as a Crisis Risk in Strategic Communication: Impact of Indiscretions on Professional Endorsements*. *International Journal of Strategic Communication* 09/2019 [<https://www-tandfonline-com.ezproxy.uef.fi:2443/doi/full/10.1080/1553118X.2019.1618305>]. (28.01.2021)
- Solis, Brian, *The Rise of Digital Influence. A “how-to” guide for business to spark desirable effects and outcomes through social media influence*. Altimeter Group 2012.
- Tench, Ralph – Yeomans, Liz. *Exploring public relations: global strategic communication*, Harlow: Pearson Education, Fourth edition, 2017.
- Tiili, Virpi, *Harhaanjohtava mainonta, Markkinaoikeudellinen tutkimus mainonnan totuusperiaatteen sisällöstä*. *Suomalainen lakimiesyhdistys* 1979.
- Tommila, Marja, *Liiketapalautakunta suunnannäyttäjänä*. Teos Paloranta, Paula, *Keskuskauppakamarin liiketapalautakunta 80 vuotta*, s. 570-581. Alma Talent 2017.

- Troot – OMD Annalect, Vaikuttavuusraportti 2019. Survey Sampling kuluttajaneeli, 2019.
- Trzaskowski, Jan, User-Generated Marketing – Legal implications when word-of-mouth goes viral. *International Journal of Law and Information Technology*, 2011, s. 348–380.
- Varhela, Markku – Virtanen, Pertti, Markkinoinnin pelisäännöt. Alma Talent Oy, teoksen viimeinen päivitys on tehty 14.11.2020.
- Viitanen, Klaus, Markkinointioikeus. Kauppakamari 2017.
- Weckström, Vanessa, Mitä on vaikuttajamarkkinoinnin mittaaminen vuonna 2020? *Indieplace*, 25.02.2020. [<https://www.indieplace.fi/vaikuttajamarkkinoinnin-mittaaminen/>]. (12.04.2021)

VIRALLISLÄHTEET

- HE 8/1977 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle kuluttajalainsäädännöksi.
- HE 237/1992 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle valmismatkalaiksi.
- HE 360/1992 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuluttajansuojalain muuttamiseksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 14/1994 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle asuntokauppaa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 194/2001 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 32/2008 vp, Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi kuluttajansuojalain 2 luvun muuttamiseksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 54/2019 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuluttajansuojaviranomaisten eräistä toimivaltuuksista sekä laeiksi Kilpailu- ja kuluttajavirastosta annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta.
- HE 10/2020 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuluttajansuojaviranomaisten eräistä toimivaltuuksista sekä laeiksi Kilpailu- ja kuluttajavirastosta annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta annetun hallituksen esityksen (HE 54/2019 vp) täydentämisestä.
- Valtiontilintarkastajien kertomus 2006, K 16/2006 vp [https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kertomus/Documents/k_16+2006.pdf]. (28.01.2021)

Valtiontalouden tarkastusviraston toiminnantarkastuskertomukset 156/2007, Kuluttajahal-
linnon toimivuus [[https://www.vtv.fi/app/uploads/2018/07/03114000/kuluttaja-hal-
linon-toimivuus-156-2007.pdf](https://www.vtv.fi/app/uploads/2018/07/03114000/kuluttaja-hal-
linon-toimivuus-156-2007.pdf)]. (28.01.2021)

Oikeusministeriö, Työryhmämietintö 2007:11, Sopimattomat kaupalliset menettelyt, Ku-
luttajansuojalain markkinointia koskevien säännösten uudistaminen [[https://www-
edilex-fi.ezproxy.uef.fi:2443/ministerioiden_julkaisut/4844.pdf](https://www-
edilex-fi.ezproxy.uef.fi:2443/ministerioiden_julkaisut/4844.pdf)]. (28.01.2021)

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus, korkein hallinto-oikeus ja Euroopan unionin tuomioistuin

KKO 1979-II-127

KKO 2005:38

KKO 2005:40

KKO 2005:86

KKO 2012:21

KHO 2013:118

C-210/96 Gut Springenheide and Tusky

C-281/12 Trento Sviluppo

Markkinaoikeus ja markkinatuomioistuin

MT 1982:22

MT 1983:10

MT 1984:9

MT 1985:11

MT 1986:2

MT 1987:10

MT 1987:13

MT 1988:4

MT 1990:19

MT 1991:1

MT 1992:27

MT 1992:13

MT 1994:17

MT 1991:1

MT 1997:6

MAO 2009:654

MAO 18/03

MAO 55/14

MAO 797:15

MAO 701/17

MAO 654/09

Patent- och marknadsdomstolen ja Patent- och marknadsöverdomstolen

PMT 2054-18

PMT 798-19

Mainonnan eettinen neuvosto

MEN 3/2018

MEN 4/2018

MEN 8/2018

MEN 23/2018

MEN 24/2018

MEN 27/2018

MEN 35/2018

MEN 4/2019

MEN 8/2019

MEN 9/2019

MEN 10/2019

MEN 11/2019

MEN 16/2019

MEN 17/2019

MEN 19/2019

MEN 21/2019

MEN 24/2019

MEN 29/2019

MEN 30/2019

MEN 31/2019

MEN 32/2019

MEN 40/2019

MEN 47/2019
MEN 19/2020
MEN 20/2020
MEN 21/2020
MEN 22/2020
MEN 24/2020
MEN 32/2020
MEN 34/2020
MEN 35/2020
MEN 38/2020
MEN 39/2020
MEN 1/2021
MEN 2/2021
MEN 4/2021
MEN 5/2021

Muut tapaukset

Kuluttajavalituslautakunta dnro 00/39/2189

MUUT LÄHTEET

Viranomaisohjeet ja -linjaukset

Mainonnan tunnistettavuus blogeissa, Kilpailu- ja kuluttajavirasto. 2013
[<https://www.kkv.fi/ratkaisut-ja-julkaisut/julkaisut/kuluttaja-asiamiehen-linjaukset/aihekohtaiset/mainonnan-tunnistettavuus-blogeissa/>] (26.03.2021).

Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa. Kuluttaja-asiamiehen linjaukset, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 26.4.2019. [<https://www.kkv.fi/ratkaisut-ja-julkaisut/julkaisut/kuluttaja-asiamiehen-linjaukset/aihekohtaiset/vaikuttajamarkkinointi-sosiaalisessa-mediassa/>] (28.01.2021).

Pohjoismaiden kuluttaja-asiamiesten linjaus markkinoinnista sosiaalisessa mediassa, 5.12.2012 [<https://www.kkv.fi/ratkaisut-ja-julkaisut/julkaisut/kuluttaja-asiamiehen-linjaukset/kansainvaliset-linjaukset/pohjoismaiden-linjaus-piilomarkkinoinnista/>] (28.01.2021).

Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista, 10.5.2016 [<https://www.kkv.fi/ratkaisut-ja-julkaisut/julkaisut/kuluttaja-asiemiehen-linjaukset/kansainvaliset-linjaukset/pohjoismaiden-linjaus-piilomarkkinoinnista/>] (28.01.2021).

Lahelma Marjo, Arviomuistio kuluttajansuojalain muutostarpeista. Oikeusministeriö 9/2012 [https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/76350/omml_9_2012_arviomuistio_32_s.pdf] (28.01.2021).

Internetlähteet

Global trust in advertising and brand messages, Nielsen. 10.04.2012 [<https://www.nielsen.com/us/en/insights/report/2012/global-trust-in-advertising-and-brand-messages-2/>] (28.01.2021).

Global Trust in advertising, Nielsen. 28.09.2015 [<https://www.nielsen.com/ssa/en/insights/report/2015/global-trust-in-advertising-2015/>] (28.01.2021).

Kansainvälisen kauppakamarin ICC:n markkinointisäännöt, ICC. 3.9.2019. [<https://www.icc.fi/kansainvalisen-kauppakamarin-iccn-markkinointisaannot-saatavilla-suomeksi/>] (18.02.2021).

Kansainvälisen kauppakamarin markkinointisäännöt, Keskuskauppakamari. [<https://kauppakamari.fi/palvelut/liiketapalautakunta/tietoa-lautakunnasta/kansainvalisen-kauppakamarin-markkinointisaannot/>] (18.02.2021).

Kuluttaja-asiemiehen ratkaisut 2020, Kilpailu- ja kuluttajavirasto. [<https://www.kkv.fi/ratkaisut-ja-julkaisut/kuluttaja-asiat/kuluttaja-asiemiehen-ratkaisut/2020/>]. (28.01.2021)

Kuluttaja-asiemies ja tubettajaverkostot torjuvat piilomainontaa, Kilpailu- ja kuluttajavirasto. 1.11.2017 [<https://www.kkv.fi/ajankohtaista/Tiedotteet/2017/kuluttaja-asiemies-ja-tubettajaverkostot-torjuvat-piilomainontaa/>] (26.03.2021).

Sisältötrendit vuonna 2021, Dagmar. 12.11.2020 [<https://www.dagmar.fi/sisaltomarkkinointi/sisaltotrendit-vuonna-2021/>] (28.01.2021).

Tilastotietoja, 25.3.2021, Markkinaoikeus. [<https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/ajankohtaista/vuositilastot.html>]. (26.03.2021)

Toiminta, ICC. [<https://www.icc.fi/toiminta/>] (18.02.2021).

Vaikuttajamarkkinoinnin suosio on kasvussa – lähes joka neljäs mainostaja aikoo kasvattaa budjettiaan. PING Helsinki - Marketing Finland - MARK ry. 07.10.2020 [<https://pinghelsinki.fi/vaikuttajamarkkinoinnin-suosio-on-kasvussa/>] (28.01.2021).

Vaikuttajamarkkinointi viestijän näkökulmasta, Tiedotusosasto. 6.2.2020.

LYHENNELUETTELO

HE	hallituksen esitys
ICC	International Chamber of Commerce
JSN	Julkisen sanan neuvosto
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
KKO	korkein oikeus
KSL	kuluttajansuojalaki 38/1978
KTL	laki kuluttajansuojaviranomaisten eräistä toimivaltuuksista 566/2020
laki KKV:sta	laki Kilpailu- ja kuluttajavirastosta (66/2012)
LTL	liiketalouseläkölaista
mainontadirektiivi	harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskeva direktiivi (84/450/ETY)
MEN	Mainonnan eettinen neuvosto
MT	markkinatuomioistuin
MAO	markkinaoikeus
RL	rikoslaki 39/1889
SopMenL	laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 1061/1978
UCP-direktiivi	sopimattomia kaupallisia menettelyitä koskeva direktiivi (2005/29/EY)
WOM	word of mouth

KUVIOLUETTELO

Kuvio 1. Kuvakaappaus @saratickle käyttäjätunnuksen Instagram kuvajulkaisun mainostunnisteesta 16.04.2021, kuva julkaistu 10.02.2021.

Kuvio 2. Kuvakaappaus @ennasofi käyttäjätunnuksen Instagram kuvajulkaisun mainostunnisteesta 16.04.2021, kuva julkaistu 20.01.2021.

Kuvio 3. Kuvakaappaus @sofiaruutu käyttäjätunnuksen Instagram story -osion videojulkaisun mainostunnisteesta 29.03.2021, video julkaistu 28.02.2021.

Kuvio 4. Kuvakaappaus @karitatykka käyttäjätunnuksen Instagram kuvajulkaisun mainostunnisteesta 16.04.2021, kuva julkaistu 12.03.2021.

1 JOHDANTO

1.1 Ilmiön taustaa

Digitalisaatio on luonut täysin uudenlaisen alustan markkinoinnille ja sen mahdollistama sosiaalisen median räjähdysmäinen kasvu on tehnyt vaikuttajamarkkinoinnista nopeasti kasvavan markkinointikeinon.¹ Vaikuttajamarkkinoinnissa sosiaalisen median vaikuttajat markkinoivat omalle yleisölleen yritystä palkkiota vastaan.² Aurinkolaseja markkinoiva yritys voi esimerkiksi ottaa yhteyttä miljoona seuraajaa keränneeseen vaikuttajaan ja pyytää tätä tekemään yrityksen kanssa kaupallisen yhteistyön, jossa vaikuttaja tuottaa mainosmateriaalia omalle sosiaalisen median kanavalleen. Tuotettu mainosmateriaali voi olla esimerkiksi Instagramissa julkaistu kuva, jossa vaikuttaja poseeraa aurinkolasit päässään ja kehuu tuotetta. Jos vaikuttajan seuraajista suurin osa on esimerkiksi nuoria naisia, voi vaikuttajamarkkinointi olla yritykselle tehokas keino tavoittaa kohderyhmäänsä. Vaikuttajalle kaupallinen yhteistyö puolestaan on tulonlähde.

Vaikuttajamarkkinointi tunnistetaan nykyisin jopa miljardien dollareiden alaksi.³ Suomessa jopa 80 prosenttia mainostajista on vähintään kokeillut vaikuttajamarkkinointia ja jopa 60 prosenttia mainostajista aikoo kasvattaa vaikuttajamarkkinointiin kohdistettavaa budjettia tai pitää sen vähintään samalla tasolla.⁴ Vaikuttajamarkkinoinnin suosio perustuu puskaradion voimaan: tutulta tai tuttavaksi koetulta ihmiseltä saatu suositus koetaan luotettavammaksi, kuin yrityksen oma markkinointimateriaali.⁵ Kuluttaja kokee vaikuttajan tuttuvoimaisena tutustuessaan tämän elämään sosiaalisessa mediassa. Tätä tukee lisäksi se, että vaikuttajan tuottama sisältö sijoittuu ympäristöön, jota kuluttaja käyttää henkilökohtaiseen tiedonvaihtoon ja viestintään. Vaikuttajamarkkinoinnilla tavoitellaan myös autenttisuutta eli mainosmateriaali pyritään luomaan sellaiseksi, ettei mainos ole heti tunnistettavissa mainokseksi. Tämä johtuu siitä, että kuluttajien on todettu luottavan korostuneesti ei-kaupalliseen informaatioon. Tästä syystä markkinoivilla yrityksillä voi olla suuri houkutus hämärtää mainonnan kaupallista tarkoitusta.

¹ Koho 2012, s. 37; Paloranta 2019, s. 525; Tench – Yeomans 2017, s. 39; Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 1.

² Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 1.

³ Childers – Lemon – Hoy 2018.

⁴ Dagmar 2020; Paloranta 2019, s. 525; PING Helsinki 7.10.2020; vuonna 2019 mainostajista 72 prosenttia oli kokeillut vaikuttajamarkkinointia.

⁵ Nielsen 2012; Nielsen 2015; Sng – Ying Au – Pang 2019. Ks. myös Bach – Kim 2012; Halonen 2019, s. 44; Jansen ym. 2009, p. 2169.

Vaikuttajamarkkinointi markkinointimuotona ja markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimus voi edustaa ongelmallisesti vastakkaisia intressejä. Kuluttajansuojalain (38/1978: KSL) 2 luvun 4 §:n mukaan markkinoinnista on selkeästi käytävä ilmi sen kaupallinen tarkoitus sekä se, kenen lukuun markkinoidaan. Säännöksen vastaista markkinointia kutsutaan piilomainonnaksi. Piilomainontakiellon on toteuduttava riippumatta markkinoinnin välineestä eli näin ollen vaatimus koskee myös vaikuttajamarkkinointia.⁶ Aurinkolaseista tehdystä mainosmateriaalista eli vaikuttajan julkaisemasta Instagram-kuvasta tulee kuluttajansuojan kannalta siis ongelmallista, mikäli julkaisusta ei ole heti tunnistettavissa, että kyseessä on mainos sekä sitä, minkä yrityksen lukuun mainos on tehty.

Piilomainontakielto on merkityksellinen kuluttajansuojan kannalta, sillä piilomainonta vaikuttaa kuluttajien kykyyn suhtautua kriittisesti saatuun informaatioon, joka puolestaan voi vääristää heidän ostokäyttäytymistään.⁷ Kuluttajat ovat mainonnan suhteen usein valveutuneita ja he suhtautuvat mainontaan tietyllä varauksella.⁸ Esimerkiksi perinteisen markkinoinnin osalta voitaisiin katsoa, että kuluttajan on suhteellisen helppo tunnistaa ja halutesaan sivuuttaa tv-mainonta mainoskatkon alkaessa. Markkinoinnin tunnistettavuus voi kuitenkin hämärtyä vaikuttajamarkkinoinnissa, jossa heikosti erotettavaksi tehty mainonta vielä sekoittuu kuluttajan kuluttamaan muuhun ei-kaupalliseen sisältöön.

Vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvä piilomainonta on yleisesti alalla tiedossa oleva ongelma ja sitä voi nähdä sosiaalisessa mediassa päivittäin.⁹ Piilomainonnan esiintyminen näkyy myös Mainonnan eettisen neuvoston (MEN) lausuntokäytännössä, jossa

⁶ Paloranta 2019, s. 526; Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 1; Viitanen 2017, s. 228.

⁷ Viitanen 2017, s. 228.

⁸ *Ibid*, s. 228–230.

⁹ Näin esimerkiksi Dagmarin strategi Salla Erkkilä. Ks. tarkemmin myös Perttula 18.2.2019. Vaikuttajamarkkinoinnin asiantuntijayrityksen PING Helsingin perustajaosakkaan ja toimitusjohtaja Inna-Pirjetta Lahden mukaan sosiaalisen median alustojen ja markkinointitapojen lisääntyminen on aiheuttanut kokemuksenpuutetta siitä, kuinka vaatimus markkinoinnin tunnistettavuudesta voidaan vaikuttajamarkkinoinnissa täyttää. Lahden mukaan tämä puolestaan on aiheuttanut virheellisen käsityksen siitä, että vaikuttajamarkkinoinnin alan toimijoilla olisi haasteita tai ongelmia oikeaoppisen toimintatavan kanssa; Tiedotusosasto 6.2.2020. Toisaalta sääntöjen epäselvyys ainakin osalle alan toimijoista käy ilmi lukuisista MEN:in lausunnoista. Ks. esim MEN 29/2019, 24/2020 ja 32/2020, jossa vaikuttaja tai yritys ei ilmoituksensa mukaan ollut tietoinen säännöksistä sekä MEN 11/2019, jossa yritys ei tiennyt julkaisun olevan piilomainontakiellon alainen. Toisaalta myös piilomainontakieltoon suhtautuminen voi vaikuttaa piilomainonnan esiintymiseen. Ks. esim. MEN 24/2018, jossa markkinoiva yritys vastasi MEN:in lausuntopyyntöön muu muassa, että ”tehkää tekin jotain järkevää ja lopetakaan yritysten ja yrittäjien typerä kiusaaminen tyhjänpäiväisillä asioilla”.

vaikuttajamarkkinointia koskeva piilomainonta on ollut jo vuosia yliedustettuna.¹⁰ Huhtikuuhun mennessä vuonna 2021 MEN oli antanut viisi lausuntoa, joista neljä koski vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuutta ja kaikki niistä johti huomautukseen. Vuonna 2020 MEN antoi yhteensä 49 lausuntoa, joista 21 koski vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuutta ja niistä 20 johti huomautukseen.¹¹ Vuonna 2019 annettuja lausuntoja oli yhteensä 47, joista 22 koski vaikuttajamarkkinointia ja niistä jokainen johti huomautukseen.¹² Piilomainonnan esiintyminen näkyy myös viranomaistoiminnassa. Pohjoismaiset kuluttaja-asiamiehet linjasivat jo vuonna 2016, että yritysten tulisi kiinnittää erityistä huomiota markkinoinnin tunnistettavuuteen sosiaalisessa mediassa.¹³ Lisäksi kuluttaja-asiamies linjasi vuonna 2019 siitä, kuinka piilomainontakieltoa tulisi noudattaa tehtäessä vaikuttajamarkkinointia sosiaalisessa mediassa.¹⁴

Mikäli vaikuttajamarkkinoinnista ei selvästi käy ilmi sen kaupallinen tarkoitus, markkinoiva yritys voi kuluttajansuojalain nojalla joutua vastuuseen piilomainonnasta. Myös muut vaikuttajamarkkinointiin osallistuneet tahot, kuten mainostoimisto tai vaikuttajien välittäjätoimisto, voivat joutua vastuuseen.¹⁵ Pohjoismaiden piilomainontaa koskevan linjauksen mukaan myös yrityksen tuotteita mainostavat yksilöt voivat joutua vastuuseen, jos heidän julkaisuillaan on ollut kaupallinen tarkoitus. Suomessa ei ole tuomioistuintasoista ratkaisukäytäntöä, joka avaisi vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvän piilomainonnan vastuun realisoinnista tai sen jakautumista. Euroopan unionin tuomioistuin ei myöskään ole ottanut asiaan kantaa.

Ruotsissa on kuitenkin annettu vaikuttajamarkkinoinnin piilomainontakieltoa koskeva ratkaisu PMT 2054-18 (Alexandra Media -tapaus). Tapauksessa vaikuttaja oli yrityksensä

¹⁰ Vaikuttajamarkkinointia koskevan piilomainonnan valvonta on uupuvan tuomioistuinkäsittelyn vuoksi jäänyt MEN:in harteille.

¹¹ Yksi vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuutta koskeva tapaus jätettiin käsittelemättä, kun rahapelien mainostus kuului erityislainsäädännön piiriin eikä asia näin ollen kuulunut MEN:in toimivaltaan; ks. tarkemmin MEN 35/2020.

¹² Vuoden 2018 vastaavina lukuina oli 40 annettua lausuntoa, joista 11 koski vaikuttajamarkkinointia ja niistä 9 johti huomautukseen.

¹³ Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 1.

¹⁴ Pohjoismaiden kuluttaja-asiamiehet ovat linjanneet markkinoinnista sosiaalisessa mediassa jo vuonna 2012. Lisäksi kuluttaja-asiamies on linjannut mainonnan tunnistettavuudesta blogeissa vuonna 2013 ja lausunut Youtuben markkinoinnin tunnistettavuudesta tiedotteissaan vuonna 2017; Kilpailu- ja kuluttajavirasto, Mainonnan tunnistettavuus blogeissa 2013; Kilpailu- ja kuluttajavirasto, Kuluttaja-asiamies ja tubettajaverkostot torjuvat piilomainontaa 1.11.2017.

¹⁵ Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 7. Ks. myös esimerkiksi KSL 2:16 ja HE 8/1977, s. 29–30.

Alexandra Median kautta sopinut matkapuhelimien välitystä tekevän yrityksen kanssa vaikuttajamarkkinoinnista ja kaupallisesta yhteistyöstä. Vaikuttajamarkkinointi sisälsi yrityksen palvelua esittelevän blogikirjoituksen ja Instagram-kuvajulkaisun. Tapauksessa tuomioistuimien katsoi, ettei julkaisut olleet täyttäneet markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta.¹⁶ Tapaus oli nostettu markkinoivan yrityksen sijasta vaikuttajan yritystä sekä vaikuttajan välittäjätoimistoa vastaan. Asiassa oli myös arvioitava, voidaanko vastuu kohdistaa vaikuttajan yritykseen, sillä Ruotsissa ensisijainen vastuu piilomainonnasta kohdistuu markkinoivaan yritykseen. Tapauksessa tuomioistuimien katsoi Alexandra Median syyllistyneen piilomainontaan ja kielsi tätä 100 000 kruunun uhkasakolla tehostetulla kieltopäätöksellä osallistumasta matkapuhelimien kierrätyspalveluiden markkinointiin blogissa ja Instagramissa siten, ettei markkinointi ole tunnistettavissa markkinoinniksi. Tuomioistuimen mukaan vaikuttajalla oli määräysvalta ja lopullinen päätösvalta siitä tapahtuiko markkinointia ollenkaan sekä siitä, mitä sosiaalisessa mediassa ylipäätään julkaistaan. Näin ollen Alexandra Median katsottiin osallistuneen merkittävästi markkinointiin. Vaikuttajan välittäjätoimiston ei katsottu vaikuttaneen tapauksessa merkittävästi markkinointiin. Tapaus on merkittävä, koska se on ensimmäinen pohjoismainen vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvää piilomainontaa koskeva ratkaisu, joka samalla otti kantaa piilomainonnan vastuun realisoitumiseen ja sen jakautumiseen. Tapauksen ennakkopäätösluonteen vuoksi tapauksen voidaan odottaa siirtyvän korkeimpaan oikeuteen.

Myös Suomessa pääsääntönä on pidetty sitä, että markkinoiva yritys on vastuussa piilomainonnasta. Tästä johtuen tapaus onkin herättänyt alalla paljon keskustelua ja huolta siitä, että myös vaikuttajat ja muut vaikuttajamarkkinoinnin toimijat voivat joutua vastuuseen piilomainonnasta.¹⁷ Vaikuttajien vastuun realisoitumisen osalta merkityksellistä on myös se, rajautuuko vastuu vain elinkeinonharjoittajina toimiviin vaikuttajiin vai voiko myös myös harrastusmielessä toimiva vaikuttaja joutua vastuuseen piilomainonnasta.¹⁸ Oikeudellisessa mielessä tämä tarkoittaa sen arviointia, voidaanko harrastajavaikuttajaa pitää elinkeinonharjoittajana KSL:n tarkoittamassa merkityksessä. Aiheen tekee ajankohtaiseksi

¹⁶ Julkaisut katsottiin piilomainonniksi, kun ne eivät ensinnäkään olleet erotettavissa muusta vaikuttajan tuotetusta sisällöstä. Toiseksi tuomioistuimien katsoi, ettei julkaisussa käytetyt mainostunnisteet olleet omiaan viestittämään kuluttajalle julkaisujen mainosluonteesta.

¹⁷ Vastuun jakautumisen epäselvyydestä kertoo myös se, että useammassa MEN:in käsittelemässä lausunnossa markkinoiva yritys vastasi, että tämä oletti vaikuttajan ja markkinoijan välissä olevan mainostoimiston huolehtivan piilomainontakiellon noudattamisesta, ks. esimerkiksi MEN 22/2019 ja MEN 31/2019.

¹⁸ KSL:n markkinointisäännökset soveltuvat sen 1 §:n mukaan vain elinkeinonharjoittajiin. Näin ollen KSL:n alainen piilomainontakiello tai sen rikkomista koskevat vastuusäännökset eivät lähtökohtaisesti koske harrastajavaikuttajia.

vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnan ja vastuukysymysten lisäksi se, että markkinointia koskevien säännösten valvojana toimivien kuluttajansuojaviranomaisten toimivaltuuksia vahvistettiin heinäkuussa 2020.¹⁹ Kuluttajansuojaviranomaisen toimivaltuuksien vahvistaminen on olennainen muutos markkinaoikeudelliseen valvonta- ja seuraamusjärjestelmään, joka puolestaan voi vaikuttaa vastuun realisoitumiseen vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvistä piilomainonnasta.

1.2 Tutkimusasetelma ja aiheen rajaus

Tutkielmassa käsittelen vastuuta vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta. Tutkielmasani selvitän, kuinka vastuuta arvioidaan vallitsevan oikeustilan mukaan ja analysoinnin kautta esitän, keneen vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta voidaan kohdistaa ja millä perusteilla. Vastuun realisoitumisen edellytyksenä on, ettei vaikuttajamarkkinointi ole ollut markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen mukaista. Näin ollen vastuukysymyksieni onnistuneen käsittelyn edellytyksenä on rajanvedon tekeminen siihen, milloin markkinoinnin tunnistettavuuden katsotaan täyttyvän vaikuttajamarkkinoinnissa.

Tutkimuskysymys on siis kaksiosainen:

1. Milloin vastuu piilomainonnasta vaikuttajamarkkinoinnissa voi realisoitua eli kuinka vaatimus markkinoinnin tunnistettavuudesta voidaan vaikuttajamarkkinoinnissa täyttää?
2. Mitkä vaikuttajamarkkinoinnin toimijat voivat joutua vastuuseen vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnasta ja millä perusteilla?

Tarkastelen aihetta pääosin markkinointioikeuden näkökulmasta.²⁰ Markkinoinnin sääntely käsittää kuluttajansuojalain ja sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa (1061/1978) koskevan lain lisäksi muun muassa sananvapaus- ja verotuskysymyksiä sekä erityislainsäädäntöä esimerkiksi alkoholin, tupakan, elintarvikkeiden ja lääkkeiden alalta. Tutkielmasani keskityn kuitenkin pääasiassa kuluttajansuojalain mukaisiin markkinointisääntöihin sekä muihin markkinointioikeudellisesti relevantteihin oikeuslähteisiin. Tutkielman käsitellessä

¹⁹ Euroopan kuluttajansuojaviranomaisten yhteistyötä koskeva EU:n yhteistyöasetus (EU 2017/2394) saatettiin kansallisesti voimaan, jonka johdosta Suomessa astui 15.7.2020 voimaan laki kuluttajaviranomaisten eräistä toimivaltuuksista (566/2020). Lisäksi yhteistyöasetuksen voimaan saattamisen kautta muutoksia tehtiin Kilpailu- ja kuluttajavirastosta annettuun lakiin sekä eräisiin muihin lakeihin. Asiaa koskee HE 54/2019 vp sekä HE 10/2020 vp.

²⁰ Markkinointioikeus oikeudenalana käsittelee markkinointiviestinnän sallittavuutta ja sisältöä; ks. lisää Viitanen 2017, s. 8–9.

markkinoinnin tunnistettavuuden periaatetta, jäävät tällöin muut markkinointioikeudelliset periaatteet tämän tutkielman ulkopuolelle. Koska piilomainonnan on sopimattoman markkinoinnin muoto, ei tutkielmassa käsitellä markkinointia esimerkiksi hyvän tavan vastaisuuden tai aggressiivisten menettelyjen näkökulmasta. Vastuukysymysten osalta käsittely rajautuu vain vaikuttajamarkkinoinnin välittömiin toimijoihin. Näin ollen tutkimuskohteena on pääasiassa markkinoiva yritys, vaikuttaja sekä näiden välissä toimivat tahot, kuten mainostoimisto tai vaikuttajien välittäjätoimisto. Tästä rajanvedosta johtuen tutkielmassa ei siten esimerkiksi syvennyttä sosiaalisen median alustojen vastuuseen. Lisäksi sopimusperusteista vastuuta käsitellään vain tarpeellisilta osin.

1.3 Tutkielman metodologiset valinnat

Tutkielman metodina on oikeusdogmaattinen eli lainopillinen tutkimusmenetelmä. Lainopin tutkimuskohteen mukaisesti tutkielmassani ensinnäkin tutkin ja tarkastelen voimassa olevaa vaikuttajamarkkinointiin, markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimukseen sekä niiden vastuukysymyksiin soveltuvaa oikeutta.²¹ Toiseksi tutkielmassani selvitän mainittujen säännösten sisällön ja tätä kautta annan niille juridisen tulkinnan kautta merkityssisällön vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuuden ja vastuukysymysten kontekstissa. Lisäksi tutkielmassani metodin mukaisesti jäsennetään ja systematisoidaan vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuuteen ja vastuukysymyksiin soveltuvia oikeusnormeja.²² Lainopillisen tutkimusmenetelmän mukaisesti tämän tutkielman tavoitteena on siis voimassa olevien vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuutta ja vastuukysymyksiä koskevien oikeusnormien juridinen tulkinta ja systematisointi.

1.4 Käytetyt lähteet

Markkinointioikeudessa oikeuslähteet on jaoteltu samoin, kuten muillakin oikeudenaloilla.²³ Markkinointioikeuden keskeisimpinä oikeuslähteinä toimivat säädökset, niiden esityöt, tuomioistuinten oikeuskäytäntö, viranomaiskäytäntö, viranomaisohjeet sekä

²¹ Aarnio 1989, s. 54–56; Hirvonen 2011, s. 21–26.

²² Aarnio 1989, s. 288; Aarnio 2011, s. 1; oikeussäännösten systematisoinnilla voidaan viitata myös niiden keskinäisten suhteiden määrittelyyn, jonka tehtävänä puolestaan on oikeudellisen käsitejärjestelmän muovaminen, jota käytetään säädösten tulkinnassa.

²³ Aarnio 1989, s. 220–221; Oikeuslähteet jaotellaan vahvasti velvoittaviin tai pakollisiin, heikosti velvoittaviin sekä sallittuihin oikeuslähteisiin. Laki sekä maantapa ovat pakollisia oikeuslähteitä ja lainvalmisteluasiakirjat sekä tuomioistuinratkaisut ovat heikosti velvoittavia oikeuslähteitä. Sallituksi oikeuslähteeksi on katsottu oikeustiede.

oikeuskirjallisuus.²⁴ Tutkielman edustaessa lainopillista tutkimusmenetelmää, lähteinä toimivat ensisijaisesti markkinointia koskevat säännökset sekä niiden esityöt. Keskeisimpänä säädösaineistona toimii kuluttajansuojalaki. Markkinointia ja menettelyä asiakassuhteissa säätelevä KSL:n 2 luku on rakennettu pitkälti yleislauseketyyppisten säännösten varaan eivätkä lain esityöt tarjoa kattavaa kuvaa lainmukaisesta kuluttajamarkkinoinnista. Tämän johdosta oikeuskäytännön merkitys markkinointioikeuden oikeuslähteenä on korostunut.²⁵ Koska Suomessa ei ole vielä ratkaisukäytäntöä vaikuttajamarkkinointiin ja markkinoinnin tunnistettavuuteen liittyen, käytän tutkielmassa kotimaista ratkaisukäytäntöä tulkintaa ohjaavina oikeuslähteinä soveltuvilta osin.

Kotimaisen oikeuskäytännön puutteellisuuden johdosta nojaudun tulkinnassa myös muihin oikeuslähteisiin. Euroopan unionin asetukset ovat Suomessa suoraan sovellettavaa oikeutta, joten oikeussäännöksiä tulkinnassa on huomioitava myös eurooppaoikeudellinen lähdeaineisto.²⁶ Kuluttaja- ja markkinointioikeudella on Pohjoismaissa vahvasti yhtenevä lainsäädäntöpohja, jonka johdosta erityisesti Ruotsin oikeudellista aineistoa on hyödynnetty KSL:n tulkinnassa varsin runsaasti.²⁷ Ruotsissa vaikuttajamarkkinoinnin piilomainontaa on käsitelty kahdessa tuomioistuintasoisessa ratkaisussa. Tapauksiin sovelletut säännökset ovat vastaavanlaiset Suomen markkinointisäännöksiä kanssa ja luonnollisesti myös ne pohjautuvat EU-oikeuteen. Näistä syistä ruotsalainen oikeuskäytäntö tarjoaa tutkielmalle hyvää tulkinta-apua.

Markkinointioikeuden oikeuslähteinä on mainitusti myös viranomaisohjeet, joista keskeisimpinä kyseeseen tulee Pohjoismaisten kuluttaja-asiamiesten sekä kansallisen kuluttaja-asiamiehen antamat markkinointiohjeet ja -linjaukset. Markkinointiohjeita ja -linjauksia voidaan pitää tulkintaa täydentävinä oikeuslähteinä niiden perustuessa oikeuskäytäntöön.²⁸ Lisäksi KSL:n esitöissä on mainittu, että kuluttaja-asiamiehen markkinointia koskevat ohjeet voidaan huomioida arvioitaessa elinkeinotoiminnassa noudatettavaa menettelytapaa.²⁹ Tutkielman kannalta merkityksellisiksi linjauksiksi muodostuu erityisesti Pohjoismaiden

²⁴ *Ibid* 1989, s. 220–221; Viitanen 2017, s. 18–19.

²⁵ HE 32/2008 vp, s. 11, ks. myös Viitanen 2017, s. 22, 486.

²⁶ Viitanen 2017, s. 19.

²⁷ *Ibid*, s. 25. Vuoden 1978 KSL perustuu vahvasti muissa Pohjoismaissa voimaan tulleeseen markkinointioikeudelliseen lainsäädäntöön. Ks. myös Peltonen – Määttä 2015, s. 3.

²⁸ Viitanen 2017, s. 477.

²⁹ HE 32/2008 vp, s. 11–12, 21.

kuluttaja-asiamiesten linjaus piilomarkkinoinnista ja kuluttaja-asiamiehen linjaus vaikuttajamarkkinoinnista sosiaalisessa mediassa.

Yksityisoikeudessa tapaoikeus on käytännössä koettu sitovaksi, vaikka sitä onkin oikeuslähteopillisesti pidetty suositusluonteisena.³⁰ Tapaoikeuden on katsottu käsittävän alakohtaiset käytänteet ja itsesääntely.³¹ Myös kuluttajansuojalakea koskevan hallituksen esityksen mukaan markkinoinnin sopimattomuuden arvioinnissa voidaan käyttää ICC:n (International Chamber of Commerce) markkinoinnin kansainvälisiä perussääntöjä sekä alan käytäntesääntöjä.³² Käytän ICC:n markkinoinnin perussääntöjä ja niitä soveltavien itsesääntelyinstrumenttien ratkaisuja tulkintaa täydentävinä oikeuslähteinä siltä osin, kun se tutkielman kannalta on tarpeellista. Tutkielman kannalta relevantiksi itsesääntelyinstrumentiksi muodostuu MEN sen antaessa ratkaisusuosituksia myös kuluttajien tekemiin lausuntopyyntöihin. Tämän lisäksi MEN:llä on laaja ratkaisukäytäntö vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvistä piilomainonnasta.³³

Käytän tutkielmassa lähteinä lisäksi aiheen kannalta relevanttia oikeuskirjallisuutta. Oikeuskirjallisuutta markkinoinnin tunnistettavuudesta ja nimenomaisesti vaikuttajamarkkinoinnista on melko vähän, koska vaikuttajamarkkinointi on yleistynyt vasta viime vuosikymmenellä. Tästä syystä käytän erityisesti vaikuttajamarkkinoinnin ja sen markkinointimuodon erityispiirteiden lähteinä myös ulkomaisia tieteellisiä julkaisuja. Lisäksi alalla on paljon niin sanottua hiljaista tietoa ja sen sisäisiä toimintamalleja.³⁴ Näitä seikkoja käsittelen tutkielmassa siltä osin, kun se on tarpeellista esimerkiksi vaikuttajamarkkinoinnin toteutumisen tai siinä esiintyvän piilomainonnan havainnollistamiseksi.

1.5 Tutkielman rakenne

Tutkielma käsittää johdannon lisäksi 5 päälukua sekä johtopäätökset sisältävän luvun. Johdannon jälkeen tutkielman toisessa luvussa syvennyn piilomainontakieltoa koskevaan

³⁰ Neuvonen 3/20016, s. 461.

³¹ Määttä 2005, s. 378–379.

³² HE 32/2008 vp, s. 21.

³³ Viitanen 2017, s. 237. Itsesääntelyelimenä kyseeseen voisi tulla myös julkisen sanan neuvosto (JSN) tai liiketapalautakunta (LTL). Elinkeinoelämän itsesääntelyelimitystä poiketen JSN:n tarkoituksena on kuitenkin joukkotiedotusvälineiden itsesääntely ja toimittajien ohjeistaminen, jonka vuoksi JSN ei muodostu tutkielman kannalta relevantiksi itsesääntelyelimeksi. LTL:n ratkaisusuositukset elinkeinonharjoittajien hyvän tavan vastaisesta tai sopimattomasta toiminnasta puolestaan kohdistuvat elinkeinonharjoittajien kilpailijoistaan tekemiin lausuntopyyntöihin, jonka vuoksi tutkielmassa nojaututaan MEN:in antamiin lausuntoihin.

³⁴ Näin myös esim. Lehtomaa 2020, s. 4–5.

säädöspohjaan, itsesääntelyyn ja viranomaislinjauksiin, jotka tarjoavat arviointiperusteita ja tulkinta-apua myöhemmin käsiteltävään vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnan arviointiin. Kolmannessa luvussa käsitellen vaikuttajamarkkinointia markkinointimuotona sekä vaikuttajan ja KSL:n suhdetta, jotta vaikuttajamarkkinoinnin erityispiirteet voidaan huomioida piilomainonnan arvioinnissa. Neljännessä luvussa edellisissä kappaleissa selvitettyjen seikkojen perusteella tulkitseen sitä, kuinka markkinoinnin tunnistettavuus voidaan täyttää vaikuttajamarkkinoinnissa. Viidennessä luvussa siirryn tarkastelemaan piilomainonnan vastuun perustana olevaa valvonta- ja seuraamusjärjestelmää. Tämä tarjoaa arviointiperusteet vaikuttajamarkkinoinnin vastuun arvioinnille, jota käsitelen kuudennessä luvussa. Lopuksi viimeisessä kappaleessa kokoan tutkielman johtopäätökset yhteen.

2 VAATIMUS MARKKINOINNIN TUNNISTETTAVUUDESTA

2.1 Markkinoinnin tunnistettavuuden säädöspohja

Sopimattomia kaupallisia menettelyitä koskeva direktiivi (2005/29/EY, UCP-direktiivi) on EU-markkinointioikeudellisesti keskeisin direktiivi sen määritellesä EU-oikeudellisen kuluttajansuojan vähimmäis- ja enimmäistason. UCP-direktiivillä ei kumottu direktiiviä edeltänyttä harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevaa direktiiviä (84/450/ETY, mainontadirektiivi), vaan se jäi voimaan osittain. Mainontadirektiivi säätelee edelleen kilpailevien elinkeinonharjoittajien suojaa pois lukien vertailevaa mainontaa koskeva artikla, joka koskee edelleen myös kuluttajia.³⁵ Mainontadirektiivin osalta jäsenvaltiot voivat halutessaan tarjota kilpaileville elinkeinonharjoittajille mainontadirektiivin vähimmäistasoa parempaa suojaa.³⁶

Suomessa markkinointia koskevat säännökset on sisällytetty KSL:iin sekä SopMenL:iin.³⁷ Kuluttajansuojalaki soveltuu kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan väliseen toimintaan (KSL 1 §). Sen markkinointia koskevat säännökset on koottu lain toiseen lukuun. SopMenL puolestaan soveltuu elinkeinonharjoittajien välisiin menettelyihin. KSL:n ja SopMenL:in markkinointia koskevat säännökset ovat pitkälti yhteneviä.³⁸ Säännösten kahtiajaon tarpeellisuudesta on käyty keskustelua ja asiasta on muun muassa esitetty, että markkinointia koskevat säännökset tulisi koota Pohjoismaita vastaavasti samaan markkinointilakiin.³⁹ Markkinointia säännellään erityislainsäädännöillä myös tiettyjen tuotteiden ja markkinointitapojen osalta.⁴⁰ Suomessa ei ole erikseen sosiaalista mediaa koskevaa lainsäädäntöä ja markkinointia sosiaalisessa mediassa säännellään samoin kuin muutakin markkinointia.⁴¹ KSL ja

³⁵ UCP-direktiivi, kohta 6.

³⁶ *Ibid*, kohta 3.

³⁷ Muun muassa Ruotsissa ja Tanskassa on erilliset markkinointilait; Ruotsissa marknadsföringslag (2008:486) ja Tanskassa lov om markedsføring (nr 426 03/05/2017); ks. lisää Tiili 1979, s. 30–51.

³⁸ HE 32/2008 vp, s. 11; Viitanen 2017, s. 14–15; SopMenL:n ja KSL:n läheistä suhdetta kuvastaa esimerkiksi se, että epäasianmukainen markkinointi voi loukata kuluttajien kollektiivisten oikeuksien lisäksi myös allalla toimivien kilpailevien elinkeinonharjoittajien oikeuksia. Esimerkiksi harhaanjohtava markkinointi alennusmyynneistä voi viedä muilta elinkeinonharjoittajilta asiakkaita, jolloin menettely voi tulla arvioitavaksi sekä KSL:n että SopMenL nojalla. Myös KSL 2 luvun markkinointisäännöksiä loukkaava markkinointi voidaan usein katsoa myös SopMenL:n vastaiseksi.

³⁹ Oma markkinointilaki myös korostaisi markkinointioikeuden asemaa omana oikeudenalanaan; ks. lisää Bär-lund 2014, s. 979 ja Oikeusministeriö 9/2012, s. 14–15. Ks. myös kielteisestä suhtautumisesta Tommila 2017, s. 571.

⁴⁰ KSL:n lisäksi markkinoinnin sisällön erityissääntelyä löytyy esimerkiksi laista sähköisen viestinnän palveluista (917/2014), luottolaitostoiminnasta annetusta laista (610/2006), vakuutuslainsäädännöstä (543/1994) ja elintarvikelaista (23/2006). Elintarvikkeiden markkinointia koskee myös ravitsemus- ja terveystieteitä koskeva asetus (N:o 1924/2006). Markkinoinnin sallittavuudesta säädetään myös tupakkalaissa (549/2916), alkoholilaissa (1102/2017) ja lääkelaisissa (700/2002).

⁴¹ Koivumäki – Häkkänen 2018, s. 220.

SopMenL ovat luonteeltaan yleislakeja. Näin ollen esimerkiksi KSL soveltuu kaikkeen markkinointiin sosiaalisen median alustasta, sen markkinointitavasta tai markkinoivasta tahosta riippumatta.⁴²

Markkinointioikeuden yksi keskeisimmistä periaatteista on markkinoinnin tunnistettavuuden periaate. Kansallisesti periaate ja vaatimus markkinoinnin tunnistettavuudesta on kirjattu KSL:n 2 luvun 4 §:ään, jonka mukaan:

Markkinoinnista on selkeästi käytävä ilmi sen kaupallinen tarkoitus sekä se, kenen lukuun markkinoidaan.

Kuluttajan tulee siis pystyä erottamaan kaupallinen informaatio muusta informaatiosta helposti. Markkinoinnin tunnistettavuuden vastaista markkinointia kutsutaan piilomainonnaksi. Mikäli piilomainontakielto ei toteudu markkinoinnissa, piilomainonnasta voi joutua vastuuseen.⁴³ Säännös suojaa kuluttajan oikeutta olla halutessaan tutustumatta markkinointiaineistoon.⁴⁴ Lisäksi säännöksen voidaan katsoa suojaavan kuluttajan oikeutta valita, haluaako hän tutustua tietyn yrityksen markkinointiaineistoon.⁴⁵ Vaatimuksen markkinoinnin tunnistettavuudesta voidaan toisaalta myös katsoa sisältävän muiden elinkeinonharjoittajien suojan. Mikäli KSL 2 luvun 4 §:ää noudatettaisiin asianmukaisesti, ei yrityksen tunnistettavuutta myöskään voitaisi hämärtää toisen yrityksen maineen hyväksikäyttämistarkoituksessa.

Kansallinen markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimus perustuu Euroopan unionin sääntelyyn. Sähköistä kaupankäyntiä koskevan direktiivin (2000/31/EY) 6 artiklan mukaan kaupallisen viestinnän on oltava selvästi tunnistettavissa sellaiseksi. Nimenomainen säännös markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksesta lisättiin kuluttajansuojalakiin vuonna 2002 täytäntöön pantaessa mainittua direktiiviä. Ennen direktiivin täytäntöönpanoa osana sopimatonta markkinointia koskevaa sääntelyä oli jo vakiintuneesti edellytetty, että kaupallinen viestintä on tunnistettava kaupalliseksi ja sen on selvästi erotuttava toimituksellisesta aineistosta. Näin ollen säännöksen lisäys ei muuttanut vallinnutta oikeustilaa.⁴⁶

⁴² Peltonen – Määttä 2015, s. 47.

⁴³ Vastuun realisoitumisen muotoja tarkastellaan luvussa 5.

⁴⁴ Viitanen 2017, s. 228–229, 239; Viitanen mukaan oikeutta olla tutustumatta kaupalliseen aineistoon voidaan pitää yhtenä yksityiselämän eli ihmisen perusoikeuksien suojan muotona.

⁴⁵ Tieto voi viestittää kuluttajalle mahdollisen sopimuskumppanin luotettavuudesta, toimintatavoista tai arvoista.

⁴⁶ HE 194/2001 vp, s. 16.

Piilomainonta on kaupallisen menettelyn luonteen kätkemistä ja yksi sopimattoman markkinoinnin muodoista, koska se voi vääristää kuluttajan kaupallista käyttäytymistä.⁴⁷ Sopimattomuudella viitataan menettelytapoihin, jotka vaikuttavat epäasiallisesti kuluttajan taloudelliseen päätöksentekoon.⁴⁸ Esimerkiksi tapauksessa MT 1987:10 arvioitiin artikkeliksi naamioidun mainoksen tunnistettavuutta. Tapauksessa tuomioistuin katsoi, ettei lehdessä julkaistua lehtimainosta voinut erottaa mainokseksi muusta kuin kahdesta mainoksen yläreunassa olevasta ”ilmoitus” sanasta. Tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että artikkelia muistuttava mainos voi vaikuttaa epäasiallisesti kuluttajan päätöksentekoon ja kykyyn suhtautua kriittisesti mainoksen sanomaan. Ratkaisussaan tuomioistuin katsoikin, ettei mainos täyttänyt markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta.

Sopimattoman markkinoinnin kielto tulee UCP-direktiivin 5 artiklasta. UCP-direktiivin liite I, jota kutsutaan myös mustaksi listaksi, sisältää harhaanjohtavat sopimattomiksi markkinointikeinoiksi katsottavat kaupalliset menettelyt. Mikäli markkinointimenetelmä kuuluu mustan listan piiriin, arviointia ei tarvitse tehdä siitä, onko menetelmä vaikuttanut keskiverkokuluttajan kykyyn tehdä tietoinen liiketoimintapäätös.⁴⁹ UCP-direktiivissä tähän on viitattu termillä ”kaupallinen ratkaisu”.⁵⁰ Unionin oikeuskäytännössä käsitteen on katsottu tarkoittavan menettelyä, jolla kuluttaja saadaan tekemään ostopäätös, jota hän ei muutoin tekisi. Lisäksi tällä on viitattu kaikkeen toimintaan, jotka estävät kuluttajaa tekemästä perusteltua ja tehokasta valintaa. Kaupallisella ratkaisulla tarkoitetaan ostopäätöksen lisäksi esimerkiksi jo siihen johtavaa ratkaisua, kuten liikkeeseen menemistä.⁵¹

Mustan listan voidaan katsoa sisältävän kaksi kohtaa, joissa on viitteitä markkinoinnin tunnistettavuuteen. Kohdan 11 mukaan harhaanjohtavana kaupallisena menettelynä pidetään seuraavaa:

Tiedotusvälineiden toimituksellisen sisällön käyttäminen tuotteen myynnin edistämiseen siten, että elinkeinonharjoittaja on maksanut myynninedistämisen, mutta ei ilmoita sitä selvästi sisällössä tai kuluttajalle selkeästi tunnistettavin kuvin tai äänin.

⁴⁷ Viitanen 2017, s. 228–229.

⁴⁸ HE 32/2008 vp, s. 15.

⁴⁹ Ks. tarkemmin UCP-direktiivin artikla kohta 17, 2 k) kohta sekä artiklat 5-9.

⁵⁰ UCP-direktiivin artikla kohta 2 k).

⁵¹ C-281/12 Trento Sviluppo, kohdat 31–33.

Lisäksi kohdan 22 mukaan harhaanjohtavana kaupallisena menettelynä pidetään seuraavaa:

Perättömän väitteen esittäminen tai perättömän vaikutelman luominen siitä, että elinkeinonharjoittaja ei toimi kaupallisessa tarkoituksessa, joka liittyy hänen elinkeino- tai ammattitoimintaansa, tai esiintyminen vilpillisesti kuluttajana.

UCP-direktiiviä voimaan saatettaessa kansallinen säännös markkinoinnin tunnistettavuudesta pysyi ennallaan. Musta lista toimeenpantiin kansallisesti täytäntöön valtioneuvoston asetuksella kuluttajien kannalta sopimattomista menettelyistä markkinoinnissa ja asiakassuhteissa (601/2008). Mustan listan kohtaa 11 ei kuitenkaan implementoitu asetukseen lainkaan. Esitöiden mukaan tälle ei ollut tarvetta, koska sen katsottiin sisältyvän KSL:n alaiseen piilomainontakieltoon.⁵² Koska kieltoa ei sisällytetty valtioneuvoston asetukseen, markkinoinnin tunnistettavuutta koskevassa tapauksessa tulee tehdä arvio siitä, onko piilomainonta vaikuttanut keskivertokuluttajan kykyyn tehdä kaupallinen ratkaisu. Perustellun kaupallisen ratkaisun arviointiperustetta ei löydy KSL 2 luvun 4 §:stä tai lain esitöistä.

Mustan listan 22 kohta puolestaan implementoitiin osittain ja valtioneuvoston asetuksen 1 §:n 20 kohdan mukaan sopimatonta ja harhaanjohtavaa kaupallista menettelyä on

sellaisen kuvan antaminen, että elinkeinonharjoittaja ei harjoita elinkeinoaan vaan on kuluttaja.

Mustan listan kohta 22 voidaan implentoinnin johdosta katsoa suoraan sopimattomaksi markkinoinniksi. Euroopan unionin tuomioistuin tai kotimainen oikeuskäytäntö ei tarjoa tulkinta-apua siihen, millaisiin tilanteisiin kohdalla käytännössä viitataan. Ruotsissa tätä on kuitenkin käsitelty osana Alexandra Media tapausta.⁵³ Tapauksessa tuomioistuin totesi, että menettelyllä on muun muassa kirjallisuudessa katsottu viitattavan menettelyyn, jossa elinkeinonharjoittaja esiintyy esimerkiksi arvioita antaessaan kuluttajana tai riippumattomana kriitikkona. Tuomioistuimen tekemän päätelmän mukaan kohdalla 22 viitataan menettelyyn,

⁵² Mikäli kielto olisi implementoitu valtioneuvoston asetukseen, piilomainonta olisi voitu sen perusteella katsoa suoraan sopimattomaksi markkinoinniksi, joka olisi omalta osaltaan vahvistanut piilomainonnan asemaa sopimattomana markkinoinnin muotona.

⁵³ PMT 2054-18, kohta 4.2.1. Tapauksen palataan tarkemmin piilomainonnan osalta luvussa 4, kieltopäätöksen osalta luvussa 5 ja vastuun osalta luvussa 6.

jossa elinkeinonharjoittaja piilottaa henkilöllisyytensä ja esiintyy kuvitteellisen nimen alla.⁵⁴ Näin ollen tällaista tilannetta voitaisiin kansallisesti pitää suoraan sopimattomana markkinointina eikä menettely vaatisi piilomainonnan tavoin arviointia siitä, onko menettely vaikuttanut kuluttajan kykyyn tehdä tietoinen kaupallinen ratkaisu. Alexandra Media tapauksessa tehdyn mustan listan kohdan 22 tulkinnan johdosta voidaan katsoa, ettei kohta muodostu merkitykselliseksi piilomainontaan liittyvänä arviointiperusteena.

2.2 Markkinoinnin tunnistettavuuteen sovellettavat arviointiperusteet

Kuluttajansuojalakia koskevan hallituksen esityksen mukaan sopimatonta markkinointia arvioidaan keksivertokuluttajan näkökulmasta, jonka oletetaan olevan valistunut, kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen.⁵⁵ Tässä arvioinnissa otetaan huomioon sosiaaliset, kulttuuriset ja kielelliset tekijät.⁵⁶ Käsitteen merkitys kyseessä olevaan tapaukseen arvioidaan aina tapauskohtaisesti. Poikkeuksena kohderyhmän määrittämisen lähtökohtaan on KSL 2:3.3:n mukaisesti tilanne, jossa menettely on suunnattu tietyille kuluttajaryhmälle. Tällöin arviointi tehdään tämän ryhmän keskivertokuluttajan näkökulmasta. Poikkeuksen muodostaa lisäksi kuluttajat, joiden katsotaan tarvitsevan erityistä suojelua. Säännöksen mukaisesti arviointi täytyy tehdä niiden kuluttajien näkökulmasta, jotka ovat erityisen alttiita vaikuttamiselle ikänsä, vammansa tai herkkäuskoisuutensa vuoksi, mikäli elinkeinonharjoittajan olisi täytynyt tämä kohtuudella ymmärtää. Säännöksen esitöiden mukaan näihin kohderyhmiin kohdistettua markkinointia arvioidaan normaalia tiukemmin perustein.⁵⁷ Näin ollen voitaisiin katsoa, että esimerkiksi lapsiin ja nuoriin kohdistuvan markkinoinnin lainmukaisuutta arvioidaisiin normaalia ankarammin.

Kuluttajansuojalaki ei avaa sitä, kuinka markkinoinnin tunnistettavuutta tulisi arvioida. *Vii-tasen* mukaan säännöksen mukainen tunnusmerkistö täyttyy jo pelkästään sillä perusteella,

⁵⁴ PMT 2054-18, kohta 4.2.1.

⁵⁵ HE 32/2008 vp, s. 13, 22. Esityöt noudattavat UCP-direktiivin 18 kohtaa ja 5 artiklan 2b kohtaa, jonka mukaan menettelyn sopimattomuutta arvioidaan markkinoinnin kohteena olevan keskivertokuluttajan tai, kun kaupallinen menettely on suunnattu tietyille kuluttajaryhmälle, ryhmään kuuluvan keskivertohenkilön näkökulmasta. Arviointiperuste käy ilmi myös unionin oikeuskäytännöstä, kun tuomioistuimien totesi tapauksessa C-210/96, että kansallisten tuomioistuimien on huomioitava valistuneen, kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen keskivertokuluttajan oletetut odotukset.

⁵⁶ HE 32/2008 vp, s. 22. ICC:n markkinointisääntöjen mukaan keskivertokuluttajan määritelmässä otetaan huomioon myös kuluttajan tietotaso, kokemus ja harkintakyky. Edelleen ammattilaisella tai muulla tavoin pätevyityneellä henkilöllä odotetaan olevan oman alansa erityisasiantuntemusta; ICC:n markkinointisäännöt, s. 5.

⁵⁷ HE 32/2008 vp, s. 9. Esimerkiksi MEN on tapauksessaan MEN 39/2020 kiinnittänyt huomiota siihen, että TikTok alustan ollessa erityisesti lasten ja nuorten suosima alusta, markkinoinnin tunnistamisen tärkeys on tavallista suurempi.

että markkinoinnin kaupallinen alkuperä ei ole tunnistettavissa.⁵⁸ *Peltosen* ja *Määttän* mukaan markkinointivälineneutraliteettia voidaan puolestaan pitää yhtenä keskeisenä piilomainnon arviointiperusteena.⁵⁹ Markkinointivälineneutraliteetilla viitataan KSL:n 2 luvun 4 § esitöihin, jonka mukaan piilomainontakielto koskee markkinointia riippumatta siitä, mitä välinettä markkinointiin käytetään.⁶⁰ Arviointiperusteita voidaan hakea myös oikeuskäytännöstä. Tapauksessa MT 1992:027 oli kyse siitä, että lehdessä julkaistu yrityksen mainos oli nimetty ilmoitukseksi ja laadittu sanomalehtiartikkeli muistuttavaan muotoon. Tuomioistuimien katsoi ratkaisussa, ettei tekstin lopussa ollut sana ”ilmoitus” ollut riittävä ilmaisemaan tekstin kaupallista luonnetta. Huomionarvoista tapauksessa oli se, että tuomioistuimien katsoi, ettei ilmoitusta silmäilevä lukija välttämättä heti tunnista artikkeliä muistuttavaa ilmoitusta mainokseksi. Tapauksen lisäksi oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että mainos on siihen tarkemmin tutustumattakin voitava heti tunnistaa mainokseksi.⁶¹ Näin ollen toisena markkinoinnin tunnistettavuuden arviointiperusteena voitaisiin pitää sitä, että mainoksesta on nopeallakin silmäyksellä voitava tunnistaa sen kaupallinen luonne.

Tapauksessa MT 1991:1 puolestaan arvioitiin televisiomainoksen markkinoinnin tunnistettavuutta, kun mainos oli laadittu muistuttamaan uutislähetystä. Mainoksessa oli käytetty myös tiedettyä uutisankkuria uutistenlukijan roolia vastaavassa tehtävässä. Ratkaisussa tuomioistuimien katsoi, ettei mainos selkeästi erottunut muista televisio-ohjelmista. Myös tapauksessa MT 1997:6 päädyttiin samaan lopputulokseen tuomioistuimien todetessa, että radioaseman ohjelmien yhteydessä esitettyjen mainoksien edellä olisi tullut olla selvä merkki, jonka avulla kuuntelijat olisivat pystyneet selvästi erottamaan, milloin kyse oli toimituksellisesta aineistosta ja milloin kaupallisesta markkinointiviestinnästä. Edelläkin todetusti myös osana sopimatonta markkinointia koskevaa sääntelyä on vakiintuneesti edellytetty, että kaupallisen viestinnän on selvästi erotuttava toimituksellisesta aineistosta.⁶² Näin ollen voitaisiin katsoa, että markkinoinnin tunnistettavuudessa huomioon tulee ottaa myös mainonnan erottuminen muusta toimituksellisesta aineistosta.⁶³

⁵⁸ Viitanen 2017, s. 233.

⁵⁹ Peltonen – Määttä 2015, s. 109.

⁶⁰ HE 194/2001 vp, s. 45.

⁶¹ Ks. esim. MT 1994:017 ja MAO 1803. Myös tapauksessa KKO 2005:38 katsottiin, että mainoksia silmäilläään usein vain pintapuolisesti ja tapauksessa MT 1983:10 todettiin, että lehtimainoksia luetaan usein vain pintapuolisesti.

⁶² HE 194/2001 vp, s. 16.

⁶³ Mainoksen erottumista toimituksellisesta aineistosta on käsitelty myös tapauksissa KKO 1979-II-127; MT 1986:2; MT 1987:10; MT 1992:27; MT 1994:17.

Koska edellä todetusti piilomainontaa ei implementoitu kansallisesti, edellä mainittujen arviointiperusteiden lisäksi piilomainonnan arvioinnissa tulee tehdä arviointi siitä, onko piilomainonta vaikuttanut keskivertokuluttajan kykyyn tehdä perusteltu kaupallinen ratkaisu.

2.3 Markkinoinnin tunnistettavuuden itsesääntely

2.3.1 ICC:n markkinointisäännöt ja Mainonnan eettinen neuvosto

Kansainvälinen kauppakamari (International Chamber of Commerce; ICC) on kansainvälinen elinkeinoelämän järjestö, jonka markkinointisäännöt ovat muodostaneet elinkeinoelämän markkinoinnin eettisen normiston ja pohjan eettiselle sekä vastuulliselle markkinoinnille jo vuodesta 1937 alkaen.⁶⁴ Markkinointisäännöt on tarkoitettu itsesääntelynormistiksi ja alan käytäntesäännöiksi, joilla viitataan elinkeinoelämän omien järjestöjen jäseniään varten laatimiin ohjeisiin ja sääntöihin.⁶⁵

ICC:n markkinointisäännöissä todetaan, että lainsäädännön ja eettisten sääntöjen tavoitteet ovat soveltamisaloiltaan erilaiset. Sääntöjen tarkoitus ei ole selittää lain vaatimuksia, vaan markkinointisäännöksiä noudattamalla toimijat voivat osoittaa toimivansa huolellisesti ja ammattimaisesti.⁶⁶ Yksityisoikeuden alalla myös tapaoikeus, johon on katsottu kuuluvaksi muun muassa itsesääntely ja alan käytäntesäännöt, on käytännössä koettu sitovaksi vaikka niitä onkin oikeuslähdeopillisesti pidetty suositusluonteisena.⁶⁷ *Määttän* mukaan itsesääntelyllä on joissakin tapauksissa tarkoitus paikata kehityksestä jälkeenynttä lainsäädäntöä ja tuoda säännöstöä alueille, joita lainsäädäntö ei kata. *Määttän* mukaan itsesääntelyn tarkoituksena voi myös olla alan autonomian turvaaminen siten, ettei tiettyä alaa säännellä liikaa.⁶⁸ ICC:n mukaan markkinointisäännöt ovat vähentäneet tarvetta lainsäädännölle ja viranomais-toiminnalle.⁶⁹

⁶⁴ Paloranta 2014, s. 48; ICC, Toiminta. ICC:llä on jäsenenä yli 140 maasta 6,5 miljoona yritystä ja järjestöä. Sääntöjen tarkoituksena on pääasiassa vahvistaa kuluttajien luottamusta markkinointiin ja liike-elämään; ICC:n markkinointisäännöt 2018, s. 2.

⁶⁵ Keskuskauppakamari, Kansainvälisen kauppakamarin markkinointisäännöt; ICC, Kansainvälisen kauppakamarin ICC:n markkinointisäännöt.

⁶⁶ ICC:n markkinointisäännöt 2018, s. 3.

⁶⁷ Neuvonen 3/20016, s. 461. Ks. tarkemmin myös *Määttä* 2005, s. 378–379, jonka mukaan hyvän tavan on katsottu täsmentyvän alakohtaisten käytänteiden tai itsesääntelyn kautta.

⁶⁸ Neuvonen 3/20016, s. 461.

⁶⁹ ICC, Kansainvälisen kauppakamarin ICC:n markkinointisäännöt. Näin myös Paloranta, jonka mukaan ICC:n markkinointisäännöt vähentävät yksityiskohtaisen kansallisen sääntelyn tarvetta säännösten tarjotessa käytännönläheisiä ja joustavia ratkaisumalleja markkinointiin; Paloranta 2014, s. 49.

Vaatus markkinoinnin tunnistettavuudesta käy ilmi myös ICC:n markkinointisäännöistä.⁷⁰ Artiklan 7 mukaan:

Markkinoinnin on oltava esitystavasta ja mediasta riippumatta selkeästi tunnistettavissa markkinoinniksi. Mainoksen, mukaan lukien ”natiivimainos”, on oltava heti tunnistettavissa mainokseksi, kun se julkaistaan mediassa, jossa on uutisia tai muuta toimituksellista aineistoa. Tarvittaessa mainos on merkittävä mainokseksi.

Markkinoinnin kaupallinen tarkoitus tulee käydä selkeästi ilmi. Kuluttajaa ei tule johtaa harhaan menettelyn kaupallisen luonteen osalta. Tuotteen markkinointia ei tule naamioida esimerkiksi markkinatutkimukseksi, kuluttajakyselyksi, käyttäjän tuottamaksi sisällöksi, yksityiseksi blogiksi, henkilökohtaiseksi julkaisuksi sosiaalisessa mediassa tai riippumattomaksi arvosteluksi.

ICC:n markkinointisäännöissä markkinoijan tunnistettavuus on eriytetty 8 artiklaan, jonka mukaan:

Markkinoinnista on käytävä selkeästi ilmi kenen lukuun markkinoidaan. Markkinoinnin tulee mahdollisuuksien mukaan sisältää markkinoijan yhteystiedot, jotta kuluttaja voi vaivatta ottaa yhteyttä markkinoijaan.

Markkinointisääntöjen digitaalista markkinointia koskevan C luku sisältää vielä tarkempia säännöksiä 7 artiklaan. Artiklan C1 mukaan:

Markkinoinnin tulee olla selkeästi tunnistettavaksi markkinoinniksi perussääntöjen 7 artiklan edellyttämällä tavalla. Otsikko tai muu aihetta kuvaava tunniste ei saa olla harhaanjohtava, ja viestinnän kaupallista luonnetta ei saa peitellä.

Kun markkinoija on antanut tai tarjonnut vastiketta tuotteen suosittelemisesta tai sen arvioinnista, menettelyn kaupallinen luonne tulee käydä selkeästi ilmi. Tällaisesta menettelystä ei tule syntyä sellaista kuvaa, että se olisi yksittäisen kuluttajan tai muun tahon omaehtoinen lausuma.

⁷⁰ ICC:n markkinointisääntöjä päivitetään muun muassa sitä mukaa, kun uudet teknologiat ja menettelytavat kehittyvät; ICC, Kansainvälisen kauppakamarin ICC:n markkinointisäännöt. Viimeisessä vuoden 2018 päivityksessä huomioitiin teknologiaa hyödyntävän ja digitaalisen markkinoinnin kasvu ja markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta korostettiin entisestään. Merkittävimpinä muutoksena oli muun muassa huomion kiinnittäminen siihen, että sääntöjä sovelletaan kaikissa medioissa ja kaikilla alustoilla, mukaan lukien sosiaalisessa mediassa; ICC:n markkinointisäännöt 2018, s. 2.

Markkinoijan tulee varmistaa, että sen sosiaalisen median sivuston tai profiilin kaupallinen luonne ilmenee selkeästi, ja että niissä noudatetaan hyvää liiketapaa.

Tulee välttää sellaisen kuvan, äänen tai tekstin, käyttöä, joka kokonsa tai muun visuaalisen ominaisuutensa vuoksi on omiaan heikentämään markkinoinnin luettavuutta tai ymmärrettävyyttä.

ICC:n markkinointisääntöjen mukaan markkinoinnin arviointi tehdään myös keskivertokuluttajan näkökulmasta.⁷¹ Tämän arvioinnissa huomioidaan, kuinka markkinointi todennäköisesti vaikuttaa markkinoinnin kohderyhmän keskivertokuluttajaan. Tässä huomioidaan keskivertokuluttajan tietotaso, kokemus ja harkintakyky, samoin kuin sosiaaliset, kulttuurilliset ja kielelliset seikat. Lapsille kohdistettua markkinointia arvioitaessa on aina otettava huomioon heidän herkkäuskoisuutensa ja kokemattomuutensa. Lisäksi kuluttajilla oletetaan olevan kohtuullinen kokemus- ja tietotaso sekä arvostelukyky. Ammatillisella tai muulla tavoin pätevoityneellä henkilöllä oletetaan olevan oman alansa erityisasiantuntemus.

Itsesääntelynormeille on ominaista valvonta- ja seuraamusjärjestelmä, jolla pyritään tehostamaan normien noudattamista.⁷² Suomessa ICC:n markkinointisääntöjä soveltaa kuluttajan tai elinkeinonharjoittajan pyynnöstä Mainonnan eettinen neuvosto (MEN).⁷³ Myös järjestöt ja viranomaiset voivat pyytää lausuntoa neuvostolta esimerkiksi tietystä mainoksesta. MEN antaa lausuntoja mainonnan eettisten arvojen ja mainosten hyvän tavan mukaisuudesta. ICC:n markkinointia koskevien säännöksiensä lisäksi MEN käyttää ratkaisuperustanaan omia hyvää markkinointitapaa koskevia periaatteitaan. MEN vastaa lausuntopyyntöihin antamalla joko huomautuksen tai vapauttavan lausunnon. Itsesääntelyelimet eivät voi antaa kieltoja tai muita määräyksiä, vaan lausunnot ovat luonteeltaan suosituksia.⁷⁴

MEN on antanut lukuisia lausuntoja ICC:n markkinointisääntöjen artiklan 7 tulkinnasta. Tapauksessa MEN 38/2020 neuvosto käsitteli kuluttajan pyynnöstä Lidl Suomi

⁷¹ ICC:n markkinointisäännöt 2018, s. 5.

⁷² Viitanen 2017, s. 201.

⁷³ Paloranta 2014, s. 217–221; Viitanen 2017, s. 26; ICC:n markkinointisääntöjä soveltaa myös Keskuskaupakamarin yhteydessä toimiva liiketapalautakunta (LTL) ja julkisen sanan neuvosto (JSN). LTL antaa ratkaisuosituksia elinkeinonharjoittajien kilpailuistaan tekemiin valituksiin siitä, onko toinen elinkeinonharjoittaja toiminut hyvän liiketavan vastaisesti tai muutoin sopimattomasti elinkeinotoiminnassa. Elinkeinoelämän itsesääntelyelimestä JSN:n tarkoituksena on joukkotiedotusvälineiden itsesääntely ja toimittajien ohjeistaminen.

⁷⁴ HE 32/2008 vp, s. 12; Viitanen 2017, s. 111. MEN:in lausunnoilta toisin sanoen puuttuu sanktiointi mahdollisuus, joka voi omalta osaltaan vaikuttaa pelotevaikutukseen ja näin ollen piilomainnon esiintymiseen.

Kommandiittiyhtiön radiomainosta, jossa mainos esitettiin mainonnalle varatun katkon aikana, mutta mainoksessa todetaan ”Keskeytämme mainoskatkon nyt Lidlin tiedostustilaisuuden takia”. Virallistiedotukseen sekoitettavissa olevan mainostekstin jälkeen mainoksessa todetaan vielä ”No niin, ja siihen päättyi Lidlin tiedostustilaisuus. Palaamme mainokseen”. Neuvoston mukaan käytetty media sisältää uutisia ja muuta toimituksellista aineistoa, jonka johdosta markkinoinnissa on korostetusti huomioitava se, että mainos on heti tunnistettava mainokseksi. Neuvoston mukaan kuvailtu esitystapa oli myös omiaan hankaloittamaan mainoksen erottamista muusta aineistosta, koska radiota kuunnellaan monesti ”toisella korvalla”. Näin ollen neuvosto katsoi, ettei radiomainos ollut selkeästi tunnistettavissa mainokseksi.

Erityisesti MEN on ottanut kantaa sosiaalisessa mediassa tapahtuvaan piilomainontaan. Esimerkiksi tapauksessa MEN 22/2020 neuvosto arvioi Hammaslampaan markkinointia, joka koski vaikuttajan Instagram-tilillä julkaistua kuvaa, jossa vaikuttaja esittelee hampaiden valkaisuun tarkoitettua laitetta. Kuvatekstissä lukee ”Paras kotona tehty hampaiden valkaisu mitä olen kokeillut. #hampaidenvalkaisu #teethwhitening Hammaslammas.fi”. Tapauksessa neuvosto katsoi melko suoraviivaisesti, ettei julkaisu ollut tunnistettavissa markkinoinniksi artiklan 7 edellyttämällä tavalla.⁷⁵

2.3.2 *Itsesääntelyn oikeuslähdeopillista arviointia*

Itsesääntelyelimien lausuntojen suositusluonteen vuoksi lausunnot eivät ole suoraan elinkeinonharjoittajia sitovia. Kuluttajansuojalakea koskevassa hallituksen esityksessä on kuitenkin mainittu, että lähtienä markkinoinnin sopimattomuuden arvioinnissa voidaan käyttää ICC:n markkinoinnin kansainvälisiä perussääntöjä.⁷⁶ ICC:n markkinointisääntöjen oikeuslähdeopillista asemaa tukee tämän lisäksi se, että markkinointisäännöksiä on hallituksen esityksen mukaisesti sovellettu myös tuomioistuinkäytännössä ja markkinaoikeus on useasti viitannut niihin ratkaisuisaan.⁷⁷

⁷⁵ Markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen täyttämistä vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa käsitellään tarkemmin luvussa 4.

⁷⁶ HE 32/2008, s. 21, 32.

⁷⁷ Paloranta 2014, s. 48. MAO on viitannut ICC:n säännöksiin muun muassa tapauksissa MAO 797:15 ja MAO 701:17. Ruotsissa myös Patent- och marknadsdomstolen viittasi vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvää piilomainontaa koskevassa ratkaisussaan 11949-16 ICC:n markkinointisääntöihin.

Hallituksen esityksen mukaan lähteenä voidaan käyttää ICC:n markkinointisääntöjen lisäksi myös alan käytännesääntöjä.⁷⁸ Voitaisiin esittää, että alan käytännesäännöillä viitataan piilomainonnan osalta MEN:in ratkaisuihin sen tulkittaessa ICC:n markkinointisääntöjä. Lisäksi erityisesti vaikuttajamarkkinointia koskeva piilomainonnan ratkaisu on keskittynyt viime vuosina MEN:ille. Edellä todetusti yksityisoikeudessa tapaoikeus on lisäksi mielletty käytännössä sitovaksi, joka omalta osaltaan puoltaa alan käytännesääntöjen eli MEN:in ratkaisujen oikeuslähdeopillista asemaa. Tästä kertoo myös se, että itsesääntelyelimien lausunnoilla on katsottu olevan suuri painoarvo markkinoinnin alalla ja niiden linjauksia noudatetaan kiitettävästi.⁷⁹

Määttän mukaan itsesääntelyn tarkoituksena voi myös olla alan autonomian turvaaminen siten, ettei tiettyä alaa säännellä liikaa.⁸⁰ Tätä voitaisiin pitää selittävänä syynä siihen, miksi kannanotto piilomainontaan on jäänyt MEN:in harteille tuomioistuinratkaisun sijasta. Vaikka itsesääntelyelimien ratkaisut katsottaisiinkin osaksi tapaoikeutta, eivät ne silti ole oikeuslähdeopillisesti verrattavissa tuomioistuintasoiisiin päätöksiin. ICC:n markkinointisäännöt ja niihin perustuvat MEN:in lausunnot tarjoavat kuitenkin edellä esitetyin oikeuslähdeopillisinkin perustein hyvän näkökulman siihen, kuinka piilomainontaa tulisi tulkita ja arvioida. Näitä käytettäessä tulkinnan apuna tulee kuitenkin huomioida se *Viitasenkin* tekemä huomio, että itsesääntelynormit muodostavat ainoastaan kuluttajansuojan alarajan eikä markkinointi välttämättä ole hyväksyttävää, vaikka se olisi elinkeinoelämän oman normiston mukaista.⁸¹

2.4 Markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimus viranomaislinjauksissa

2.4.1 Kuluttaja-asiamiehen piilomainontaa koskevat linjaukset

Kuluttaja-asiamies harjoittaa muiden pohjoismaisten kuluttaja-asiamiesten tavoin ennaltaehkäisevää toimintaa, jolla se pyrkii ehkäisemään markkinointisäännösten vastaista

⁷⁸ HE 32/2008, s. 21, 32.

⁷⁹ HE 114/1978 vp, s. 4–5; Ollila 2009, s. 288; Paloranta 2009, s. 38. Toisaalta alalla on esitetty myös eriäviä mielipiteitä. Esimerkiksi Lahden mukaan MEN:n päätökset tulisi jättää omaan arvoonsa, koska ratkaisun tekijöissä ei ole vaikuttajamarkkinoinnin asiantuntijoita: Tiedotusosasto 6.2.2020. Huomionarvoista asian kannalta on kuitenkin se, että jo markkinointiohjeet perustuvat elinkeinoelämän omien järjestöjen jäseniään varten laatimiin ohjeisiin ja sääntöihin, joiden joukossa on myös markkinoinnin asiantuntijoita. MEN:in ratkaisuihin on lisäksi nähtävissä, että heitä on osallistunut asioiden käsittelyihin. Esimerkiksi tapauksessa MEN 5/2021 käsitteilyyn on osallistunut muun muassa Head of Strategic Branding & CI sekä Marketing Strategist.

⁸⁰ Neuvonen 3/20016, s. 461.

⁸¹ HE 8/1977, s. 25; Viitanen 2017, s. 27.

toimintaa. Keskeisimpänä ennaltaehkäisevänä keinona on kuluttaja-asiamiehen markkinointiohjeet ja linjaukset, jotka perustuvat markkinaoikeuden ja markkinatuomioistuimen oikeuskäytäntöön sekä kuluttaja-asiamiehen ratkaisukäytäntöön.⁸² Ideaalitalanteessa kuluttaja-asiamiehen linjaukset viestittäisivät siis jo markkinointia suunnittelevalle toimijalle, millainen markkinointi on lainvastaista tai lainmukaista. Kuluttaja-asiamies on antanut useita linjauksia markkinoinnin tunnistettavuudesta ja piilomainonnasta. Ajankohtaiset piilomainontaa koskevat linjaukset ovat Pohjoismaiden kuluttaja-asiamiesten vuonna 2016 antama linjaus piilomarkkinointiin sekä kuluttaja-asiamiehen vuoden 2019 linjaus vaikuttajamarkkinoinnista sosiaalisessa mediassa.⁸³

Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista mukailee kansallista sääntelyä. Linjauksen mukaan muun muassa:

Kuluttajan nähdessä mainoksen tämän tulisi ymmärtää, että he altistuvat mainonnalle mainoksen muodosta ja viestintävälineestä riippumatta. Tämä tuo läpinäkyvyyttä, joka saa kuluttajat tietoisiksi tekstin ja kuvien kaupallisesta tarkoituksesta. Pohjoismaiden markkinoinnista annetut lait vaativat, että mainokset täytyy pystyä tunnistamaan mainoksiksi.

Kuluttaja-asiamiehen vaikuttajamarkkinointia sosiaalisessa mediassa koskevan linjauksen mukaan:

Mainoksen on oltava vaivatta tunnistettavissa mainokseksi esitystavasta ja mainosvälineestä riippumatta.

Molemmat linjaukset sisältävät tarkempia ohjeita siihen, kuinka markkinoinnin tunnistettavuus huomioidaan nimenomaisesti sosiaalisessa mediassa ja vaikuttajamarkkinoinnissa.⁸⁴

⁸² Viitanen 2017, s. 477; Ennaltaehkäisevää toimintaa ja siihen panostamista on pidetty pohjoismaiden kuluttaja-asiamiesinstituutioiden erityispiirteenä.

⁸³ Ennen mainittuja ajankohtaisia linjauksia Pohjoismaiden kuluttaja-asiamiehet olivat linjanneet markkinoinnista sosiaalisessa mediassa jo vuonna 2012. Lisäksi kuluttaja-asiamies on linjannut mainonnan tunnistettavuudesta blogeissa vuonna 2013 ja lausunut Youtuben markkinoinnin tunnistettavuudesta tiedotteissaan vuonna 2017.

⁸⁴ Markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen täyttämistä vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa käsitellään tarkemmin luvussa 4.

2.4.2 Kuluttaja-asiamiehen linjausten oikeuslähdeopillista arviointia

Kuluttajansuojalakea koskevassa hallituksen esityksessä on mainittu, että kuluttaja-asiamiehen markkinointia koskevat ohjeet voidaan huomioida arvioitaessa asianmukaista elinkeinotoiminnassa noudatettavaa menettelytapaa.⁸⁵ Toisaalta kuluttaja-asiamiehen oikeutta tai velvollisuutta antaa ohjeita ja määräyksiä markkinointia koskevasta sääntelystä ei löydy laista eikä markkinointiohjeiden vastaista toimintaa ole myöskään sanktioitu.⁸⁶ Näin ollen voitaisiin katsoa, että kuluttaja-asiamiehen linjaukset ovat luonteeltaan suosituksia eivätkä ne tällä perusteella ole elinkeinonharjoittajia sitovia. *Viitanen* mukaan linjaukset ovat oikeudelliselta luonteeltaan pelkästään ohjeita siitä, millaiseen markkinointiin on puututtu ja millaiseen markkinointiin tullaan todennäköisesti puuttumaan.⁸⁷ Toisaalta kuluttaja-asiamiehen markkinointiohjeiden oikeuslähteen aseman puolesta puhuu esitöiden viittauksen lisäksi myös se, että markkinointiohjeet perustuvat pitkälti vakiintuneeseen oikeus- ja ratkaisukäytäntöön.⁸⁸ Markkinointiohjeisiin on lisäksi viitattu myös oikeuskäytännössä, jonka johdosta kuluttaja-asiamiehen markkinointilinjauksien asemaa oikeuslähteenä voitaisiin pitää perusteltuna.⁸⁹

2.5 Kokoavia havaintoja markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksesta

Markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen mukaisesti keskivertokuluttajan tulee pystyä erottamaan mainos helposti mainokseksi riippumatta siitä, mitä välinettä markkinointiin käytetään. Oikeuskäytännön seurauksena markkinoinnin tunnistettavuuden arvioinnissa tulee huomioida myös mainoksen tunnistettavuus jo nopealla silmäyksellä. Lisäksi mainosmateriaali on kyettävä erottamaan muusta toimituksellisesta aineistosta. EU-sääntely voi asettaa markkinoinnin tunnistettavuudella vielä lisävaatimuksen, jonka mukaan piilomainonnan arviointiperusteena on tulkinnasta riippuen huomioitava piilomainonnan vaikutus kuluttajan kykyyn tehdä perusteltu kaupallinen ratkaisu. Lisätuke piilomainonnan arviointiin voidaan hakea myös alan itsesääntelystä, joka asettaa piilomainonnalle tarkemmat vaatimukset. Kuluttaja-asiamies puolestaan on ohjeistanut tarkasti siitä, kuinka piilomarkkinointikieltoa

⁸⁵ HE 32/2008 vp, s. 11–12, 21.

⁸⁶ Ks. taas Laki finanssivalvonnasta (878/2008) 3.2 §:n kohta 6, jonka mukaan laissa erikseen säädettyjen tehtäviensä toteuttamiseksi Finanssivalvonta antaa lain soveltamisen kannalta tarpeellisia määräyksiä. Kuluttaja-asiamiehen toimivaltuuksia vahvistettiin vuonna 2020, mutta kuluttaja-asiamiehen ohjeistusten luonnetta ei muutettu lakiperusteiseksi. Ks. tarkemmin toimivaltuuksien vahvistamisesta kappaleesta 5.4.

⁸⁷ Viitanen 2017, s. 479.

⁸⁸ *Ibid.*, s. 22–23.

⁸⁹ MAO on antanut markkinointiohjeille merkitystä muun muassa tapauksissa MAO 654/09 ja MAO 55/14.

voidaan noudattaa jopa kanavakohtaisesti. Nämä seikat on syytä pitää mielessä, kun siirrytään käsittelemään vaikuttajamarkkinointia, joka sijoittuu sosiaaliseen mediaan.

Markkinointivälineneutraliteetin johdosta markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen tulee täytyä myös markkinoitaessa sosiaalisessa mediassa, jonka erityispiirteitä käsiteltiin aluksi lyhyesti. Kuluttaja käyttää sosiaalista mediaa normaalisti yksityiseen tiedonvaihtoon, jolloin sinne tuotettu mainosisältö sekoittuu kuluttajan henkilökohtaiseksi koettuun sisältöön. Lisäksi sosiaalisessa mediassa sisältö on usein nopeasti vaihtuvaa sekä selattavaa ja sitä on saatavilla valtavasti. Sosiaalisen median mainonnassa on syytä kiinnittää erityistä huomiota mainoksen nopeaan tunnistettavuuteen ja erottuvuuteen muusta sisällöstä. Luvussa käsitellyt markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta koskevat säännökset ja linjaukset ovat olennaisessa asemassa, kun siirrytään tarkastelemaan piilomainontaa sekä sen esiintymistä ja toteutumista vaikuttajamarkkinoinnissa. Ennen tätä on kuitenkin syytä tarkastella vaikuttajamarkkinointia markkinointikeinona, jotta sen erityispiirteet voidaan huomioida vaikuttajamarkkinointia koskevan piilomainonnan arvioinnissa.

3 VAIKUTTAJAMARKKINOINTI JA SEN ERITYISPIIRTEET MARKKINOINTIMUOTONA

3.1 Vaikuttajamarkkinointi markkinointimuotona

Vanhassa kuluttajansuojalain hallituksen esityksessä markkinointia on kuvailtu kuluttajiin kohdistuvaksi kaupalliseksi tiedottamiseksi.⁹⁰ UCP-direktiivin mukaan markkinoinnilla viitataan elinkeinonharjoittajan toimeen, joka välittömästi vaikuttaa myynnin edistämiseen.⁹¹ Pohjoismaiden piilomarkkinointia koskevan linjauksen mukaan mainonta määritellään min-käläiseksi tahansa kommunikoinniksi, jonka tarkoituksena on tuotteiden tai palveluiden myynnin edistäminen.⁹² Kuluttaja-asiamiehen vaikuttajamarkkinointia sosiaalisessa mediassa koskevan linjauksen mukaan mainontaa, markkinointiviestintää ja markkinointia käytetään monesti toistensa synonyymina, mutta linjauksessa termeillä viitataan toimenpiteisiin, joilla yritys pyrkii edistämään myyntiä tai tekemään brändiään tunnetummaksi.⁹³ KKO:n mukaan kuluttajansuojalain mukaisena markkinointina pidetään vakiintuneesti kuluttajiin välittömästi ja välillisesti kohdistuvia myynninedistämistoimia, joilla pyritään edistämään hyödykkeen kysyntää ja kulutusta (KKO 2005:40). Vaikuttajamarkkinointi on yksi modernin markkinoinnin muodoista.⁹⁴

Vaikuttajamarkkinoinnissa yritys tekee sopimuksen vaikuttajan kanssa ja siitä, että vaikuttaja markkinoi yritystä omalle yleisölleen sosiaalisessa mediassaan palkkiota vastaan.⁹⁵ Tätä kutsutaan alalla vakiintuneesti kaupalliseksi yhteistyöksi. Koska vaikuttajamarkkinointi on yksi markkinoinnin muoto, lähtökohtaisesti se ja kaupallinen yhteistyö on aina markkinointia, joka tulee merkitä KSL 2 luvun 4 §:n mukaisesti. Myös oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että vain korvausta vastaan tehty vaikuttajamarkkinointi on markkinointia.⁹⁶ Kaupallisesta yhteistyöstä maksettava korvaus voi olla esimerkiksi rahallinen palkkio,

⁹⁰ HE 8/1977, s. 14, 23.

⁹¹ UCP-direktiivi, kohta 2 d).

⁹² Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 1.

⁹³ Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa 2019, kohta 1. Markkinoinnin määritelmiä lienee yhtä paljon kuin määrittelijöitä ja siitä tehdyt määritelmät kuvaavat ajattelun muutosta; Bergström – Leppänen 2009, s. 22.

⁹⁴ Halonen 2019, s. 40.

⁹⁵ Vaikuttajalla viitataan kiinnostavaksi koettuun henkilöön, joka on kerännyt sosiaalisen median tililleen suuren yleisön. Ks. vaikuttajan määrittelystä tarkemmin kappaleesta 3.2.1.

⁹⁶ Varhela – Virtanen 2020, kohta sosiaalinen media.

rahanarvoinen etu, alennus tai myyntikomissioon perustuva palkkio.⁹⁷ Ominaista vaikuttajamarkkinoinnille on siis sen sijoittuminen sosiaaliseen mediaan.

Vaikuttajamarkkinointia voi esiintyä monessa muodossa. Vaikuttajan lopputuote kaupallisesta yhteistyöstä voi olla perinteisenä vaikuttajamarkkinoinnin muotona pidetty video- tai kuvajulkaisu tai yrityksen brändilähettiläisyys.⁹⁸ Toisaalta vaikuttajamarkkinointia voi olla myös yritysten sosiaalisen median kanavien ”haltuunotot” tai vaikuttajan osallistuminen yrityksen tuotekehitykseen palkkiota vastaan.⁹⁹ Jos vaikuttaja saa esimerkiksi Instagram julkaisua tai Youtube-videota vastaan alennusta puhelimesta tai ilmaisen muuttopalvelun, on kyseessä kaupallinen yhteistyö ja julkaisun tulee noudattaa piilomainontakieltoa.

Lähtökohtaisesti kaupallinen yhteistyö tehdään markkinoivan yrityksen ja vaikuttajan välillä. Vaikuttajamarkkinoinnissa voi kuitenkin olla mukana myös muita osapuolia, jotka normaalisti toimivat niin sanotusti yrityksen ja vaikuttajan välissä ja järjestävät näiden välistä yhteydenpitoa.¹⁰⁰ Markkinoiva yritys voi esimerkiksi ottaa yhteyttä mainos-, viestintä- tai markkinointitoimistoon, joka suunnittelee markkinoinnin ja kontaktoi mainoskampanjaan sopivan vaikuttajan. Toisaalta vaikuttajamarkkinoinnissa mukana voi olla esimerkiksi myös vaikuttajien välittäjätoimisto, jonka tehtävänä on lähtökohtaisesti etsiä sopiva vaikuttaja yrityksen vaikuttajamarkkinointia varten.

Vaikuttajamarkkinoinnin alaan kuuluvana markkinointimuotona on myös vaikuttaja-PR ja vaikuttajaviestintä. Tällä tarkoitetaan yritysten vaikuttajiin kohdistamia PR- ja viestintätöimenpiteitä, joilla pyritään saamaan näkyvyyttä vaikuttajien sosiaalisen median kanavissa ilman palkkion maksamista vaikuttajalle.¹⁰¹ Vaikuttaja-PR eroaa kaupallisesta yhteistyöstä siten, ettei vaikuttajan ja markkinoivan yrityksen välillä ole sopimusta kaupallisesta yhteistyöstä. Vaikuttaja-PR:ssä yritys voi siis esimerkiksi lähettää vaikuttajille ilmaisia tuotteita

⁹⁷ Ks. esim. Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa, 2019, joka mainitsee rahanarvoisen edun esimerkkinä vaatteet, lahjakortin ja matkan. Mainonnaksi katsotaan myös se, jos esimerkiksi bloggaaja saa prosentuaalisia alennuksia ostaessaan yrityksen tuotteita ja tämän jälkeen mainitsee tuotteita julkaisuissaan; Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 2.

⁹⁸ Brändilähettiläyydellä viitataan siihen, että yritys maksaa vaikuttajalle kuukausipalkkaa tämän sosiaalisen median kanavissa saatua brändinäkyvyyttä vastaan; Paloranta 2019, s. 526.

⁹⁹ Halonen 2019, s. 40; Haltuunotoissa vaikuttaja normaalisti tuottaa reaaliaikaisesti sisältöä yrityksen sosiaalisen median kanaviin.

¹⁰⁰ Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 7.

¹⁰¹ Halonen 2019, s. 37–39; Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 7.

tai kutsua tämän kutsuvierastilaisuuteen siinä toivossa, että vaikuttaja julkaisisi tätä koskevaa sisältöä kanavissaan ilmaiseksi.¹⁰²

Markkinointikeinona vaikuttajamarkkinoinnin saavuttamaa suurta suosiota voidaan selittää useilla tekijöillä. Markkinoinnin alalla on ensinnäkin tunnistettu, että luetettavimpana mainontana pidetään word of mouth -tietoa (WOM-tieto) eli tietoa, joka saadaan tuttavilta tai luotettavilta henkilöiltä.¹⁰³ Vaikuttajamarkkinointi hyödyntää kuluttajien suurempaa luottamusta ei-kaupalliseen informaatioon vaikuttajan ja seuraajan välille syntyvän suhteen kautta. Lisäksi kuluttajien on todettu yritysten oman markkinointimateriaalin sijasta olevan sitoutuneempia vaikuttajan välityksellä tapahtuvaan markkinointiin.¹⁰⁴ Kuluttaja käyttää sosiaalista mediaa henkilökohtaiseen viestintään ja tiedonvaihtoon ja voitaisiin myös olettaa, että kuluttaja on vastaanottavaisempi mainonnalle ympäristössä, jossa hän viettää vapaaehtoisesti aikaa. Yrityksille vaikuttajamarkkinointi on tehokas keino kohdentaa markkinointia, sillä vaikuttajat ovat jo keränneet seuraajakunnan, jotka jakavat vaikuttajan kanssa monesti saman arvomaailman ja kiinnostuksen kohteet. Vaikuttajamarkkinoinnin suosiota selittää myös sen sisällön autenttisuus.¹⁰⁵ Yritykset antavat vaikuttajille monesti vapaat kädet mainosmateriaalin eli sosiaalisen median sisällön tuottamiseen, jotta mainos vaikuttaisi mahdollisimman autenttiselta. Toisin sanoen voidaan olettaa, että autenttisuudella tavoitellaan sitä, ettei mainos olisi helposti tunnistettavissa mainokseksi.

3.2 Vaikuttajan määrittelyä ja kategorisointia

3.2.1 Vaikuttajan määritelmä ja vaikuttavuus

Termillä vaikuttaja viitataan sosiaalisessa mediassa ja muilla kanavilla toimiviin henkilöihin, jotka ilmaisevat mielipiteitään ja käsityksiään erilaisista aiheista. Tätä kautta vaikuttajilla on kyky vaikuttaa seuraajien asenteisiin ja toimintaan. Vaikuttajilla on usein kyky luoda luottamuksellinen tai tuttavanomainen suhde seuraajiinsa, joka edesauttaa vaikuttajien kykyä vaikuttaa yleisöönsä.¹⁰⁶ Määritelmän voidaan katsoa tukevan käsitystä

¹⁰² Vaikuttajamarkkinoinnin alaan kuuluvia markkinointimuotoja tarkastellaan vielä tarkemmin luvussa 4.

¹⁰³ Nielsen 2012; Nielsen 2015; Sng – Ying Au – Pang 2019. Ks. myös Bach – Kim 2012; Halonen 2019, s. 44; Jansen ym. 2009, p. 2169, joiden mukaan WOM-tietoa on kuvailtu myös tiedon välittämiseksi henkilöltä toiselle, vertaisviestinnäksi, puskaradioksi sekä epäviralliseksi kokemusten ja mielipiteiden vaihtamiseksi.

¹⁰⁴ Apukka ym. 2019, s. 9; The Influence Marketing report 2020; Trzaskowski 2014, s. 425.

¹⁰⁵ Nielsen 2012; Nielsen 2015; Sng – Ying Au – Pang 2019. Ks. myös Bach – Kim 2012; Halonen 2019, s. 44; Jansen ym. 2009, p. 2169.

¹⁰⁶ PMT 2054-18, kohta 4.2.1.

vaikuttajamarkkinoinnista tehokkaana markkinoinnin muotona. Vaikuttajat ovat tavalla tai toisella kiinnostavaksi koettuja ja tunnistettuja persoonia, jotka ovat henkilöbrändäyksen ammattilaisia.¹⁰⁷ Myös yksityishenkilö, pienemmälle seuraajamäärälle keskeinen tai kiinnostava henkilö, kuten tietyn yhteisön tai sosiaalisen verkoston jäsen voi toimia vaikuttajana.¹⁰⁸ Vaikuttajalle on ominaista välittää kiinnostavaa, oman alansa sisältöä yleisölleen, joka koostuu vaikuttajan ”seuraajista”, jotka ovat tyypillisesti kiinnostunut samoista asioista kuin vaikuttajakin.¹⁰⁹

Word Of Mouth Marketing Associationin määritelmän mukaan vaikuttaja on henkilö, jonka WOM-tiedon vaikuttavuus on keskimääräistä korkeampi.¹¹⁰ Tutkimusyhtiö Altimeter Groupin tekemän viitekehyksen mukaan vaikuttavuutta voidaan arvioida kolmen tunnusmerkin avulla. Ensimmäisen tunnusmerkin muodostaa tavoitavuus (*reach*) eli se, kuinka suuren yleisön vaikuttaja tavoittaa.¹¹¹ Toisen viitekehyksen tunnusmerkin muodostaa relevanssi (*relevance*) eli vaikuttajan tuottaman sisällön merkityksellisyys ja yhteensopivuus yleisölleen.¹¹² Toisin sanoen vaikuttajan tulisi olla relevantti mainostaja tai auktoriteetti markkinoivan yrityksen tuotteille. Kolmas viitekehyksen tunnusmerkki on resonanssi (*resonance*) eli yleisösuhde, joka kertoo vuorovaikutuksen ja sitoutuneisuuden asteesta.¹¹³ Tällä viitataan siihen, kuinka vaikuttajan yleisö reagoi vaikuttajan tuottamaan sisältöön. Useimmat sosiaalisen median alustat mittaavat resonanssia esimerkiksi tykkäyksistä, sisällön jakamisesta, kommentista ja katselukerroista. Esimerkiksi Instagram jakaa suuren resonanssin sisältöä

¹⁰⁷ Sosiaalinen media on muovannut vaikuttajan käsitettä ja perinteisinä tunnistettujen julkisuuden henkilöiden, kuten muusikoiden tai urheilijoiden rinnalle on noussut sosiaalisessa mediassa toimivia vaikuttajia. Sosiaalisen median alustojen valikoiman kasvettua ja laajennettua sosiaalisen median vaikuttajat ovat siirtyneet yhdestä kanavasta, kuten blogin kirjoittamisesta, useampaan kanavaan. Tästä johtuen sosiaalisen median vaikuttajan määrittely on vaihtunut yhteen kanavaan viittaavasta määrittelystä, kuten ”bloggaajasta”, nykyään yleisesti tunnettuun termiin ”vaikuttaja”; Halonen 2019, s. 13–16, 36.

¹⁰⁸ Halonen 2019, s. 13–14; Paloranta 2019, s. 525. Vaikuttaja -termi voi siis käsittää julkisuuden henkilön, muusikon, tubettajan, podcastaajan, missin tai esimerkiksi lääkärin, joka toimii vaikuttajana oman ammattinsa ohella. Esimerkiksi lääkäri Anni Saukkolalla (@lääkärianni) on kerännyt Instagram -tililleen jo 39 300 seuraajaa (tieto tarkistettu 16.04.2021). Vaikuttaja- ja viestintäalalla vahvalla ammatti-identiteetillä omaavia henkilöitä ja vaikuttajia on myös kutsuttu myös nimellä asiantuntijat; Jännes 16.01.2018.

¹⁰⁹ Halonen 2019, s. 14–15; Apukka ym, s. 3.

¹¹⁰ Fay ym. 2015, s. 2.

¹¹¹ Solis 2012; Markkinoiva yritys voi hyödyntää tunnusmerkkejä esimerkiksi arvioidessaan tietyn vaikuttajan sopivuutta mainostajakseen. Ks. lisää seuraajamääräistä kappaleesta 3.2.1. Tavoitettavuuden mittarina voidaan käyttää esimerkiksi eri kanavien seuraajamääriä.

¹¹² *Ibid*; Mittarina voidaan käyttää sen arviointia, kuinka sisällön uskotaan kattavan markkinoijalle merkitykselliset aiheet. Vastuulliselle yritykselle merkityksellisenä aiheena voisi olla esimerkiksi piilomainontaa koskevien säännösten noudattaminen.

¹¹³ Ks. yleisösuhteesta Weckströn 25.02.2020.

laajemmalle yleisölle, jonka kautta jaettu sisältö voi saavuttaa vaikuttajan yleisöäkin suuremman yleisön.¹¹⁴

Altimeter Groupin kolmen tunnusmerkin lisäksi on puhuttu myös neljännestä vaikuttavuuden tekijästä; yhteistyösuhteista (*relationships*). Tämän mukaan markkinoivan yrityksen kannattaa kiinnittää huomiota kaupallisten yhteistöiden määrään sekä siihen, vaikuttaako vaikuttajan tuottama sisältö aidolta eikä niin sanotusti ”päälle liimatulta”.¹¹⁵ Tämän tunnusmerkin voidaan katsoa tarkoittavan edellä käsiteltyä sisällön autenttisuutta.

Vaikuttajia voidaan luokitella yleisön koon eli vaikuttajan seuraajamäärän perusteella. Globaalit ja kansainväliset vaikuttajat ovat keränneet ympärilleen miljoonia seuraajia. Lokaalit eli paikalliset vaikuttajat taas ovat tunnettuja rajatummalla alueella, kuten Suomessa tai Ruotsissa.¹¹⁶ Satoja tuhansia seuraajia keränneitä vaikuttajia voidaan kutsua mega- tai julkisvaikuttajiksi.¹¹⁷ Makrovaikuttajat eivät ole yltäneet vielä satojen tuhansien seuraajamäärien joukkoihin, mutta heillä on Suomen mittakaavassa huomattava määrä seuraajia – noin kymmenestä tai kahdestakymmenestä tuhannesta seuraajasta ylöspäin.¹¹⁸ Mega-, julkis- tai makrovaikuttajan käsitteitä ei voida ainakaan vielä Suomen markkinassa pitää vakiintuneina käsitteinä. Suomen kokoisessa markkinassa edellä mainitut käsitteet käsitetään alalla ja kuluttajien keskuudessa pikemminkin yhtenä tunnettujen vaikuttajien joukkona, jotka ovat keränneet suuren seuraajamäärän.

Suomen markkinassa tunnetuista vaikuttajista erotetaan kuitenkin mikrovaikuttajat. Mikrovaikuttajina on pidetty vaikuttajia, joiden seuraajamäärä on tuhannesta viiteen tuhanteen, mutta kuitenkin maksimissaan kymmenen tuhatta seuraajaa.¹¹⁹ Mikrovaikuttajikin

¹¹⁴ Halonen 2019, s. 17.

¹¹⁵ Sammis – Lincoln – Pomponi 2015.

¹¹⁶ Halonen 2019, s. 19.

¹¹⁷ Suomen markkinassa sadantuhannen seuraajan yleisön omaava vaikuttaja on tunnettu kasvo sosiaalisessa mediassa. Megavaikuttaja ja tämän henkilöbrändi näkyvät monesti myös perinteisen median puolella. Tästä syystä myös henkilöt, jotka eivät ole megavaikuttajan seuraajia kuitenkin tunnistavat megavaikuttajan. Satoja tuhansia seuraajia keränneisiin ja sosiaalisen median avulla uraa luoneisiin suomalaisiin vaikuttajiin kuuluu esimerkiksi sisällöntuottaja Miisa Rotola-Pukkila @mmiisas (441 000 seuraajaa), laulaja ja laulukirjoittaja Sara Maria Forsberg @helloimsaara (301 000 seuraajaa) sekä radiojuontaja @jannihussi (253 000 seuraajaa) (tiedot tarkistettu 16.04.2021).

¹¹⁸ Halonen 2019, s. 23. Megavaikuttajana voitaisiin mainita esimerkiksi jo pitkään vaikuttajana toiminut noin 56 500 seuraajaa kerännyt @saratickle ja makrovaikuttajana lääkäriksi opiskelevan Miljan Instagram-tili @milppu, joka on kerännyt noin 21 500 seuraajaa (tiedot tarkastettu 16.04.2021).

¹¹⁹ Apukka ym. 2019, s. 3; Dagmar 2020; Halonen 2019, s. 19–20; Markkinakoon vuoksi Suomen vaikuttajien seuraajamäärien rajat ovat melko maltilliset verrattuna esimerkiksi Yhdysvaltoihin, jossa mikrovaikuttajan

pienempiä noin tuhannen seuraajaan vaikuttajia kutsutaan nanovaikuttajiksi.¹²⁰ Tässä kysymykseksi voi nousta rajanveto siitä, kuinka nanovaikuttaja voidaan erottaa normaalista sosiaalisen median alustaa käyttävästä yksityishenkilöstä. Voitaisiin katsoa, että rajanvedossa voidaan käyttää apuna edellä käsiteltyjä vaikuttajan tunnusmerkkejä ja vaikuttavuuden kriteerejä. Vaikka mikro- ja nanovaikuttajien seuraajamäärät ovat pienempiä, heidän seuraajansa omaavat tyypillisesti poikkeuksellisen korkean sitoutuneisuuden ja vuorovaikutuksen tason.¹²¹ Lisäksi heidän tuottamansa sisältö koetaan monesti autenttisemmaksi ja vähemmän kaupalliseksi.¹²²

3.2.2 Ammattimainen vaikuttaja ja harrastajavaikuttaja

Edelläkin todetusti kuluttajansuojalaki koskee markkinointia elinkeinonharjoittajilta kuluttajille (KSL 1 §). Näin ollen myös KSL 2 luvun markkinointisäännökset koskettavat ainoastaan elinkeinonharjoittajia. Laissa elinkeinonharjoittajalla tarkoitetaan KSL 5 §:n mukaisesti luonnollista henkilöä taikka yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka tuloa tai muuta taloudellista hyötyä saadakseen ammattimaisesti pitää kaupan, myy tai muutoin tarjoaa kulutus- hyödykkeitä vastiketta vastaan hankittaviksi. Kulutushyödykkeillä puolestaan viitataan tavaroihin, palveluksiin sekä muihin hyödykkeisiin ja etuuksiin, joita tarjotaan luonnollisille henkilöille tai joita he olennaisessa määrässä hankkivat yksityistä talouttaan varten (KSL 3 §).

Kuluttajansuojalain perusteella vaikuttajamarkkinointia sosiaalisessa mediassa koskevassa linjauksessa vaikuttajat on ryhmitelty kahteen ryhmään. Linjauksen mukaan ensimmäiseen ryhmään kuuluvat ”ammattimaiset vaikuttajat”, joille vaikuttaminen on lähtökohtaisesti elinkeino.¹²³ Tähän ryhmään voitaisiin katsoa kuuluvaksi vaikuttajat, joille kaupallisten

rajana pidetään noin 10 000 – 100 000 seuraajaa. Suomalaisista mikrovaikuttajista voidaan mainita esimerkkinä @ennasofi, jonka perhe-elämään ja vanhaan hirsikotiin keskittyvä Instagram-tili on kerännyt lähes kolmetuhatta seuraajaa (tieto tarkastettu 16.4.2021)

¹²⁰ Apukka ym. 2019, s. 3; Dagmar 2020; Halonen 2019, s. 19–20. Yhtenä vaikuttajaryhmänä voidaan erottaa vielä Niche-vaikuttajat, joiden määritelmä ei ole yleisön kokoon verrannollinen. Niche-vaikuttajat ovat kansainvälisesti tai kansallisesti jonkun tietyn kapeamman osa-alueen tai alan asiantuntijoita. Niche-vaikuttajat toimivat monesti esimerkiksi ammatillisina asiantuntijavaikuttajina tai tietyn harrastustoiminnan ympärillä. Niche-vaikuttajana voi toimia esimerkiksi leijalautailija, jonka seuraajatkin monesti harrastavat tai ovat kiinnostuneita samasta lajista.

¹²¹ Dagmar 2020; Halonen 2019; Lehtomaa 2019, s. 12–13.

¹²² Dagmar 2020; Lehtomaa 2019, s. 13–14; Halonen 2019, s. 21–22. Toisaalta ks. Troot – OMD Annalect 2019, jonka mukaan tunnettujen vaikuttajien kaupalliset yhteistyöt on koettu laadukkaampana ja monipuolisempina.

¹²³ Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa, 2019, kohta 2. Ks. vaikuttajana toimivan elinkeinonharjoittajan rajanvedosta kappaleesta 3.2.3.

yhteistöiden tekeminen on niin suuri tulonlähde, että he voivat tehdä sitä työkseen, usein oman yrityksen kautta. Tämän edellytyksenä on usein mikrovaikuttajia suurempi seuraajamäärä. Linjauksen perusteella KSL:n soveltamisen piiristä putoavat toisen ryhmän muodostavat vaikuttajat, joille vaikuttajana toimiminen on harrastustoimintaa eikä elinkeino. Linjauksessa tätä ryhmää nimitetään ”harrastajavaikuttajiksi”.¹²⁴ Vaikka tunnetutkin vaikuttajat voivat tuottaa sisältöä sosiaaliseen mediaan harrastuspohjalta, voitaisiin tähän ryhmään kuitenkin pääasiallisesti katsoa kuuluvan nano- ja mikrovaikuttajat. Pienempi seuraajamäärä vaikuttaa vaikuttajille maksettavan palkkion suuruuteen eivätkä nano- ja mikrovaikuttajat pienempien palkkioiden vuoksi lähtökohtaisesti tee kaupallisia yhteistöitä vielä elinkeinonaan.¹²⁵

Linjauksen mukaan harrastajavaikuttajan toimintaa ei arvioida KSL:n nojalla, mutta tästä huolimatta mainoksien asianmukainen merkitseminen on linjauksen mukaan tärkeää, koska seuraajat eivät voi muuten välttyä piilomainonnalta. Harrastustoimintana harjoittavien vaikuttajien putoaminen KSL:n vaikutuspiiristä merkitsee muun muassa sitä, ettei heitä koske markkinointisäännökset, kuluttaja-asiamiehellä ei ole heitä koskevissa asioissa toimivaltaa eikä heihin ulotu KSL:n mukainen seuraamusjärjestelmä markkinointisäännösten rikkomisesta. Tämän tulkinnan pohjalta mikäli harrastajavaikuttaja syyllistyy piilomainontaan, ei häntä voida pitää vastuussa KSL:n vastaisesta markkinoinnista. Linjauksen huomio siitä, että myös harrastajavaikuttajien tulisi noudattaa markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta voitaisiin katsoa tyhjäksi, kun lainvastaiseen menettelyyn ei ole keinoja puuttua.

Harrastajavaikuttajien putoaminen KSL:n piiristä voitaisiin nähdä ongelmallisena useastakin syystä. Ensinnäkin huomiota on syytä kiinnittää edellä käsiteltyihin vaikuttavuuden tunnusmerkkeihin, jotka määrittelevät vaikuttavuutta. Sosiaalisen median luonteen vuoksi vaikuttajien sosiaalisen median tilit ovat normaalisti kaikille avoimia eivätkä julkaisut välttämättä tavoita vain vaikuttajan seuraajia.¹²⁶ Näin ollen reach -tunnusmerkin osalta harrastajavaikuttajan julkaisema sisältö voi tavoittaa yhtä suuren yleisön kuin ammattimaisen

¹²⁴ Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa, 2019, kohta 2.

¹²⁵ Alan käytäntösääntöjen mukaan esimerkiksi mikrovaikuttajille maksetaan kaupallisesta yhteistyöstä huomattavasti vähemmän, kuin tunnetuille vaikuttajille. Tätä perustellaan monesti juuri tavoitettavuuden näkökulmasta. Toisaalta tämä voitaisiin kyseenalaistaa sillä edelläkin käsitellyllä perusteella, että mikrovaikuttajien seuraajat omaavat korostuneen sitoutuneisuuden ja vuorovaikutuksen tason.

¹²⁶ Myös Alexandra Media tapauksessa todettiin, ettei keskiwertokuluttajan käsitettä saa rajata vain vaikuttajien seuraajiin, sillä heidän sosiaalisen median tilit ovat avoimia kaikille; PMT 2054-18, kohta 4.2.2, Keskiwertokuluttajan määrittelystä vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa ks. tarkemmin kappaleesta 4.2.

vaikuttajankin sisältö. Tähän liittyy olennaisesti myös resonance -tunnusmerkki. Vaikka harrastajavaikuttajilla on määrällisesti pienempi yleisö, heillä kuitenkin on poikkeuksellinen vuorovaikutuksen aste, mikä voi lisätä resonanssin astetta ja täten sisällön leviämistä vaikuttajan yleisöä laajemmalle. Tämä siis edesauttaa vaikuttajan sisällön leviämistä. Koska ammattimaisella ja harrastajavaikuttajalla on näin ollen yhtäläinen mahdollisuus suuren kuluttajamäärän tavoittamiseen, voitaisiin KSL:n säännösten rajallista soveltuvuutta arvioida epätarkoituksenmukaiseksi.

Vaikuttavuuden tunnusmerkit ovat vuorovaikutuksessa keskenään ja voitaisiinkin esittää, että relevance -tunnusmerkki vaikuttaa sekä reach että resonance -tunnusmerkkeihin. Mikäli markkinoiva yritys onnistuu löytämään nano- tai mikrovaikuttajan, joka on relevantti auktoriteetti tai mainostaja yrityksen kohderyhmälle, voi mikrovaikuttajankin mahdollisuus suuren yleisön tavoittamiseen ja korostunut vuorovaikutuksen aste olla vähintään yhtä vaikuttavaa markkinointia, kuin ammattimaisenkin vaikuttajan luoma markkinointimateriaali. Tätä tukee omalta osaltaan myös relationships -tunnusmerkki, sillä nano- ja mikrovaikuttajien tuottama sisältö koetaan usein ammattimaisten vaikuttajien sisältöä autenttisemmaksi. Kun vaikuttavuuden kaikki tunnusmerkit korostuvat nano- ja mikrovaikuttajien kohdalla, johtaa tämä heidän korostuneeseen vaikuttavuuteensa. Toisin sanoen pienemmän seuraajamäärän omaavilla vaikuttajilla voi olla ammattimaisia vaikuttajia korkeampi vaikutusmahdollisuus kuluttajien kaupalliseen käyttäytymiseen. Tämän ja kuluttajansuojan toteutumisen kannalta markkinointisäännösten soveltumattomuutta harrastajavaikuttajiin voitaisiin pitää erittäin ongelmallisena.

3.2.3 Vaikuttaja elinkeinonharjoittajana

Vaikuttajamarkkinointia sosiaalisessa mediassa koskeva linjaus ei avaa lähtökohtaisen elinkeinon merkitystä eikä näin ollen selvennä, missä vaiheessa harrastajavaikuttaja on katsottava ammattimaiseksi vaikuttajaksi. Tulkintalinjaa voidaan hakea KSL:n säätämiseen johtaneesta hallituksen esityksestä, jonka mukaan KSL:n elinkeinonharjoittajan käsite on ensinnäkin tarkoitettu laajaksi.¹²⁷ Elinkeinoharjoittajan toiminnan tulee yleensä olla luonteeltaan ammattimaista, mutta toiminnalta ei edellytetä pitkää kestoaikaa. Esitöiden mukaan toiminnalta edellytetään myös toimintaa, jossa on yrittäjäriski ja joka tähtää taloudelliseen tulokseen. Toisaalta esitöissä todetaan tämän jälkeen, että toiminnalta ei kuitenkaan välttämättä

¹²⁷ HE 8/1977 vp, s. 15–16.

edellytetä taloudellisen voiton tavoittelua, mutta yleisenä lähtökohtana on kuitenkin ansio-
tarkoitus, joka tavallisesti ilmenee siten, että tavaroita ja palveluksia myydään vastiketta vas-
taan.¹²⁸ Myöhemmässä KSL:n muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä korostettiin,
että KSL:n piiriin kuuluu ainoastaan tulon tai muun taloudellisen hyödyn hankkimiseksi har-
joitettu toiminta.¹²⁹

Hallituksen esityksen elinkeinonharjoittajan käsite vaihtelee eri laeissa.¹³⁰ *Peltosen ja Mää-
tän* mukaan käsitteen tulkinnassa on otettava huomioon säädökset, joiden esitöissä tai rat-
kaisukäytännössä käsite on kytketty KSL:iin edellyttäen, että lakien tavoitteet eivät poikkea
toisistaan.¹³¹ Näin ollen vaikka tapaus KKO 2012:21 koski asuntokauppalain (843/1994)
mukaisen elinkeinonharjoittajan käsitteen arviointia, voidaan sitä käyttää apuna käsitteen
tulkinnassa, koska asuntokauppalain esitöiden mukaan asuntokauppalain elinkeinonharjoit-
tajan käsitteen määrittelyssä on huomioitu KSL:n mukainen määritelmä.¹³² Tapauksessa oli
kyse siitä, että luonnolliset henkilöt olivat muodostaneet kiinteistökohteista asunto-osakeyhtiöitä ja tarjonneet sitten asuntoja myytäväksi. KKO:n mukaan toimelta vaadittu sijoitusten
riski rinnastui yritystoimintaan, pikemmin kuin yksittäisen sijoituksen riskiin. Myyntitoi-
minta katsottiin myös ammattimaiseksi, kun sitä verrattiin omassa käytössä olleen asunnon
myyntiin tai yksityisenä sijoittajana sijoituskohteeksi hankittavaan asuntoon. Tapauksessa
KKO totesi, että elinkeinonharjoittajan määritelmän voi sekä asuntokauppalakia että KSL:ia
sovellettaessa täyttää ilman toiminimeä toimiva luonnollinen henkilö. KKO kiinnitti huo-
miota siihen, että arvioinnissa ratkaisevaa on toiminnan tosiasiallinen luonne eikä merkitystä
tule antaa sille, ovatko henkilöt rekisteröineet toimintaansa tai olivatko he kirjanpitovelvol-
lisia.

Voitaisiin esittää melko suoraviivaisesti, että vaikuttajana toimiminen on vaikuttajan seu-
raajamäärästä riippumatta ansiotarkoitukseen perustuvaa, mikäli vaikuttaja tekee kaupallisia
yhteistöitä.¹³³ Tätä voidaan perustella sillä, että jokainen vaikuttajan ja yrityksen välillä tehty

¹²⁸ HE 8/1977 vp, s. 15–16.

¹²⁹ HE 360/1992 vp, s. 8.

¹³⁰ HE 8/1977 vp, s. 15–16. Mikäli tulkinta-apua haetaan muista laeista, tulee käsitteen tulkinnassa tällöin vält-
tää liian suoraviivaista tulkintaa; Peltonen – Määttä 2015, s. 57.

¹³¹ Peltonen – Määttä 2015, s. 59–60. Esimerkiksi tapauksessa KHO 2013:118 verolainsäädännön mukaisella
yhdistyksen käsitteellä ei ollut merkitystä tarkasteltaessa sitä, katsottiinko yhdistys KSL:n mukaiseksi elinkei-
nonharjoittajaksi.

¹³² Ks. tarkemmin asuntokauppalakia koskeva HE 14/1994 vp, s. 52.

¹³³ Tästä on kuitenkin syytä erottaa vaikuttajan tuottama muu toimituksellinen aineisto, ks. rajanvedosta tar-
kemmin kappaleesta 4.3.

kaupallinen yhteistyö perustuu nimenomaisesti siihen, että vaikuttajan tuottama sisältö vaihdetaan yritykseltä saatavaan vastikkeeseen. Vaikuttajamarkkinointia koskevassa Alexandra Media -tapauksessa tuomioistuin vahvisti keskivertokuluttajan osalta, että tämän oletetaan olevan ainakin jossain määrin tietoinen siitä, että osa vaikuttajan sisällöstä on kaupallista.¹³⁴ Myös tämä vahvistaa vaikuttajan toiminnan tosiasiallista luonnetta.

Lisätukea voidaan hakea kansallisesta ansiotarkoitusta käsittelevästä vaihto-oppilasmatkatuomintaa koskevasta ratkaisusta KHO 2013:118. Tapaukseen sovellettiin valmismatkaliikelakia (939/2008), mutta lakia koskevassa hallituksen esityksessä todetaan nimenomaisesti, että laissa tarkoitettulla elinkeinonharjoittajalla tarkoitetaan samaa, kuin KSL 1 luvun 5 §:ssä.¹³⁵ Tapauksessa arvioitavana oli se, tapahtuiko vaihto-oppilasmatkatuominta ansiotarkoituksessa ja oliko vaihto-oppilastuomintaa harjoitettavaa yhdistystä näin ollen pidettävä elinkeinonharjoittajana. Ansiotarkoituksen osalta KHO avasi edelläkin käsitellyjä KSL:n koskevia määritelmiä elinkeinonharjoittajan käsitteestä sekä lisäsi, että elinkeinonharjoittajan toiminta voi olla vastikkeellista, vaikka jokaisesta suorituksesta ei vaaditakaan vastasuoritusta. Lisäksi KHO perusteli taloudelliseen tulokseen tähtäävää toimintaa muun muassa sillä, että toiminnalla pyrittiin kattamaan toiminnasta aiheutuneet kulut. Vaikuttajatoiminnan osalta voitaisiin todeta, ettei siitä lähtökohtaisesti aiheudu sellaisia suoria kuluja, etenkin harrastajavaikuttajalle, jotka vaikuttajan tulisi toiminnallaan kattaa. Tämän voitaisiin siis jopa katsoa lisäävän vaikuttajalle kertyvän ansion määrää. Edellä käsitellysti vaikuttajatoiminnan perustuessa ansiotarkoitukseen, voitaisiin tapauksen KKO 2012:21 toiminnan tosiasiallisen luonteen osalta katsoa, että myös harrastajavaikuttaja voisi täyttää elinkeinonharjoittajan kriteerit. Tätä tukee myös ratkaisun tulkinta siitä, että ilman toiminimeä toimiva luonnollinen henkilö voidaan tulkita lain tarkoittamassa merkityksessä elinkeinonharjoittajaksi.¹³⁶

Elinkeinonharjoittajan tunnusmerkkejä arvioitiin myös Kuluttajavalituslautakunnan tapauksessa dnro 00/39/2189. Tapauksessa katsottiin, että mikäli oikeusaputoimisto antaa oikeusapua lakiin perustuen korvauksetta tai osakorvausta vastaan, ei perittävä maksu ole täysi

¹³⁴ PMT 2054-18, kohta 4.2.2. Ks. tapauksen keskivertokuluttajan käsittelystä tarkemmin jaksosta 4.2.

¹³⁵ HE 237/1992 vp, s. 14.

¹³⁶ Arvioinnissa on toisaalta huomioitava se, että tapauksessa KKO 2012:21 käsitelty riskin määrä ei ole verrannollinen vaikuttajamarkkinointiin. Tapauksessa asunto-osakeyhtiöihin liittyvän rahallisen riskin katsottiin rinnastuvan yritystoimintaan liittyvään riskiin, johon harrastajavaikuttajien toiminnan rahallista riskiä ei voida verrata.

korvaus eikä oikeusaputoimisto tällöin toimi elinkeinonharjoittajana taloudellisen hyödyn hankkimistarkoituksessa. Jos oikeudellista apua kuitenkin annetaan täyttää korvausta vastaan muulle kuin oikeusapuun oikeutetulle henkilölle, tulee kyseeseen asianajopalveluun verrattava elinkeinotoiminta. *Peltonen ja Määttä* katsoivat, että tapauksessa elinkeinonharjoittajan käsitettä tulkitessa myös neutraliteettiperiaate tulisi asettaa avainasemaan. Sen mukaan toiminnanharjoittajien harjoittaessa samanlaista toimintaa, ei heitä saisi asettaa erilaiseen asemaan myöskään KSL:n perusteella, ellei tästä olisi laissa nimenomaista säädetty.¹³⁷ Myös tämän tulkinnan voitaisiin katsoa tukevan sitä, ettei vaikuttajia tulisi KSL:n perusteella asettaa erilaiseen asemaan heidän harjoittaessaan samanlaista toimintaa.

Edelläkin käsitellysti KSL:n yleislain luonteesta johtuen lakia sovelletaan esimerkiksi sosiaalisen median alustasta, siellä tapahtuvasta markkinointitavasta tai markkinoivasta tahosta riippumatta. Yleislain luonteenkin puolesta voitaisiin katsoa, että markkinointisäännösten tulisi koskea kaikkia markkinoivia tahoja. Esimerkiksi *Paloranta* toteaa, että markkinointiin sovelletaan samoja sääntöjä riippumatta siitä, onko mainostaja vaikuttaja vai markkinoinnin ammattilainen, eikä hän näin ollen tee eroa harrastajavaikuttajan tai ammattimaisen vaikuttajan välillä.¹³⁸ Vaikuttajiin ja heidän sosiaalisen median tileihinsä viitataan alalla myös yhtenä medianä ja näin tekee myös Mainonnan eettinen neuvosto ratkaisukäytännössään. Markkinointivälineneutraliteetin johdosta voitaisiin katsoa, että piilomainontakiellon tulisi olla yhtenevä mediasta riippumatta ja soveltua kaikkeen markkinointiin. Tulkintaa puoltaa sekin, että edellä käsitellysti KSL:n elinkeinonharjoittajan käsite on tarkoitettu laajaksi. KSL:n esitöiden mukaan lailla on lisäksi pyritty mahdollisimman kattavaan sääntelyyn riippumatta siitä, kuka hyödykettä kuluttajille markkinoi. Edelleen esitöiden mukaan sääntely koskee paitsi kuluttajan kanssa välittömässä yhteydessä olevaa myyjää, myös tätä toimintaa avustavia tahoja, kuten mainostoimistoja.¹³⁹ Vaikuttaja ei ole rinnastettavassa myyjään, mutta laajaksi tarkoitettun käsitteen johdosta voitaisiin katsoa, että vaikuttaja kuitenkin on se taho, joka on välittömässä yhteydessä kuluttajaan ja yleisöön. Vaikuttajia on alalla kuvailtu myös yhden ihmisen mainostoimistoiksi.¹⁴⁰ Näin ollen vaikuttaja voitaisiin toisaalta lukea myös toimintaa avustavaksi tahoksi.

¹³⁷ *Peltonen – Määttä* 2015, s. 63–64.

¹³⁸ *Paloranta* 2019, s. 526.

¹³⁹ HE 8/1977 vp, s. 15.

¹⁴⁰ Ks. *Palokangas* 2019.

Ryhmittelyä ammattimaisiin ja harrastajavaikuttajiin voitaisiin kuluttajanäkökulmasta pitää jo lähtökohtaisestikin epätarkoituksenmukaisena, sillä kuluttaja ei tiedä, toimiiko vaikuttaja elinkeinonharjoittajana vai ei. Markkinoinnin tunnistettavuutta koskevien markkinointisääntönsien tarkoituksena on todetusti muun muassa pyrkimys suojata kuluttajaa eli estää piilomainontaa, joka voi vääristää kuluttajan kaupallista käyttäytymistä. Voitaisiin esittää, että eri sääntöjen soveltumista eri vaikuttajiin ei voida katsoa tukevan tätä tavoitetta. Samaa kantaa edustaa edellisessä kappaleessa käsitelty harrastajavaikuttajien vähintään yhtä suuri vaikuttavuuden aste. Toisaalta linjauksen ryhmittely perustuu KSL:iin ja sen soveltuvuuteen elinkeinonharjoittajilta kuluttajille. Huomionarvoista tämän osalta on se, että käsitellyt ja sovellettavat KSL:n säännökset ja niitä koskevat esityöt ovat jopa 70-luvulta, eivätkä ne välttämättä suoranaisesti enää sovellu modernisoituihin markkinointikeinoihin.

3.3 Kokoavia havaintoja vaikuttajamarkkinoinnin erityispiirteistä

Vaikuttajamarkkinoinnissa pääsääntöisesti vaikuttaja ja markkinoiva yritys sopivat kaupallisesta yhteistyöstä, jossa yritys maksaa vaikuttajalle tavalla tai toisella näkyvyydestä vaikuttajan sosiaalisen median kanavissa. Kaupallinen yhteistyö on aina markkinointia ja se tulee merkitä piilomainontakieltoa noudattaen. Vaikuttajamarkkinointi käsittää kaupallisten yhteistöiden lisäksi muun muassa vaikuttaja-PR:än, jossa yrityksen ja vaikuttajan välillä ei ole sopimusta markkinoinnista. Eron tekeminen on merkityksellistä, kun seuraavaksi siirrytään käsittelemään sitä, kuinka vaatimus markkinoinnin tunnistettavuudesta voidaan täyttää vaikuttajamarkkinoinnissa.

Vaikuttajamarkkinoinnin erityispiirteistä on hyvä pitää mielessä sen taustalla olevat syyt. Vaikuttajamarkkinointi hyödyntää todetusti aspektia, jossa mainonta ei vaikuta kaupalliselta. Näiden seikkojen lisäksi vaikuttajamarkkinointia ja sen suhdetta piilomainontaan hankaloittaa se, että vaikuttajan työ perustuu korkeaan vaikutusasteeseen, johon vaikuttaa muun muassa se, että sisältö on laadittu mahdollisimman ei-kaupalliseen muotoon. Näiden taustojen voidaan katsoa vaikuttavan olennaisesti edellä käsiteltyihin piilomainonnan arviointiperusteisiin, kuten siihen, että mainos on heti tunnistettava mainokseksi ja se on erotettava muusta toimituksellisesta aineistosta.

Markkinoivan yrityksen ja vaikuttajan lisäksi vaikuttajamarkkinointiin osallisena voi olla myös muita toimijoita, joka on merkityksellistä, kun myöhemmin päästään käsittelemään vastuun kohdistamista vaikuttajamarkkinoinnin toimijoihin. Vastuukysymyksiin vaikuttaa

myös vaikuttajan yleisön koko, sillä se on usein merkittävässä asemassa siihen, katsotaanko vaikuttaja harrastajavaikuttajaksi vai ammattimaiseksi vaikuttajaksi. Tällä on merkitystä arvioitaessa sitä, voidaanko KSL:n alaisia seuraamuksia kohdistaa vaikuttajaan, jos tämä katsotaan vastuulliseksi piilomainonnasta.

4 MARKKINOINNIN TUNNISTETTAVUUS VAIKUTTAJAMARKKINOINNISSA

4.1 Vaikuttajamarkkinointiin soveltuva piilomainontakielto ja sitä koskevat arviointiperusteet

Vaikuttajamarkkinoinnin ollessa markkinointia, sovelletaan siihen luonnollisesti piilomainontakieltoa. Lisäksi sen arvioinnissa tulee ottaa huomioon edellä käsitellyt arviointiperusteet. Markkinointivälineneutraliteetti arviointiperusteena toteutetaan todetessa, että sen johdosta piilomainontakielto koskettaa myös vaikuttajamarkkinointia. Lisäksi arviointi tulee tehdä keskivertokuluttajan näkökulmasta. Muiden arviointiperusteiden mukaisesti vaikuttajamarkkinointi on ensinnäkin pystyttävä erottamaan muusta toimituksellisesta aineistosta. Toiseksi kuluttajan eli vaikuttajan seuraajan on pystyttävä tunnistamaan vaikuttajamarkkinointi mainokseksi nopealla silmäyksellä. Lisäksi arviointiperusteena huomioidaan, onko vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnalla ollut vaikutusta keskivertokuluttajan kykyyn tehdä perusteltu kaupallinen ratkaisu.

Vaikuttajamarkkinoinnin piilomainontakiellon arvioinnissa on syytä kiinnittää huomiota myös vaikuttajamarkkinoinnin erityispiirteisiin ja erityisesti edellä käsiteltyihin vaikuttajamarkkinointia koskeviin vaikuttavuuden tunnusmerkkeihin. Reach ja resonance -tunnusmerkit määrittävät vaikuttavuutta kuluttajien tavoitettavuuden ja sisällön leviämisen kautta. Relevance -tunnusmerkki puolestaan käsittää vaikuttavuutta auktoriteetin ja relevantin mainostajan kautta. Relationships -tunnusmerkki taas käsittää sisällön autenttisuuden vaikuttavuutta eli sitä, että mainos on luotu mahdollisimman ei-kaupalliseksi. Todetusti vaikuttavuuden tunnusmerkit korreloivat keskenään. Voitaisiin esittää, että reach ja resonance -tunnusmerkit määrittävät mainonnan tavoittamaa kuluttajajoukkoa ja relevance ja relationships -tunnusmerkit puolestaan määrittävät sitä, kuinka vaikuttavana kuluttaja kokee mainosisällön.

Euroopan unionin tuomioistuin tai kansallinen tuomioistuin ei ole vielä antanut ratkaisua vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvistä piilomainonnasta. Ruotsin oikeuskäytäntö tarjoaa merkittävän tulkinta-avun arviointiperusteiden soveltamisesta vaikuttajamarkkinointiin. Tätä voidaan edelläkin todetusti perustella sillä, että KSL:illa on vahva pohjoismainen lainsäädäntöpohja ja sen tulkinnassa on jo pitkään tukeuduttu Ruotsalaiseen

oikeuskäytäntöön.¹⁴¹ Ruotsin vaikuttajamarkkinointia koskeviin tapauksiin on lisäksi sovellettu säännöksiä, jotka vastaavat pitkälti suomalaisia säännöksiä.¹⁴² Luonnollisesti nämä säännökset pohjautuvat myös EU-oikeuteen, joka on huomioitava kansallista oikeutta sovellettaessa.¹⁴³ Erityisesti arviointiperusteiden tulkinnassa tukeudutaan Ruotsin ylemmän patentti- ja markkinointituomioistuimen (Patent- och marknadsöverdomstolen) ensimmäiseen tuomioistuintasoiseen vaikuttajamarkkinoinnin piilomainontakieltoa koskevaan ratkaisuun PMT 2054-18 (Alexandra Media -tapaus). Tapauksessa vaikuttaja ensinnäkin ylläpiti ja vastasi vaikuttajan sosiaalisen median sisällöstä yrityksensä Alexandra Median kautta. Vaikuttajan yrityksen katsottiin syyllistyneen piilomainontaan, kun matkapuhelimien välitystä markkinoivan yrityksen puolesta tehty blogikirjoitus ja Instagram-kuvajulkaisu ei täyttänyt markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta. Tapauksessa arvioitiin myös sitä, voitiinko vaikuttajan yritystä pitää vastuussa piilomainonnasta.¹⁴⁴ Tapaukseen piilomainontaa koskevaan arviointiin syvennytään tarkemmin arviointiperustekohtaisesti, kun seuraavaksi siirrytään tarkastelemaan arviointiperusteiden ja markkinointimuodon erityispiirteiden soveltumista vaikuttajamarkkinointiin.

4.2 Keskivertokuluttaja vaikuttajamarkkinoinnissa

Piilomainontaa arvioidaan keskivertokuluttajan näkökulmasta, jonka oletetaan todetusti olevan valistunut, kohtuullisen tarkkaavainen ja huolellinen.¹⁴⁵ Piilomainontaa arvioitaessa tarkasteluun otetaan toisin sanoen keskivertokuluttaja, joka on altistunut vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnalle. Alexandra media -tapauksessa keskivertokuluttajan arvioitiin ensinnäkin olevan ruotsalainen nuori nainen, koska suurin osa Alexandra Median seuraajista oli nämä kriteerit täyttäviä. Lisäksi tämä oli se kohderyhmä, jonka markkinoiva yritys oli tapauksessa halunnut tavoittaa ja täten valinnut Alexandra Median vaikuttajamarkkinointinsa toteuttajaksi. Tuomioistuin kiinnitti tapauksessa huomiota siihen, että UCP-direktiivin

¹⁴¹ Viitanen 2017, s. 25. Vuoden 1978 KSL perustuu muissa Pohjoismaissa voimaan tulleeseen markkinointioikeudelliseen lainsäädäntöön. Ks. myös Peltonen – Määttä 2015, s. 3.

¹⁴² Marknadsföringslagen (2008:486) 9 §: ”All marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Det ska också tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen. Detta gäller dock inte framställningar vars enda syfte är att skapa uppmärksamhet inför uppföljande framställningar”. Säännöstä luetaan UCP-direktiivin 7 ja 5 artiklan 4 kohdan a alakohdan valossa; PMT 2054-18, kohta 4.2.1. Ks myös kieltopäätöksestä Marknadsföringslagen (2008:486) 23 § ja 26 § tarkemmin kappaleesta 5.2.

¹⁴³ Viitanen 2017, s. 19.

¹⁴⁴ Vastuun arviointiperusteiden osalta tapaukseen syvennytään tarkemmin luvussa 6 ja seuraamuskeinoon luvussa 5.

¹⁴⁵ HE 32/2008 vp, s. 13, 22. Esityöt noudattavat UCP-direktiivin 18 kohtaa ja 5 artiklan 2b kohtaa ja unionin oikeuskäytännön tapausta C-210/96, jonka mukaan kansallisten tuomioistuinten on huomioitava valistuneen, kohtuullisen tarkkaavaisen ja huolellisen keskivertokuluttajan oletetut odotukset.

tavoitteena on korkeatasoisen kuluttajansuojan saavuttaminen, jonka vuoksi keskivertokuluttajan käsitettä ei saisi rajoittaa liian suppeaksi. Lisäksi huomioon otettiin se, ettei kohderyhmää voi yksistään rajoittaa vaikuttajien seuraajiin, sillä heidän sosiaalisen median tilit ovat avoimia kaikille. Näin ollen keskivertokuluttajan erityispiirteiksi määritettiin lisäksi se, että nuoret ovat aktiivisia ja kokeneita erilaisten sosiaalisten medioiden käyttäjiä. Tuomioistuimen mukaan keskivertokuluttaja käyttää sosiaalisen median sisältöä melko valikoivasti ja esimerkiksi pysähtyy vasta sellaisen sisällön kohdalle, joka herättää hänessä kiinnostusta. Lisäksi sosiaalista mediaa käyttävien katsottiin olevan tottuneita lukemaan englanniksi sekä olevan ainakin jossain määrin tietoisia siitä, että vaikuttajan sisältö on kaupallista.¹⁴⁶ Avoimista sosiaalisen median tileistä johtuvaa kohderyhmän tarpeeksi suurta laajuutta voitaisiin pitää perusteltuna myös siitä syystä, että vaikuttajien vaikuttavuus koostuu muun muassa reach ja resonance -tunnusmerkkeistä eli saavutetusta yleisömäärästä. Tämän lisäksi voitaisiin esittää, että keskivertokuluttajan käsitettä ei saisi rajoittaa liian suppeaksi myöskään siitä syystä, että myös erityissuojelua tarvitsevilla ryhmillä on pääsy avoimiin sosiaalisen median tileihin.

MEN on useissa piilomainontakieltoa koskevissa ratkaisuissaan arvioinut, onko sosiaalisen median alustalla julkaistu mainos ollut selvästi tunnistettavissa mainokseksi keskivertokuluttajalle. Lausunnoissa ei kuitenkaan ole avattu tai käsitelty keskivertokuluttajan käsitettä tämän tarkemmin, jonka johdosta MEN:in ratkaisut eivät tarjoa asiaan lisää tulkintaperusteita.¹⁴⁷

4.3 Vaikuttajamarkkinoinnin erottaminen muusta toimituksellisesta aineistosta

Pohjoismaisten kuluttaja-asiamiesten piilomainontaa koskevan linjauksen mukaan yksityishenkilöt käyttävät sosiaalisen median alustoja normaalisti henkilökohtaiseen tiedonvaihtoon. Linjauksen mukaan sähköisessä mediassa toimituksellisen sisällön ja mainonnan erottaminen toisistaan on entistä vaikeampaa, jonka johdosta markkinoinnin tunnistettavuuteen tulisi kiinnittää erityistä huomiota.¹⁴⁸ Linjaus ei avaa, mitä muulla toimituksellisella sisällöllä tarkoitetaan. Sosiaalisille medioille ominaista on kuitenkin, että saatavilla ja näkyvillä on useiden eri käyttäjien sisältöä. Toisin sanoen sosiaalista mediaa ei välttämättä selata käyttäjäkohtaisesti, vaan esimerkiksi Youtuben etusivulla on nähtävissä kymmeniä eri käyttäjien

¹⁴⁶ PMT 2054-18, kohta 4.2.2.

¹⁴⁷ Myöskään kuluttaja-asiamiehen linjaukset eivät käsittele keskivertokuluttajan käsitettä.

¹⁴⁸ Pohjoismaiden linjaus piilomarkkinoinnista 2016, kohta 1.

videoita. Näin ollen voitaisiin esittää, että kaupallinen aineisto pitäisi olla erotettavissa kaikesta sosiaalisen median alustalla näkyvästä sisällöstä.

Kaupallisen sisällön erottumista muusta toimituksellisesta aineistosta arvioitiin Alexandra Media -tapauksessa. Tapauksessa tuomioistuin kiinnitti ensinnäkin huomiota siihen, että blogin ja Instagram-tilin kaupallinen sisältö poikkesi muusta vaikuttajan tuottamasta sisällöstä. Sisällössä on kaupallista aineistoa, mutta myös muuta toimituksellista aineistoa, josta vaikuttajalle ei ollut maksettu. Tämän johdosta tuomioistuimen mukaan markkinoinnin tunnistettavuudelle oli asetettava korkeita vaatimuksia, jotta keskivertokuluttaja kykenisi erottamaan kaupallisen sisällön muusta vaikuttajan tuottamasta sisällöstä.¹⁴⁹ Toisin sanoen tuomioistuin katsoi, että vaikuttajamarkkinoinnissa toimituksellisen sisällön erottamisella viitataan siihen, että kaupallinen materiaali tulee erottaa muusta vaikuttajan tuottamasta omasta sisällöstä.

Toinen vaikuttajamarkkinoinnin kannalta merkittävä ratkaisu on Ruotsin patenti- ja markkinatuomioistuimen käsittelemä tapaus PMT 798-19 (Kenza-tapaus).¹⁵⁰ Tapausta voidaan pitää merkittävänä rajanvetäjänä siihen, mikä vaikuttajan sisältö katsotaan kaupallisen yhteistyön sijasta vaikuttajan omaksi toimitukselliseksi aineistoksi. Tapauksessa markkinoiva yritys oli maksanut vaikuttajalle kahden julkaisun tekemisestä sekä matkan Zanzibarille, jossa kuvat kaupallisen yhteistyön julkaisuja varten otettiin. Kaupallisten julkaisujen lisäksi vaikuttaja oli julkaissut matkalta useampaan sosiaalisen median kanavaan runsaasti muitakin sisältöä, jossa näkyi markkinoivan yrityksen tuotteita. Tuomioistuimen mukaan vaikka vaikuttaja on saanut palkkiona matkan, ei tämä kuitenkaan tarkoita sitä, että kaikki hänen tuottamansa sisältö matkalta on katsottava markkinoinniksi. Tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että muussa tapauksessa vaikuttaja voisi itsenäisesti merkitä julkaisuja markkinoinniksi, vaikka siitä ei tosiasiallisesti olisi yrityksen kanssa sovittu. Tuomioistuin katsoi, että markkinointi tulee määrittää sen pohjalta, mitä yrityksen ja vaikuttajan välillä on joko nimenomaisesti tai vähintään implisiittisesti sovittu.¹⁵¹

¹⁴⁹ PMT 2054-18, kohta 4.2.4.

¹⁵⁰ Tutkielman kirjoitushetkellä tapaus oli kuluttaja-asiamiehen valituksesta edennyt ylempään patenti- ja markkinatuomioistuimeen, jonka johdosta tapaus ei ole lopullinen.

¹⁵¹ PMT 798-19, sid 18-19.

Tapaus ensinnäkin osoittaa, että vaikuttajan tuottamaksi kaupalliseksi sisällöksi voidaan katsoa vain sisältö, josta on sovittu yrityksen ja vaikuttajan välillä. Toiseksi tapaus osoittaa, että tämä kaupallinen sisältö tulee erottaa vaikuttajan omasta muusta sisällöstä. Tämän riittävyys voitaisiin kyseenalaistaa sen edellä käsitellyn näkökohdan mukaan, että kuluttajan näkyvillä voi kerralla olla useiden eri käyttäjien sisältöä. Tämän johdosta voitaisiin esittää, että arvioidessa kaupallisen sisällön erottamista muusta toimituksellisesta aineistosta huomioon tulisi ottaa myös se, että kaupallinen sisältö tulisi olla erotettavissa myös kaikesta sosiaalisen median alustalla näkyvissä olevasta sisällöstä. Molempien seikkojen huomiointia puoltaa myös se, että relationships -tunnusmerkin autenttisuus määrittää vaikuttajamarkkinoinnin vaikuttavuuden astetta. Kun autenttisuudella pyritään nimenomaan siihen, ettei mainos olisi tunnistettavissa mainokseksi, korostuu vaatimus markkinoinnin erottamisesta muusta toimituksellisesta aineistosta entisestään.

4.4 Vaatimus mainonnan tunnistamisesta ensisilmäyksellä

4.4.1 Mainostunniste

Alexandra Media -tapauksessa tuomioistuimien katsoi, ettei julkaisussa käytetyt mainostunnistukset olleet omiaan viestittämään kuluttajalle julkaisujen kaupallista luonnetta. Tuomioistuimien kiinnitti ensinnäkin huomiota käytettyihin sanamuotoihin eikä ilmaisun ”yhteistyössä” (”i samarbete med” ja ”cooperation”) katsottu olevan riittävä ilmaisemaan sisällön kaupallista tarkoitusta. Tätä tuomioistuin perusteli sillä, ettei ilmaisu sisällä tietoa siitä, onko sisällöstä maksettu tavalla tai toisella.¹⁵² Myös MEN on ottanut lukuisissa lausunnoissaan kantaa mainostunnisteen muotoon. Esimerkiksi tapauksessa MEN 30/2019 oli kyse Instagram-julkaisusta, jonka kuvatekstissä luki muun muassa ”Cocopandassa alkaa tänään pääsiäisale – kurkkaa minun vinkkini tähän blogin puolelta! Lisäksi sain mahdollisuuden arpoa yhdelle onnekkaalle 50 € lahjakortin”. Tekstin lopussa yhtenä hashtag merkintänä on ”#blogiyhteistyö”. Tapauksessa neuvosto katsoi, ettei hashtag merkintä ollut riittävä ilmaisu viestittämään blogin kaupallisesta luonteesta sanamuotonsa tai sijaintinsa vuoksi. Neuvosto päätyi samankaltaiseen lopputulokseen myös tapauksessa MEN 21/2020, jossa Instagram kuvajulkaisun tekstikentän lopussa olevan hashtag merkinnän ”#kaupallinenyhteistyö” ei katsottu

¹⁵² PMT 2054-18, kohta 4.2.4.

täyttävän piilomainontakieltoa.¹⁵³ Myös kuluttaja-asiamiehen linjauksen mukaan pelkkien hashtagien käyttäminen taikka tuotteista kiittäminen ei ole riittävä merkintätapa.¹⁵⁴



Kuvio 1. Kuvakaappaus @saratickle käyttäjätunnuksen Instagram kuvajulkaisun mainostunnisteesta 16.04.2021, kuva julkaistu 10.02.2021.

Kuvio 2. Kuvakaappaus @ennasofi käyttäjätunnuksen Instagram kuvajulkaisun mainostunnisteesta 16.04.2021, kuva julkaistu 20.01.2021.

Kuvion 1 mukaista mainostunnistetta ”kaupallinen yhteistyö: @jymyicecream” ja kuvion 2 mukaista mainostunnistetta ”mainos yrityksen @matto.fi kanssa” voi nähdä paljon sosiaalisessa mediassa. Useiden neuvoston tapauksien perusteella ilmaisua ”mainos” voidaan pitää sopivana mainostunnisteena.¹⁵⁵ Ilmaisen ”kaupallinen yhteistyö” ymmärrettävyyttä ei ole käsitelty oikeuskäytännössä. Kuluttaja-asiamiehen linjauksen mukaan sitä on kuitenkin

¹⁵³ Ks myös MEN 19/2020; MEN 32/2020.

¹⁵⁴ Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa, 2019, kohta 3.4.1.

¹⁵⁵ Ks. esimerkiksi MEN 2/2021, MEN 4/2021 ja MEN 5/2021.

pidetty hyväksyttävänä tunnisteena.¹⁵⁶ Alexandra Media -tapauksessa tuomioistuin totesi, että keskivertokuluttajan voidaan olettaa ymmärtävän mainostunnisteen ”sponsoroitu sisältö” tai ”sponsoroitu julkaisu” (”sponsored post”, ”sponsored inlägg”) kaupallinen tarkoitus. Mainostunnisteita voi Suomessa nähdä käytettävänä myös englannin kielisinä, vaikka vaikuttajan muu sisältö tai kuvateksti olisi muuten suomenkielinen. Kuluttaja-asiamiehen linjauksen mukaan merkinnät tulisi tehdä samalla kielellä, jolla sisältö on tuotettu.¹⁵⁷ Toisaalta sekä Kenza että Alexandra Media -tapauksissa tuomioistuin totesi keskivertokuluttajan osalta, että kuluttaja on tottunut lukemaan sisältöä myös englanniksi.

Koska Alexandra Media -tapauksen mukaisesti keskivertokuluttajan voidaan olettaa olevan jossain määrin tietoinen vaikuttajan kaupallisesta sisällöstä, voitaisiin kuvioiden 1 ja 2 mainostunnisteiden katsoa täyttävän mainostunnisteen tunnistettavuuden vaatimuksen. Ilmaisua kaupallisesta yhteistyöstä käytetään paljon, jonka johdosta keskivertokuluttajien voitaisiin olettaa ymmärtävän sen kaupallinen tarkoitus Alexandra Media -tapauksen ”sponsoroidun sisällön” tunnistetta vastaavasti. Tätä voitaisiin olettaa myös mainostunnisteiden englanninkielisiltä versioilta. Toisaalta vaikuttajien sisältö on avointa myös esimerkiksi alaikäisille, jolloin tunnistettavuuden vaatimus korostuu. Näin ollen voitaisiin esittää, että ilmaisu kaupallisesta tarkoituksesta tulisi olla mahdollisimman selkeä ja samalla kielellä toteutettu ilmaisu voisi täyttää tämän vaatimuksen parhaiten.

Kielellisen ilmaisun lisäksi tunnistettavuudessa tulee huomioida myös mainostunnisteen koko ja muotoilu. Alexandra Media -tapauksen blogikirjoituksessa mainostunniste oli kirjattu vaaleanpunaiselle kaistaleelle ja kirjasinkoko oli huomattavasti pienempi kuin pääotsikko. Tuomioistuin katsoi, ettei merkintä ollut omiaan kiinnittämään keskivertokuluttajan huomiota. Merkinnän tulisi tuomioistuimen mukaan olla sellainen, että sen pitäisi erottua tekstistä kuluttajan selatessa tai vierittäessä tekstiä.¹⁵⁸ Myös MEN on kiinnittänyt huomiota mainostunnisteen kokoon ja muotoiluun. Tapauksessa MEN 2/2021 oli esimerkiksi kyse vaikuttajan Instagram-tilin Story-osiossa julkaistuista kuvista, jotka esittelevät vauvan sänkyä.¹⁵⁹ Julkaisu sisälsi myös tekstin ”this has been my dream bed since it’s the most beautiful baby bed I’ve seen”. Julkaisun yläkulmassa on pienikokoinen teksti, jossa lukee

¹⁵⁶ Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa, 2019, kohta 3.4.1.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ PMT 2054-18, kohta 4.2.4.

¹⁵⁹ Story -osion julkaisut ovat näkyvillä vain 24 tuntia ja yhden siinä julkaistun videon enimmäispituus on 15 sekuntia.

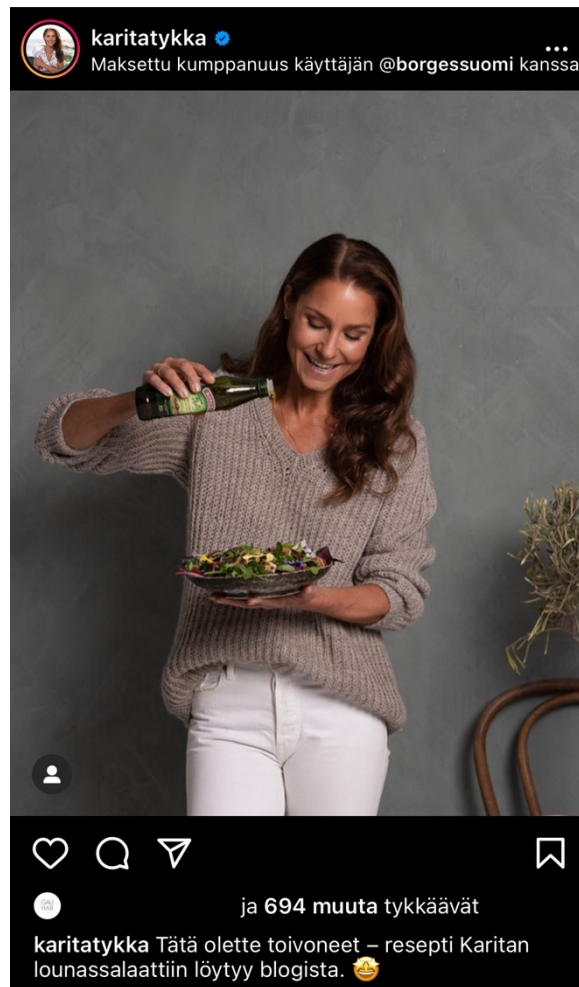
”Kaupallinen yhteistyö @stokkebaby”. Mainostunniste ei kuitenkaan näkynyt kuluttajalle, koska teksti jäi älypuhelimien näytöllä vaikuttajan käyttäjänimen alle. Tästä johtuen neuvosto katsoi, ettei julkaisu täyttänyt markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta.



Kuvio 3. Kuvakaappaus @sofiaruutu käyttäjätunnuksen Instagram Story -osion videojulkaisun mainostunnisteesta 29.03.2021, video julkaistu 28.02.2021.

Edellä esitetyn perusteella kuvion 3 mainostunnisteen tunnistettavuus voitaisiin asettaa kyseenalaiseksi. Voitaisiin katsoa, ettei mainostunnisteen pieni koko tai taustan kanssa lähes saman värinen teksti ole omiaan kiinnittämään keskivertokuluttajan huomiota. Koon ja muotoilun lisäksi tunnistettavuudessa arvioitavana voi olla myös mainostunnisteen asettelu. Alexandra Media -tapauksessa bloginjulkaisun mainostunnistetta ei ollut sijoitettu heti tekstin alkuun, vaan kolmannelle riville otsikon ja alaotsikon jälkeen. Instagram-julkaisussa mainostunniste puolestaan oli kuvatekstin kuudennella rivillä. Tuomioistuimen mukaan kuluttajan ei tulisi joutua lukemaan koko julkaisua huomatakseen, että kyse on

markkinoinnista.¹⁶⁰ Näin ollen mainostunniste tulisi olla heti julkaisun alussa, jotta kuluttaja voisi heti ensimmäisellä silmäyksellä huomata, että sisältö on markkinointia. Myös MEN on lausuntokäytännössään päätenyt samaan lopputulokseen. Esimerkiksi tapauksessa MEN 4/2018 kiinnitti huomiota siihen, että mainostunnisteen tulee olla heti ensimmäisenä tieto siitä syytä, että se mitä kuluttaja näkee julkaisusta, vaihtelee käytettävän laitteen ja selaustavan mukaan.¹⁶¹ Kuluttajan käyttämä laite ei toisin sanoen saa vaikuttaa markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen toteutumiseen. Kuvion 3 mainostunniste on julkaisun yläreunassa eli käytännössä heti julkaisun alussa. Kun sijoittelun tarkoituksena on kuitenkin mainostunnisteen erottuminen sisällöstä ensisilmäyksellä, ei kuvion 3 muotoilun voida katsoa täyttävän tätä tehtäväänsä.



¹⁶⁰ PMT 2054-18, kohta 4.2.4.

¹⁶¹ Tapauksessa oli kyse huippu-urheilijan Instagramissa julkaisemasta kuvasta. Urheilija hiihtää kuvassa ja kuvan etualalla on markkinoivan yrityksen tuotteita. Julkaisun tekstiosuudessa lukee ”#imfast Oletko sinäkin!? Kommentoi, missä asiassa sinä olet nopea ja osallistut kahden Fast-tuotepaketin arvontaan (yhden paketin arvo n.60€). Aikaa osallistua pe 15.12. klo 15 asti. Voittajat ilmoitetaan tämän postauksen kommentteissa ja @fast-finland on heihin yhteydessä yksityisviestillä. Onnea arvontaan! This draw is valid only in Finland, but you can also comment below in which things you are fast?! #imfast #fastfinland #fastsportsnutrition”.

Kuvio 4. Kuvakaappaus @karitatykka käyttäjätunnuksen Instagram kuvajulkaisun mainostunnisteesta 16.04.2021, kuva julkaistu 12.03.2021.

Mainostunnistetta koskevat vaatimukset voitaisiin tiivistää MEN:in ratkaisuille, joissa käsiteltiin Instagramin yli 10 000 seuraajaa omaaville vaikuttajille luodun merkintätyökalun riittävyyttä mainostunnisteena. Merkintätyökalun avulla julkaisun yläreunaan saa kuvion 4 yläreunassa näkyvän tekstin ”Maksettu kumppanuus käyttäjän @borgessuomi kanssa”. Tapauksessa MEN 34/2020 mainostunnisteena oli käytetty ainoastaan merkintätyökalua ja MEN katsoi, ettei sen käyttäminen täyttänyt vaatimusta markkinoinnin tunnistettavuudesta. Neuvoston mukaan tekstin fontti on yhtenevä julkaisun muun tekstin kanssa, fonttikoko on pienempi kuin julkaisun muun tekstin fonttikoko ja teksti on värityksensä osalta huomiota herättämätön. Näistä syistä merkintätyökalun käyttö ei mainostunnisteena ollut omiaan kiinnittämään lukijan huomiota tämän tarkastellessa julkaisua. Myös tapauksessa MEN 4/2019 oli kyse merkintätyökalun käytöstä.¹⁶² Tapauksessa neuvosto kiinnitti huomiota siihen, että merkintätyökalua käytettäessä merkintä näkyy tietyillä älypuhelimilla tai tietokoneella vain osittain. Neuvoston tulkinnan mukaan merkintätyökalun ilmaisu maksetusta kumppanuudesta ei myöskään ollut tarpeeksi ymmärrettävä. Tapauksessa MEN 20/2020 oli käytetty merkintätyökalua ja kuvatekstin loppuun oli kirjoitettu ilmaisu ”@luvnorth:in sponsorimasta Trio-kaulakorusta on tullut ihan mun lemppari!”. MEN katsoi, ettei merkintätyökalu yhdessä tekstin kanssa ole riittävä tapa markkinoinnin tunnistettavuuden varmistamiseksi, ellei ilmoitus mainoksesta ja markkinoijasta ole heti tekstin alussa.

Yllä selvitettyjen seikkojen pohjalta voitaisiin katsoa, ettei kuvion 4 mainostunniste ole tunnistettavissa ensisilmäyksellä, koska julkaisun kuvatekstin alussa ei ole selkeällä ilmaisulla todettu, että kyseessä on mainos. Tämän lisäksi mainostunniste on tunnistettavissa ensisilmäyksellä, kun se on kokonsa ja muotoilunsa puolesta sellainen, että se erottuu heti muusta sisällöstä. Näiden vaatimusten tulisi toteutua kanavasta tai sosiaalisen median kanavasta riippumatta.¹⁶³ Kuluttaja-asiamiehen linjaus vaikuttajamarkkinoinnista sosiaalisessa

¹⁶² Tapauksessa oli kyse Instagram kuvajulkaisusta, jonka kuvatekstissä kuvailtiin markkinoivan yrityksen tuotteita. Julkaisu ei sisältänyt mainostunnistetta, mutta siinä oli käytetty Instagramin merkintätyökalua.

¹⁶³ Esimerkiksi Instagramin Story -osion julkaisut ovat näkyvillä vain 24 tuntia ja yhden siinä julkaistun videon enimmäispituus on 15 sekuntia. Videoiden lyhyen keston vuoksi videoita julkaistaan usein monta peräkkäin. Nopeasti vaihtuvan sisällön johdosta voitaisiin katsoa, että mainonnan tunnistettavuuden vaatimus korostuu. Samoilla linjoilla on myös kuluttaja-asiamiehen linjaus ja MEN; Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa

mediassa sisältää vielä yksityiskohtaisia ohjeita siihen, kuinka piilomainontakiellon on katsottu täyttyvän käytännössä kanavakohtaisesti.¹⁶⁴ Relationships -tunnusmerkin voitaisiin todeta vaikeuttavan vaikuttajamarkkinoinnin ensisilmäyksellä tunnistettavuutta, kun mainosisältö pyritään luomaan mahdollisimman autenttiseksi osaksi vaikuttajan muuta sisältöä. Näin ollen voitaisiin katsoa, että arviointiperusteena myös ensisilmäyksellä tunnistettavuuden merkitys korostuu.

4.4.2 Tieto markkinoivasta yrityksestä

Tapauksessa MEN 17/2019 neuvosto otti kantaa Youtubessa julkaistuun videoon, jossa vaikuttajat esittelevät asuntoaan. Videon alussa oleva teksti ”sisältää maksettua mainosisältöä” oli esillä 20 sekunnin ajan ja videon alapuolella oli teksti ”video on toteutettu kaupallisessa yhteistyössä Desenion kanssa”. Neuvosto kiinnitti huomiota siihen, ettei teksti kuitenkaan välttämättä näy kuluttajalle, jos videota jaetaan tai jos sitä katsellaan matkapuhelimella. Lisäksi tieto markkinoivasta yrityksestä Deseniosta kerrottiin videolla vasta noin viiden ja puolen minuutin kohdalla suullisesti. ICC:n markkinointisäännöissä vaatimus markkinoivan yrityksen tunnistettavuudesta on todetusti eriytetty 8 artiklaan ja tapauksessa neuvosto katsoi, että vaikuttajamarkkinoinnissa oli toimittu sekä 8 artiklan että mainonnan tunnistettavuutta koskevan artiklan 7 vastaisesti.¹⁶⁵

Tapauksessa MEN 47/2019 oli puolestaan kyse Instagramissa julkaistusta kuvasta, jossa mies ja nainen poseeraavat suussaan hampaidenvalkaisulaitteet. Kuvatekstin lopussa oli merkinnät ”#hammaslammas #hampaidenvalkaisu” sekä maininta ”Tää setti löytyy hammaslammas.fi”. Neuvosto totesi ratkaisussa melko yksioikoisesti, ettei julkaisu ollut omiaan täyttämään vaatimusta markkinoinnin tunnistettavuudesta. Neuvosto ei siis maininnut, että mainos olisi ollut myös 8 artiklan vastainen. Myös Alexandra Media -tapauksen julkaisuissa oli palvelun esittelyn yhteydessä mainittu ainoastaan yrityksen nettisivujen osoite ”mobil-pengar.se”. Tuomioistuimien katsoi, että tieto viestitti keskivertokuluttajalle julkaisun

mediassa, 2019, kohta 3.4.1. MEN:in osalta ks. esimerkiksi MEN 11/2019 ja MEN 16/2019. Blogitekstien osalta ks. esim MEN 8/2019; MEN 9/2019; MEN 10/2019; MEN 29/2019.

¹⁶⁴ Esimerkiksi Youtubessa mainonnan tunnistettavuuden vaatimus voidaan täyttää siten, että heti videon alkuun sijoitetaan mainostunnisteen sisältävä erillinen tekstibanneri. Linjauksen mukaan pelkkä suullinen ilmoitus mainoksesta ei riitä, sillä videoita katsellaan usein ilman ääniä. Tämän lisäksi mainostunniste tulee sijoittaa heti videon alla näkyvään kuvauskenttään. Myös Youtubessa on oma merkintätyökalu tekstillä ”sisältää maksettua mainosisältöä”. Linjauksen mukaan tämän käyttö ei yksin ole riittävää, sillä teksti ei sisällä tietoa markkinoivasta yrityksestä; Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa, 2019, kohta 3.4.2.

¹⁶⁵ Neuvosto katsoi myös tapauksissa MEN 8/2018 ja MEN 35/2018, ettei kirjallista tai suullista tietoa mainoksesta ollut heti videon alussa.

kaupallisesta luonteesta eikä nettisivu myöskään ollut sekoitettavissa toiseen samanlaista palvelua tarjoavaan yritykseen.¹⁶⁶ Näin ollen tapauksessa markkinoivan yrityksen ilmoittamisen osalta katsottiin, että ”mobilpengar.se” oli riittävä osoittamaan markkinoivan yrityksen tunnistettavuuden.

Kuvioissa 1 mainostunnisteena oli ”kaupallinen yhteistyö: @jymyicecream” ja kuviossa 2 ”mainos yrityksen @matto.fi kanssa”. Merkintä markkinoivasta yrityksestä on samalla tieto markkinoivan yrityksen sosiaalisen median tilistä, josta pääsee siirtymään yrityksen nettisivuille. Kun keskivertokuluttaja on tottunut sosiaalisen median käyttäjä ja tietoinen kaupallisesta sisällöstä, voitaisiin keskivertokuluttajan katsoa ymmärtävän kuvion 1 ja 2 mainostunnisteiden viittaavan markkinoivaan yritykseen. Lisäksi kuluttaja-asiamiehen linjauksen mukaan julkaisussa markkinoivan yrityksen nimenä voidaan käyttää myös sellaista nimeä, jolla kuluttajat tuntevat markkinoivan yrityksen paremmin.¹⁶⁷ Markkinoivien yritysten sosiaalisen median tilit lähes poikkeuksetta vastaavat yrityksen käyttämää nimeä ja sosiaalisen median keskivertokuluttajan voitaisiin olettaa tunnistavan markkinoivan yrityksen sen sosiaalisen median käyttäjätunnuksen avulla. Tunniste ei myöskään voi olla sekoitettavissa toiseen yritykseen, kun esimerkiksi kuvion 2 tunniste @matto.fi ohjaa käyttäjän suoraan matto.fi yrityksen sosiaalisen median tilille.

Kuluttajansuojalain 2 luvun 4 §:n mukaan markkinoinnista on käytävä selkeästi ilmi sen kaupallinen tarkoitus sekä se, kenen lukuun markkinoidaan. Lain sanamuodosta on suoraan luettavissa, että mainostunnisteen ja tiedon markkinoivasta yrityksestä on oltava selkeitä. Tämän pohjalta voidaan olettaa, että myös tiedon markkinoivasta yrityksestä tulee olla edellä käsitellyn mainostunnisteen vaatimusten mukainen. Voitaisiin siis esittää, että mikäli tapauksessa MEN 17/2019 mainostunniste olisi muuten ollut edellä esitettyjen vaatimusten mukainen ja ”hammaslammak.fi” olisi ollut heti julkaisun alussa, olisi mainostunniste kokonaisuudessaan ollut tunnistettavissa ensisilmäyksellä. Edellä esitetyn pohjalta kuvioiden 1 ja

¹⁶⁶ PMT 2054-18, kohta 4.2.4.

¹⁶⁷ Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa 2019, kohta 3. Kuluttaja-asiamiehen vaikuttajamarkkinointia koskeva linjaus sisältää tarkempia ohjeistuksia koskien markkinoivan yrityksen tunnisteiden kirjoitusasua. Linjauksen mukaan markkinoivien tunnistettavuuden periaatteen täyttävänä merkitsemistapoina on ilmaisutavat 1) ”Mainos X:n kanssa”, 2) ”Sisältää X:n mainoksen”, 3) ”Sisältää X:n, Y:n ja Z:n mainoksia”, 4) ”Kaupallinen yhteistyö X:n kanssa”, 5) ”Kaupallinen yhteistyö: X” tai 6) ”Kaupallinen yhteistyö X, Y ja Z”. Lisäksi linjauksen mukaan, mikäli markkinoijia on useita, tulee kaikki yritykset mainita julkaisussa ja mikäli julkaisu on useampina, tulee merkinnät tehdä niistä jokaiseen.

2 voitaisiin myös kokonaisuutena arvioiden todeta olevan tunnistettavissa ensisilmäyksellä mainoksiksi.

4.5 Keskivertokuluttajan kyky tehdä perusteltu kaupallinen ratkaisu

Vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnassa arvioidaan, onko piilomainonta vaikuttanut kuluttajan kykyyn tehdä perusteltu kaupallinen ratkaisu, jolla tarkoitetaan esimerkiksi ostopäätöstä tai liikkeeseen menemistä. Vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa kaupallisen ratkaisun voitaisiin olettaa tarkoittavan myös esimerkiksi markkinoivan yrityksen nettisivuille tai sosiaalisen median tilille siirtymistä. Vaikuttajamarkkinoinnin ollessa markkinoinnin muoto, on vaikuttajan kaupallisella sisällöllä luonnollisesti tarkoitus saada kuluttaja tekemään kaupallinen ratkaisu. Vaikuttajamarkkinoinnin erityispiirteiden osalta kaupallisen ratkaisun tekemisessä huomiota on syytä kiinnittää relationships ja relevance -tunnusmerkkeihin. Relationships -tunnusmerkin vaikuttavuus perustuu siihen, että mainosmateriaalia ei heti tunnista mainokseksi. Relevance -tunnusmerkin vaikuttavuus taas perustuu siihen, että seuraajat kokevat vaikuttajan sisällön uskottavana, auktoriteetin omaisena ja relevanttina suosittelijana. Tässä yhteydessä relevance -tunnusmerkin voitaisiin katsoa korostuvan etenkin, kun aluksi todetusti vaikuttajamarkkinoinnin tehokkuuden on mielletty perustuvan puskaradioon eli siihen, että tuttavalta saatu tieto koetaan yrityksen tietoa luotettavammaksi. Tunnusmerkkien voitaisiin katsoa korostavan markkinointimateriaalin vaikutusta kuluttajan kykyyn tehdä perusteltu kaupallinen ratkaisu, jonka johdosta arviointiperusteen merkitys korostuu.

Alexandra Media -tapauksessa tuomioistuimien totesi, arviointiperusteen vaikutusta tulee arvioida kokonaisuutena.¹⁶⁸ Toisin sanoen tuomioistuimien ei tapauksessa arvioinut arviointiperusteen täyttymistä erillisenä asiana, vaan muiden arviointiperusteiden yhteydessä. Tapauksessa markkinoivan yrityksen tietona oli mainittu markkinoivan yrityksen nettisivujen osoite ”mobilpengar.se”, jonka osalta tuomioistuimien katsoi, että keskivertokuluttaja omasi nettisivujen tiedon perusteella tarpeeksi tietoa perustellun kaupallisen ratkaisun tekemiseksi. Näin ollen tapauksessa markkinoivan yrityksen ilmoittamisen osalta katsottiin, ettei merkintä ollut omiaan johtamaan kaupalliseen ratkaisuun, jota keskivertokuluttaja ei olisi muuten tehnyt. Arviointiperusteen osalta voitaisiin siis katsoa, että vaikuttajamarkkinoinnissa vaikutusta perustellun kaupallisen ratkaisun tekemiseen arvioidaan osana muiden arviointiperusteiden tulkintaa.

¹⁶⁸ PMT 2054-18, kohta 4.2.4.

4.6 Piilomainontakiellon piiristä jäävät vaikuttajamarkkinoinnin keinot

4.6.1 Piilomainontakiellon piiristä jäävä vaikuttajamarkkinointi

Edellä selvitettiin, kuinka vaikuttajamarkkinointia koskevan piilomainontakiellon ja tarkemmin sen arviointiperusteiden on katsottu täyttyvän kaupallisissa yhteistöissä. Kuten edellä on useasti todettu, vaikuttajamarkkinoinnin ollessa markkinointia, tulee sen olla piilomainontakiellon mukaista. Näin ollen sellainen aineisto, jota ei katsota mainonnaksi putoaa piilomainontakiellon piiristä. Tapauksen KKO 2005:40 mukaan markkinointia voi olla jo pelkkä hyödykkeen nimen mainitseminen tai kuvan esittäminen, jos se tapahtuu hyödykkeen myynnin edistämiseksi. Voitaisiin kuitenkin olettaa, ettei vaikuttajan intressissä ole edistää markkinoivien yritysten myyntiä ilman kaupallista yhteistyötä. Myös *Varhelan* ja *Virtasen* mukaan sosiaalisen median markkinoinniksi katsotaan ainoastaan aineisto, joka on tuotettu yritykseltä saatavaa korvausta vastaan.¹⁶⁹ Tämän voitaisiin olettaa koskevan myös vaikuttajamarkkinointia, mutta sisältö, jota piilomainontakiello koskee voitaisiin katsoa osin tulkinanalaiseksi. Seuraavaksi käsitellään tällaisia vaikuttajamarkkinoinnissa yleisimmin esiintyviä sisältöjä ja markkinointitapoja.

4.6.2 Brändilähettilyyys ja sponsorointi

Brändilähettilyyys on yksi vaikuttajamarkkinoinnin muodoista, jossa yritys maksaa vaikuttajalle kuukausipalkkaa brändinäkyvyyttä vastaan, joka toteutetaan vaikuttajan sosiaalisen median kanavissa.¹⁷⁰ Kuten edellä on useasti todettu, näkyvyyden ja palkkion vaihtuessa kyse on siis kaupallisesta yhteistyöstä. Sponsorointi on taloudellista tukea, jonka tarkoituksena on tuotteen myynti taikka sponsorijan tunnettuuden lisääminen. Sponsoroinnissa voi olla kyse esimerkiksi tuotesijoittelusta televisio-ohjelmaan tai varusteiden tarjoamisesta urheilijalle. Oikeuskirjallisuudessa on esiintynyt eriäviä mielipiteitä siitä, onko sponsorointi mainontaa vai ei.¹⁷¹ Markkinoinnin määritelmän kautta sponsorointi voitaisiin katsoa markkinoinniksi, koska se on sponsorijan myynnin tai tunnettuuden lisäämistä. Tätä kautta myös sponsoroinnissa tulisi noudattaa piilomainontakielloa. Lainsäädännöllisesti tuotesijoittelu kuitenkin sallitaan tietyin rajoituksin audiovisuaalisia mediapalveluita koskevan direktiivin

¹⁶⁹ Varhela – Virtanen 2020, kohta sosiaalinen media.

¹⁷⁰ Paloranta 2019, s. 526.

¹⁷¹ Esimerkiksi Paloranta katsoo, ettei sponsorointi ole mainontaa; Paloranta 2014, s. 173. Toisaalta ks. eriävistä kannasta esimerkiksi Viitanen 2017, s. 265 tai Varhela – Virtanen 2020, kohta sponsorointi.

(2010/13/EU) nojalla. Direktiivin tuotesijoittelun nykyiset määräykset löytyvät tietoyhteiskuntakaaren 220-221 §:stä.

MEN on arvioinut termien eroa ratkaisussaan MEN 4/2018. Asiassa oli kyse lisäravinteen mainonnasta Instagramissa, jossa urheilijan hiihtokuvan etualalla on Fast -tuotemerkin tuotteita. Julkaisu ei sisältänyt nimenomaista mainostunnistetta.¹⁷² MEN:in mukaan brändilähettilyyden ja sponsoroinnin erottamiseen voidaan hakea tulkinta-apua audiovisuaalisten ohjelmien sponsorointia koskevasta sähköisen viestinnän palveluita koskevan lain (917/2014) 218 §:n 3 momentista. Säännöksen mukaan

Sponsoroiduissa audiovisuaalisissa ohjelmissa tai radio-ohjelmissa ei saa rohkaista ostamaan tai vuokraamaan sponsorin tai kolmannen osapuolen tuotteita tai palveluja viittaamalla erityisesti ja mainosluonteisesti kyseisiin tuotteisiin tai palveluihin taikka muulla tavalla.

Tapauksessa neuvosto katsoi, että tuotteiden esitystavasta johtuen julkaisua oli pidettävä mainosmaisena ja kaupallisen kuvan antavana.

MEN sivusi brändilähettilyyttä myös ratkaisussa MEN 19/2019. Tapauksessa brändilähettiläänä toimiva vaikuttaja kertoi blogikirjoituksessa tapahtumasta, jossa esiintyi brändinäkyvyydestä maksavan yrityksen Yveten tuotteita. Blogikirjoituksessa oli myös maininta ”Barre-tuntiin treenivaatteet tarjosi Yvette”. Blogijulkaisu sisälsi kuvien lisäksi alekoodin yrityksen vaatteisiin sekä linkkejä sen verkkosivuille. Lisäksi julkaisu sisälsi tekstin ”jos tykkäätte näistä meidän treenivaatteista, niin käykään kurkkaamassa yvette.fi ja käyttäkää koodia X, niin saatte -20 % alea kaikista normaalihintaisista tuotteista! <3”. Tapauksessa MEN totesi melko yksioikoisesti, että yrityksen saama brändinäkyvyys vaikuttajalle maksettavaa kuukausipalkkaa vastaan on yrityksen markkinointia ja näin ollen tapaus katsottiin piilomainonnaksi. MEN ei tapauksessa kiinnittänyt huomiota aikaisemmin käsittelemäänsä tietoyhteiskuntakaaren 218 §:ään. Voitaisiin kuitenkin todeta, että kehoitus yrityksen nettisivuille menemisestä ja alekoodin käyttämisestä selvästi rohkaisee yrityksen tuotteiden

¹⁷² Instagramissa julkaistun kuvan tekstiosuudessa lukee ”#imfast Oletko sinäkin!? Kommentoi, missä asiassa sinä olet nopea ja osallistut kahden Fast-tuotepaketin arvontaan (yhden paketin arvo n.60€). Aikaa osallistua pe 15.12. klo 15 asti. Voittajat ilmoitetaan tämän postauksen kommentteissa ja @fastfinland on heihin yhteydessä yksityisviestillä. Onnea arvontaan! This draw is valid only in Finland, but you can also comment below in which things you are fast?! #imfast #fastfinland #fastsportsnutrition”.

ostamiseen. Tämän lisäksi tuotteiden kuvat, linkit sivustolle, tekstin luonne ja alekoodi viestittävät mainosluonteesta.

Edellä käsiteltyjen tapausten pohjalta eron sponsoroinnin ja brändilähettilyyden välillä voisi tehdä tietoyhteiskuntakaaren 218 §:n 3 momentin mukaisella arvioinnilla. Mikäli vaikuttaja rohkaisee kuluttajia ostamaan sponsoroivan yrityksen tuotteita erityisesti ja mainosmaisesti niihin viittaamalla, on kyse brändilähettilyydestä. Koska brändilähettilyydessä sisältöä tuotetaan korvausta ja joskus jopa kuukausipalkkaa vastaan, on julkaisut merkittävä KSL 2 luvun 4 §:n mukaan. Eron tekeminen markkinointimuotojen välillä voi olla tarpeellista lain-säädännön salliessa sponsoroinnin, mutta sitä voitaisiin pitää myös tarpeettomana, jos sponsorointi tulkittaisiin yhtenä markkinoinnin muotona piilomainontakiellon alaiseksi.¹⁷³

4.6.3 Muu toimituksellinen aineisto

Kuten edellä käsiteltiin, Kenza-tapauksessa tuomioistuin katsoi, että vaikka vaikuttaja on saanut matkan osana kaupallisen yhteistyön toteuttamista, ei vaikuttajan kaikkea matkalta tuottamaa sisältöä voida katsoa markkinoinniksi. Tapauksen mukaan markkinointi tulee määrittää sen pohjalta, mitä yrityksen ja vaikuttajan välillä on sovittu.¹⁷⁴ Myös Alexandra Media -tapauksessa tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että vaikuttajan sisällöstä osa on kaupallista ja osa muuta toimituksellista aineistoa, josta vaikuttajalle ei makseta. Tapauksessa tämän osalta olennaista oli se, että nimenomaisesti kaupallinen aineisto on erotettava muusta aineistosta.¹⁷⁵ Näiden seikkojen pohjalta voitaisiin melko suoraviivaisesti todeta, että piilomainontakielto koskee ainoastaan markkinointia eikä muu toimituksellinen aineisto ole luettavissa tämän piiriin.

MEN on kuitenkin lausuntokäytännössään päätenyt eri kannalle. Tapauksessa MEN 24/2019 yritys oli kustantanut vaikuttajalle PR-matkan eikä yritys ollut velvoittanut vaikuttajaa julkaisemaan sisältöä vastineeksi matkasta. Vaikuttaja oli kuitenkin julkaissut matkasta sisältöä blogissaan. Vaikuttaja kertoi julkaisussa, että kyseessä oli PR-matka ja kiitti matkan järjestäjää matkasta. MEN arvioi asiaa siten, että matkan saaminen on rinnastettavissa rahana saatavaan vastikkeeseen, jonka johdosta kyse oli markkinoinnista ja julkaisu olisi tullut

¹⁷³ Ks. tarkemmin esim. Viitanen 2017, s. 265, jonka mukaan sponsorointia koskevan sääntelyn taustalla lienee se, ettei tuotesijoittelua haluttu EU-lainvalmistelussa estää muun muassa kilpailuedun antamisen vuoksi eikä ulkomaalaisten ohjelmien esittämistä euroopassa haluttu estää.

¹⁷⁴ PMT 798-19, sid 18-19.

¹⁷⁵ PMT 2054-18, kohta 4.2.4.

merkitä sen mukaisesti. MEN:in lausunto päättyi huomautukseen piilomainonnasta. Toisessa tapauksessa MEN 1/2021 vaikuttaja oli julkaissut kuvan, jossa hän poseeraa Coca-Cola-rekan edessä. Tekstissä vaikuttaja muistelee vuodentakaista yhteistyötä, kiittää yritystä siitä ja toteaa tekstissä, ettei kyse ole kaupallisesta yhteistyöstä. Myös tässä tapauksessa MEN katsoi julkaisun piilomainonnaksi ja perusteli asiaa sillä, että sama valokuva oli julkaistu aiemmin mainoksena.

Päätökset voitaisiin Kenza-tapauksen perusteella katsoa epäjohdonmukaisiksi, sillä kummassakaan tapauksessa yrityksen ja vaikuttajan välillä ei ollut sovittu julkaisuista. Näin ollen voitaisiin perustellusti esittää, että tapauksen sisällöt olisi voitu katsoa myös muuksi toimitukselliseksi aineistoksi. Tapaukset toisaalta ilmentävät hyvin sitä vaikeaa rajanvetoa, kuinka kuluttaja voi erottaa vaikuttaja-PR:n alaisen sisällön ja muun toimituksellisen aineiston toisistaan, etenkin mikäli katsottaisiin, ettei vaikuttaja-PR:n alaista sisältöä tarvitse merkitä piilomainontakiellon mukaisesti.

4.6.4 Vaikuttaja-PR ja ilmaismainonta

Vaikuttaja-PR:ssä on kyse edelläkin todetusti esimerkiksi yritysten lähettämistä ilmaisista tuotenäytteistä tai annetuista palveluista, joilla yritys toivoo saavansa ilmaista näkyvyyttä vaikuttajan sosiaalisen median kanavissa. Kuten edellä on useasti todettu, kaupalliseen yhteistyöhön vaaditaan palkkion ja näkyvyyden vaihtuminen. Tämän lisäksi Kenza-tapauksessa todettiin, että kaupalliseksi yhteistyöksi katsotaan vain sellainen sisältö, josta on nimenomaisesti sovittu. Mikäli vaikuttaja siis tuottaisi vaikuttaja-PR:n kautta saadusta palvelusta sisältöä sosiaalisen median kanavaansa, voitaisiin katsoa, ettei tätä kaupallisen yhteistyön sopimuksen puutteen vuoksi koske piilomainontakielto eikä sisältöä näin ollen tarvitse merkitä säännöksen mukaisesti.

Kuluttaja-asiamiehen vaikuttajamarkkinointia sosiaalisessa mediassa koskeva linjaus on eri kannalla. Linjauksen mukaan sisällössä on selvästi kerrottava, mikäli tuote on saatu yritykseltä pyytämättä. Linjauksen mukaan asiasta tulisi mainita heti julkaisun alussa ja ilmaisussa tulee eritellä, mitkä tuotteet on saatu ilmaiseksi. Linjauksen mukaan voidaan käyttää esimerkiksi ilmaisua ”saatu ilmaistuote”.¹⁷⁶ Linjaus ei avaa nimenomaisesti perusteita sille, miksi

¹⁷⁶ Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa, 2019, kohta 3.2. Kuluttaja-asiamiehen linjauksen mukaan merkintä tulee tehdä tuotteen esiintyessä sosiaalisen median kanavassa ensimmäistä kertaa. Edelleen mikäli

myös saadut tuotteet tulisi merkitä sisältöön. Linjaus kuitenkin toteaa, että ilmaistuotteitakin lähettäessä yrityksen tavoitteena on tuotteen tai palvelun esille tuominen markkinointitarjoituksessa. Kanta voitaisiin kuitenkin asettaa kyseenalaiseksi käsitellyn Kenza-tapauksen perusteella. Mikäli piilomainontakielto ulotettaisiin myös sisältöön, josta ei nimenomaisesti ole sovittu, johtaisi tämä esimerkiksi siihen lopputulokseen, että vaikuttaja voisi merkitä mainonnaksi sellaisenkin sisällön, josta ei ole yrityksen kesken sovittu. Linjauksen kantaa voitaisiin kuitenkin perustella sillä käytännönläheisemmällä kannalla, että ilman ilmoitusta saadusta ilmaistuotteesta kuluttajan voi olla vaikea erottaa, onko kyse kaupallisesta yhteistyöstä ja näin ollen piilomainonnasta vai vaikuttaja-PR:stä.

Voitaisiin siis katsoa, ettei vaikuttaja-PR:ää ole velvollisuutta merkitä KSL 2 luvun 4 §:n mukaisesti, mutta merkinnän tekemällä vaikuttajamarkkinoinnin toimija voi osoittaa toimivansa läpinäkyvästi ja vastuullisesti. Vaikuttajamarkkinoinnissa näkee paljon sisältöä, joka on merkitty esimerkiksi ilmaisuilla ”oven taakse ilmestyi X” tai ”tuotteita saatu”. Linjauksen mukaan tällaiset ilmaisut eivät siis olisi riittäviä kuvaamaan sitä, mitkä tuotteet ovat ilmaisutuotteita. Linjaus ei mainitse sitä, että saadun ilmaistuotteen yhteydessä tulisi ilmoittaa myös yritys, jolta tuote on saatu. Voitaisiin kuitenkin katsoa, että piilomainonnan ehkäisemiseksi merkintä tulisi tehdä piilomainontakiellon vaatimusten mukaisesti.

Vaikuttaja-PR:n ja piilomainonnan lisäksi voi esiintyä myös tilanne, jossa vaikuttaja ei ole saanut tuotetta tai palvelua vaikuttaja-PR:n tai kaupallisen yhteistyön kautta. Vaikuttaja on siis esimerkiksi itse hankkinut jonkun tuotteen ja suosittelee tätä seuraajilleen pyyteettömästi. Tätä voidaan kutsua ilmaismainonnaksi. Kun sisällön tuottamisesta ei ole sovittu, voitaisiin tällainen ilmaismainonta edellä todettujen perusteiden nojalla melko suoraviivaisesti todeta vaikuttajan muuksi toimitukselliseksi aineistoksi.¹⁷⁷ Kenza-tapauksen nojalla myös ilmaismainonnan voitaisiin esittää, että mikäli sisällöstä ei ole millään tavalla sovittu yrityksen kanssa, ei tähän muuhun toimitukselliseen aineistoon sovellu piilomainontakielto eikä sisältöä näin ollen tarvitse merkitä sen mukaisesti. Vaikuttaja-PR:ää koskevaa merkintätapaa mukailten voitaisiin kuitenkin esittää, että vaikuttaja voisi osoittaa toimivansa läpinäkyvästi

tuote myöhemmin liittyy olennaisesti julkaisuun tai sitä käsitellään siinä nimenomaisesti, täytyy asiasta mainita uudelleen.

¹⁷⁷ Yrityksen tulokseen tällainen ilmaismainonta voi vaikuttaa merkittävästikin ja tuotteet voivat jopa loppua tuotteita myyvistä kaupoista. Esimerkiksi vuoden 2021 alussa TikTokissa pyörineen ripsiväriä esittelevän videon seurauksena Maybellinen Sky High ripsivärit loppuivat kaupoista.

ja vastuullisesti, jos hän merkitsi julkaisuun tuotteita suositellessaan, ettei kyse ei ole kaupallisesta yhteistyöstä tai vaikuttaja-PR:stä.

4.7 Kokoavia havaintoja markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksesta vaikuttajamarkkinoinnissa

Vaikuttajamarkkinoinnin arviointiperusteista ensinnäkin keskivertokuluttajan käsitteen määrittämisen apuna voidaan käyttää vaikuttajan seuraajia ja yrityksen tavoittelemaa kohderyhmää. Sosiaalisen median keskivertokuluttajan käsitteen voidaan Alexandra Media -tapauksen pohjalta katsoa käsittävän aktiivisen ja kokeneen sosiaalisen median käyttäjän sekä käyttäjän, joka on tottunut lukemaan englanniksi. Keskivertokuluttajan voidaan lisäksi olettaa ainakin jossain määrin olevan tietoinen siitä, että vaikuttajan sisältö on kaupallista. Toisaalta kohderyhmää määrittäessä on hyvä huomioida, ettei sitä tule rajoittaa liian kapeaksi sen perusteella, että vaikuttajien sosiaalisen median tilit ovat kaikille avoimia. Tämän seikan korostuminen voi olla merkityksellistä erityisesti, koska myös erityissuojelua tarvitsevilla kohderyhmillä, kuten alaikäisillä, on pääsy avoimiin sosiaalisen median tileihin. Keskivertokuluttajan lisäksi myös perusteltua kaupallista ratkaisua koskevaa arviointiperustetta arvioidaan vaikuttajamarkkinoinnissa osana muiden arviointiperusteiden tulkintaa.

Kaupallisen sisällön erottaminen muusta toimituksellisesta sisällöstä vaatii sen, että sisältö tulee erottaa sekä vaikuttajan omasta, mutta myös muusta sosiaalisen median sisällöstä. Arviointikriteerin osalta huomionarvoista on myös se, että kaupalliseksi sisällöksi voidaan katsoa vain sellainen aineisto, jonka kaupallisuudesta on nimenomaisesti sovittu. Markkinointimateriaalin nopean tunnistamisen kriteeri puolestaan voidaan täyttää, mikäli mainostunniste sijoitetaan heti julkaisun alkuun ja sen muoto ilmaisee tarpeeksi selvästi julkaisun kaupallisen tarkoituksen. Tässä on syytä ottaa huomioon tunnisteiden koko, muotoilu, fontti ja väritys.

Vaikuttajamarkkinoinnin erityispiirteiden osalta reach ja resonance -tunnusmerkit määrittävät mainonnan tavoittaman kuluttajajoukon ja relevance ja relationships -tunnusmerkit määrittävät sitä, kuinka vaikuttavana kuluttaja kokee vaikuttajamarkkinoinnin. Kaksi viimeksi mainittua tunnusmerkkiä edustavat eri intressiä markkinoinnin tunnistettavuuden kanssa, jonka vuoksi perustellun kaupallisen päätöksen arviointiperusteen merkityksen voidaan katsoa korostuvan. Arviointiperusteina myös markkinoinnin erottuminen muusta

toimituksellisesta aineistosta ja ensisilmäyksellä tunnistettavuus korostuu relationships -tunnusmerkin autenttisuuden edustaessa vastakkaista intressiä.

Vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen täyttämiseen vaadittavien seikkojen lisäksi on hyvä pitää mielessä, ettei kaikki vaikuttajamarkkinoinnin alainen sisältö ole piilomainontakiellon alaista. Tällaisen aineiston osalta voitaisiin kokoavasti todeta, että kaikki sisältö, josta ei nimenomaisesti ole yrityksen ja vaikuttajan välillä sovittu, putoaa piilomainontakiellon piiristä. Toisaalta tässä huomioitavaksi voi tulla piilomainonnan ehkäisy, joka voi vaatia läpinäkyvyyttä sisältöä merkittäessä.

Tässä vaiheessa tutkielmaa on vastattu ensimmäiseen tutkimuskysymykseen eli selvitetty, kuinka vaatimus markkinoinnin tunnistettavuudesta voidaan vaikuttajamarkkinoinnissa täyttää. Mikäli piilomainontakielto ei vaikuttajamarkkinoinnissa toteudu, piilomainonnasta voi joutua vastuuseen. Seuraavaksi siirrytään tarkastelemaan seuraamuksia, joilla tämä vastuu on mahdollista realisoida. Tämä tarjoaa arviointiperusteet sille, kuinka vastuu voidaan kohdistaa vaikuttajamarkkinoinnin toimijoihin.

5 VAIKUTTAJAMARKKINOINNIN TUNNISTETTAVUUTEEN SOVELLETTAVA VALVONTA- JA SEURAAMUSJÄRJESTELMÄ

5.1 Valvonta- ja seuraamusjärjestelmän toimijat

Kuluttajansuojalain mukaisen markkinoinnin, mukaan lukien vaikuttajamarkkinoinnin, sääntelyn noudattamista valvoo kilpailu- ja kuluttajaviraston (KKV) yhteydessä toimiva kuluttaja-asiamies (KSL 2:20). Seuraamusten käytöstä viime kädessä päättää markkinointioikeudellisiin asioihin erikoistunut tuomioistuin eli markkinaoikeus. Markkinaoikeuden (MAO) toimintaa sääntelee laki markkinaoikeudesta (99/2013) ja laki oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa (100/2013).¹⁷⁸ Vuoteen 2002 saakka markkinaoikeus tunnettiin nimellä markkinatuomioistuin (MT). MAO:n markkinointia koskeviin päätöksiin valituslupaa haetaan lähtökohtaisesti korkeimmalta oikeudelta (KKO), mutta joissain asioissa muutosta haetaan korkeimmalta hallinto-oikeudelta (KHO).¹⁷⁹ Edellä käsiteltyä myös MEN antaa ICC:n markkinointisääntöihin perustuvia suosituksia ja huomautuksia. Vaikka lausunnot ovat sanktiottomia, voivat ne tuomioistuimiin verrattaessa olla kustannustehokkaampi vaihtoehto markkinointia koskevan tulkintalinjan saamiseen. Itsesääntelyinstrumenttien käyttö voi olla myös nopeampi vaihtoehto päätökselle.¹⁸⁰ Mikäli vaikuttajamarkkinoinnin toimijan katsotaan syyllistyneen piilomainontaan, tulee kyseeseen vastuun arviointi. Seuraavaksi syvennytään näihin valvontakeinoihin ja seuraamuksiin, joilla vaikuttajamarkkinoinnin piilomainontaa koskeva vastuu voitaisiin realisoida.

5.2 Markkinaoikeuden asettama uhkasakolla tehostettu kieltö

Markkinaoikeus voi KSL 2:16-17:n mukaisesti kieltää elinkeinonharjoittajaa jatkamasta markkinointisäännösten vastaista menettelyä tai uudistamasta samanlaista tai siihen rinnastettavissa olevaa menettelyä.¹⁸¹ Tätä kutsutaan MAO:n markkinaoikeudelliseksi kielloksi tai kieltopäätökseksi.¹⁸² Kuluttaja-asiamiehen valvoessa markkinointisäännösten noudattamista

¹⁷⁸ Vuosina 1978-2002 markkinaoikeus tunnettiin nimellä markkinatuomioistuin. Markkinaoikeuden ratkaisuihin on voinut hakea valituslupaa vuodesta 2001 alkaen.

¹⁷⁹ Esimerkiksi myöhemmin kappaleessa 5.4.3 käsiteltävään kuluttaja-asiamiehen markkinaoikeudelta hakemaan seuraamusmaksua koskevaan päätökseen haetaan muutosta valittamalla KHO:lle, mutta asiassa ei tarvita valituslupaa (KTL 22 §).

¹⁸⁰ Vuodesta 2017 markkinaoikeuden käsittelyaika on ollut yli kahdeksan kuukautta; Markkinaoikeus, Tilastotietoja, 25.3.2021.

¹⁸¹ MAO voi KSL 2:17:n nojalla määrätä kiellon myös väliaikaisena, joka on voimassa siihen saakka, kunnes asia on lopullisesti ratkaistu. Viitanen 2017, s. 499; Käytännössä väliaikainen kieltö tulee kyseeseen vain tapauksissa, joissa kuluttaja-asiamies ei ole antanut väliaikaista kieltoa vaan hakee sitä vasta markkinaoikeudelta.

¹⁸² Peltonen – Määttä 2015, s. 236. Ks. myös Viitanen 2017, s. 500, joka on käyttänyt markkinaoikeudellisesta kiellosta myös nimitystä ”Markkinointioikeudellinen kieltö”.

voi kuluttaja-asiamies saattaa asian MAO:n käsiteltäväksi.¹⁸³ Säännöksen sanamuodon perusteella kiellon tarkoituksena on siis estää lainvastaisen menettelyn jatkuminen. Kielto määräyksen kohteen osalta markkinointi voidaan kieltää vain siltä osin, kuin se on lainvastaista.¹⁸⁴ Jos markkinoivaa yritystä siis kiellettäisiin jatkamasta esimerkiksi kosmetiikan piilomainontaa, kohdistuisi kielto ainoastaan kosmetiikkaan eli kielto olisi tehoton, jos elinkeinonharjoittaja harjoittaisi piilomainontaa esimerkiksi elintarvikkeiden osalta. Markkinaoikeuden päätöksistä ilmenee, ettei kiellon määräämisen kannalta ole merkitystä, onko elinkeinonharjoittaja myöhemmin muuttanut menettelynsä lailliseksi tai sitoutunut olemaan toistamatta menettelyä.¹⁸⁵

Säännöksen esitöiden mukaan elinkeinonharjoittajalla viitataan markkinointia tilaavaan tai suorittavaan elinkeinonharjoittajaan, jonka välittömään lukuun markkinointi tehdään. Esitöiden mukaan kielto on ensisijaisesti kohdistettava siihen elinkeinonharjoittajaan, jonka lukuun markkinointi tapahtuu.¹⁸⁶ Esimerkiksi tapauksessa KKO 2005:86 kielto kohdistettiin markkinoivaan yritykseen, koska katsottiin, että tällä oli mahdollisuus vaikuttaa lainmukaisen markkinoinnin noudattamiseen. KKO katsoi, että koska lainvastainen markkinointi tapahtui markkinoivan yrityksen hyväksi, tältä voitiin edellyttää tarpeellisiin toimiin ryhtymistä sen varmistamiseksi, että markkinointi on asianmukaisesta. Voitaisiin siis katsoa, että kielto tulee ensisijaisesti kohdistaa markkinoivaan yritykseen, mikäli tällä on ollut mahdollisuus ensinnäkin vaikuttaa siihen, että menettelyssä noudatetaan lainmukaista markkinointia ja toiseksi varmistua siitä, että markkinointi on asianmukaista.

Kuluttajansuojalain 2:16.2:n mukaan kielto voidaan erityisestä syystä kohdistaa markkinoivan yrityksen palveluksessa olevaan tai muuhun, joka toimii hänen lukuunsa. Lain esitöillä viitataan markkinointia suorittavaan elinkeinonharjoittajaan, joka voi olla esimerkiksi markkinointia suunnitteleva elinkeinonharjoittaja tai markkinointitoimen julkaisija. Kansallista oikeuskäytäntöä tästä toissijaisesta vastuusta ei ole, sillä MAO ja MT ovat

¹⁸³ Kuluttaja-asiamies voi määrätä kiellon asiassa myös itse, jos se ei lain tai muuten merkitykseltään huomattava, ks. lisää kappaleesta 5.4.2.

¹⁸⁴ HE 8/1977, s. 29.

¹⁸⁵ Ks. esim. MAO 55/14, jossa markkinaoikeus totesi, että markkinaoikeudellinen julkinen intressi vaikuttaa siihen, ettei elinkeinonharjoittajan sitoumus olla toistamatta menettelyä poista tarvetta asian saattamiselle tuomioistuimen arvioitavaksi ja ratkaistavaksi. Edelleen markkinaoikeus totesi, että sitoumus johtaisi siihen, että elinkeinonharjoittajat voisivat aina välttää kyseessä olevien asioiden oikeuskäsittelyn.

¹⁸⁶ HE 8/1977, s. 29–30. Säännöksen esitöiden mukaan kielto voidaan kohdistaa myös elinkeinonharjoittajan palveluksessa olevaan tai muuhun hänen lukuunsa toimivaan henkilöön. Tällä viitataan lähinnä tilanteisiin, jossa kyseessä on pieni yritys ja riski on, että sen omistajat pyrkivät kiertämään kieltoa perustamalla uuden yrityksen, jonka kautta he voisivat jatkaa kiellettyä toimintaa.

ratkaisukäytännössään vakiintuneesti katsoneet, että kiellon määrittämisen kannalta ratkaisevaa on se, kenen lukuun markkinointi on tehty.¹⁸⁷ Säännös tai sen esityöt eivät sisällä UCP-direktiivin mukaista määritelmää siitä, että markkinoinnilla viitataan elinkeinonharjoittajan välittömästi myyntiä edistäneeseen toimeen.¹⁸⁸ Direktiivin asettamien vaatimusten mukaan määritelmä on huomioitava toissijaisen kiellon kohteen vastuuta arvioitaessa.

Ruotsissa arviointi kiellon määrittämisestä tuli käsiteltäväksi Alexandra Media -tapauksessa, jossa tuomioistuin katsoi vaikuttajan yrityksen syyllistyneen piilomainontaan. Alexandra Media -tapaus nostettiin markkinoivan yrityksen sijasta vaikuttajan yritystä sekä vaikuttajien välittäjätoimisto Tourn Mediaa vastaan, vaikka myös Ruotsissa lähtökohtana on kiellon kohdistaminen markkinoivaan yritykseen. Ruotsissa kielto voidaan kohdistaa myös markkinoivan yrityksen puolesta toimivaan tai siihen, joka on muuten osallistunut merkittävästi markkinointiin.¹⁸⁹ Tuomioistuin ei kiinnittänyt tapauksessa huomiota sääntelyn UCP-direktiivin mukaisuuteen. Edelläkin todetusti markkinointi on aina yrityksen myynnin edistämistä, jonka johdosta arviointiperuste voitaisiin perustellusti tyypistää muotoon ”vaikuttanut välittömästi markkinointiin”. Yhden tulkinnan mukaan voitaisiin katsoa, että Ruotsin arviointiperuste ”vaikuttanut merkittävästi markkinointiin” voisi vastata UCP-direktiivin arviointiperustetta ”vaikuttanut välittömästi markkinointiin”. Tällöin Alexandra Media -tapausta voitaisiin suoraan käyttää toissijaisen vastuun tulkinnassa.¹⁹⁰ Turvallisempi tulkintamuoto lielee kuitenkin molempien termien huomiointi.

Alexandra Mediaa pidettiin vastuussa piilomainonnasta ja kiellettiin kieltopäätöksellä osallistumasta matkapuhelimien kierrätyspalveluiden markkinointiin blogissa tai Instagramissa siten, ettei markkinointi ole tunnistettavissa markkinoinniksi. Myös Tourn Median vastuuta arvioitiin, mutta tuomioistuin ei katsonut tämän vaikuttaneen markkinointiin merkittävästi. Tuomioistuin perusti vastuun siihen, että Alexandra Medialla katsottiin olevan määräysvalta ja lopullinen päätösvalta ensinnäkin siitä tapahtuiko markkinointia ollenkaan ja toiseksi

¹⁸⁷ Markkinoivan yrityksen vastuusta ks. lisää esim. MT:1985:1, MT:1987:13, MT:1990:19, MT:1992:13 sekä KKO 2005:86.

¹⁸⁸ UCP-direktiivi, kohta 2 d).

¹⁸⁹ Marknadsföringslagen (2008:486) 23 §: ”En näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig får förbjudas att fortsätta med denna eller med någon annan liknande åtgärd. Ett förbud enligt första stycket får meddelas också 1. en anställd hos näringsidkaren, 2. någon annan som handlar på näringsidkarens vägnar, och 3. var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen.” Säännöksellä on pantu täytäntöön UCP-direktiivin 13 artikla; PMT 2054-18, kohta 4.3.1.

¹⁹⁰ Kyse voi olla tulkinnallisuudesta myös käännökselliseltä kannalta. Ruotsinkielinen sanamuoto kuuluu ”Som i övrigt väsentligt bidragit till marknadsföringen” ja direktiivin englanninkielinen sanamuoto kuuluu ”directly connected with the promotion, sale or supply of a product to consumers”.

sosiaalisen median julkaisujen sisällöstä.¹⁹¹ Näiden seikkojen katsottiin täyttävän vastuun realisoitumisen edellytyksen eli sen, oliko Alexandra Media vaikuttanut merkittävästi markkinoitiin. Myöskään piilomainonnan korjaamisen ei katsottu vapauttavan Alexandra Mediaa vastuusta. Tuomioistuin kuitenkin katsoi rikkomuksen vähäiseksi todetessaan, ettei markkinointilakia oltu tahallisesti tai laajasti rikottu.

Kieltoa voidaan tehostaa uhkasakolla, ellei se erityisistä syistä ole tarpeetonta (KSL 2:16). Uhkasakon käyttö on siis lähtökohta, josta poikkeaminen vaatii erityisiä perusteluita. Hallituksen esityksen mukaan uhkasakko voitaisiin jättää määräämättä esimerkiksi, jos elinkeinonharjoittaja on luopunut lainvastaisesta menettelystä ja ilmoittanut suostuvansa kuluttaja-asiamiehen vaatimuksiin, mutta ennakkopäätösluonteen vuoksi kuluttaja-asiamies haluaa ratkaisun tuomioistuimelta.¹⁹² Vaikka edellä todetusti elinkeinonharjoittajan lainvastaisen menettelyn lopettaminen ei ole peruste kiellon määräämättä jättämiselle, voi menettelyn lopettamisella olla vaikutusta uhkasakon määräämiseen. Hallituksen esityksen mukaan uhkasakko tulee määrätä sen suuruiseksi, että se rikkomuksen laadun, elinkeinonharjoittajan liikevaihdon sekä muut seikat huomioon ottaen on tehokas ehkäisemään kiellon rikkomista.¹⁹³ Toisin sanoen uhkasakon tulisi ylittää lainvastaisen menettelyn taloudellinen hyöty.¹⁹⁴ Kuluttaja-asiamies valvoo kieltopäätösten noudattamista ja uhkasakkoa rikottaessa kuluttaja-asiamies panee vireille uuden oikeudenkäynnin, jossa sakko voidaan määrätä maksettavaksi valtiolle markkinaoikeuden päätöksellä.¹⁹⁵

Alexandra Media -tapauksen kieltopäätöstä vahvistettiin uhkasakolla, sillä myös Ruotsissa uhkasakko voidaan asettaa, ellei se erityisestä syystä ole tarpeetonta.¹⁹⁶ Tuomioistuimen mukaan tästä pääsäännöstä ei ollut erityistä syytä poiketa ja se tehosti kieltopäätöstä 100 000 kruunun (noin 9 800 euron) uhkasakolla. Määrä perustui vaikuttajan yrityksen vuosittaiseen

¹⁹¹ PMT 2054-18, kohta 4.3.2; 4.3.3.

¹⁹² HE 8/1977, s. 30.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Viitanen 2017, s. 500–501; Käytännössä markkinaoikeuden asettamien uhkasakkojen määrä on vaihdellut 50 000 – 200 000 euron välillä. Vuoteen 2017 mennessä markkinaoikeus oli käsitellyt runsaasti tapauksia, joissa käsiteltiin maksettavaksi määrättyjä uhkasakkoja koskevia tapauksia, jonka voidaan katsoa viestittävän siitä, että määrätty sakot ovat olleet liian alhaisia, eivätkä näin ollen ylittäneet lainvastaisen menettelyn hyötyjä.

¹⁹⁵ *Ibid.* Kieltopäätös ja uhkasakko sen tehosteena eivät vanhene. Ainoa ajallinen rajoitus tulee uhkasakollain (1113/1990) 13 §:stä, jonka mukaan uhkasakko on tuomittava maksettavaksi viimeistään kahden vuoden kuluessa siitä, kun velvoitetta on rikottu.

¹⁹⁶ Marknadsföringslagen (2008:486) 26 §: ”Ett förbud enligt 23 § och ett åläggande enligt 24 eller 25 § ska förenas med vite, om det inte av särskilda skäl är obehövligt.”

liikevaihtoon, jonka katsottiin sellaisenaan olevan tarpeeksi tehokas ja ennaltaehkäisevä.¹⁹⁷ Tuomioistuin piti sakon määräämistä tärkeänä piilomainonnan torjumisen kannalta. Samassa yhteydessä tuomioistuin mainitsi myös, ettei mikään ollut estänyt vaikuttajan yritystä tekemästä lainmukaisia merkintöjä.¹⁹⁸

Määrätessään kieltoa markkinaoikeus voi vaatia kiellon saanutta tai markkinoinnin tilannutta elinkeinonharjoittajaa oikaisemaan määrääjässä markkinointitoimea, mikäli sitä voidaan kuluttajille aiheutuvien ilmeisten haittojen vuoksi pitää tarpeellisena. Määräystä oikaisusta voidaan tehostaa uhkasakolla (KSL 2:19). Kieltoa määrätessään markkinaoikeuden tulee määrätä tarkasti oikaisun käytännön toteuttamisesta, jotta oikaisu tavoittaa kielletyn markkinoinnin saavuttaman kohderyhmän.¹⁹⁹ Edelleen hallituksen esitys toteaa, että oikaisuun on turvauduttava vain, mikäli lainvastaisen markkinoinnin on katsottu aiheuttavan kuluttajille ilmeisiä haittoja.²⁰⁰ Oikaisuvelvoitteen määrääminen on kuitenkin jäänyt vähäiseksi eikä sitä ole määrätty 1980-luvun jälkeen.²⁰¹

5.3 Rikosoikeudelliset seuraamukset

Toisena tuomioistuinpäätökseen perustuva sanktiona piilomainonnasta kyseeseen voisi tulla rikoslain (39/1889; RL) 30:1(475/1999). Säännöksen mukaan se, joka kulutushyödykkeiden ammattimaisessa markkinoinnissa antaa kohderyhmän kannalta merkityksellisiä totuudenvastaisia tai harhaanjohtavia tietoja, on tuomittava markkinointirikoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään yhdeksi vuodeksi.²⁰² Säännöstä edelsi melkein saman sisältöinen KSL:n (38/1978) säännös, jonka tarpeellisuutta perusteltiin lain esitöissä sillä, ettei markkinointikielto ollut riittävä seuraamus markkinointisäännösten rikkomisesta esimerkiksi tilanteissa, joissa elinkeinonharjoittaja tahallisesti tavoitteli taloudellista hyötyä lyhyen markkinointikampanjan kautta.²⁰³ Rikosoikeudellisen seuraamuksen oli siis tarkoitus olla olennainen osa

¹⁹⁷ Alexandra Median liikevaihto tapauksen mukaan vuonna 2016 oli 1,3 miljoonaa kruunua.

¹⁹⁸ PMT 2054-18, kohta 4.4.2.

¹⁹⁹ HE 8/1977, s. 30. Määräyksessä tulisi ottaa huomioon aikaisemmin kielletyissä markkinoinnissa käytetty markkinointiväline ja markkinoinnin volyyymi. Ks. tarkemmin määrättyistä oikaisuista esimerkiksi MT 1982:22, MT 1984:9, MT 1985:11 ja MT 1988:4. Tapauksissa on pitkälti kyse markkinoinnista, joka ei ole sisältänyt kuluttajien terveyden kannalta tarpeellisia tietoja; Viitanen 2017, s. 510–512.

²⁰⁰ HE 8/1977, s. 30.

²⁰¹ Viitanen 2017, s. 510–512; Oikaisuvelvoitteen vähäistä käyttöä voidaan perustella muun muassa tuoteturvallisuuslain (915/1986) voimaantulolla, markkinointikampanjoiden lyhentymisellä sekä ratkaisujen tekemisen pidentymisellä.

²⁰² Oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevan RL 30:13:n mukaan markkinointirikoksesta voidaan tuomita RL 9 luvun mukainen yhteisösakko.

²⁰³ HE 8/1997 vp, s. 30. Sama tavoite säännökselle toistui myös RL:n kokonaisuudistuksessa, ks. lisää HE 66/1988, s. 72. Ks. lisää säännöksen historiasta esim. Viitanen 2017, s. 528–534.

markkinointioikeudellista seuraamusjärjestelmää. Säännöksen käyttö jäi käytännössä kuitenkin olemattomaksi ja on sitä edelleen.²⁰⁴

Markkinointirikoksen lisäksi rikoslaki tarjoaa myös toisen varteenotettavan keinon puuttua elinkeinonharjoittajan rikoksella saamaan hyötyyn. RL 10:2:n nojalla elinkeinonharjoittaja voidaan määrätä maksamaan rikoksen tuottama taloudellinen hyöty valtiolle. Tähän menettämisseuraamukseen tuomitaan säännöksen mukaan rikoksesta hyötynyt tekijä, osallinen tai se, jonka puolesta tai hyväksi rikos on tehty. Säännöksen sanamuodon perusteella seuraamus voidaan kohdistaa siis myös elinkeinonharjoittajaan. Asiaa on tulkittu samoin myös oikeuskirjallisuudessa.²⁰⁵ Menettämisseuraamus mahdollistaisi elinkeinonharjoittajan menettämään lainvastaisten markkinoinnin eli esimerkiksi piilomainonnan kautta saaman taloudellisen hyödyn valtiolle.

5.4 Kuluttaja-asiamiehen toimet

5.4.1 Kuluttaja-asiamiehen toimivaltuuksien säädöspohja ja kieltopäätös

Kuluttaja-asiamiehen valvontatehtävä perustuu KSL 2:20:ään, jonka mukaan markkinointia ja menettelyä asiakassuhteessa kuluttajansuojan kannalta valvoo kuluttaja-asiamies. Edellä todetusti kuluttaja-asiamies valvoo myös MAO:n määräämien uhkasakolla tehostettujen kieltopäätöksien noudattamista. Kuluttajansuojaviranomaisten toimivaltuuksia vahvistettiin hiljattain, kun Euroopan kuluttajansuojaviranomaisten yhteistyötä koskeva EU:n yhteistyöasetus (2017/2394) saatettiin kansallisesti voimaan. Heinäkuussa 2020 saatettiin voimaan laki kuluttajaviranomaisten eräistä toimivaltuuksista (566/2020) ja tehtiin muutoksia Kilpailu- ja kuluttajavirastosta annettuun lakiin (661/2012: laki KKV:sta).²⁰⁶ Muutoksilla tavoiteltiin kuluttajansuojalainsäädännön noudattamista ja valvonnan uskottavuuden parantamista.²⁰⁷

²⁰⁴ Tämän on katsottu johtuvan muun muassa alhaisista langetetuista rangaistuksista ja siitä, että käsittely tehdään markkinaoikeuden sijasta yleisessä tuomioistuimessa; ks. lisää Viitanen 2017, s. 524–527, 532.

²⁰⁵ Korkka 2015, s. 18–24; Viitanen 2017, s. 531.

²⁰⁶ Asiaa koskee HE 54/2019 vp ja HE 10/2020 vp.

²⁰⁷ HE 54/2019 vp, s. 30. Ennen toimivaltuuksien vahvistamista valvonta- ja seuraamusjärjestelmää arvosteltiin kokonaisuutena tehottomaksi etenkin tuomioistuinpäätösten keston vuoksi; Ks. esim. Valtiontilintarkastajat, 2006, s. 275–276, jossa kuluttajavalvontaviranomaisen valvontatyön keinoja on kuvattu hampaattomiksi ja sen toimintaedellytyksien muuttamista lainsäädännöllä on pidetty tärkeänä kuluttajansuojan turvaamiseksi jo vuonna 2006. Ks. myös Valtiontalouden tarkastusvirasto 156/2007, s. 73–76, jonka mukaan markkinaoikeuskäsittely toteuttaa huonosti valvontaa prosessin raskauden ja pitkän keston vuoksi.

KKV:sta annetun lain 9 §:n mukaisesti kuluttaja-asiamiehen tehtävänä on ensisijaisesti saada elinkeinonharjoittaja vapaaehtoisesti luopumaan lainvastaisesta markkinoinnista. Valtaosa tapauksista ratkeakin neuvotteluilla ilman tapauksen viemistä tuomioistuimeen.²⁰⁸ Lisäksi kuluttaja-asiamies voi KKV:sta annetun lain 10 §:n nojalla ilman asian viemistä MAO:n käsiteltäväksi tehdä kieltopäätöksen asiassa, joka ei ole lain soveltamisen kannalta huomattava. Lain esitöiden mukaan kiellon antamisen edellytyksillä viitataan ennakkoratkaisuluonteisiin asioihin.²⁰⁹ Viitanen mukaan säännöksen sanamuodolla viitataan esimerkiksi epäselviin, tulkinnanvaraisiin tai taloudellisesti huomattaviin tapauksiin.²¹⁰ Selvissä asioissa, joista esimerkiksi on jo annettu tuomioistuinpäätös, kuluttaja-asiamies voisi siis määrätä kieltopäätöksen.

KKV:sta annetun lain 10 §:n mukaan kuluttaja-asiamiehen päätöksestä tulee ilmetä, mistä lukien kieltä on noudatettava. Asiasta ei ole vielä oikeuskäytäntöä, mutta KKV:n johtavan asiantuntijan ja lakimiehen *Hakamäen* mukaan säännöstä voitaisiin tulkita niin, että KKV voi asettaa kiellon noudatettavaksi heti tai esimerkiksi kolmen vuorokauden kuluttua kiellon määräämisen päivämäärästä.²¹¹ Hakamäki huomauttaa, että kuluttaja-asiamiehellä on harkintavaltaa asian suhteen. KKV:sta annetun lain 10 §:n mukaan päätökseen ei saisi hakea muutosta valittamalla. Kiellon saanut voi kuitenkin saattaa päätöksen markkinaoikeuden käsiteltäväksi kolmenkymmenen päivän kuluessa. Tämän osalta Hakamäki tulkitsee, että käsitteilyä haettaessa yritys voinee samassa yhteydessä hakea täytäntöönpanokieltä kuluttaja-asiamiehen kiellolle. Muussa tapauksessa päätös jäisi pysyväksi ja sitä olisi noudatettava, ellei markkinaoikeus määrää toisin.²¹² Säännöksen mukaan kuluttaja-asiamiehen määräämän kiellon tehosteeksi voidaan asettaa uhkasakko, mutta sen tuomitsemisesta päättää MAO.²¹³

²⁰⁸ Peltonen – Määttä 2015, s. 171; Viitanen 2017, s. 484–485; Valtiontalouden tarkastusvirasto 156/2007, s. 74.

²⁰⁹ HE 54/2019 vp, s. 29.

²¹⁰ Viitanen 2017, s. 486; edellisen säännöksen sanamuodosta, joka oli ”lain soveltamisen kannalta huomattavan” osalta saman sisältöinen, kuin nykyinen säännös.

²¹¹ Säännöksen käytännön toteutuksesta ja tulkinnasta on konsultoitu KKV:a, johon on saatu tulkinta 01.02.2021 sähköpostitse johtavalta asiantuntijalta ja lakimieheltä Mika Hakamäeltä.

²¹² Muutos on huomattava aikaisempaan säännökseen, sillä sen mukaan kuluttaja-asiamiehen kiellon vastustamiseen edellä käsitelystä riitti pelkkä elinkeinonharjoittajan ilmoitus; Viitanen 2017, s. 513–514.

²¹³ KKV:sta annetun lain 10 §:n mukaisesti kuluttaja-asiamies voi antaa kiellon myös väliaikaisena, mikäli elinkeinonharjoittajan menettely on sen laajuuden, nopean vaikutuksen tai muusta erityisestä syystä tarpeen estää kiireellisesti. Lain esityöt eivät avaa edellytyksiä väliaikaisen kiellon osalta. Säännöksen sanamuodosta voitaisiin kuitenkin päätellä, että se on tarkoitettu käytettäväksi vain poikkeuksellisissa tilanteissa.

5.4.2 Kuluttaja-asiamiehen hakemuksesta määrättävä seuraamusmaksu ja oikeus puuttua digitaalisessa ympäristössä julkaistuun sisältöön

Kuluttajaviranomaisten eräitä toimivaltuuksia koskevan lain (KTL) 12 §:n ja 21 §:n mukaan kuluttaja-asiamiehellä on oikeus hakea markkinaoikeudelta seuraamusmaksun määräämistä, mikäli elinkeinonharjoittaja tahallaan tai huolimattomuudesta rikkoo tai laiminlyö markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta. Säännöksen esitöiden mukaan huolimattomuuden arvioinnissa huomioidaan ensinnäkin, poikkeako menettely objektiivisesti asetusta velvoitteesta sekä onko menettelyn ja prosessien aiheuttama riski velvoitteen rikkomisesta ymmärretty ja vielä otettu. Toiseksi arvioidaan, olisiko riski pitänyt ymmärtää ja onko menettelytavoissa noudatettu huolellisuutta. Mikäli asiaan on kiinnitetty aikaisemmin huomiota kuluttaja-asiamiehen toimesta, on korjausvelvollisuus korostunut. Edelleen esitöiden mukaan arviointiin ei vaikuta erehtyminen lainsäädännön asettamista vaatimuksista.²¹⁴ Toisin sanoen seuraamusmaksu on siis kohdistettavissa edellä esitetyin arviointiperustein mihin tahansa markkinoinnin toimijaan, mikäli tämän katsotaan tahallaan tai huolimattomuudesta rikkoen tai laiminlyöneen piilomainontakieltoa.

Määrättävän seuraamusmaksun suuruus perustuu kokonaisarviointiin, mutta se saa olla enintään neljä prosenttia rikkomuksen päättymistä edeltäneen vuoden liikevaihdosta (KTL 3:18).²¹⁵ Säännöksen esitöiden mukaan seuraamusmaksun määrän tulisi olla sellainen, ettei sääntelyn rikkominen ole elinkeinonharjoittajalle kannattavaa.²¹⁶ KTL 19 §:n mukaan seuraamusmaksua ei määrätä, jos rikkomus on vähäinen tai jos sen määräämistä on pidettävä ilmeisen kohtuuttomana. Esitöiden mukaan seuraamusta ei välttämättä määrätä, jos elinkeinonharjoittaja on ryhtynyt riittäviin toimenpiteisiin rikkomuksen korjaamiseksi välittömästi sen havaitsemisen jälkeen eikä rikkomus ole vakava tai toistuva.²¹⁷ Lisäksi

²¹⁴ HE 54/2019 vp, s. 53.

²¹⁵ KTL 3:18:n mukaan kokonaisarvioinnissa huomioidaan 1) rikkomuksen laatu, laajuus, vakavuus ja kesto-aika, 2) saavutettu hyöty, 3) toimet vahingon lieventämiseksi tai korjaamiseksi ja 4) mahdolliset aiemmat kuluttajansuojasäännöksiin liittyvät rikkomukset.

²¹⁶ HE 54/2019 vp, s. 61. Seuraamusmaksu voidaan määrätä poikkeuksellisesti myös oikeushenkilön johtoon kuuluvalla tai tosiasiallilla määräysvaltaa käyttävälle henkilölle, mikäli tämä on tahallaan tai huolimattomuudesta merkittäväällä tavalla myötävaikuttanut rikkomukseen ja tähän muutoinkin on erityistä syytä (KTL 3:17). Vertailukohteena voidaan käyttää Ruotsia, jossa tiettyjen markkinointisäännösten rikkomisesta voidaan määrätä markkinahäiriömaksu, seuraamusmaksun suuruus voi vaihdella 5 000 kruunusta 5 miljoonaan kruunuun siten, että maksu voi kuitenkin enintään olla 10 prosenttia yrityksen vuotuisesta liikevaihdosta; Oikeusministeriö 2007:11, kohdassa ”muut mahdolliset keinot”.

²¹⁷ HE 54/2019 vp, s. 62.

seuraamusmaksua on esitöissä luonnehdittu merkittäväksi toimeksi, jota on tarkoitus käyttää vain vakavammissa rikkomuksissa.²¹⁸

Kuluttaja-asiamies voi KTL 3:12:n nojalla puuttua digitaalisessa ympäristössä julkaistuun sisältöön sen rikkoessa KSL:n säännöksiä, jos rikkomuksesta voi aiheutua vakavaa vahinkoa kuluttajien yleiselle edulle ja mikäli se on välttämätöntä rikkomuksen lopettamiseksi. Säännöksen nojalla kuluttaja-asiamies voi määrätä palveluntarjoajan poistamaan sisältöä esimerkiksi verkkosivuilta tai sosiaalisen median alustalta, estää tai rajoittaa alustoille pääsyä taikka asettaa varoituksen sisältöihin.²¹⁹ Määräystä voidaan tehostaa uhkasakolla ja mikäli määräystä ei noudateta, kuluttaja-asiamies voi hakea markkinaoikeudelta uhkasakon toteuttamista (KTL 3:12). Päätöksen voi hakea markkinaoikeuden käsiteltäväksi taho, johon päätös kohdistuu sekä säännöksiä rikkonut elinkeinonharjoittaja kolmenkymmenenpäivän kuluessa tiedoksisaannista tai päätös jää pysyväksi.

Säännösten esitöiden mukaan vakavalla vahingolla viitataan esimerkiksi huomattavaan taloudelliseen vahinkoon tai menettelyyn, joka kohdistuu laajaan kuluttajajoukkoon. Välttämättömyys kriteerille hallituksen esityksessä on esimerkkinä käytetty tilannetta, jossa ulkomaalaisen verkkokaupan vastuuhenkilöitä ei tavoiteta.²²⁰ Hallituksen esitöiden mukaan kynnys menettelyn käyttöön tulisi asettaa verrattain korkealle. Lisäksi edellytyksenä toimivaltuuden käytölle on ilmeinen sääntelyn rikkominen.²²¹ KTL 3:12:n mukaista määräystä ei siis voi asettaa asioissa, jotka ovat vähänkin tulkinnanalaisia.

Kuluttaja-asiamiehellä on nykyisin myös oikeus KTL 2:6:n mukaisesti saada salassapitosäännösten estämättä valvontatoimen kohteena olevalta elinkeinonharjoittajalta asian selvittämiseksi tarpeelliset tiedot. Kuluttaja-asiamiehellä on säännöksen mukainen tiedonsaanti-oikeus salassapitosäännöksestä huolimatta.²²² Hallituksen esityksen mukaan tiedot voisivat esimerkiksi liittyä rahoitus- ja tietovirtojen jäljittämiseen. Esitöiden mukaan ei kuitenkaan

²¹⁸ HE 54/2019 vp, s. 53.

²¹⁹ Vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa kyseeseen voisi tulla esimerkiksi tilanne, jossa kuluttaja-asiamies voisi määrätä vaikuttajaa poistamaan piilomainontaa sisältävää sisältöä sosiaalisen median tililtään.

²²⁰ Vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa kyseeseen voisi tulla esimerkiksi tilanne, jossa vaikuttajamarkkinoinnin toimijaa, joka voisi korjata lainvastaisen menettelyn, ei tavoiteta.

²²¹ HE 54/2019 vp, s. 51.

²²² Vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa kyseeseen voisi tulla esimerkiksi tilanne, jossa kuluttaja-asiamies voisi salassapitosäännöksestä huolimatta esimerkiksi tutustua vaikuttajan ja yrityksen väliseen vaikuttajamarkkinoinnista tehtyyn sopimukseen sen selvittämiseksi, mitä markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen täyttämistä on sovittu.

voida tyhjentävästi selvittää, mitkä tiedot voisivat olla säännöksen tarkoittamalla tavalla välttämättömiä, mutta tietojen vaatimisen tulee olla välttämätöntä asian selvittämisen kannalta.²²³

5.5 Vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuuteen soveltuvien seuraamusten arviointia

Markkinointirikoksen ja menettämisseuraamuksen pelotevaikutus voisi vaikuttaa piilomainnon esiintymiseen, mutta tämä vaatisi markkinointirikoksen käyttöönottamista. Koska markkinointirikoksen käyttö on jäänyt olemattomaksi, voitaisiin rikosoikeudellisten seuraamusten käyttöä pitää epätodennäköisenä seuraamuksena markkinointisäännösten rikkomiseen.

Vuoden 2020 muutokset tarjosivat kuluttaja-asiamiehen käyttöön lisämahdollisuuksia markkinointisäännösten ja piilomainontaan puuttumiseen. Toisaalta kuluttaja-asiamiehen määrämien kieltopäätöksen käyttöönoton voitaisiin katsoa vaativan tuomioistuinpäätöstä, jota vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvistä piilomainonnasta ei vielä ole. Mikäli kieltopäätöstä tulkitaan tulevaisuudessa Hakamäen kuvailemalla tavalla, käytännön markkinoinnin tunnistettavuuteen voitaisiin puuttua nopealla keinolla.

Kuluttaja-asiamiehen hakemuksesta määrättävän seuraamusmaksun voitaisiin katsoa omaavan riittävän pelotevaikutuksen etenkin, kun seuraamusmaksu olisi kohdistettavissa kaikkiin vaikuttajamarkkinoinnin toimijoihin, jotka toimivat elinkeinonharjoittajina. Toisaalta vaikka seuraamusmaksulla olisikin tarpeeksi ennaltaehkäisevä pelotevaikutus, ei sitä esitöiden mukaan voida määrätä vähäisissä rikkomuksissa. Alexandra Media -tapauksessa vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvä piilomainonta katsottiin vähäiseksi rikkomukseksi, jonka johdosta seuraamusmaksua ei voida pitää ensisijaisena seuraamuksena piilomainontaan.

Kuluttaja-asiamiehen oikeudesta puuttua digitaalisessa ympäristössä julkaistuun sisältöön edellyttää muun muassa, että rikkomus kohdistuisi laajaan kuluttajajoukkoon. Vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvän piilomainonnan osalta tämän voitaisiin katsoa täyttyvän internetin ja sosiaalisen median luonteen johdosta. Säännöksen käyttö kuitenkin vaatii ilmeistä

²²³ HE 54/2019 vp, s. 47. Kuluttaja-asiamiehellä on KTL:n muutosten myötä oikeus lisäksi tehdä koeostoja (KTL 2:9) ja tarkastaa yrityksen toimitiloja (KTL 2:9), mutta aihearajuksen vuoksi niihin ei ole tarkoituksenmukaista tässä tutkielmassa syventyä.

lainrikkomusta ja hallituksen esityksen mukaan kynnys menettelylle on korkealle. Koska Alexander Media -tapauksessa piilomainonta arvioitiin vähäiseksi rikkomukseksi, ei keinoa tule arvioida ensisijaisena puuttumiskeinona piilomainontaan. Oikeus pyytää tietoja salassapitosäännöksen estämättä puolestaan vaatii sen, että tiedon saaminen on välttämätöntä asian selvittämisen kannalta. Piilomainonta on silmin havaittavissa oleva asia ja voitaisiin olettaa, ettei tietojen saaminen tästä syystä tarjoa merkityksellistä seuraamusta piilomainontaan. Toisaalta mikäli piilomainonnan todentaminen ja kohdentaminen olisivat esimerkiksi tuomioistuinkäytäntöön perustuen vastuutahoperusteista ja vastuu olisi selvitettävissä vain vaikuttajamarkkinointia harjoittavien tahojen välisistä sopimuksista, voisi seuraamuksen käyttäminen olla tarpeellista. Aika ja kuluttaja-asiamiehen seuraamuksien käyttäminen näyttää, käytetäänkö uusia sanktiomahdollisuuksia osana vastuun realisoimista piilomainonnasta.

Ruotsin oikeudellista aineistoa hyödynnetään runsaasti KSL:n tulkinnassa. MAO:n uhkasakolla tehostettua kieltopäätöstä voitaisiin ruotsalaisen oikeuskäytännön jalanjäljissä pitää potentiaalisimpana keinona puuttua vaikuttajamarkkinoinnin piilomainontaan. Tätä tukee myös kieltopäätöksen vakiintunut käyttö markkinointioikeudellisissa asioissa. Jos vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvää piilomainontaa ei siis saataisi neuvottelemalla loppumaan, kuluttaja-asiamies voisi hakea markkinaoikeudelta uhkasakolla tehostetun kiellon määräämistä. Markkinointitoimen oikaisun merkityksellisyys nimenomaan vaikuttajamarkkinoinnin piilomainontaan voitaisiin kuitenkin kyseenalaistaa. Säännöstä koskevien esitöiden mukaan oikaisua nimittäin on käytettävä vain, mikäli piilomainonnan on katsottu aiheuttavan kuluttajille ilmeisiä haittoja. Alexandra Media -tapauksessa tuomioistuin katsoi vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvän piilomainonnan vähäiseksi, joten oikaisua ei voida katsoa todennäköiseksi seuraamuskeinoksi samankaltaisiin tilanteisiin puututtaessa.

5.6 Kokoavia havaintoja vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuuteen sovellettavasta valvonta- ja seuraamusjärjestelmästä

Rikosoikeudellisten seuraamusten vähäisen käytön ja kuluttaja-asiamiehen uusien keinojen vaatiessa tuomioistuintasoisien ratkaisujen tuekseen voitaisiin katsoa, että MAO:n määräämä uhkasakolla tehostettu kieltopäätös on potentiaalisin seuraamus vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvään piilomainontaan. Kieltopäätöksen arviointiperusteet ovat olennaisessa asemassa, kun seuraavaksi siirrytään tarkastelemaan vaikuttajamarkkinoinnin toimijoiden vastuuta. Arviointiperusteiden osalta kieltopäätös tulee ensisijaisesti kohdistaa markkinoivaan yritykseen. Käsiteltyä tämän perusteena on markkinoivan yrityksen mahdollisuus vaikuttaa

ja varmistua markkinoinnin lainmukaisuudesta. Toissijaisesti vastuu voidaan kohdistaa markkinoivan yrityksen palveluksessa olevaan tai muuhun, joka toimii hänen lukuunsa. Tämän perusteena on, että taho on merkittävästi osallistunut ja välittömästi vaikuttanut markkinointiin. Alexandra Media -tapauksessa tuomioistuin arvioi arviointiperusteiden soveltumista sekä vaikuttajien välittäjätoimistoon että vaikuttajan yritykseen. Tuomiossa arviointiperusteiden katsottiin täyttyvän, koska vaikuttajan yrityksellä oli määräys- ja päätösvalta markkinoinnista ja julkaisuista. Tähänkin arviointiperusteeseen syvennyttään seuraavaksi tarkemmin, mutta sen osalta on hyvä palauttaa mieleen edellä kappaleessa 3.2.1 käsitelty rajanveto harrastajavaikuttajan ja ammattimaisen vaikuttajan välillä.

6 VASTUU VAIKUTTAJAMARKKINOINNIN TUNNISTETTAVUUDESTA

6.1 Markkinoivan yrityksen vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta

6.1.1 Markkinoivan yrityksen vastuun arviointiperusteet

Vastuu piilomainonnasta on KSL 2:16:n ja sitä koskevien esitöiden mukaan ensisijaisesti kohdistettava markkinoivaan yritykseen.²²⁴ Oikeuskäytännön mukaan vastuun perusteena on markkinoivan yrityksen mahdollisuus vaikuttaa ja varmistua lainmukaisesta markkinoinnista. Kuluttaja-asiamiehen linjaus vaikuttajamarkkinoinnista ja Pohjoismaiden linjaus piilomainonnasta toteavat molemmat, että markkinoiva yritys on vastuussa piilomainonnan sääntöjen rikkomisesta.²²⁵ Kuluttaja-asiamiehen vaikuttajamarkkinointia koskevan linjauksen mukaan:

Käytännössä yritys täyttää mainonnan tunnistettavuuteen liittyvät velvollisuutensa, kun se ohjeistaa ja edellyttää vaikuttajaa toiminaan niin, ettei piilomainontaa harjoiteta.

Yrityksen ja muiden vaikuttajamarkkinoinnin toimijoiden vastuun arvioinnissa voidaan huomioida myös ICC:n markkinointisääntöjen vastuuta koskeva 23 artikla, jonka mukaan:

Markkinoija on vastuussa kaikesta markkinoinnistaan. Markkinoijan tulee noudattaa näitä sääntöjä. Lisäksi myös muiden markkinoinnin toimintaympäristössä toimivien tulee noudattaa näitä sääntöjä. Tällaisia toimijoita ovat esimerkiksi vaikuttajat, bloggaajat, vloggaajat, affiliate-verkostot, data-analyytikot ja ad tech -yhtiöt sekä algoritmejä ja tekoälyä hyödyntävät tahot. Jotta markkinoijan vastuu tulee otetuksi huomioon asianmukaisella tavalla, mainostoinnin ja muiden markkinoinnin alalla toimivien tulee noudattaa huolellisuutta markkinointia suunnitellessaan.

Yllä mainittujen toimijoiden palveluksessa olevat markkinoinnin suunnitteluun, toteutukseen, julkaisemiseen tai välittämiseen osallistuvat henkilöt ovat asemansa mukaisessa vastuussa näiden markkinointisääntöjen noudattamisesta.

²²⁴ Edelläkin käsitellysti säännöksen esitöiden mukaan elinkeinonharjoittajalla viitataan markkinointia tilaavaan tai suorittavaan elinkeinonharjoittajaan, jonka välittömään lukuun markkinointi tehdään. Esitöiden mukaan kielto on ensisijaisesti kohdistettava siihen elinkeinonharjoittajaan, jonka lukuun markkinointi tapahtuu.

²²⁵ Pohjoismaiden linjaus piilomainonnasta 2016, kohta 7; Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa 2019, kohta 2.

Toiminnan luonteesta, käytetystä mediasta ja teknologiasta riippumatta kaikki markkinointiin osallistuneet tahot ovat oman roolinsa mukaisessa vastuussa markkinoinnista.

Perussäännöt koskevat kaikkia markkinoinnin muotoja ja sisältöä. Sääntöjä sovelletaan myös sellaiseen markkinointiaineistoon, joka ei ole markkinoijan itsensä laatimaa, kuten suositukset, lausunnot sekä kuva- ja ääniesitykset. Sääntöjen vastaista menettelyä ei siten voi perustella sillä, että markkinoinnin sisältö tai muoto on kokonaan tai osittain muiden laatima.²²⁶

Artikla tai MEN:in ratkaisukäytäntö ei anna tulkinta-apua, mitä aseman tai roolin mukaisella vastuulla tarkoitetaan tai kuinka vastuu toimijoiden välillä jakautuu. Artiklan 23 lisäksi vastuu on nähtävissä myös 1 artiklasta, jonka mukaisesti MEN on useammassa vaikuttajamarkkinointia koskevassa ratkaisussaan korostanut, että markkinoijan, julkaisijan ja muiden asianosaisten tulisi markkinoinnissa huomioida niiden yhteiskunnallinen ja ammatillinen vastuu asianmukaisella tavalla.²²⁷

6.1.2 Markkinoivan yrityksen vastuun arviointi

Edelläkin käsitellysti tapauksessa KKO 2005:86 markkinoivan yrityksen katsottiin olevan vastuussa markkinoinnista, koska tällä oli mahdollisuus vaikuttaa ja varmistaa markkinoinnin lainmukaisuus. Ensimmäisen kohdan osalta vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa voitaisiin katsoa, että markkinoivalla yrityksellä on mahdollisuus ohjeistaa vaikuttajaa ja muita toimijoita piilomainontakiellosta. Tämä käy ilmi myös vaikuttajamarkkinointia koskevasta linjauksesta, jonka mukaan yritys voi täyttää vastuunsa ohjeistamalla vaikuttajaa toimimaan niin, ettei piilomainontaa harjoiteta.²²⁸ Linjaus rajaa ohjeistusvastuun kohdistumisen vain vaikuttajiin, mutta yrityksen ensisijaisen vastuun johdosta ohjeistusvastuun voitaisiin katsoa ulottuvan myös muihin mahdollisiin toimijoihin. Yritykseltä ohjeistusvastuu edellyttää tietoisuutta edellä käsitellyistä nimenomaisesti vaikuttajamarkkinointia koskevista markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksista sekä sen kanavakohtaisista erityispiirteistä.

²²⁶ Myös C luvun suoramarkkinointia ja digitaalista markkinointia koskeva artikla C20 on saman suuntainen.

²²⁷ Ks. esim MEN 23/2018.

²²⁸ Alalta saadun tiedon mukaan markkinoivat yritykset kuitenkin ohjeistavat vaikuttajia vaihtelevasti. Toisaalta useasta MEN:in tapauksesta käy ilmi, että markkinoivat yritykset ovat täyttäneet ohjeistusvelvollisuutensa. Esimerkiksi tapauksessa MEN 32/2019 markkinoiva yritys totesi, että ”Tunnettu hyvin vaikuttajamarkkinoinnin säännöt sosiaalisessa mediassa. Valitettavasti kyseisessä tapauksessa merkintä kaupallisesta yhteistyöstä on jäänyt puuttumaan. Kyseessä on harrastevaikuttaja, jolle sisällön tuottaminen sosiaaliseen mediaan on harrastustoimintaa. Virhe on ollut selkeästi meidän ja vaikuttajan. Yleisesti annamme aina ohjeistuksena vaikuttajien välittäjätoimistoille, että vaikuttajat merkitsivät, että kyseessä on kaupallinen yhteistyö. Tulomme jatkossa vaatimaan merkintöjä tarkemmin ja puuttumaan asiaan välittömästi, mikäli näin ei ole tehty.”

Ohjeistamisen edellytyksenä on siis tietoisuus markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta koskevista säännöksistä ja linjauksista. Puuttuvan kotimaisen oikeuskäytännön vuoksi tämä voi edellyttää tutustumista lain esitöihin, ulkomaiseen oikeuskäytäntöön sekä ICC:n markkinointisäännöksiin ja niitä tulkitseviin MEN:in ratkaisuihin.

Toisena arviointiperusteena on yrityksen mahdollisuus varmistua siitä, ettei piilomainontaa harjoiteta. Vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa tämä voi tarkoittaa markkinoivan yrityksen mahdollisuutta tarkastaa julkaisujen piilomainontakiellon mukaisuus ennen niiden julkaisua.²²⁹ Myös ICC:n markkinointisäännösten 23 artiklan mukaisesti sääntöjen vastaista menettelyä ei voida perustella sillä, että markkinointi on toisen laatimaa. Yritykseltä tarkastusvelvollisuus vaatii ensimmäisen arviointiperusteen mukaista tietoisuutta markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksista sekä prosessia tehtävälle tarkastukselle. Lisäksi vaikuttajaa ja muita toimijoita on edellytettävä varaamaan tarkastusvelvollisuus markkinoivalle yritykselle.

Vaikuttajamarkkinointia koskevan linjauksen mukaan markkinoiva yritys voi täyttää vastuun ohjeistamisen lisäksi edellyttämällä vaikuttajaa olemaan harjoittamatta piilomainontaa. Myös tämän velvollisuuden voitaisiin yrityksen ensisijaisen vastuun vuoksi katsoa kohdistuvan myös muihin toimijoihin. Vastuu voitaisiin toteuttaa esimerkiksi kaupallisesta yhteistyöstä sovittaessa.²³⁰ Tapauksessa MEN 5/2021 yritys oli laatinut vaikuttajamarkkinointia koskevan sopimuksen, jossa se edellytti vaikuttajaa huolehtimaan markkinoinnin tunnistettavuudesta.²³¹ Sopimuksesta huolimatta vaikuttajan julkaisu ei MEN:in arvion mukaan ollut piilomainontakiellon mukainen ja neuvosto piti sekä markkinoivaa yritystä että vaikuttajaa vastuullisena piilomainonnasta. Tapaus ei avannut vastuun jakautumisen perusteita, mutta neuvoston voitaisiin olettaa ICC:n markkinointisääntöjen 23 mukaisesti katsoneen, että

²²⁹ Useassa MEN:n tapauksessa yritykset ilmoittivat, että he aikovat tulevaisuudessa suorittaa etukäteisvalvontaa piilomainonnan välttämiseksi, ks. mm. MEN 3/2018; MEN 21/2019; MEN 30/2019; MEN 40/2019. Toisaalta voitaisiin katsoa, että yrityksen tulisi olla tietoinen lain asettamista vaatimuksista jo ennen vaikuttajamarkkinointiin ryhtymistä eikä ryhtyä asianmukaisiin toimiin vasta huomautuksen jälkeen.

²³⁰ Alalla kuitenkin esiintyy paljon vapaamuotoista sopimista kaupallisista yhteistöistä. Yhteistöistä saatetaan sopia sähköpostitse tai jopa vain Instagramin välityksellä hyvin yksinkertaisella tavalla. Sopiminen käsittää näissä tapauksissa monesti vain sisällön muotoa, aikataulua ja palkkion sopimista koskevat seikat, mutta lain-säädännölliset asiat jäävät monesti uupumaan täysin.

²³¹ Tapauksessa vaikuttaja oli julkaissut Instagram-kuvan, jossa naisella on olallaan markkinoivan yrityksen logolla varustettu kangaskassi. Julkaisun kuvatekstinä on ”Oletkohan jo tutustunut näihin laadukkaisiin ja puhtaisiin kotimaisiin ravintolisiin? Kurkkaahan Aarja Healthin nettikauppaan ja muista tilatessasi koodi rouvaketo15, jolla saat -15% tilauksestasi! Minulla on ilo ja kunnia toimia Aarja Helthin lähettiläänä ja olla kertomassa näistä upeista kotimaista tuotteista ja Aarjan hienosta brändistä.”

markkinoija on vastuussa kaikesta markkinoinnistaan. Tämän pohjalta voitaisiin katsoa, että tarkastusvelvollisuuden mukaisesti yrityksen olisi tullut varmistua markkinoinnin lainmukaisuudesta tarkastamalla julkaisu ennen sen julkaisemista.

Edellä käsiteltyyn Kenza-tapaukseen perustuen voitaisiin kuitenkin esittää, ettei ICC:n markkinointisäännöt voi syrjäyttää sopimusvapautta. MEN:in ratkaisua voitaisiin pitää perusteltuna, mikäli nimenomaista sopimusta tahojen välillä ei olisi ollut. Tuomioistuintasoisessa Kenza-tapauksen mukaan osapuolet voivat sopimuksella sopia vaikuttajamarkkinoinnista. Voitaisiin siis perustellusti katsoa, että kaupallisesta yhteistyöstä sovittaessa osapuolet voisivat vapaasti sopia velvollisuuksiensa jakautumisesta. Sopimusvapaus asiassa mahdollistaa myös sen, että osapuolet voivat sopimuksella varmistua vastuistaan.

Voitaisiin siis esittää, että markkinoiva yritys voi täyttää vastuunsa ensinnäkin ohjeistamalla vaikuttajaa ja muita toimijoita markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen täyttämistä. Toiseksi yrityksen tulee tarkastaa julkaisujen piilomainontakiellon mukaisuus ennen niiden julkaisua. Kolmanneksi vaikuttajaa ja muita toimijoita tulee edellyttää toimimaan niin, ettei lainvastaista markkinointia esiinny.²³² Nämä perusteet ovat voimassa, ellei toimijoiden kesken ole muuta sovittu. ICC:n markkinointisääntöjen artiklan 23 mukaisesti yritys on roolinsa mukaisessa vastuussa markkinoinnista. Näiden perusteiden voitaisiin perustellusti katsoa asettavan rajan markkinoivan yrityksen vastuun realisoitumiselle ja näin ollen myös yrityksen asemanmukaiselle vastuulle.

6.2 Muiden toimijoiden vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta

6.2.1 Muiden toimijoiden vastuun arviointiperusteet

Mikäli erityisestä syystä on tarpeellista, vastuu voidaan kohdistaa markkinoivan yrityksen palveluksessa olevaan tai muuhun, joka toimii hänen lukuunsa (KSL 2:16). Säännöksen esitöiden mukaan tällä viitataan käsitellysti markkinointia suorittavaan ja suunnittelevaan

²³² Käytännössä tämä voitaisiin toteuttaa esimerkiksi siten, että markkinoiva yritys laatii kaupallisesta yhteistyöstä sopimuksen, jonka ehtona on yrityksen oikeus tarkastaa julkaisu. Sopimus voisi lisäksi sisältää vaatimuksen siitä, että toimijat sitoutuvat noudattamaan markkinoinnin tunnistettavuuden periaatetta. Sopimuksessa osapuolet voisivat vaihtoehtoisesti vapaasti sopia piilomainontaa koskevien velvoitteiden jakamisesta. Ohjeistamisvelvollisuuden osalta yritykset voisivat esimerkiksi liittää sopimukseen liitteen, joka sisältäisi ohjeistuksen oikeaoppisesta kanavakohtaisesta tavasta, jolla vaatimus markkinoinnin tunnistettavuudesta voitaisiin täyttää. Vaikka markkinoivat yritykset haluavat tarjota vaikuttajalle vapaat kädet sisällöntuotantoon, voitaisiin tällä varmistaa se, ettei tämä kuitenkaan johda piilomainontaan.

elinkeinonharjoittajaan tai markkinointitoimen julkaisijaan. Vaikuttajamarkkinoinnin kontekstissa tämä tarkoittaa vaikuttajan lisäksi muita vaikuttajamarkkinoinnin toimijoita, kuten mainostoimistoja ja vaikuttajien välittäjätoimistoja. Koska käsitellysti kansallista oikeuskäytäntöä tästä toissijaisesta vastuusta ei ole, arvioinnissa huomiota kiinnitetään UCP-direktiivin ja Ruotsin Alexandra Media -tapauksen perusteella siihen, onko toimija merkittävästi osallistunut ja välittömästi vaikuttanut markkinointiin.

Tulkinta-apua vastuun arviointiin voidaan hakea myös pohjoismaisten kuluttaja-asiamiesten linjauksesta, sillä kuluttaja-asiamiehen vaikuttajamarkkinointia koskeva linjaus ei mainitse muiden toimijoiden vastuuta. Pohjoismaiden piilomarkkinointia koskevan linjauksen mukaan:

Bloggaajia neuvovat tai bloggaajien ja elinkeinonharjoittajien välistä yhteydenpitoa järjestävät toimijat saattavat myös joutua vastuuseen. Mainostoimistot ja PR-toimistot voivat myös olla vastuunalaisia, jos ne ovat laatineet mainosviestin tekstin tai jos elinkeinonharjoittaja on palannut ne maksamaan yksityishenkilölle siitä, että hän mainitsee yrityksen tuotteen.

ICC:n markkinointisääntöjen 23 artiklan osalta muiden toimijoiden vastuun arvioinnissa seuraavat kohdat:

Jotta markkinoijan vastuu tulee otetuksi huomioon asianmukaisella tavalla, mainostoimiston ja muiden markkinoinnin alalla toimivien tulee noudattaa huolellisuutta markkinointia suunnitellessaan.

Yllä mainittujen toimijoiden palveluksessa olevat markkinoinnin suunnitteluun, toteutukseen, julkaisemiseen tai välittämiseen osallistuvat henkilöt ovat asemansa mukaisessa vastuussa näiden markkinointisääntöjen noudattamisesta.

Toiminnan luonteesta, käytetystä mediasta ja teknologiasta riippumatta kaikki markkinointiin osallistuneet tahot ovat oman roolinsa mukaisessa vastuussa markkinoinnista

Pohjoismaiden piilomarkkinointia koskeva linjaus ei avaa vastuun perusteita kuin mainos- ja PR-toimistojen osalta. ICC:n markkinointisääntöjen 23 artikla tai MEN:in ratkaisukäytäntö puolestaan ei avaa muiden toimijoiden huolellisuusvelvoitteen merkitystä tai aseman mukaista vastuuta.

6.2.2 Muiden toimijoiden vastuun arviointi

Alexandra Media -tapauksessa tuomioistuin arvioi välittäjätoimisto Tourn Median vastuuta. Kansallinen säännös on samankaltainen Ruotsin säännöksen kanssa.²³³ Tapauksessa tuomioistuin arvioi vastuuta ensin siltä kannalta, oliko välittäjätoimisto toiminut markkinoivan yrityksen lukuun. Tapauksessa Tourn Media oli toiminut kaupallisen yhteistyön välittäjänä yritykseltä vaikuttajalle ja ohjeistanut vaikuttajaa julkaisun suunnittelussa. Tapauksessa ei kuitenkaan ollut esitetty mitään näyttöä markkinoivan yrityksen ja Tourn Median sopimussuhteesta tai siitä, että Tourn Medialla olisi ollut muodollinen asema markkinoivan yrityksen edustajana.²³⁴ Näin ollen tuomioistuin katsoi, ettei Tourn Median voitu katsoa toimineen markkinoivan yrityksen puolesta.

Koska Tourn Median ei voitu katsoa toimineen markkinoivan yrityksen puolesta, arvioitavaksi tuli, oliko Tourn Media merkittäväällä tavalla vaikuttanut piilomainontaan. Tapauksessa oli kiistatonta, että Tourn Media oli tarjonnut Alexandra Medialle verkkoalustan, välittänyt tälle yhteistöitä sekä osallistunut tämän markkinoinnin kehittämiseen ja suunnitteluun. Tuomioistuin ei katsonut Tourn Median vaikuttaneen merkittävästi toteutuneeseen piilomainontaan, sillä Alexandra Medialla oli mahdollisuus päättää lopullisesta sisällöstä sekä julkaisuista. Osapuolten kesken ei myöskään oltu sovittu siitä, että Tourn Medialla olisi velvollisuus tarkistaa julkaisujen markkinoinnin lainmukaisuus. Myös UCP-direktiivin mukaisen välittömän markkinointiin vaikuttamisen voitaisiin katsoa täyttyvän, kun tuomioistuin ei antanut merkitystä sille, oliko Tourn Media teknisesti julkaisut sisällön. Lisäksi tuomioistuin perusteli päätöstään sillä, ettei tapauksessa Tourn Median ollut näytetty nimenomaisesti kehottaneen Alexandra Mediaa piilomainontaan.²³⁵

MEN on useassa tapauksessaan edellyttänyt 23 artiklan mukaisesti muilta toimijoilta huolellisuutta markkinointia suunnitellessaan. Esimerkiksi tapauksessa MEN 27/2018 vaikuttajien välittäjätoimistona toimiva mediatoimisto oli vastannut MEN:in lausuntopyyntöön, ettei heillä ole ollut osaa kaupalliseen yhteistyöhön eikä heitä näin ollen voitu pitää vastuussa

²³³ Marknadsföringslagen (2008:486) 23 §; ”En näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig får förbjudas att fortsätta med denna eller med någon annan liknande åtgärd. Ett förbud enligt första stycket får meddelas också 1. en anställd hos näringsidkaren, 2. någon annan som handlar på näringsidkarens vägnar, och 3. var och en som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen.

²³⁴ PMT 2054-18, kohta 4.3.3.

²³⁵ *Ibid.*

piilomainonnasta. Toimiston mukaan kyseessä oli freelancer-vaikuttaja, joka oli oikeutettu tekemään yhteistöitä itsenäisesti.²³⁶ MEN ei avannut tapauksessa vastuun jakautumista, vaan totesi melko yksioikoisesti, että kaikki vaikuttajamarkkinointiin osallistuvat toimijat ovat asemansa mukaisessa vastuussa piilomainonnasta.²³⁷ MEN:in tulkintalinjaa muiden toimijoiden vastuusta voitaisiin pitää melko ankarana, etenkin mikäli toimija ei ole laisinkaan vaikuttanut markkinointiin. Ankaran tulkinnan puolesta puhuu myös se, että muiden toimijoiden osalta 23 artikla edellyttää ainoastaan huolellisuutta. Tapauksen MEN 27/2018 osalta voitaisiin esittää, että toimija olisi voinut täyttää huolellisuusvelvoitteensa esimerkiksi pelkästään tarjoamalla piilomainontakieltoa koskevat ohjeet vaikuttajiensa käyttöön. Mikäli artiklaa tulkittaisiin lievemmin, voisi vaatimusta muiden toimijoiden huolellisuudesta pitää perusteltuna, sillä artiklan mukaan sillä voidaan varmistaa markkinoivan yrityksen vastuun täyttäminen. Toisaalta taas voitaisiin esittää, että vastuu on aina toimijakohtainen eikä vasta toissijaisessa vastuussa olevan toimijan tulisi huolehtia markkinoivan yrityksen vastuun täyttämistä.

Pohjoismaisten kuluttaja-asiamiesten linjauksen mukaan toimija voi joutua vastuuseen, jos se on laatinut mainosviestin tai mikäli yritys on valtuuttanut toimijan maksamaan vaikuttajalle vaikuttajamarkkinoinnista. Myös näitä perusteita voitaisiin pitää melko ankarina, etenkin jos niitä verrataan Alexandra Media -tapauksen perusteisiin, joiden mukaan osallistumisen tulee olla merkittävää ja markkinointiin vaikuttamisen välitöntä. Näin ollen voitaisiin todeta, että muut vaikuttajamarkkinointiin osalliset toimijat voidaan katsoa vastuulliseksi vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnasta ensinnäkin, mikäli ne ovat muodollisesti edustaneet markkinoivaa yritystä tai toimineet sen lukuun. Toiseksi vastuu voi realisoitua, mikäli toimijat ovat merkittävällä tavalla vaikuttaneet piilomainontaan. Osallistuminen markkinointiin ei yksinään riitä, vaan osallistumisen tulee olla merkittävää, kuten kehottamista piilomainontaan tai nimenomaista sopimusta siitä, että toimija on vastuussa markkinoinnin tunnistettavuudesta. Merkittävänä vaikuttamisena voitaisiin tapauksen mukaan pitää myös lopullista sisällöstä päättämistä ja sen julkaisemista. Näitä seikkoja voitaisiin myös pitää muiden toimijoiden aseman mukaisena vastuuna.

²³⁶ Vaikuttajien välittäjätoimistolla on ns. listoillaan omia vaikuttajia. Mediatoimisto voi esimerkiksi suunnitella mainoskampanjan ja tarjota yritykselle listaltaan vaikuttajaa, mutta jotkut vaikuttajat voivat tehdä yhteistöitä myös itsenäisesti.

²³⁷ Ks. samansuuntaiset tapaukset esim. MEN 23/2018, MEN 24/2018 ja MEN 19/2019.

6.3 Vaikuttajan vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta

6.3.1 Vaikuttajan vastuun arviointiperusteet

Koska markkinoivan yrityksen vastuu on aina ensisijaista, tulee vaikuttajan vastuu muiden toimijoiden tavoin kyseeseen erityisestä syystä. Säännöksen mukaan vastuu voidaan siis kohdistaa markkinoivan yrityksen palveluksessa olevaan tai muuhun, joka toimii hänen lukuunsa (KSL 2:16). Edellä todetusti tällä viitataan markkinointia suorittavaan ja suunnittelemaan elinkeinonharjoittajaan tai markkinointitoimen julkaisijaan. Myös vaikuttajan vastuun arvioinnissa huomiota kiinnitetään UCP-direktiivin ja Ruotsin Alexandra Media -tapauksen perusteella siihen, onko vaikuttaja merkittävästi osallistunut ja välittömästi vaikuttanut markkinointiin.

Myös kuluttaja-asiamiesten linjaukset sisältävät vaikuttajan vastuuta koskevia seikkoja. Pohjoismaiden piilomarkkinointia koskevan linjauksen toteaa vastuun osalta seuraavaa:

Myös yksilöt, jotka mainitsevat tuotteita elinkeinonharjoittajan lukuun, voivat joutua vastuuseen, mikäli heidän julkaisuillaan on kaupallinen tarkoitus.

Tämän oletetaan viittaavan vaikuttajiin. Linjauksen tähän kohtaan on tehty viittaus, jonka mukaan Suomessa KSL ja sen markkinointisäännökset sitovat ainoastaan elinkeinonharjoittajaa.

Kuluttaja-asiamiehen vaikuttajamarkkinointia sosiaalisessa mediassa koskeva linjaus puolestaan asettaa markkinoivan yrityksen ja elinkeinonharjoittajana toimivan vaikuttajan yhteiseen vastuuseen. Linjauksen mukaan:

Ammattimainen vaikuttaja on kuluttajansuojalain perusteella vastuussa kaupallisesta yhteistyöstä kertomisesta samoin kuin vaikuttajamarkkinointia hyödyntävä yritys. Ammattimaisella vaikuttajalla tarkoitetaan tässä linjauksessa vaikuttajaa, jolle vaikuttaminen on lähtökohtaisesti elinkeino.

Harrastajavaikuttajalla tarkoitetaan kuluttajaa, jolle sisällön tuottaminen sosiaaliseen mediaan on harrastustoimintaa eikä elinkeino. Tällöin vaikuttajan toimintaa ei arvioida kuluttajansuojalain nojalla, eikä kuluttaja-asiamies ole toimivaltainen. Tästä huolimatta mainonnan merkitseminen on tärkeää, koska seuraajat eivät muutoin voi välttyä piilomainonnalta.

Kuluttaja-asiamiesten linjausten lisäksi vaikuttajan vastuun arvioinnissa on syytä huomioida ICC:n markkinointisääntöjen 23 artiklan seuraavat kohdat:

Lisäksi myös muiden markkinoinnin toimintaympäristössä toimivien tulee noudattaa näitä sääntöjä. Tällaisia toimijoita ovat esimerkiksi vaikuttajat, bloggaajat, vloggaajat, affiliate-verkostot, data-analyytikot ja ad tech -yhtiöt sekä algoritmejä ja tekoälyä hyödyntävät tahot.

Jotta markkinoijan vastuu tulee otetuksi huomioon asianmukaisella tavalla, mainostoimiston ja muiden markkinoinnin alalla toimivien tulee noudattaa huolellisuutta markkinointia suunnitellessaan.

Yllä mainittujen toimijoiden palveluksessa olevat markkinoinnin suunnitteluun, toteutukseen, julkaisemiseen tai välittämiseen osallistuvat henkilöt ovat asemansa mukaisessa vastuussa näiden markkinointisääntöjen noudattamisesta.

Toiminnan luonteesta, käytetystä mediasta ja teknologiasta riippumatta kaikki markkinointiin osallistuneet tahot ovat oman roolinsa mukaisessa vastuussa markkinoinnista

Kuten markkinoivan yrityksen ja muiden toimijoiden osalta, ei artikla tai MEN:in ratkaisukäytäntö avaa huolellisuusvelvoitteen merkitystä tai aseman mukaista vastuuta. Huomionarvoista ICC:n markkinointisääntöissä kuitenkin on vastuun kohdentaminen sekä nimellisesti että markkinoinnin julkaisemisen kautta vaikuttajiin.

6.3.2 Vaikuttajan vastuun arviointi

Kuluttaja-asiamiehen linjaus asettaa edellä todetusti markkinoivan yrityksen ja elinkeinonharjoittajana toimivan vaikuttajan yhtäläiseen vastuuseen. Tulkintaa voidaan pitää epäjohdonmukaisena, sillä KSL 2:16:n esityöt edellä käsiteltyä nimenomaisesti toteavat, että ensisijaisella vastuulla viitataan elinkeinonharjoittajaan joka tilaa markkinoinnin tai jonka välittömään lukuun markkinointi tapahtuu. Tämän voidaan katsoa melko suoraviivaisesti viittaavan markkinoivaan yritykseen. Näin ollen arviointi tulee tehdä toissijaisen vastuunkohdentamisen perusteella.

Toissijaisen vastuun määrittämisessä arvioidaan ensin, onko vaikuttaja toiminut markkinoivan yrityksen palveluksessa tai tämän lukuun. Tämän jälkeen tarkastellaan tarvittaessa, onko

vaikuttaja merkittävästi osallistunut ja välittömästi vaikuttanut markkinointiin. Kuitenkin Alexandra Media -tapauksessa tuomioistuin arvioi ensin Alexandra Median vaikuttamista lainvastaiseen markkinointiin. Alexandra Medialla katsottiin olevan lopullinen vastuu ja päätösvalta siitä, mitä sen sosiaalisen median tileillä julkaistaan. Alexandra Medialla oli näin ollen vastuu julkaisujen sisällöstä ja niiden markkinointisäännösten mukaisuudesta. Tuomioistuin kiinnitti huomiota myös siihen, ettei mikään ole estänyt Alexandra Mediaa tekemästä lainmukaisia merkintöjä. Näiden perusteiden pohjalta tuomioistuin katsoi, että vaikuttajan yritys oli merkittävästi osallistunut markkinointiin ja totesi, ettei sillä toimiiko Alexandra Media markkinoivan yrityksen lukuun ollut enää väliä.²³⁸ Koska tuomioistuin johdonmukaisesti käsitteli Tourn Median vastuuta ensin sen aseman perusteella, voitaisiin vaikuttajan vastuun arvioinnin järjestystä pitää hieman erikoisena. Tuomioistuin ei kiinnittänyt huomiota UCP-direktiivin mukaiseen välittömään markkinointiin vaikuttamiseen myöskään Alexandra Median osalta. Arviointiperusteiden voitaisiin kuitenkin katsoa täyttyvän Alexandra Median laatiessa ja julkaistessa sisällöt.

ICC:n markkinointisäännösten mukaan vastuu vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuudesta ulottuu selvästi myös vaikuttajiin. Alexandra Media -tapauksen tulkintaa tukeekin 28 artiklan nimenomainen maininta vaikuttajien aseman mukaisesta vastuusta, sillä ratkaisun mukaisesti vaikuttajat ovat olennaisessa asemassa piilomainonnan estämisessä heidän päättäessään sekä julkaisun sisällöstä että sen lopullisesta julkaisemisesta.²³⁹ Myös MEN on tulkinut artiklaa samansuuntaisesti ja todennut lausunnoissaan melkein poikkeuksetta, että sekä markkinoija että vaikuttaja ovat vastuussa piilomainonnasta.²⁴⁰

Alexandra Median -tapauksen pohjalta voitaisiin katsoa, että ainoa keino, millä vaikuttaja voisi välttyä toissijaisen vastuun realisoitumiselta olisi sosiaalisen median sisällön vastuun ja päätösvallan siirtäminen tai ulkoistaminen.²⁴¹ Vaikuttajan aseman mukainen vastuu kohdistuu siis tämän sosiaalisen median tilin hallintaan. KENZA-tapaukseen pohjautuen voitaisiin

²³⁸ PMT 2054-18, kohta 4.3.2.

²³⁹ Alexandra Media tapauksessa alempi tuomioistuin viittasi ICC:n vastuuta koskevaan artiklaan. Lisäksi tuomioistuin totesi, että ICC:n markkinointisäännöt ovat tärkeässä asemassa sovellettavan lain osalta.

²⁴⁰ Ks. esimerkiksi MEN 1/2021, MEN 5/2021, MEN 4/2021 ja MEN 2/20201.

²⁴¹ Tällainen tilanne voisi periaatteellisesti tulla kysymykseen esimerkiksi tilanteessa, jossa henkilö näyttäytyy vaikuttajana, mutta tosiasiallisesti kaikkea sisältöä hallinnoi ja siitä päättää joku muu taho. Käytännössä vaikuttajan työnkuvaan kuitenkin olennaisesti kuuluu se, että vaikuttaja määrää sisällöstä ja tämä onkin myös olennaisessa osassa autenttisen sisällön tuottamisessa. Ulkoistaminen voisi siis vaikuttaa olennaisesti vaikuttajan mahdollisuuteen saada kaupallisia yhteistyöitä ja näin ollen lopulta jopa vaikuttajan mahdollisuuteen toimia vaikuttajana.

lisäksi esittää, että vaikuttaja voisi rajata tai sopia vastuun jakautumisesta nimenomaisesti kaupallisesta yhteistyöstä sovittaessa.²⁴² Vaikuttajalta vastuun täyttäminen edellyttää siis yrityksen tavoin tietoisuutta vaikuttajamarkkinointia koskevista markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksista.

6.3.3 Harrastajavaikuttajan vastuun arviointi

Pohjoismaiden piilomarkkinointia koskevan linjauksen mukaan yksilöt voivat joutua vastuuseen, jos heidän julkaisuillaan on ollut kaupallinen tarkoitus. Tämän voidaan olettaa viittaavan vaikuttajiin. Kohdan viittauksen mukaan Suomessa KSL ja sen markkinointisäännökset sitovat ainoastaan elinkeinonharjoittajaa, jonka voidaan olettaa rajaavan vastuun piilomainonnasta elinkeinonharjoittajina toimiviin vaikuttajiin. Tämä käy ilmi myös kuluttajasiemiehen vaikuttajamarkkinointia sosiaalisessa mediassa koskevasta linjauksesta, joka nimenomaisesti toteaa, että harrastajavaikuttajiin ei sovellu KSL. Pohjoismaiden piilomarkkinointia koskeva linjaus ei erittele vaikuttajia ja viittauksessa mainitaan ainoastaan Suomen KSL:n rajaus. Tämän pohjalta voidaan olettaa, että Pohjoismaissa sekä harrastajavaikuttajat että ammattimaiset vaikuttajat voivat joutua vastuuseen piilomainonnasta.

Suomen tulkinta harrastajavaikuttajien vastuun rajaamisesta voitaisiin kyseenalaistaa: KSL:n mukaisen elinkeinonharjoittajan käsitteen tulkinnan voitaisiin katsoa tarjoavan edellä kappaleessa 3.2.3 käsitellysti edellytykset sille, että myös harrastajavaikuttajia voitaisiin kohdella elinkeinonharjoittajina. KSL:n esitöiden, oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden perusteella elinkeinonharjoittajan määrittelyssä merkityksellistä on neutraliteettiperiaatteen, laajaksi tarkoitettun käsitteen ja muiden täydentävien seikkojen lisäksi toiminnan tosiasiallinen luonne, joka vaikuttajamarkkinoinnissa on lähtökohtaisesti ansiotarkoitukseen perustuva. KSL:n elinkeinonharjoittajan käsitteen soveltumista harrastajavaikuttajiin voidaan puoltaa myös harrastajavaikuttajien vähintään yhtä suurella vaikutusmahdollisuudella kuluttajien kaupalliseen käyttäytymiseen. Kuluttajansuojan kannalta olisi lisäksi johdonmukaista, että kaikenlaiset vaikuttajat voisivat neutraliteettiperiaatteen mukaisesti joutua yhtäläiseen vastuuseen piilomainonnasta. Sosiaalista mediaa selaava kuluttaja ei nimittäin lähtökohtaisesti tiedä, onko vaikuttaja elinkeinonharjoittaja vai ei.

²⁴² Vaikuttaja ja yritys voisivat esimerkiksi sopia, että yritys on tarkastusvelvollisuutensa yhteydessä velvollinen tarkistamaan sen, että sisältö on markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksen mukainen.

Tulkintaa puoltaa lisäksi ICC:n markkinointisääntöjen 28 artikla, jonka mukaan kaikki toimijat ovat asemansa mukaisessa vastuussa markkinoinnista. Myös MEN on tulkinnut artiklaa samoin eikä se ole ratkaisuisaan antanut merkitystä vaikuttajan asemalle harrastajavaikuttajana.²⁴³ Alexandra Media -tapaus ei suoranaisesti tarjonnut kysymykseen tulkintapua, sillä vastuu kohdistettiin elinkeinonharjoittajana toimivaan vaikuttajaan. Vaikuttajan katsottiin kuitenkin olevan se taho, joka vaikuttaa merkittävästi ja välittömästi markkinointiin. Tämän arviointiperusteen ei voida katsoa rajaavan harrastajavaikuttajia vastuun ulkopuolelle. Muiden Pohjoismaiden tulkintapa ja yhteinen lainsäädäntöpohja tarjoavat tulkinnalle lisätukea. Toki huomionarvoista asiassa on, että tämä saattaisi edellyttää lainsäädännöllistä muutosta ja esimerkiksi markkinointilain eriyttämistä omaksi laikseen.

6.4 Kokoavia havaintoja vaikuttajamarkkinoinnin tunnistettavuuden vastuusta

Markkinoiva yritys on KSL 2:16:n nojalla ensisijaisessa vastuussa vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvistä piilomainonnasta. Markkinoiva yritys voi joutua vastuuseen, mikäli tämä ei täytä ohjeistusvelvollisuuttaan vaikuttajaa tai muita vaikuttajamarkkinoinnin toimijoita kohtaan. Lisäksi yritykseltä voidaan edellyttää julkaisujen tarkastusvelvollisuutta piilomai-
nontakiellon mukaisuudesta sekä sitä, että yritys edellyttää vaikuttajaa ja muita toimijoita noudattamaan markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta.

Muut vaikuttajamarkkinoinnin toimijat, kuten mainos- tai vaikuttajien välittäjätoimistot, voivat joutua toissijaisesti vastuuseen vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnasta. Tämä edellyttää joko markkinoivan yrityksen lukuun tai puolesta toimimista taikka merkittävää tai välitöntä vaikuttamista piilomainontaan. Sama pätee myös vaikuttajaan. Muiden vaikuttajamarkkinoinnin toimijoiden osallisuus vaikuttajamarkkinointiin ei ole riittävä peruste vastuun realisoitumiselle, vaan toimijan tulee esimerkiksi kehottaa piilomainontaan, vastata lopullisesta sisällöstä ja sen julkaisemisesta tai omata sopimukseen perustuva vastuu piilomai-
nontakiellon noudattamisesta. Kaikki vaikuttajamarkkinoinnin toimijat, mukaan lukien vaikuttajat, voivat kuitenkin sopimuksella rajata vastuuta tai sopia sen jakautumista.

Vaikuttaja voi joutua vastuuseen, mikäli hänellä on lopullinen päätösvalta ja vastuu omasta sosiaalisen median tilistään ja siitä, mitä tilillä julkaistaan. Kuluttaja-asiamiehen linjauksen mukaan vastuu piilomainonnasta ei koske harrastajavaikuttajia KSL:n soveltuvuuden

²⁴³ Ks. esim edelläkin käsitelty tapaus MEN 32/2019.

vuoksi. Kuluttajansuojalain mukaisen elinkeinonharjoittajan määritelmän tulkinta kuitenkin mahdollistaa kaikkien vaikuttajien pitämisen yhtäläisessä vastuussa vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvistä piilomainonnasta. Vastuu voidaan ulottaa harrastajavaikuttajaan myös Alexandra Media -tapauksen vahvistamilla arviointiperusteilla, joiden mukaan vaikuttajan vastuu voi realisoitua, mikäli hän on merkittävästi ja välittömästi vaikuttanut markkinointiin. Kuluttajansuojan toteutumisen kannalta olisi johdonmukaista, etteivät harrastajavaikuttajat jää vastuu- ja seuraamusjärjestelmän ulkopuolelle, etenkin kun lainmukainen markkinointi on viimekädessä riippuvaista vaikuttajista.

JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Tutkielman tarkoituksena oli ensinnäkin selvittää, milloin vastuu piilomainonnasta voi realisoitua eli kuinka vaatimus markkinoinnin tunnistettavuudesta voidaan vaikuttajamarkkinoinnissa täyttää. Tutkielmassa selvisi, että vaatimus piilomainontakiellosta voidaan vaikuttajamarkkinoinnissa täyttää varmistamalla siitä, että vaikuttajamarkkinointi erottuu sekä vaikuttajan että sosiaalisen median alustan muusta sisällöstä. Lisäksi piilomainontakiellon täyttämässä tulee huomioida se, että vaikuttajamarkkinointi on erotettava heti mainokseksi sijoittamalla mainostunniste heti julkaisun alkuun. Mainostunnisteen tulee lisäksi olla kooltaan, muotoilultaan, fontiltaan ja väriykseltään sellainen, että se kiinnittää heti kuluttajan huomion. Ensimmäisen tutkimuskysymyksen kannalta huomionarvoista on se osoitettu seikka, että kaupallista aineistoa on vain se sisältö, josta yrityksen ja vaikuttajan välillä on sovittu. Muu aineisto on vaikuttajan muuta toimituksellista aineistoa, jonka ei tarvitse täyttää markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta. Toisaalta vaikuttajamarkkinoinnin toimija voi osoittaa vastuullisuutensa ja huolellisuutensa ilmoittamalla tuotteiden tai palveluiden alkuperästä läpinäkyvästi myös esimerkiksi ilmaismainonnan tai saatujen tuotteiden osalta.

Mikäli vaikuttajamarkkinointia koskevia markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksia ei täytetä, piilomainonnasta voi joutua vastuuseen. Tutkielman tarkoituksena olikin toiseksi selvittää, mitkä vaikuttajamarkkinoinnin toimijat voivat joutua vastuuseen vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnasta ja millä perusteilla. Tutkielmassa selvisi ensinnäkin, että vastuu vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnasta realisoidaan markkinaoikeuden määräämällä kieltopäätöksellä, jota voidaan tehostaa uhkasakolla. Kuluttajansuojaviranomaisten toimivaltuuksien vahvistaminen voi vaikuttaa vastuun realisointiin, mutta tämän voidaan odottaa vaativan tuekseen tuomioistuintasoisesta päätöksestä vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvistä piilomainonnasta. Lisäksi toisen tutkimuskysymyksen osalta huomionarvoista on se, että vaikuttajamarkkinoinnissa esiintyvää piilomainontaa arvioidaan tapauskohtaisesti sosiaalisen median keskivertokuluttajan näkökulmasta. Tutkielmassa selvisi, että sosiaalisen median keskivertokuluttajana voidaan pitää aktiivista ja kokenutta sosiaalisen median käyttäjää, joka on tottunut lukemaan englanniksi. Lisäksi keskivertokuluttajaa voidaan pitää ainakin jossain määrin tietoisena siitä, että osa vaikuttajan sisällöstä on kaupallista. Keskivertokuluttajan määrittelyssä voidaan käyttää yrityksen tavoittelemaa kohderyhmää tai vaikuttajan seuraajia. Koska vaikuttajien sosiaalisen median tilit ovat usein kaikille avoimia, myös erityistä suojelua tarvitseville kuluttajille, ei kohderyhmää tulisi rajata liian suppeaksi.

Mikäli kohderyhmä siis esimerkiksi koostuisi tietyn vaikuttajan seuraajien perusteella 25–35 vuotiaista nuorista naisista, kohderyhmä tulisi laajentaa Suomessa asuviin 25–35 vuotiaisiin nuoriin naisiin.

Toisen tutkimuskysymyksen osalta tutkielmassa osoitettiin, että vastuu vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnasta kohdistetaan ensisijaisesti markkinoivaan yritykseen. Markkinoiva yritys voi joutua vastuuseen vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnasta, mikäli tämä ei täytä ohjeistusvelvollisuuttaan vaikuttajaa tai muita vaikuttajamarkkinoinnin toimijoita kohtaan. Vastuuseen joutumisen edellytyksenä voi olla myös julkaisujen tarkastusvelvollisuuden laiminlyönti tai se, ettei yritys ole edellyttänyt vaikuttajaa ja muita toimijoita noudattamaan markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta. Tutkielmassa osoitettiin, että markkinoivan yrityksen lisäksi vaikuttaja ja muut vaikuttajamarkkinoinnin toimijat voivat joutua vastuuseen piilomainonnasta, mutta näiden vastuu on toissijaista. Muu vaikuttajamarkkinoinnin toimija voi joutua vastuuseen piilomainonnasta, jos tämä on toiminut markkinoivan yrityksen puolesta tai sen lukuun. Vastuu voi realisoitua myös, jos toimija on vaikuttanut merkittävästi ja välittömästi piilomainontaan. Viimeksi mainittua kriteeriä ei muiden toimijoiden osalta täyty pelkkä osallisuus vaikuttajamarkkinointiin, vaan piilomainontaan tulee esimerkiksi kehottaa tai sisällön julkaisemisesta tulee vastata.

Se mitä osoitettiin muun vaikuttajamarkkinoinnin toimijan vastuun realisoitumisesta, pätee myös vaikuttajaan. Tutkielmassa selvisi, että merkittävää ja välitöntä vaikuttamista on päätösvalta lopullisesta sisällöstä ja sen julkaisemisesta. Vaikuttajan toissijainen vastuu piilomainonnasta voi siis realisoitua, mikäli hänellä on lopullinen päätösvalta ja vastuu omasta sosiaalisen median tilistään ja siitä, mitä tilillä julkaistaan. Toisen tutkimuskysymyksen kannalta huomionarvoista on se tutkielmassa osoitettu seikka, että piilomainonnan ehkäisemiseksi ja kuluttajansuojan toteuttamiseksi kaikkien vaikuttajien vastuuta tulisi arvioida edellä todetuin perustein tai vaihtoehtoisesti harrastajavaikuttajia tulisi kohdella elinkeinonharjoittajina KSL:n tarkoittamassa merkityksessä. Viimeksi todetun osalta huomionarvoista on, että tämän voidaan katsoa edellyttävän KKO:n kannanottoa tai lainsäädännöllisiä muutoksia. Vaikuttajamarkkinoinnin toimijoiden kannalta merkityksellistä on se osoitettu seikka, että kaikki vaikuttajamarkkinoinnin toimijat, mukaan lukien vaikuttajat, voivat sopia sopimuksella vastuun realisoitumisesta.

Suomessa ei ole vielä tuomioistuinkäytäntöä vaikuttajamarkkinoinnin piilomainonnasta, mutta Ruotsin jalanjäljissä tähän voidaan odottaa muutosta. Tutkimuskysymyksiä käsiteltäessä nousi esiin, että alati kasvavan markkinointimuodon alalla on tarve oikeusohjeiden selkeyttämiselle. Oikeusohjeiden tarkentaminen esimerkiksi tuomioistuintasoisella ratkaisulla mahdollistaisi vaikuttajamarkkinoinnin toimijoiden varmistumisen siitä, kuinka piilomainontakielto voidaan täyttää ja kuinka vastuu sen rikkomisesta realisoituu. Tuomioistuinkäytäntö voisi lisäksi avata kuluttaja-asiamiehen käyttöön uusia seuraamuskeinoja, joka voisi siirtää piilomainonnan käsittelyn itsesääntelyinstrumentilta viranomaisille. Kuluttajansuojaviranomaisten sanktiomahdollisuus voisi omata tehokkaan pelotevaikutuksen ja vähentää piilomainonnan laajaa esiintymistä vaikuttajamarkkinoinnissa. Mikäli piilomainonnan käsittely on kuitenkin keskittynyt MEN:lle liian tarkkojen oikeusohjeiden välttämiseksi, tarve MEN:in laajemmille perusteluille korostuu. Laajemmat perustelut nimittäin mahdollistaisivat vaikuttajamarkkinoinnin toimijoille tietoa siitä, kuinka he voivat täyttää piilomainontakiellon vaikuttajamarkkinoinnissa ja näin ollen välttää vastuun realisoitumisen.

Tutkielmassa selvisi lisäksi, että piilomainontakiellon täyttäminen edellyttää vaikuttajamarkkinoinnin toimijoilta tietoisuutta nimenomaisesti vaikuttajamarkkinointia koskevista markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimuksista sekä sen kanavakohtaisista erityispiirteistä. Vastuun täyttäminen oikeusohjeiden selkeyttämiseen saakka edellyttää siis tietoisuutta markkinoinnin tunnistettavuuden vaatimusta koskevista säännöksistä sekä niitä koskevasta oikeuskäytännöstä ja viranomaisen linjauksista. Nimenomaisen vaikuttajamarkkinoinnin piilomainontaa koskevan kotimaisen oikeuskäytännön puutteellisuuden vuoksi tietoisuus voi edellyttää tutustumista myös lain esitöihin, eurooppaoikeudelliseen oikeuskäytäntöön sekä itsesääntelyohjeisiin ja niitä tulkitsevien itsesääntelyinstrumenttien lausuntoihin. Tietoisuutta näistä seikoista voidaan edellyttää jo ennen vaikuttajamarkkinoinnin toteuttamista, sillä kieltopäätöksen määräämisen kannalta merkitystä ei ole sillä, onko piilomainonta myöhemmin korjattu KSL 2 luvun 4 §:n mukaiseksi.