

*Petri Kuoppamäki*



Lakimies  
7–8/2018  
s. 996–1023

## Määrävän aseman väärinkäyttö digitaalisilla markkinoilla – mikä muuttuu?

**HAKUSANAT:** kilpailuoikeus, määrävän aseman väärinkäyttö, SEUT 102 artikla, digitalisaatio, digitaaliset markkinat, digitaalinen palvelualusta, informaatio

### 1. Johdanto

Digitalisaatio on tuonut hyötyjä ja haasteita niin yrityksille, kuluttajille kuin markkinoita pohtiville lainsäätäjille ja toimintaa valvoville tahoille. Uusi alustatalous mahdollistaa tehokkaan informaation keräämisen ja hyödyntämisen, nopean teknis-taloudellisen kehityksen ja personoidut palvelut. Tiedonhankintakustannukset ovat alentuneet merkittävästi digitalisaation myötä ja hyödykkeiden tarjontavalikoima on laajentunut. Viime aikoina on ryhdytty kiinnittämään digitaalisuuteen liittyvien hyötyjen ja dynamiikan ohella huomiota myös siihen, että informaation hallinta saattaa mahdollistaa määrävän markkina-aseman väärinkäytön ja käyttäjien liiallisen ohjaamisen.<sup>1</sup> Määrävässä asemassa oleva palvelualusta voi esimerkiksi estää pienempien kilpailijoiden pääsyn markkinoille tai ajaa ne pois sieltä.

Kilpailuviranomaisten kovenevasta suhtautumisesta kielii se, että digitaalisista palvelualustoista näyttää tulleen yksi Euroopan komission kilpailupääosaston painopistealue määrävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnassa. Euroopan komissio määräsi kesällä 2017 Googlelle 2,42 miljardin euron sakon SEUT 102 artiklan rikkomisesta verkkokaupan vertailumarkkinoilla. Komissio laittoi lisää panoksia pöytään ja määräsi Googlelle heinäkuussa 2018 ennätysellisen 4,34 miljardin euron sakon määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä matkapuhelinten käyttöjärjestelmiin liittyen. Google-tapauksista näyttäisi tulevan samanlainen symboli kuin Microsoft-tapauksista<sup>2</sup> edellisellä vuosikymme-

\* *Petri Kuoppamäki*, yritysjuridiikan professori, OTT, Aalto-yliopiston kauppakorkeakoulu.

1. Uuden talouden tuomia uusia kilpailuongelmia ovat tematisoineet erityisesti Ezrachi ja Stucke vuonna 2016 ilmestyneessä teoksessaan. Ks. Ariel Ezrachi – Maurice E. Stucke, *Virtual Competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy*. Harvard University Press 2016.
2. Euroopan komission vuonna 2017 ratkaisemassa Microsoft-tapauksessa kiellettyä väärinkäytönä pidettiin sitä, että Microsoftin mediasoitin sidottiin yhteen Microsoft-käyttöjärjestelmän kanssa. Euroopan komissio totesi vuonna 2004 viisi vuotta kestäneen tutkimuksen jälkeen,

nellä. Saksan kansallisessa kilpailuviranomaisessa on vireillä mielenkiintoinen Facebookia koskeva tapaus, jossa yhtiön epäillään käyttäneen väärin määräävää asemaa asettamalla kuluttajille kohtuuttomia yksityisyyden suojan rajoituksia.<sup>3</sup> Digitaalisten markkinoiden sääntely on kuitenkin haasteellista ja markkinat saattavat muuttua arvaamattomalla tavalla. Digitalisaatio tuo uusia haasteita markkinoiden ja liiketoimintakonseptien ymmärtämiseen, relevanttien markkinoiden määrittelyyn ja markkinavoiman mittaamiseen.

Jakamistaloutta ja digitaalisia palvelualustoja on hiljattain käsitelty Lakimies-lehdessä *Björkrothin, Myllyn ja Vuorisen* artikkelissa.<sup>4</sup> Ilmiön yleisen kuvauksen osalta voidaan viitata kyseiseen artikkeliin. Tässä artikkelissa teemaa kehitetään eteenpäin määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnan näkökulmasta.<sup>5</sup> EU-tuomioistuimen määritelmän mukaan määräävällä markkina-asemalla tarkoitetaan taloudellisen voiman yritykselle tuomaa asemaa, jonka johdosta yritys voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla ja sa mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan ja asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana.<sup>6</sup> SEUT 102 artiklan

että Microsoft on rikkonut EU:n kilpailusääntöjä käyttämällä hyväkseen mikrotietokoneiden käyttöjärjestelmien markkinoilla olevaa monopoliomaista asemaansa työryhmäpalvelinten käyttöjärjestelmien ja mediasoitinten markkinoilla. Microsoft käytti väärin määräävää asemaansa mm. sitomalla Windows Media Playerinsa (WMP), johon kohdistuu kilpailua, hyvin laajalle levinneeseen Windows-käyttöjärjestelmään. Komissio päätyi tutkimuksissaan siihen, että kieltäytyminen on ollut osa laajempaa strategiaa sulkea kilpailijat markkinoilta. Mainitussa tapauksessa menettelytavalla oli selkeä poissulkeva vaikutus. Microsoft velvoitettiin tarjoamaan Windowsia paitsi niputettuna versiona, myös ilman WMP:tä joko tietokonevalmistajille tai suoraan kuluttajille. WMP:n sitomisen monopolituotteen luonteiseen Windowsin käyttöjärjestelmään katsottiin vähentävän keinotekoisesti musiikki-, elokuva- ja muiden mediayritysten samoin kuin ohjelmistoja kehittävien yritysten ja sisällöntarjoajien mahdollisuuksia kehittää kilpailuvia mediasoitimia. Komissio katsoi päätöksessään, että Microsoftin strategia sitoa WMP Windowsiin on esimerkki yleisemmästä liiketoimintamallista, jossa sidonnalla suljetaan kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle ja vähennetään kuluttajien vaihtoehtoja. Samantapainen, joskin asiallisesti tästä tapauksesta erillinen sidontatapaus oli aiemmin ollut käsiteltävänä USA:ssa. Komission päätöksen perusteella on selvää, että teknologiseen sidontaan sovelletaan rule of reason -periaatetta, jossa teknologisia hyötyjä verrataan kilpailun rajoittumisesta aiheutuviin haittoihin. Kielletty sidonta kiteytyy kieltäytymiseen myymästä sitomatonta versiota samasta tuotteesta. Tämä käy ilmi siitä, että Microsoftilla on oikeus edelleen tarjota Windowsin käyttöjärjestelmää myös WMP:n kanssa. EU:n yleinen tuomioistuin vahvisti komission ratkaisun vuonna 2007 antamallaan päätöksellä (asia T-201/04, Microsoft Corp. vs. komissio, 17.9.2007, Kok. 2007 s. II-3601).

3. Keskustelu on herännyt myös Amazonin mahdollisesta markkinavoimasta. Ks. Lina M. Khan, Amazon's Antitrust Paradox. Yale Law Journal 126(3) 2017, s. 710–805 (<https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>).
4. Tom Björkroth –Tuomas Mylly – Jarkko Vuorinen, Alustatalous, kilpailuoikeus ja kilpailun taloustiede – hienosäätöä vai paradigman muutos? Lakimies 3–4/2018, s. 311–342.
5. Ks. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2017/19_12_2017_Facebook.html).
6. Asia 27/76, United Brands v. komissio.

määrävän markkina-aseman väärinkäytön kielto koskee yrityksen yksipuolista markkinavoiman väärinkäyttöä. Kysymys on tilanteista, joissa taloudellista valtaa hyödynnetään kilpailun toimivuutta vaarantavalla tavalla. Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö ilmenee yleensä joko 1) kohtuuttomien tai syrjivien ehtojen asettamisena asiakkaille tai 2) pyrkimyksenä sulkea kilpailija markkinoiden ulkopuolelle tai vaikeuttaa tämän toimintaa.<sup>7</sup> Määrävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnalla pyritään suojaamaan kilpailuprosessia. Toisaalta määrävä asema voi olla markkinoiden kehityksen luonteva seuraus ja johtua suuremmasta tehokkuudesta, tai sitten se voi olla ohimenevä ilmiö. Kun määrävän aseman syntymistä ei näissä tilanteissa voi tai kannata estää, lainsäätäjän ratkaisu on ollut saattaa poikkeuksellisen suurta markkinavoimaa omaavat yritykset erityisen väärinkäyttövalvonnan alaisiksi.

Artikkelissa pyritään selvittämään, mitkä ilmiöt ovat nousseet väärinkäyttövalvonnan keskiöön ja millaisia uusia kysymyksiä ja ongelmia on ilmennyt.<sup>8</sup> Väärinkäyttötapauksissa huomiota ovat saaneet eri käyttäjäryhmien välittäjänä toimivat palvelualustat. Alla käsitellään digitaalisia palvelualustoja ilmiönä, viimeaikaisia oikeustapauksia ja valmisteilla olevaa uutta sääntelyä. Artikkelissa pohditaan myös väärinkäyttövalvonnan vaihtoehtoja ja yleisemmin kilpailuoikeudellisen intervention edellytyksiä ja toteuttamistapaa. Kirjallisuus voidaan tältä osin ryhmitellä kahteen luokkaan. Laissez-faire -vaihtoehdon mukaan kilpailuoikeudellinen interventio ei ole järkevää, sillä digitaaliset palvelualustat tuovat taloudellisia hyötyjä ja ovat jatkuvan dynaamisen muutoksen kohteena. Puuttu-

7. SEUT 102 artiklan mukaan yhden tai useamman elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän määrävän markkina-aseman väärinkäyttö on kiellettyä. Väärinkäyttöä voi olla erityisesti: 1) kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen; 2) tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi; 3) erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppanien samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasetelmaan asettavalla tavalla; tai 4) sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen. Luettelo ei ole tyhjentävä. Tämä ilmenee toisen lauseen ilmaisusta ”erityisesti”. Kotimaisen kilpailulain (948/2011) 7 §:n väärinkäyttökiellon tunnusmerkistö on yhdenmukainen perustamissopimuksen 102 artiklan kanssa kuitenkin sillä erolla, että kotimaisessa laissa ei edellytetä SEUT 102 artiklan tavoin nk. kauppavaikutuskriteerin täyttymistä. Ks. määrävän aseman väärinkäytön osalta yleisesti esim. Petri Kuoppamäki, Uusi kilpailuoikeus. Alma Talent 2018, s. 247, 291–352.

8. Tarkastelun ulkopuolelle jää geoblocking, joka vaatisi laajuutensa vuoksi oman kirjoituksensa. Ks. esim. The Geo-Blocking Proposal: Internal Market, Competition Law and Regulatory Aspects, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/595362/IPOL\\_STU\(2017\)595362\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/595362/IPOL_STU(2017)595362_EN.pdf). Kilpailuoikeuden näkökulmasta geoblockingia voidaan pitää enemmän SEUT 101 artiklan kuin SEUT 102 artiklan soveltamiseen liittyvänä kysymyksenä. Tarkastelun ulkopuolelle jäävät myös hotellisivustojen pariteettisopimukset, joihin niinhinkin liittyy mielenkiintoisia kysymyksiä.

mista kannattavan vaihtoehdon mukaan interventio voi olla tarpeen, mutta sen tulee perustua huolelliseen harkintaan.<sup>9</sup>

## 2. Digitaaliset palvelualustat väärinkäyttöanalyysin keskiössä

Määräävän markkina-aseman väärinkäytön keskiöön ovat toistaiseksi nousseet tapaukset, joissa liiketoimintamalli rakennetaan *digitaalisen palvelualustan* (digital platform) ympärille. Se toimii välittäjäorganisaationa eri käyttäjäryhmien tai myyjien ja ostajien välillä ja pohjautuu algoritmeihin ja datan hallintaan. Välittäjäorganisaationa toimivia digitaalisia palvelualustoja ovat esimerkiksi Google, Facebook, Booking.com, Airbnb tai Uber.

Kirjallisuudessa ilmiöstä käytetään termiä *kaksipuoliset markkinat* (two-sided markets).<sup>10</sup> Vaihtoehtoisesti ilmiöstä voidaan käyttää termiä *monisuuntaiset markkinat* (multi-sided market). Näitä termejä näytettäisiin käytettävän toistensa synonyymeinä.<sup>11</sup> Kyse on tilanteesta, jossa yhdellä puolella markkinoita

9. Ks. uudemman digitaalisia markkinoita ja kilpailuoikeutta koskevan kirjallisuuden osalta myös esim. Mark R. Patterson, *Antitrust Law in the New Economy: Google, Yelp, Libor, and the Control of Information*. Harvard University Press 2017; Maurice E. Stucke – Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy*. Oxford University Press 2016; Angela Daly, *Private Power, Online Information Flows and EU Law*. Hart Publishing 2016. Ks. myös David S. Evans – Richard Schmalensee, *Matchmakers. The New Economics of Multisided Platforms*. Harvard Business Review Press 2016.

10. Ks. esim. OECD:n määritelmää: ”Firms operating in two-sided markets are more aptly called – two-sided platforms, because of their differences with firms that operate in one-sided markets. A two-sided platform is characterized by three elements. The first element is that there are two distinct groups of consumers who need each other in some way and who rely on the platform to intermediate transactions between them. A two-sided platform provides goods or services simultaneously to these two groups. The second element is the existence of indirect externalities across groups of consumers. That means that the value that a customer on one side realizes from the platform increases with the number of customers on the other side. For example, a search platform is more valuable to advertisers if it is more likely that it will reach a larger number of potential buyers. At the same time, it is more valuable to potential buyers if the platform has more advertisers because that makes it more likely that a buyer will see a relevant advertisement. The third element is non-neutrality of the price structure, i.e., the price structure of the platform affects the level of transactions. The price structure is the way prices are distributed between consumers on the two sides of the market. The platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount. Since the price structure matters, the platform must design it so as to induce both sides to join the platform.” (Emphasis added.) See OECD Policy Roundtables 2009, Two-Sided Markets, s.11 (<http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>).

11. Ks. esim. David S. Evans, *Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses*. CPI 2011, s. 2; David S. Evans – Richard Schmalensee, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform*

hyödyke annetaan kuluttajalle ilmaiseksi ja toisella puolella veloitetaan kuluttajilta kerätyn tiedon hyödyntäjiä.<sup>12</sup> Esimerkiksi Google ja Facebook tarjoavat hakukonepalveluaan tai sosiaalista verkostopalvelua käyttäjille ilmaiseksi sitä vastaan, että palveluntarjoajalla on oikeus kerätä käyttäjätietoja ja myydä niitä eteenpäin mainostajille, jotka puolestaan saamansa käyttäjätiedon perusteella voivat tarjota kuluttajille kohdennettua mainontaa.<sup>13</sup> Tässä mielessä kuluttaja on digitaalisilla markkinoilla samanaikaisesti sekä asiakas että ”kauppatavara”; digitaalisesta palveluista maksetaan sopimuksellisesti hyväksytyillä rajoituksilla yksityisyyden suojaan. Toisaalta, mikäli digitaalisella palvelualustalla on merkittävää markkinavoimaa, asiakkaalla ei ole välttämättä muuta vaihtoehtoa kuin hyväksyä tarjottu ehtovalikoima tai jättää palvelu kokonaan käyttämättä, sikäli kuin se on mahdollista.

Kaksipuoliset tai monensuuntaiset markkinat eivät sinänsä ole ilmiönä uusi. Esimerkiksi keskiaikaista toria, joka toi yhteen kaupungin asukkaat, käsityöläiset ja maataloustuotteita tuottavat maanviljelijät, voidaan pitää monensuuntaisina markkinoina. Tällaisia ovat myös pankkien, kauppiaiden ja kuluttajien välillä toimivat luottokorttityhtiöt, eivätkä luottokortitkaan ole varsinaisesti uusi ilmiö. Nyt havaitsemamme kehityksen on synnyttänyt informaatioteknologian voimakas kehitys, joka yhdessä markkinoiden liberalisoinnin kanssa on mahdollistanut hyödykkeiden globaalien vaihdannan aiempaan verrattuna suuremmissa mittakaavassa. Digitaaliset palvelualustat ovat vähentäneet huomattavasti transaktiokustannuksia ja ovat tuoneet mukanaan merkittäviä mittakaava- ja skaalaetuja yhdistämällä erilaisia asiakasryhmiä samalle alustalle. Samalla verkkokaupat ovat monelta osin syrjäyttäneet kivijalkakauppoja.<sup>14</sup>

Konventionaalisen taloustieteellisen määritelmän mukaan markkinat ovat *kaksipuolisia*, jos *alusta voi vaikuttaa liiketoimien määrään nostamalla hintaa markkinoiden yhdellä puolella ja alentamalla hintaa yhtä suurella summalla markkinoiden toisella puolella*. Koska hinnoittelurakenne on tärkeä, alustojen on suunniteltava toimintansa niin, että molemmat osapuolet saadaan mukaan

Businesses. Oxford University Press 2013 ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2185373](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185373)).

12. Ks. esim. Lapo Filistrucchi – Damien Geradin – Eric van Damme – Pauline Affeldt, Market Definition in two-sided markets: Theory and practise, *Journal of Competition Law & Economics* 10(2) 2014, s. 293–339.
13. Julkisuudessa olleiden tietojen mukaan johtavien digitaalisten palvelualustojen osuus digitaalisesta mainonnasta on kasvanut tasaisesti. Suomessa Googlen, sen omistaman YouTuben ja Facebookin osuus Suomen digitaalisen mainonnan markkinoista oli 49,5 prosenttia jo vuoden 2017 ensimmäisellä neljänneksellä. Johtavien digitaalisten palvelualustojen asema on siten varsin vahva myös mainosmarkkinoilla.
14. Ks. liiketaloustieteen näkökulmasta esim. Alex Moazed – Nicholas L. Johnson, *Modern Monopolies. What It Takes to Dominate 21st-Century Economy*. St. Martin's Press 2016.

transaktioihin.<sup>15</sup> Kaksipuoliset tai monensuuntaiset alustat pyrkivät luomaan arvoa tuomalla yhteen useampia taloudellisia toimijoita ja helpottamalla niiden välistä vuorovaikutusta, jolloin kaikki osapuolet hyötyvät.<sup>16</sup>

*Verkostovaikutuksista* johtuen digitaalinen palvelualusta on tyyppisesti sitä hyödyllisempi, mitä suurempi osa tietyn tyyppisistä käyttäjistä hyödyntää samaa alustaa.<sup>17</sup> Tästä syystä alustaa ylläpitävä yritys saattaa nousta jopa globaaliin määrävään markkina-asemaan. Alustojen käyttämille *algoritmeille* on ominaista myös niiden *kyky oppia uutta*. Mitä enemmän vaikkapa tiettyä hakukonetta käytetään, sitä enemmän sillä on dataa käytössään ja sitä paremmaksi hakukone muodostuu. Henkilötietojen ja suurten datamassojen (”big data”) hallinnasta ja hyödyntämisestä<sup>18</sup> on tullut digitaalisen aikakauden kulta, platina ja timantit. Tieto on valtaa. Kilpailua käydään siitä, mikä yritys pääsee parhaiten käsiksi arvokkaaseen tietoon ja saa sitä hyödyntää liiketoiminnassaan. Vastaa- vasti palvelualustojen mainostulot kasvavat. Verkkokauppaa käyville yrityksille näkyvyydestä digitaalisilla palvelualustoilla on muodostunut elinehto tai ainakin keskeinen tekijä liiketoiminnan onnistumisen kannalta, mikä tekee ne riippu- vaisiksi johtavista palvelualustoista.<sup>19</sup> Usein sanotaan, että kilpailudynamiikka estää pidemmät vääristymät, mutta asia ei välttämättä ole näin. Yhtäältä kyse saattaa olla väliaikaisesta ”Schumpeter-monopolista”, dynaamisen kilpailun ikui- sen kierteen välivaiheesta, jossa senhetkinen monopoli pian korvautuu uudella.<sup>20</sup> Toisaalta markkinajohtajan haastaminen kaksipuolisilla markkinoilla edellyttää usein, että markkinoille tulon pitäisi onnistua kummallakin puolella markki- noita, mikä yhdessä verkostovaikutusten kanssa saattaa johtaa markkinoiden keskittymiseen yhden palvelualustan haltuun (ns. ”tipping effect”) ja kohtuulli- sen pysyväisluonteiseen määrävään asemaan.<sup>21</sup>

Kysymystä siitä, milloin digitaalisen palvelualustan hinnoittelua on tarkas- teltava dominanssikynnyksen ylittyessä määrävän aseman väärinkäyttönä, on

15. Ks. Jean-Charles Rochet – Jean Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets. IDEI Working Papers 152. IDEI 2003; Jean-Charles Rochet – Jean Tirole, Two-Sided Markets: A Progress Report. The RAND Journal of Economics 35(3) 2006, s. 645–667, 645.

16. Ks. esim. Evans – Schmalensee 2013, s. 2.

17. Ks. esim. Howard A. Shelanski, Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet. University of Pennsylvania Law Review 161(6) 2013, s. 1663–1703, 1665–1666; Jean-Charles Rochet – Jean Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets. Journal of the European Economic Association 1(4) 2003, s. 990–1029; Stucke – Grunes 2016, s. 200–216; Peter Nooren – Nicolai van Gorp – Nico van Eijk – Ronan O Fathaig, Should WE Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options. Policy and Internet 2018, s. 264–301, 270–274.

18. Ks. ”big datan” osalta esim. Stucke – Grunes 2016; Andres V. Lerner, The Role of Big Data in Online Platform Competition (<http://ssrn.com/abstract=2482780>).

19. Ks. esim. Shelanski 2013; Evans 2011, s. 2; Evans – Schmalensee 2013.

20. Alois Schumpeter, Capitalism Socialism and Democracy. Routledge 1947.

21. Ks. esim. Rochet – Tirole 2003 ja 2006; Mark Armstrong, Competition in Two-Sided Markets. The RAND Journal of Economics 37(3) 2006, s. 668–691.

tarkasteltava hieman uudesta näkökulmasta. Ensinnäkin, esimerkiksi hakupalvelun tarjoamista ilmaiseksi ei voida pitää saalistushinnoitteluna, vaikkakin sitä tarjotaan merkittävästi alle hyödykkeen tuottamisesta aiheutuvien rajakustannusten, koska hinta veloitetaan toiselta puolelta markkinoilta. Digitaalisille liiketoimintamalleille näyttäisi kokonaisuudenkin kannalta olevan ominaista pitkäkö tappiollisuus, kunnes toiminta vasta monen vuoden ”alkuinvestoinnin” jälkeen saadaan kannattavaksi, mikä saattaa vaikuttaa siihen, miten saalistamista ylipäätään tarkastellaan.<sup>22</sup> Kuluttajan tai yrityksen maksama hinta voi perustua hänen tuottamaansa kokonaisuhyötyyn kaksipuolisilla markkinoilla, mistä syystä hintasyrjinnän ja kustannusvastaavuuden tunnusmerkistöä on tarkasteltava eritellymmin kuin mihin on totuttu perinteisessä kilpailuoikeudellisessa käytännössä.<sup>23</sup> Laajaan tuoteportfolioon perustuva digitaalinen palvelualusta saattaa edellyttää tiettyjä sidontapraktiikoita, jotka ehkä eivät olisi sallittuja yksipuolisilla markkinoilla. Toisaalta, mikäli alustalla on pysyväisluonteisempi määräävä markkina-asema, erilaiset syrjivät ja sitovat käytännöt voivat tehokkaasti sulkea markkinoilta muita toimijoita.<sup>24</sup>

22. Ks. tästä ja esimerkeistä ratkaista ongelma digitaalista palvelualustaa rakentavan yrityksen näkökulmasta esim. Moazed – Johnson 2016, s. 189–236.
23. Ks. esim. Amelia Fletcher, Predatory Pricing in Two-Sided Platforms: A Brief Comment. *Competition Policy International* 3(1) 2008.
24. Ks. David S. Evans – A. Jorge Padilla, The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality. *Antitrust Bulletin* 49(1/2) 2004, s. 287–341; Dennis W. Carlton – Michael Waldman, The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries. *Rand Journal of Economics* 33(2) 2002, s. 194–220; Daniel A. Crane, Mixed Bundling, Profit Sacrifice and Consumer Welfare. *Emory Law Journal* 55(3) 2006, s. 423–486, 423, 429; Nicolas Economides, Tying, bundling and loyalty/requirement rebates. *Research handbook on the Economics of Antitrust Law 2012*; Einer Elhauge, Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory. *Harvard Law Review* 123(2) 2009, s. 397–481; David S. Evans – Michael Salinger, Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law. *Yale Journal on Regulation* 22(1) 2005, s. 37–89; Barry Nalebuff, Exclusionary Bundling, *The Antitrust Bulletin* 50(3) 2005, s. 321–370; David S. Evans – A. Jorge Padilla, Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach. *University of Chicago Law Review* 72(1) 2005, s. 73–98; Andrej Fatur, *EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries*. Hart Publishing 2012, s. 159–169; Erik Hovenkamp – Herbert Hovenkamp, *Tying Arrangements*. *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics Volume II* 2015, s. 329–350; Petri Kuoppamäki, Tying in Two-Sided Digital Markets, s. 307–340 teoksessa Paul Nihoul – Pieter Van Cleynenbreugel (eds), *The Roles of Innovation in Competition Law Analysis*. Edward Elgar 2018.



### 3. Tuoretta ratkaisukäytäntöä

#### 3.1. Google ja hintavertailusivustot

Komission kesällä 2017 annetun verkkokaupan vertailusivustoja koskevan päätöksen mukaan<sup>25</sup> Google oli käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaa hakukonemarkkinoilla<sup>26</sup> ja suosinut lainvastaisesti omaa hintavertailupalveluaan. Googlen lippulaivatuote on Google-hakukone, jonka hakutuloksista käyttäjät maksavat luovuttamalla käyttäjätietoja itsestään.<sup>27</sup>

Hintavertailupalvelujen kilpailukyky perustuu suurelta osin verkkosivustojen kävijämääriin. Kun kävijöiden määrä sivustolla kasvaa, linkkien käyttökerrat ja tulot lisääntyvät. Suuremman kävijämäärän vuoksi myös yhä useammat vähittäismyyjät haluavat omat tuotteensa johtavan hintavertailupalvelun piiriin.<sup>28</sup> Koska Googlella on määräävä markkina-asema geneeristen internethakujen markkinoilla, sen oma hakukone on hintavertailupalveluille tärkeä kävijälähde. Vuonna

25. Ks. EUVL 2018/C 9/08. CASE AT.39740 Google Search (Shopping). 27.76.2017, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf).

26. Komission päätöksen mukaan Googlella on määräävä markkina-asema geneeristen internethakujen markkinoilla koko Euroopan talousalueella (ETA), johon kuuluu 31 maata. Google on ollut määräävässä asemassa näillä markkinoilla lähes kaikissa ETA-maissa vuodesta 2008. Ainoa poikkeus on Tšekki, jossa Google nousi määräävään asemaan vuonna 2011. Googlen hakukoneella on ollut kaikissa ETA-maissa erittäin suuri markkinaosuus, joka on useimmissa maissa ylittänyt 90 prosenttia. Tilanne oli komission tutkimusten mukaan pysynyt samana ainakin vuodesta 2008. Näille markkinoille pääsy on myös vaikeaa osin verkostovaikutuksen takia: mitä enemmän kuluttajat käyttävät jotakin hakukonetta, sitä enemmän se houkuttelee mainostajia. Näin saatujen voittojen avulla voidaan puolestaan hankkia entistä enemmän asiakkaita. Samalla tavoin hakukoneen keräämiä käyttäjätietoja voidaan hyödyntää hakutulosten parantamisessa (nk. viral loop).

27. Google saa lähes 90 prosenttia tuloistaan mainoksista, joita näytetään käyttäjille hakutulosten yhteydessä. Google toi vuonna 2004 oman tuotteensa myös hintavertailupalvelujen markkinoille Euroopassa. Tuotteen nimi oli alun perin Froogle, mutta vuonna 2008 siitä tuli Google Product Search ja vuonna 2013 Google Shopping. Palvelun avulla kuluttajat voivat vertailla tuotteita ja hintoja verkossa ja hakea tarjouksia kaikenlaisilta verkkokauppiailta, muun muassa verkkokaupoista (esim. Amazon, eBay), tehtaanmyymälöiden verkkosivuilta ja muilta jällemyyjiltä. Kun Google toi hintavertailutuotemarkkinoille Googlen, alalla oli jo useita vakiintuneita toimijoita. Komission todistusaineiston mukaan Google oli jo tuolloin tietoinen Frooglen verrattain heikosta suorituskyvystä (eräessä Googlen sisäisessä asiakirjassa vuodelta 2006 todetaan, että ”Froogle simply doesn’t work” / ”Froogle ei yksinkertaisesti toimi”). Komissio katsoi tämän osoittavan, että hakutietoja ryhdyttiin ”manipuloimaan” vasta sen jälkeen, kun selvisi, ettei Googlen oma hintavertailusivusto muuten pärjäisi kilpailussa. Google on kiistänyt komission tapahtumien kuvauksen.

28. Ks. yleisesti esim. Sophie van Loon, *The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position?*, s. 9–36 teoksessa Aurelio Lopez-Tarruella (ed), *Google & the Law – Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*. T.M.C. Asser Press 2012.



2008 Google muutti olennaisesti hintavertailupalvelunsa markkinastrategiaa Euroopassa. Google alkoi hyödyntää määräävää asemaansa generisten internethakujen markkinoilla eikä kilpaillut enää hintavertailutuotteen ominaisuuksilla. Google ryhtyi järjestelmällisesti sijoittamaan oman hintavertailupalvelunsa näkyvälle paikalle hakutuloluetteloissa. Kun kuluttaja tekee Google-hakukoneella haun, jonka yhteydessä Googlen hintavertailupalvelu tarjoaa hakutuloksia, Google sijoitti hintavertailupalvelunsa tarjoamat tulokset hakutuloluettelossa ensimmäiseksi tai alkupäähän. Google sijoitti kilpailevat hintavertailupalvelut hakutuloluetteloissaan alemmaksi.<sup>29</sup> Googlen omaan hintavertailupalveluun ei sovellettu Googlen generisen haun algoritmeja. Menettelyllä oli suuri käytännön vaikutus, sillä tyypillisesti kuluttaja perehtyy vain ensimmäisellä hakusivulla oleviin tuloksiin.<sup>30</sup> Kilpailussa pärjääminen edellyttää siten näkyvyyttä hakutulosten ensimmäisellä sivulla. Muuttamalla keinotekoisesti hakutulosten järjestystä Google onnistui syrjäyttämään kilpailijansa vertailusivujen markkinoilla ja nostattamaan oman vertailusivustonsa markkinajohtajaksi.

Komission päätöksessä Googlen katsottiin käyttäneen väärin määräävää asemaansa generisten internethakujen markkinoilla, kun se oli estänyt hintavertailutuotteiden välisen suorituksen paremmuuteen perustuvan kilpailun. Komission päätöksessä todetaan, että Google on käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa suosimalla lainvastaisesti omaa hintavertailupalveluaan.<sup>31</sup>

29. Kilpailevien hintavertailupalvelujen tuotteiden sijoitus hakutuloksissa määräytyy generisissä hauissa Googlen omien algoritmien perusteella. Googlen algoritmeissa käytetään sellaisia kriteerejä, joiden perusteella kilpailevien hintavertailupalvelujen tuotteet putoavat useimmiten hakutuloluettelossa alemmaksi. Tutkimuksissa on osoitettu, että ensimmäinen kilpaileva palvelu näkyy Googlen hakutuloksissa keskimäärin vasta sivulla 4 ja muut vielä kauempana alkupäästä.

30. Komission siteeraamien tutkimusten mukaan kuluttajat käyttävät selvästi useimmin linkkejä, jotka näkyvät parhaiten eli sijoittuvat Googlen hakutuloluettelon alkupäähän. Jopa pöytätielokoneita käytettäessä ensimmäisen hakutulossivun 10 ensimmäistä linkkiä saavat noin 95 prosenttia kaikista klikkauksista (hakutuloluettelon ensimmäinen linkki saa yksin noin 35 prosenttia kaikista klikkauksista). Toisella hakutulossivulla ensimmäisenä näkyvä linkki saa enää vain yhden prosentin klikkauksista. Tämä ei selity yksinomaan sillä, että ensimmäinen hakutulos on käyttäjän kannalta relevantein. Mikäli sama hakutulos siirretään luettelossa kolmanneksi, sen klikkaukset vähenevät noin 50 prosentilla. Mobiililaitteilla ero on vielä selvempi, koska laitteen näyttöruutu on pienempi. Komissio katsoi tämän osoittavan, että nostamalla oman hintavertailupalvelunsa sijoitusta ja alentamalla kilpailijoiden sijoitusta hakutuloluettelossa Google on antanut omalle palvelulleen merkittävää kilpailuetua kilpailijoihin nähden.

31. Komission lehdistötiedotteen mukaan yritys on tukahduttanut hintavertailutuotteiden markkinoilla tuotteiden ominaisuuksiin perustuvan kilpailun: "Google on tuonut markkinoille monia innovatiivisia tuotteita ja palveluja, joista olemme kaikki hyötynneet. Se on kuitenkin pyrkinyt kasvattamaan hintavertailupalvelunsa markkinaosuutta myös muilla keinoin kuin kehittämällä sitä kilpailevia tuotteita paremmaksi. Google on hyödyntänyt hakukoneensa määräävää markkina-asemaa ja parantanut vilpillisesti oman hintavertailupalvelunsa sijoitusta ja heikentänyt kilpailijoiden sijoitusta hakutuloluetteloissa. Väärinkäyttö on estänyt muita yrityksiä kilpailemasta reilusti tuotteillaan ja kehittämästä uusia innovaatioita. Ja se on ennen kaikkea

Komissio käyttää päätöksessään väärinkäyttömuodosta termiä ”*exclusionary discrimination*”. Tällä tarkoitetaan yleisesti sitä, ettei määräävässä asemassa oleva yritys saa kohtuuttomasti suosia omia palvelujaan tilanteessa, jossa muut ovat siitä täysin riippuvaisia.<sup>32</sup> Ei ole kuitenkaan aikaisemman oikeuskäytännön perusteella selvää, kuinka pitkälle tämä periaate voidaan ulottaa.<sup>33</sup> Syrjintä voi olla joko ”riistävää” (exploitative), jolloin kyse on asiakkaan mahdollisimman laajamittaisesta hyväksikäyttämisestä tai ”poissulkevaa” (exclusionary), jolloin asiakkaille tarjottavien alennusten tai muiden sopimusehtojen tarkoituksena tai vaikutuksena on kilpailijoiden poissulkeminen markkinoilta. Termiä ”*exclusionary discrimination*” voidaan pitää siinä mielessä hieman tautologisena ilmaisuna, että itse asiassa valtaosassa syrjintätapauksia, joihin on puututtu EU:n kilpailuoikeudessa, kyse on ollut menettelytavasta, joka johtaa kilpailijoiden poissuljentaan.<sup>34</sup> Kirjallisuudessa komission puuttumista Googlen toimintaan on osin oikeutettu ja osin pidetty ongelmallisena sillä perusteella, että yhtiötä kielletään suosimasta omia tuotteitaan (”*self-preferencing*”).<sup>35</sup>

Voidaan paremminkin katsoa, että tapauksessa kyse on vertikaalisen integraation tuoman merkittävän kilpailuedun oikeudettomasta hyödyntämisestä. Googlella on ollut ”ylämarkkinoilla” eli geneeristen hakujen markkinoilla jo vuosien ajan superdominanssi, jolloin ”alamarkkinoilla” kilpailevien hintavertailusivustojen menestysmahdollisuudet riippuvat ratkaisevasti näkyvyydestä Googlen hakusivuilla. Tämä koskee yleisesti muitakin digitaalisia palveluita.

kaventanut eurooppalaisten kuluttajien vaihtoehtoja ja vienyt heiltä mahdollisuuden hyödyntää uusia innovatiivisia ratkaisuja” (ks. IP/17/1784).

32. Ks. komission uudemman ratkaisukäytännön taustalla olevista näkökohdista esim. Johannes Laitenberger, *EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective*. Speeches and Articles by the Director-General 2017 ([http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017\\_15\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_15_en.pdf)).
33. Ks. esim. Pablo Ibáñez Colomo, *Exclusionary discrimination under Article 102 TFEU*. *Common Market Law Review* 51(1) 2014, s. 141–163.
34. Ks. esim. Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*. Oxford University Press 2013, s. 791. Syrjintään liittyvistä yleisistä ongelmista ja kysymyksenasetteluista ks. esim. Kuoppamäki 2018, s. 323 ss. Mahdollisen hintasyrjinnän selvittäminen on digitaalisilla markkinoilla aiempaa monimutkaisempaa, kun palvelut ovat ilmaisia toisella puolella kaksipuoleisia markkinoita. Tätä kaksipuolisten markkinoiden ominaispiirrettä ei luonnollisesti itsessään voida pitää osoituksena väärinkäytöstä.
35. Ks. Bo Vesterdorf, *Theories of self-preferencing and duty to deal – two sides of the same coin?* *Competition Law & Policy Debate* 1(1) 2015, s. 4–9; vrt. Nicholas Petit, *Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf*. *Competition Law & Policy Debate* 1(3) 2015. Ks. toisaalta Pinar Akman, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*. *Journal of Law, Technology and Policy* (2) 2017, s. 301–374. Ks. esim. E. Iacobucci – F. Ducci, *The Google search case in Europe: tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets*. *European Journal of Law & Economics* 2018. Viimeksi mainitut kirjoittajat tarkastelevat Google-tapausta kiellettyinä sidontana ja päätyvät siihen, että väärinkäyttö on tällaisessa tapauksessa määräävässä asemassa olevalle yritykselle kannattavaa ja voi aiheuttaa merkittäviä hyvinvointivaikutuksia.

Google on ikään kuin portinvartija (”gatekeeper”) pääsyssä digitaalisille palvelumarkkinoille. Googlella on ollut mahdollisuus sulkea pois kilpailevia hintavertailusivustoja ”alamarkkinoilla” heikentämällä niiden suhteellista näkyvyyttä verrattuna Googlen omaan hintavertailupalveluun. Seurauksena saattaa käytännössä olla markkinoille pääsyn estyminen ja innovaatioiden heikentyminen. Mikäli komission päätöksessä kuvatut tosiseikat pitävät paikkaansa, juuri näin Google on menetellyt. Googlea ei siten ole niinkään kielletty suosimasta omia tuotteitaan vaan väärinkäyttämästä määräävää markkina-asemaa geneeristen hakujen markkinoilla kilpailijoiden poissulkemiseksi. Tapaus rinnastuu analogisesti hintaruuvitapauksiin, joista on olemassa kohtuullisen laaja oikeuskäytäntö.<sup>36</sup> Poissuljenta ei vain tapahdu hinnoittelun vaan kuluttajien saatavilla olevaan informaatioon vaikuttamisen kautta eli heikentämällä kilpailijoiden näkyvyyttä internetissä. Kilpailijoita voidaan poissulkea paitsi hinnoittelun, myös muiden strategisten keinojen avulla.<sup>37</sup>

Toisesta näkökulmasta väärinkäyttöä voidaan luonnehtia hakutietojen manipuloinniksi (”search manipulation”). Hakumanipulaatiolla tarkoitetaan sitä, että kuluttaja olettaa saavansa listan niistä palveluista, joita on eniten klikattu, mutta algoritmia oli ”manipuloitu” siten, että se suosii keinotekoisesti Googlen omia palveluja kilpailevien palveluiden kustannuksella. Kuluttajat tulevat tällä tavalla ”tietämättään” ohjatuksi Googlen omiin palveluihin ikään kuin salakat rysään. Kuluttaja olettaa, että digitaalisilla markkinoilla saatava informaatio on ”objektiivista”, mutta se ei ole sitä. Tieto on vahvasti asymmetristä. Jos määräävässä asemassa oleva yritys voi ohjata kuluttajat haluamaansa suuntaan, sille saattaa syntyä tilaisuus monopolisoida liitännäisiä markkinoita. Tiedon epäluotettavuudesta on käytetty myös nimitystä ”confusopoly”.<sup>38</sup> Ongelmana hakumanipulaation osalta on kuitenkin aiemmin ollut se, että manipulaation todistaminen on vaikeaa ja tehokkaiden korjaamistoimenpiteiden löytäminen monimutkaista, koska tämä ehkä edellyttää algoritmin uudelleen kirjoittamista ja/tai valvontaa ulkopuolisten teknisten asiantuntijoiden toimesta, mistä syystä vastaavat aiemmat tutkimukset eivät ole johtaneet interventioon.<sup>39</sup> Viimeisimmät tiedot viittaavat siihen, että Yh-

36. Ks. esim. asia T-340/03 France Telecom SA v. Komissio, Kok. 2007 s. II-107; asia C-280/08 P Deutsche Telekom v komissio, Kok. 2010 s. I-9555.

37. Steven C. Salop – David T. Scheffman, Raising Rivals’ Costs. *American Economic Review* 73(2) 1983, s. 267–271, 267–269.

38. Ks. Patterson 2017, s. 146.

39. Ks. United States of America before the Federal Trade Commission, In the Matter of Motorola LLC and Google Inc, Complaint 1210120, 1-2 accessed 22 March 2016; Streetmap. EU Limited and Google Inc., Google Ireland Limited, Google UK Limited. [2016] England and Wales High Court EWHC 253 (Ch); Verband against Google Inc. and Google Germany GmbH, The Order of the District Court of Hamburg (Chamber of 8 for Commercial Matters) (2013) ref: 408 HKO 36/13, unofficial translation accessed 22 March 2014.

dysvalloissa jo kerran haudattu hakumanipulaatiota koskeva tutkimus saattaisi olla käynnistymässä uudelleen.<sup>40</sup>

Menettelytavan potentiaalisen ongelmallisuuden näkökulmasta on kiinnitettävä huomiota siihen, että verkkokauppiat ovat usein käytännössä riippuvaisia näkyvyydestä Googlen hakusivuilla. Mikäli näkyvyys menetetään, yrityksen markkinaosuus heikkenee, jopa romahtaa. Tästä näkökulmasta Googlen hakukonetta voidaan tarkastella eräänlaisena olennaisena toimintaedellytyksenä (essential facility),<sup>41</sup> joskin oikeuskäytännössä tämän konseptin soveltamiskynnys on nostettu varsin ylös. Muun ohella edellytetään, että kilpailijan markkinoille pääsulle ei ole osoitettavissa mitään muuta vaihtoehtoa kuin olennaisen toimintaedellytyksen jakaminen kilpailijan kanssa.<sup>42</sup> Tähän nähden ei ole yllättävää, että komissio ei ole päätöksessään tarkastellut Googlen toimintaa olennaisena toimintaedellytyksenä vaan eräänlaisena vipuamisena, jossa Google on hyödynnänyt määräävää asemaa hakukonemarkkinoilla markkinoiden valtaamiseksi niihin liitännäisillä vertailusivustojen markkinoilla. Vaikka olennaista toimintaedellytystä koskevat kriteerit eivät täytyisi, menettelyyn voidaan puuttua silloin, kun kyse on liitännäisten markkinoiden valtaamiseen tähtäävästä vipuamisesta (leveraging).<sup>43</sup> Väärinkäyttötyypistä voidaan tässä mielessä käyttää myös termiä *vertikaalinen poissuljenta*.<sup>44</sup>

Toisaalta voidaan argumentoida, että Googlella on oikeus suosia omia hyödykkeitään mainostamalla niitä kilpailijoita enemmän. Mikäli Googlen toimintavapautta rajoitetaan, seurauksena saattaa olla tehokkuushyötyjen menettäminen. Tällaisen monimutkaisen tapauksen sääntely voidaan myös nähdä liian vaikeana tehtävänä.<sup>45</sup> Vasta-argumenttina voidaan todeta, että tehokkuushyötyjä saattaa

40. Ks. esim. 30.8.2018 [https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?destination=%2ftechnology%2f2018%2f08%2f30%2fsen-orrin-hatch-wants-ftc-investigate-google%2f%3f&utm\\_term=.159f9c844330](https://www.washingtonpost.com/gdpr-consent/?destination=%2ftechnology%2f2018%2f08%2f30%2fsen-orrin-hatch-wants-ftc-investigate-google%2f%3f&utm_term=.159f9c844330).

41. Ks. olennaisen toimintaedellytyksen osalta esim. Petri Kuoppamäki, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2003, s. 791–830 sekä konseptin soveltamisedellytyksistä digitaalisilla markkinoilla Beata Mäihäniemi, *Imposing access to information in digital markets based on competition law: in search of a possible theory of harm in the EU Google search investigations*. University of Helsinki 2017, s. 112–152, erit. s. 139 ss. ja Angela Daly, *Private Power, Online Information Flows and EU Law*. Bloomsbury 2016, s. 77–79.

42. Asia C-7/97, Oscar Bronner GmbH Co KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG ja Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. Kok. 1998 s. I -7791.

43. Ks. tältä osin esim. Kuoppamäki 2003, s. 784.

44. Ks. vertikaalisesta markkinavoimasta ja poissuljennasta esim. Kuoppamäki 2003, s. 222, 787, 1111. Ks. myös Damien Geradin, *What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platform's market power?* ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3257967](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3257967)).

45. Ks. esim. Akman 2017 ja Beata Mäihäniemi, *Lessons from the Recent Commission's Decision on Google. To Favour Oneself or Not, That is the Question*. Working paper 2018 (<http://www>

syntyä sen johdosta, että jokin uusi innovatiivinen yritys saa jalansijaa markkinoilla. Asiaa on mahdollista tarkastella yleisesti myös hakutulosten luotettavuuden näkökulmasta. Googlen sivut ovat olleet läpinäkymättömät, eivätkä kuluttajat ole voineet tietää, onko kyse ”objektiivisesta” hakutietojen esittämisestä vaiko ”subjektiivisesta” omien tuotteiden myynnin edistämisestä. Termiä manipulaatio onkin käytetty tällä perusteella. Aikoinaan oli selkeä ero painettujen puhelintuotteiden valkoisten ja keltaisten sivujen välillä. Informaation luotettavuutta ja läpinäkyvyyttä voidaan pitää tärkeinä oikeushyvinä myös digitaalisessa maailmassa, ja Google-tapauksella voidaan nähdä olevan laajempia ulottuvuuksia.

Google on valittanut komission päätöksestä EU:n yleiseen tuomioistuimeen. Epäilemättä asiassa saadaan aikaiseksi merkittävä prejudikaatti määrävän aseman väärinkäytöstä digitaalisten alustojen markkinoilla. Tapauksen ratkaiseminen tulee edellyttämään hienojakoista tarkastelua sallittujen ja kiellettyjen kilpailukeinojen, markkinoille pääsyn turvaamisen ja määrävässä asemassa olevan yrityksen oikeutettujen oikeuksien turvaamisen välillä.

### 3.2. Google ja Android

Komission 18.7.2018 julkaiseman tiedotteen mukaan Google on asettanut vuodesta 2011 laittomia rajoituksia Android-laitteiden valmistajille ja matkaviestinoperaattoreille vakiinnuttaakseen määrävän asemansa hakukonemarkkinoilla.<sup>46</sup>

Android-tapauksessa kyse oli kolmesta rajoitustyypistä, jotka Google on asettanut Android-laitteiden valmistajille ja verkko-operaattoreille varmistaakseen, että internetliikenne ohjautuu Android-laitteissa Googlen hakukoneeseen. Google oli ensinnäkin vaatinut, että Android-laitteiden valmistajat esiasentavat Googlen hakukoneen ja Googlen Chrome-selaimen puhelimiinsa, jotta ne saavat lisenssin Googlen Play-sovelluskauppaan. Toiseksi, Google on komission mukaan maksanut suurille valmistajille erityisiä maksuja sillä ehdolla, että ne asentavat yksinomaan Google Search -sovelluksen. Kolmanneksi, yhtiö oli estänyt valmistajia, jotka haluavat esiasentaa laitteisiin Googlen sovelluksia, myymästä

[law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/Maihaniemi.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Maihaniemi.pdf)).

46. Ks. Android-tapauksen taustalla olevien ilmiöiden arvioinnin osalta Benjamin Edelman, Does Google Leverage Market Power through Tying and Bundling? *Journal of Competition Law & Economics* 11(2) 2015, s. 365–400. Ks. myös Benjamin Edelman – Damien Geradin, Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google’s Practices in Mobile. *European Competition Journal* 12(2–3) 2016, s. 159–194; Torsten Körber, Let’s Talk About Android – Observations on Competition in the Field of Mobile Operating Systems (<http://ssrn.com/abstract=2462393>); Federico Etro – Christina Caffarra, On the economics of the Android case. *European Competition Journal* 13(2–3) 2017; Patrick F. Todd, Out of the box: illegal tying and Google’s suite of apps for the Android OS. *European Competition Journal* 13(1) 2017, s. 62–92.

yhtään mobiiliälylaitetta, jossa käytetään vaihtoehtoista, Googlen vähemmän kontrolloimaa versiota Android-käyttöjärjestelmästä.<sup>47</sup>

Komission ratkaisun mukaan Google oli tällä tavoin käyttänyt Androidia välineenä vakiinnuttaakseen hakukoneensa määräävän aseman myös mobiili-markkinoilla. Komission mukaan Googlen asettamat rajoitukset olivat ”vienneet kilpailijoilta mahdollisuuden innovoida ja kilpailla omilla ansioillaan”. Google on kiistänyt syyllistyneensä määräävän aseman väärinkäyttöön. Yhtiön mukaan komissio on määritellyt relevantit markkinat virheellisesti sekä tehnyt vääriä tulkintoja kuluttajakäyttäytymisestä.

Komission päätöksen *esiasennusta* koskeva haittateoria perustuu näkemykselle, jonka mukaan puhelinten esiasennukset merkitsevät käytännössä korkea markkinaosuutta palveluissa, sillä vain hyvin pieni osa kuluttajista käytännössä vaihtaa esiasennettuja sovellutuksia. Esiasennuksesta voi seurata taipumus tyytyä vallitsevaan tilanteeseen. Käyttäjät, joiden laitteisiin tietyt haku- ja selainsovellukset on esiasennettu, todennäköisesti pysyvät niiden käyttäjinä. Tämä lähestymistapa hyväksyttiin aiemmin EU-tuomioistuimen 2017 Microsoft-tapauksessa<sup>48</sup> annetuissa ratkaisuissa.

Googlen omistama Android-käyttöjärjestelmä perustuu alun perin suomalaisen Linus Torvaldsin kehittämään Linux-järjestelmään. Kun kyseessä on avoimeen lähdekoodiin perustuva sovellutus, niin sanottujen vaihtoehtoisten sovellutusten pitäisi avointa lähdekoodia koskevien periaatteiden nojalla olla mahdollisia. Googlen toimintatavat vähensivät mahdollisuutta kehittää ja myydä Android-haaroja käytäviä laitteita. Komissio on löytänyt ilmoituksensa mukaan näyttöä siitä, että Googlen toiminta esti useita suuria valmistajia kehittämästä ja myymästä laitteita, jotka perustuvat Amazonin Android-haaraan (Fire OS). Komission mukaan Google esti sellaisten Android-haarojen kehittämisen, jotka olisivat voineet tarjota alustan ja menestymisen mahdollisuudet myös muille sovelluskehittäjille. Toisaalta ohjelmistoon perustuvan digitaalisen alustan intressissä on estää sellainen alustan fragmentoituminen, joka heikentää palveluiden toimivuutta. Epäilemättä tämä kysymys nousee esille EU:n yleisessä tuomioistuimessa.

Komission Android-päätöksen yksityiskohtaisia perusteluja ei oltu tätä kirjoitettaessa vielä julkistettu. Komissio tutkii edelleen myös toimia, joilla Google on rajoittanut tiettyjen kolmansien osapuolten verkkosivustojen mahdollisuuksia näyttää Googlen kilpailijoiden hakusanamainoksia (AdSense -tapaus). Komission alustavan päätelmän mukaan Google on käyttänyt väärin määräävää asemaansa myös AdSense-asiassa.<sup>49</sup>

47. Ks. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-4581\\_fi.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_fi.htm).

48. Asia T-201/04, Microsoft Corporation v. komissio, 17.9.2007.

49. Ks. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2532\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_en.htm).

### 3.3. Facebook

Saksan Bundeskartellamtissa on parhaillaan vireillä Facebookia koskeva määrävän markkina-aseman väärinkäyttötutkinta. Tutkinta koskee käyttöehtoja, joissa määrätään käyttäjien datan hyödyntämisestä. Bundeskartellamtin alustavan kannan mukaan Facebookin ehdot saattavat olla kohtuuttomia ja ristiriidassa tietosuojan kanssa. Saksan kilpailuviranomaisen alustavan päätösluonnoksen mukaan Facebook vaatii käyttäjäsovimuksessaan automaattisesti kaikilta käyttäjiltään oikeutta kerätä ja hyödyntää heistä käytännössä kaiken mahdollisen tiedon siitä, mitä he verkossa tekevät. Tämä ei rajoitu yksin itse Facebookin käyttöön vaan esimerkiksi Facebookin omistamien Messengerin, Instagramin ja WhatsAppin käyttäjätiedot menevät suoraan Facebookille.<sup>50</sup>

Saksan kilpailuviranomaisen mukaan tapauksessa erityisen ongelmallista on se, että Facebook kerää ilman nimenomaista suostumusta kuluttajatietoja myös lukemattomien muiden sovellusten ja nettisivujen kautta niiden käyttäjistä ja liittää tiedot Facebook-asiakkaidensa profilitietoihin. Joka kerta kun internetin käyttäjät ”klikkaavat” jotakin Facebookiin yhteydessä olevaa nettisivua tai ”peukuttavat” jotakin asiaa tai ilmiötä, tieto tästä päätyy Facebookille sen mainosmyynnin kauppatavaraksi. Facebook yhdistää käyttäjiensä Facebook-profilien tietoihin kolmansilta osapuolilta kerättyä tietoa. Bundeskartellamtin mukaan Facebookin ja sen omistamien muiden sosiaalisen median sovellusten markkina-asema on niin määrävä, ettei kuluttajilla käytännössä ole sellaista vaihtoehtoa, jolla massiiviselta tietojen keräämiseltä voisi välttyä. Tapauksen käsittely oli tätä kirjoitettaessa vielä kesken.

Tapaus on mielenkiintoinen, sillä seurauksena saattaisi olla kilpailuoikeudellisen intervention ulottuminen jatkossa myös tietosuojaa koskeviin kysymyksiin. Aiemmin on argumentoitu, että tietosuojaa koskevat kysymykset, mukaan lukien 25.5.2018 voimaan tulleen EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen (EU 2016/679, GDPR) soveltaminen, kuuluvat tietosuojaviranomaisten, ei kilpailuviranomaisten toimivaltaan. Toisaalta digitaalisilla markkinoilla tietosuoja ja dataa koskevista ehdoista ja rajoituksista on tullut keskeinen digitaalisilla markkinoilla toimivien yritysten menestykseen vaikuttava kilpailutekijä.<sup>51</sup> Asiaa voidaan tarkastella siten, että asiakas ”maksaa” digitaalisista palveluista käyttötiedoillaan, jolloin erityisten laajoja käyttöoikeuksia voidaan pitää ”kohtuuttomina

50. Ks. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html).

51. Ks. esim. Wolfgang Kerber, Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection. GRUR Int 2016, 639–647; Inge Graef, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility. Kluwer Law International 2016. Ks. myös Giuseppe Colangelo – Mariateresa Maggolino, Data Accumulation and the Privacy-Anitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S. Stanford Law School and the University of Vienna School of Law TTLF Working Paper No. 31/2018.



sopimusehtoina”, muiden yritysten pääsyn estämistä dataan ”poissuljentana” ja omien sopimuskäytäntöjen ulottamista myös kilpailijoiden dataan ”kiellettyinä vipuamisena”. Asiaan vaikuttaa myös se, että super-dominanttien alustojen osalta kuluttajalla ei ole käytännössä juuri muita vaihtoehtoja kuin hyväksyä yksipuolisesti annetut sopimusehdot, mikäli hän haluaa palvelua käyttää. Mikäli kyseessä on määräävässä asemassa oleva palveluntarjoaja, jonka tarjoamalle hyödykkeelle ei ole todellisia vaihtoehtoja, voidaan kysyä, missä määrin lähestymistavaltaan varsin ”transaktionaalinen” uusi tietosuojaa-asetus tuo todellista turvaa kuluttajille. Kuluttaja kyllä hyväksyy rutiininomaisesti käyttöehdot yleensä niitä edes lukematta. Toisaalta, jos kyseessä on *de facto* ”välttämättömyyspalvelua” koskeva ota tai jätä -tilanne, voidaan kysyä, olisiko ehtoihin perehtymisellä muutoinkaan mitään todellista merkitystä. Tällaisissa tilanteissa määräävän aseman väärinkäyttökielto voisi täydentää tietosuoja koskevaa normistoa.

#### 4. Käsiteltyjen tapausten jatkotarkastelua

Kilpailuoikeudessa alun perin keskeisellä sijalla oli määräävän aseman kohtuuttoman hyväksikäytön estäminen (exploitative practices). Painopiste siirtyi kuitenkin pitkäksi aikaa kilpailijoihin kohdistuvaan väärinkäyttöön.<sup>52</sup> Tavoitteena ei ole kilpailijoiden suojaaminen tehokkaampien yritysten taholta tulevalta kilpailulta vaan kilpailuprosessin ylläpitäminen. Väärinkäyttövalvonnan avulla ei yleensääkään pyritä vaikuttamaan kilpailun lopputulokseen vaan siihen, että kilpailu käydään ennalta vahvistettuja pelisääntöjä noudattaen. Facebook-tapauksessa mielenkiintoista on se, että määräävän aseman väärinkäyttökieltoa sovellettaisiin myös kuluttajia ”riistäviin” toimenpiteisiin. Voidaan argumentoida, että tämä on tarpeellista erityisesti superdominanttien digitaalisten alustojen osalta, sillä kuluttajilla ei ole käytännössä useinkaan mitään muuta vaihtoehtoa kuin hyväksyä tarjotut ehdot sellaisenaan. Kilpailuviranomaisten kannattaa noudattaa tässä suhteessa varovaisuusperiaatetta.<sup>53</sup> Voidaan argumentoida, että Facebookin kohtuuttomana pidetyt sopimusehdot samalla estävät kilpailijoita haastamasta Facebookia. Mitä laajemman käyttöoikeuden Facebook saa kuluttajien käyt-

52. Ks. esim. Kuoppamäki 2003, s. 765–761; Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition law. Law and Economic Approaches*. Hart Publishing 2011, s. 103–105; Ekaterina Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*. Hart Publishing 2010, s. 503–505.

53. Näin esim. Marco Botta – Klaus Wiedemann, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy. Exploring the Terra Incognita*. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-08 2018.

tötietoihin, sitä vähemmän markkinoilla jää tilaa pienemmille kilpailijoille. Ei ole kuitenkaan selvää, kuinka pitkälle yksityiskohtiin sääntely voidaan ulottaa.

Paljon keskustelua on käyty siitä, mikä merkitys väärinkäyttövalvonnalla on digitaalisten palvelualueiden investointikannustimiin. Määräävä asema on usein tehokkuuden hedelmä. Vastoin yleistä käsitystä uuden talouden markkinoiden vaatimat investoinnit eivät ole pelkästään aineettomia vaan taustalta löytyy merkittäviä investointeja esimerkiksi datahalleihin ja siirtoverkkoihin. Esimerkiksi Googlen menestys on epäilemättä luotu muita tehokkaamman haku-algoritmin avulla. Lisäksi se on investoinut miljardeja valokaapeleita koskevaan infrastruktuuriin, mikä osaltaan mahdollistaa muita nopeamman tiedonhaun.<sup>54</sup> Määräävän aseman tavoittelu on liiketoiminnassa yleistä ja sellaisen saavuttaminen voi vasta perustella merkittävät riski-investoinnit digitaalisilla markkinoilla. Tietyssä mielessä kilpailua käydään enemmän markkinoista kuin markkinoilla; ”winner takes it all”. On jopa esitetty, että väärinkäyttövalvonta jo sinällään vähentäisi tehokkaan toiminnan mielekkyyttä aina silloin, kun seurauksena on markkinoiden valtaaminen ja dominanssin saavuttaminen. Yritysten ei kannata toimia tehokkaasti, jos kilpailun voittanutta rangaistaan.<sup>55</sup> Esimerkiksi Android-käyttöjärjestelmän sisältämät puhelimet kilpailevat Applen puhelinten kanssa. Google kilpailee hakukonemarkkinoilla erityisesti Yhdysvalloissa Microsoftin Bing-hakukoneen kanssa.

Tähän voidaan todeta vasta-argumenttina, että väärinkäyttövalvonta perustuu sen kohteena olevan yrityksen huomattavaan markkinavoimaan, jolloin kilpailijat ovat haavoittuvia eikä kuluttajilla ole riittäviä vaihtoehtoja. Niillä yrityksillä, jotka eivät ole määräävässä asemassa, ei ole vastaavia mahdollisuuksia asettaa asiakkaille kohtuuttomia ehtoja tai vaikeuttaa kilpailijoiden toimintaa. Esimerkiksi Euroopassa Googlen hakukoneelle ei ole todellista kilpailijaa. Tätä todentaa esimerkiksi Bingin Yhdysvaltoja heikompi toimivuus Euroopassa. Googlen markkinaosuus useimpien EU-maiden generisten hakujen markkinoilla on jo vuosia ollut noin 90 %. Myöskään Facebookille ei näyttäisi olevan aivan suoraa kilpailijaa sosiaalisten verkostojen markkinoilla, joskin yrityksen käyttäjämäärät näyttäisivät hieman laskeneen Cambridge Analytica -skandaalin<sup>56</sup> myötä.

54. Ks. esim. <https://techcrunch.com/2015/08/18/how-googles-networking-infrastructure-has-evolved-over-the-last-10-years/?guccounter=1>; <https://www.cbinsights.com/research/google-in-telecom-connectivity-expert-intelligence/>.

55. Näin esim. Geoffrey A. Manne – Joshua D. Wright, *Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Case Against Google*. Harvard Journal of Law and Public Policy 34(1) 2011, s. 171–244. Vastaavan argumentin esitti jo 1978 Robert H. Bork tunnetussa teoksessaan *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York Basic Books. Luonnollisesti nykymuotoisia digitaalisia markkinoita ei tuolloin tunnettu, mutta kyse onkin pitkälti siitä, miten kukin kirjoittaja positioi itsensä suhteessa markkinoiden sääntelyn tarpeeseen. Ideologisella tasolla keskustelu on pysynyt viime vuosikymmenet kohtuullisen samoilla raiteilla.

56. Ks. esim. *The Guardian* 26.7.2018: ”Over \$119bn wiped off Facebook’s market cap after growth shock. Shares crash as social network admits user growth fell after Cambridge Analytica breach

Käsitellyt digitaalisia palvelualustoja koskevat tapaukset osoittavat informaation luotettavuuden ”itseisarvon” taloudellisen ja poliittisen vallan kontrolloimisessa ja tuovat myös esille big dataan liittyviä yhteiskunnallisia riskikenaarioita. Verkostovaikutukset suojaavat määräävää markkina-asemaa, sillä sosiaalisen verkkosivuston vaihtaminen tulee käytännössä kyseeseen vasta siinä vaiheessa, kun ne tahot, joiden kanssa käyttäjä haluaa kommunikoida, ovat myös valmiita vaihtamaan sivustoa.

On myös muistettava, että ainoastaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kielletty. Määräävässä asemassa oleva yritys voi toimia ja edelleen vahvistaa asemaansa *suorituskilpailun* keinoin.<sup>57</sup> Suorituskilpailulla (competition on the merits, Leistungswettbewerb) tarkoitetaan yleisesti kaikkia niitä kilpailukeinoja, jotka perustuvat yhtiön toiminnan tai sen tarjoaman hyödykkeen paremmuuteen verrattuna kilpaileviin vaihtoehtoihin.<sup>58</sup> SEUT 102 artiklan näkökulmasta toimiva kilpailu edistää osaltaan kansantalouden tehokkuutta ja tasapainoista kehitystä. Tämä on ollut lähtökohtana myös EU-tuomioistuimen 102 artiklaa koskevassa oikeuskäytännössä.<sup>59</sup> Toisaalta digitaaliset markkinat ovat varsin monimutkaisia, mikä lisää ennestään tapauskohtaisen analyysin tarvetta ja merkitystä.

Kilpailuprosessi on perusluonteeltaan *selektiomekanismi*. Kilpailuoikeudella pyritään edistämään muun ohella *taloudellista tehokkuutta* ja *kuluttajien hyvinvointia*. Näin ollen pelkästään pienemmän kilpailijan sulkeutumisesta markkinoiden ulkopuolelle ei voida tehdä johtopäätöksiä menettelytavan hyvinvointivaikutuksista. Mutta vaikutusanalyysi on erityisen haasteellista juuri digitaalisilla markkinoilla, joilla olosuhteet voivat muuttua nopeasti. Samalla

(<https://www.theguardian.com/technology/2018/jul/26/facebook-market-cap-falls-109bn-dollars-after-growth-shock>).

57. Ks. esim. komission Googlen vertailusivustoja koskevan päätöksen kohtia 334 ja 335.

58. Ks. suorituskilpailua koskeva konseptin sisällön ja taustojen osalta esim. Kuoppamäki 2003, s. 560, 765. Ks. myös esim. Ariel Ezrachi, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*. Discussion Paper 2018 ([https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-071\\_goals\\_of\\_eu\\_competition\\_law\\_and\\_digital\\_economy.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-071_goals_of_eu_competition_law_and_digital_economy.pdf)) siinä mainittuine kirjallisuuslähteineen; Bellamy & Child 2013, s. 783 ss. siinä mainittuine viittauksineen EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön; Laitenberger 2017, s. 3–12. Vastoin kirjallisuudessa aina välillä esiintyvää harhakäsitystä suorituskilpailu ei tarkoita tiettyä, rajallista tai ennalta määritettävissä olevaa ”katalogia” sallituista kilpailukeinoista eikä myöskään oikeudenmukaisuuden (justice, equity) tai reilouden (fairness) korostamista taloudellisen tehokkuuden tai kuluttajahyödyn kustannuksella. Suorituskilpailussa kyse on yksinkertaisesti siitä, että menestys markkinoilla ansaitaan omalla innovoinnilla tai muulla oman suorituksen paremmuudella eikä se perustu esimerkiksi keino-tekoiseen kilpailijan toiminnan estämiseen määräävässä asemassa olevan yrityksen toimesta. Toimiva suorituskilpailu yleensä lisää kilpailudynamiikkaa ja koituu myös kansantalouden ja kuluttajien eduksi.

59. Ks. esim. asia C-202/07 P, France Télécom v Commission, EU:C:2009:214, kohta 104; Case C-280/08 P, Deutsche Telecom v Commission, EU:C:2010:603, kohta 173; Case C-52/09, Konkurrentiverket v TeliaSonera Sverige AB, EU:C:2011:83, kohta 27.

kun tunnustetaan dynaamisen kilpailun merkitys, sen arvioimiseen liittyy merkittäviä käytännön haasteita. Miten varmistetaan esimerkiksi, ettei määräävän aseman väärinkäyttökiellolla suojella tehottomia yrityksiä?

## 5. Tarjoaako vaikutusanalyysi ratkaisun?

### 5.1. Intel

Euroopan komissio toteaa määräävän aseman väärinkäyttövalvonnan painopistealueita koskevassa tiedonannossa<sup>60</sup>, että *yhtä tehokkaan kilpailijan* kriteerin soveltaminen tarkoittaa sen tutkimista, ovatko määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen hinnoittelukäytännöt sellaisia, että ne saattavat syrjäyttää markkinoilta kilpailijan, joka toimii yhtä tehokkaasti kuin määräävässä asemassa oleva yritys.

Intel-tapauksen<sup>61</sup> keskiössä on *yhtä tehokkaan kilpailijan testi* (as efficient competitor, AEC-testi). Komissio oli määrännyt Intelille sakot uskollisuusalennuksista tietokoneiden prosessorien markkinoilla. Intel oli toimittanut komissiolle aineistoa, jonka perusteella sen myöntämät alennukset eivät olleet voineet syrjäyttää yhtä tehokasta kilpailijaa markkinoiden ulkopuolelle. Komissio oli omassa päätöksessään käsitellyt yksityiskohtaisesti AEC-testiä. EU:n yleinen tuomioistuin<sup>62</sup> oli vahvistanut komission päätöksen tutkimatta Intelin esittämää selvitystä alennusten vaikutuksista AEC-testin perusteella arvioituna.

EU-tuomioistuin totesi, että koska komissio kilpailuhaittaa arvioidessaan tosiasiallisesti otti huomioon yhtä tehokkaan kilpailijan testin perusteella tekemänsä analyysin, yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen jättäessään huomioimatta Intelin perustelut, joilla se pyrki osoittamaan komission virheet testin yhteydessä.<sup>63</sup> Tästä syystä EU-tuomioistuin kumosi alemman oikeusasteen tuomion ja palautti asian yleiseen tuomioistuimeen.

EU-tuomioistuimen päätös on määräävässä asemassa olevan yrityksen oikeusturvan näkökulmasta tuiki tarpeellinen. Yleisen tuomioistuimen tuomiossa nimittäin AEC-testin merkitys oli kiistetty hyvin kategorisesti. Yleinen tuomioistuin oli tarkastellut Intelin myöntämiä alennuksia *per se -tyyppisenä kilpailunrajoituksena*, mistä syystä se oli sivuuttanut vaikutusanalyysin oikeastaan ko-

60. Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. EYVL 2009/C 45/02.

61. Asia C-413/14 P, Intel v. komissio, 6.9.2017, EU:C:2017:32. Jäljempänä myös ”Intel-tuomio”.

62. Intel v. komissio, T-286/09, EU:T:2014:547.

63. Intel-tuomio, kohta 138.

konaan. Kun komissio oli langettavassa päätöksessään tehnyt yksityiskohtaisia johtopäätöksiä suorittamansa AEC-testin perusteella, Intelillä täytyi olla oikeus riitauttaa komission johtopäätökset ja saada tuomioistuimen kanta siihen, rasiittavatko komission AEC-analyysejä sellaiset merkittävät virheet, joilla saattaa olla merkitystä myös kokonaisarvioinnin kannalta. Tapausta voidaan pitää siirtymänä pois *per se* -tyyppisestä arvioinnista, jollaisella yleinen tuomioistuin oli perustellut, miksi se piti poissuljentarisiksi koskevaa analyysejä ”irrelevanttina”. Tapauksen faktoilla on siis aina merkitystä, mikä ei toki ole uusi asia kilpailuoikeudessa.<sup>64</sup>

Intel-tuomiosta ilmenee toisaalta, ettei yhtä tehokkaan kilpailijan kriteerin soveltaminen ole edellytys alennusjärjestelmän toteamiselle määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi, vaan että yhtä tehokkaan kilpailijan testiä on pidettävä yhtenä niistä välineistä, joiden avulla arvioidaan, onko alennusjärjestelmän soveltamisessa tapahtunut määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.<sup>65</sup>

## 5.2. All circumstances -testi

Vaikka AEC-testi tuottaisi näyttöä siitä, etteivät määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijat syrjäydy markkinoiden ulkopuolelle, kyse voi silti olla määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. EU-tuomioistuin toteaa Intel-tuomiossaan, että tällaisissa tilanteissa on vielä suoritettava yksityiskohtainen analyysi, jonka avulla selvitetään, onko väitetyllä väärinkäytöllä kyky johtaa kilpailunvastaisiin vaikutuksiin. EU-tuomioistuin mainitsee tuomiossaan neljä seikkaa, joihin ainakin on kiinnitettävä huomiota:

1. *yrityksen määräävän aseman vahvuus merkityksellisillä markkinoilla*
2. *miten laajalti markkinat on riidanalaisella menettelytavalla katettu*
3. *kyseisten alennusten myöntämisedellytykset ja tavat, alennusten kesto ja niiden määrä*
4. *onko mahdollisesti olemassa strategia, jolla vähintään yhtä tehokkaat kilpailijat pyritään syrjäyttämään markkinoilta.*

Kyse on ei-tyhjentävästä luettelosta. Mitä muita seikkoja on arvioitava, riippuu kunkin tapauksen yksityiskohdista. EU-tuomioistuimen ratkaisun laajemmat seurannaisvaikutukset voidaan arvioida siinä vaiheessa, kun Intel-tapaus on

64. Ks. Intel-tuomio, kohta 137; ks. myös Hoffmann La Roche v. komissio, 85/76, EU:C:1979:36, 89 kohta.

65. Näin esim. James Venit, The judgment of the European Court of Justice in Intel v. Commission: a procedural answer to a substantive question? European Competition Journal 13(2–3) 2017, s. 172–198, 186.

lopullisesti ratkaistu. Prosessuaalisesti kyse on siitä, että valittajalla tulee olla mahdollisuus haastaa kaikki komission päätöksen keskeiset perusteet. Aineellisesti päätös merkitsee luopumista *per se* -arvioinnista ja taloudellisen analyysin merkityksen lisääntymistä. AEC-testiä voidaan hyödyntää myös tehokkuusvaikutusten arvioinnissa. EU-tuomioistuimen päätöksen perusteella AEC-testi ei kuitenkaan ole ainoa seikka alennusten arvioinnissa. Vaikka AEC-testi osoittaisi, että yhtä tehokas kilpailija ei syrjäydy markkinoiden ulkopuolelle, kyse saattaa silti olla määräävän aseman väärinkäytöstä kokonaisarvioinnin perusteella (all circumstances -testi).

Kokonaisharkinnassa huomioon otettavien seikkojen osalta Intel-tuomiosta mainitaan yrityksen määräävän aseman vahvuus merkityksellisillä markkinoilla, miten laajalti markkinat on riidanalaisella menettelytavalla katettu, kyseisten alennusten myöntämisedellytykset ja tavat, alennusten kesto ja niiden määrä sekä onko olemassa strategia, jolla vähintään yhtä tehokkaat kilpailijat pyritään syrjäyttämään markkinoilta.<sup>66</sup> EU-tuomioistuimen päätöksen perusteella on selvää, että edellä mainitut neljä seikkaa ovat esimerkkejä kokonaisharkinnassa huomioon otettavista seikoista, ja kulloinkin käsillä olevan tapauksen olosuhteiden perusteella muutkin seikat saattavat olla relevantteja. Intel-tapauksessa kyse oli kohtuullisen lyhytaikaisesta alennuskampanjasta dynaamisesti kehittyvillä korkean teknologian markkinoilla, millä on saattanut olla vaikutusta EU-tuomioistuimen ratkaisulinjaan kyseisessä tapauksessa. Komissio sovelsi Intel-tapauksen all circumstances -testiä Android-ratkaisussaan,<sup>67</sup> mikä viittaa siihen, että siitä on tulossa uusi kilpailuoikeudellinen ratkaisustandardi.<sup>68</sup> Tähän viittaa myös EU-tuomioistuimen perustelutapa, jossa selkeästi on haluttu antaa oikeusohje tulevien tapausten ratkaisemiselle.

Intel-tuomion perusteella voidaan arvioida, että tehokkuusvaikutuksille annetaan jatkossa enemmän painoarvoa.<sup>69</sup> Tullakseen huomioon otetuiksi tehokkuusvaikutusten tulee siirtyä kohtuullisessa määrin myös asiakkaille ja kuluttajille. Kyse on oikeuskäytännön evoluutiosta, ei revolutiosta.

66. Ks. toisaalta jo ”Post Danmark II”, asia C-23/14, Post Danmark A/S v Konkurrenserådet, Kok. 2015 s. 651; tuomion kohta 42.

67. Ks. IP/18/4581: ”In line with the recent EU court ruling in Intel, the Commission has considered, amongst other factors, the conditions under which the incentives were granted, their amount, the share of the market covered by these agreements and their duration.”

68. Saman johtopäätöksen on tehnyt myös Ibáñez Colomo. Ks. Pablo Ibáñez Colomo, The Future of Article 102 TFEU after Intel. *Journal of European Competition Law & Practice* 9(5) 2018, s. 293–303, 302–303.

69. Näin myös esim. Nicholas Petit, The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases. *European Law Review* 2018. Ks. myös Ibáñez Colomo 2018.

## 6. Sääntely kilpailuoikeudellisen intervention vaihtoehtona?

Euroopan komissio antoi 26.4.2018 ehdotuksen Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi oikeudenmukaisuuden ja avoimuuden edistämisestä verkossa toimivien välityspalveluiden yrityskäyttäjää varten.<sup>70</sup> Ehdotus on osa laajempaa digitaalisten palvelualustojen sääntelyhanketta, jolla kilpailun turvaamisen ohella pyritään edistämään reiluja kauppatapoja.<sup>71</sup> Tavoitteena on lisätä avoimuutta ja läpinäkyvyyttä verkkoalustojen ja muiden yritysten väliin sopimussuhteisiin. Samalla asetusehdotus loisi välineitä puuttua mahdollisiin haitallisiin kauppatapoihin.<sup>72</sup> Ehdotus on osa komission digitaalisten sisämarkkinoiden strategiaa.<sup>73</sup>

Komissio perustelee asetusehdotusta sillä, että alustat luovat uusia liiketoimintamahdollisuuksia ja ovat yrityksille merkittävä markkinoille pääsyn kanava. Komissio katsoo, että pienet ja keski-suuret yritykset ovat yhä riippuvaisempia verkkoalustojen palveluista kilpaillessaan kuluttajista. Komissio pyrkii luomaan uuden oikeudellisen instrumentin, jolla voidaan puuttua *riippuvuussuhteesta mahdollisesti aiheutuviin vahingollisiin kauppatapoihin*, kuten syrjiviin tai yksipuolisesti saneltuihin ehtoihin.

Ehdotuksen soveltamisalaan kuuluvat verkossa toimivat välityspalvelut ja hakukoneet. Verkossa toimiviin välityspalvelujen tarjoajiin kuuluvat verkkokaupan markkinapaikat, verkossa toimivat sovellusohjelmistojen kaupat ja verkossa oleva sosiaalinen media. Soveltamisalaan kuuluva sopimussuhde tulee olla välityspalvelun ja yrityskäyttäjän välillä. Soveltamisalaan kuuluvia verkkokaupan markkinapaikkoja ovat esimerkiksi tori.fi, Amazon market place, Zalando, Uber ja Airbnb. Lisäksi soveltamisalaan kuuluvat sovelluskaupat kuten Google Play ja Apple AppStore. Soveltamisalaan kuulumattomia ovat vertaiskäyttöön tarkoitettut peer-to-peer -alustat (esim. WhatsApp, Facebook Messenger), yrityskäyttäjän ja verkkoalustan välinen ei-kaupallinen toiminta (esim. Twitter, Facebook Profile), täysin yrityskäyttöön tarkoitettut alustat, joilla ei ole yhteyttä kuluttajaan, mainostoiminta tai maksamiseen tarkoitettut alustat (esim. PayPal).

70. Bryssel 26.4.2018 COM(2018) 238 final 2018/0112 (COD) Ehdotus Euroopan Parlamentin ja Neuvoston asetukseksi oikeudenmukaisuuden ja avoimuuden edistämisestä verkossa toimivien välityspalveluiden yrityskäyttäjää varten. Ks. myös Valtioneuvoston U-kirjelmä U822018 vp ([https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kirjelma/Sivut/U\\_82+2018.aspx](https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kirjelma/Sivut/U_82+2018.aspx)).

71. Ks. digitaalisten alustojen sääntelytarpeesta yleisesti esim. Nooren – van Gorp – van Eijk – Fathaig 2018; Gemma Newlands – Christoph Lutz – Christian Fieseler, Report from the EU H2020 Research Project Ps2Share: Participation, Privacy, and Power in the Sharing Economy. Power in the Sharing Economy; Jan Krämer – Daniel Schnurr – Alexandre de Streeel, Internet Platforms and Non-Discrimination. Project Report 2017 ([http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/171205\\_CERRE\\_PlatformNonDiscrimination\\_FinalReport.pdf](http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/171205_CERRE_PlatformNonDiscrimination_FinalReport.pdf)).

72. Ks. komission vaikutusarvio (SWD(2018) 138 final, SWD(2018) 139 final).

73. Ks. [https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market\\_fi](https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_fi).



Asetusehdotuksen keskeisimpänä sisältönä näyttäisi olevan eräänlaisen minimisääntelyn luominen, jota kautta voitaisiin ennakollisesti torjua markkina- tai sopimusvoiman väärinkäyttöä. Verkkoalustojen sopimusehtojen on oltava selkeitä, ja niitä koskevista muutoksista on ilmoitettava vähintään 15 päivää ennen muutosten toteuttamista. Mikäli verkkoalusta keskeyttää tai lopettaa mahdollisuuden käydä kauppaa alustan kautta, päätös on perusteltava. Hakusijoitusta (ranking) koskevat keskeiset parametrit on informoitava sopimusehdoissa, samoin pääsy henkilötietoihin ja muuhun dataan. Näiden aineellisten periaatteiden ohella verkkoalustojen olisi luotava sisäiset järjestelmät valitusten käsittelyä varten ja tehostettava riitojen ratkaisua.

Suomessa yritysten välisistä sopimusehdoista säädetään laissa elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä (1062/1993). Lain 2 §:ssä säädetään markkinaoikeuden toimivallasta. Laissa oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa (100/2013) 5 luvun 2 §:n 6 kohdan mukaan edellä mainitun lain mukaisen asian vireillepanoon ovat oikeutettuja elinkeinonharjoittajien etujen valvomiseksi toimiva rekisteröity yhdistys tai se elinkeinonharjoittaja, johon sopimusehdon käyttö tai sopimuskäytännön soveltaminen kohdistuu. Asetusehdotuksen sisältö vastannee yleisellä tasolla voimassa olevaa lainsäädäntöä, mutta toisi lisää konkreettisia säännöksiä ja velvoitteita.<sup>74</sup> Mainittua kotimaista ”yrittäjän suojaalakea” on sovellettu käytännössä hyvin vähän.<sup>75</sup>

Verkkoalustojen toimintaan voitaisiin jatkossa puuttua sekä SEUT 102 artiklan että uuden asetuksen perusteella, mikäli se tulee hyväksytyksi. Asetuksella luotaisiin pehmeämpi ja kevyempi järjestelmä, joka olisi sovellettavissa neuvotteluvoimatilanteisiin myös dominanssikynnyksen alapuolella. Asetus soveltuu paremmin rutiiniongelmien ratkaisemiseen ja eroaa siten määräävän aseman väärinkäyttövalvonnasta, joka käytännössä on keskittynyt kansantaloudellista merkitystä omaaviin, lukumääräisesti vähäisiin yksittäistapauksiin, jolloin signaali vaikutuksen kautta yleisemminkin vaikutetaan markkinoiden pelisääntöihin.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttötapaukset ovat usein hyvin pitkäkestoisia<sup>76</sup> eikä digitaalisesta palvelualustasta riippuvaisella yrityksellä usein ole edes taloudellisia resursseja ajaa asiaansa Euroopan komissiossa tai kansallisissa

74. Näin arvioidaan muun ohella edellä mainitussa Valtioneuvoston U-kirjelmässä U822018 vp.

75. Kyseisen, yrityksen kanneoikeuteen perustuvan lain soveltamisesta on olemassa vain vähän oikeuskäytäntöä. Ks. kuitenkin MT 2001:14. Ks. myös Johan Bärlund, Sopimaton menettely liikennetoiminnassa, s. 975–998 teoksessa Seppo Villa ym. (toim.), Yritysoikeus. Sanoma Pro 2014, s. 995–997.

76. Esimerkiksi edellä käsitellyissä Google-tapauksissa ensimmäisen instanssin (komission) ratkaisun saaminen kesti toimenpidepyynnön jättämisen jälkeen 7–9 vuotta. Tätä voidaan pitää varsin pitkänä aikana digitaalisella markkinoilla, joilla tuotteen elinkaari saattaa olla 2–3 vuotta. Kun tähän lisätään valitusprosessit tuomioistuimessa, päästään helposti 10–15 vuoden käsittelyaikoihin.

kilpailuviranomaisissa. Tästä näkökulmasta määräävän aseman väärinkäyttövalvonta ja komission ehdottama sääntely täydentäisivät toisiaan.

## 7. Kilpailuoikeudellisen intervention tarpeesta

Milloin määräävän aseman väärinkäyttökiellon soveltaminen digitaalisen palvelualustan toimintaan on perusteltua? Kilpailuoikeudellisen järjestelmän toimivuuden ja kehittymisen näkökulmasta kilpailuviranomaisen tulee puuttua menettelytapoihin, jotka heikentävät taloudellista tehokkuutta tai muulla tavoin rikkovat kilpailuoikeudelle asetettuja päämääriä. Uuden talouden kilpailutapauksista on vielä kohtuullisen vähän oikeuskäytäntöä, mikä yhdessä vaaditun kilpailuanalyysin monimutkaisuuden kanssa voi johtaa virheratkaisuihin. Virhe voidaan tehdä kahteen suuntaan. Kilpailuviranomainen tai tuomioistuin voi ensinnäkin tehdä oikeudellisen virheen, jossa tiettyä menettelytapaa pidetään kilpailuoikeuden vastaisena, vaikka näin ei tosiasiallisesti ole (tyypin I virhe, ”false positives”). Toiseksi kilpailuviranomainen voi virheellisesti katsoa, että tietty menettely on sallittua SEUT 102 artiklan nojalla, vaikka näin ei tosiasiallisesti ole (tyypin II virhe, ”false negatives”).

Varovaisuusperiaate puhuu sen puolesta, että kilpailuviranomaiset noudattavat pidättyvyyttä puutuessaan digitaalisen talouden ongelmiin, joita ei ehkä vielä kunnoilla ymmärretä. Samalla liika varovaisuus johtaa markkinoiden monopolisoitumiseen. Innovaatiokannustimet voivat heikentyä sekä liian tiukan että liian lievän soveltamisen seurauksena.<sup>77</sup>

Digitaalisia markkinoita ja määräävän aseman väärinkäyttöä koskeva kirjallisuus voidaan luokitella kahteen ryhmään. *Laissez faire* -vaihtoehdon kannattajat korostavat kilpailuoikeudellisen intervention riskejä: älä puutu uuden talouden kilpailutapauksiin, koska siitä syntyy vain sotkua ja riski tehdä tyypin I virheitä on liian suuri. Tässä ajattelutavassa korostetaan sitä, että puuttuminen määräävässä asemassa olevien palvelualustojen toimintaan heikentää monopolilyritysten kannustimia innovoida. Markkinoiden nähdään muuttuvan nopeasti ja kilpailunvastaiset haitat markkinoille nähdään lyhytaikaisina.<sup>78</sup> Yhdysvaltain

77. Määräävässä asemassa olevan yrityksen puolustautumisoikeuksien rinnalla oman kysymyksensä muodostaa tässä yhteydessä se, onko kilpailunrajoituksen kohteella esimerkiksi EU:n perusoikeuskirjan 47 artiklassa tarkoitettu oikeus tehokkaiisiin oikeussuojakeinoihin ja mahdollisuus toteuttaa tehokkaasti SEUT 102 artiklaan perustuvia oikeuksiaan.

78. Ks. esim. Manne – Wright (2011); David McGowan, *Between Logic and Experience: Error Costs and United States v. Microsoft Corp.* Berkeley Technology Law Journal 20(2) 2005, s. 1185–1245, 1189–90; Miguel Rato – Nicolas Petit, *Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets: Established Standards Reconsidered.* European Competition Journal 9(1) 2013, s. 1–65.

ratkaisukäytäntö perustuu pitkälti *laissez faire* -lähestymistavalle määräävän aseman väärinkäytön (”monopolization”) ja erityisesti digitaalisten palvelualustojen osalta.

*Pro-täytäntöönpanovaihtoehdon* kannattajat taas katsovat, että on puututtava tarpeen vaatiessa ”riittävän kestävien” monopolien toimintaan, mutta se on tehtävä varovasti ja harkiten. Tässä näkökohdassa kiinnitetään huomiota siihen, että määräävässä asemassa olevilla yrityksillä on kannustimia paitsi innovoida myös estää pienempien kilpailijoidensa innovaatioita (”wanna-be-monopolists”), joilla olisi mahdollisuus ne haastaa. Tämän lähestymistavan mukaan kannattaa ottaa vakavasti innovaatioita estävä monopoliyrityksen toiminta.<sup>79</sup> Se, että puuttuminen uuden talouden väärinkäyttömuotoihin on monimutkaista, ei tarkoita, etteikö se voisi olla tarpeellista. Tähän nähden on syytä miettiä tapoja nopeuttaa tapausten ratkaisua. Yhden reitin tähän tarjoavat sitoumuspäätökset. Euroopan komission kilpailupääosaston linjaukset ovat lähinnä pro-täytäntöönpanovaihtoehdon mukaisia.

Ero lähestymistavoissa näkyy siinä, että viime vuosina kaikki merkittävimmät digitaalisia palvelualustoja koskevat täytäntöönpanoratkaisut on annettu Euroopassa. Microsoft-tapaukset ratkaistiin EU:ssa 2000-luvun ensimmäisellä vuosikymmenellä sen jälkeen, kun samat tapaukset oli ensin ajettu alas USA:ssa. Sama ilmiö näyttäisi nyt toistuvan Googlen osalta. Facebookin osalta ennustetta ei vielä tässä vaiheessa voida antaa.

## 8. Kokoavaa tarkastelua

Aikoinaan arveltiin, että uuden talouden mukanaan tuomat digitaaliset palvelualustat rapauttavat perinteisiä valta-asemia ja tehostavat markkinoiden toimintaa. Näin onkin käynyt, mutta nyttemmin on havahduttu myös siihen, että on syntynyt kokonaan uudenlaisia määräävän markkina-aseman väärinkäyttötilanteita. Samalla kilpailuanalyysi on monimutkaistunut ja markkinat muuttuvat aikaisempaa nopeammin.

Tämän artikkelin kirjoittaja katsoo, että puuttumiselle digitaalisia palvelualustoja koskeviin väärinkäyttötilanteisiin on selkeä tilaus. Markkinoiden itseohjautuvuus ei yksinään riitä turvaamaan kilpailulle asetettujen taloudellisten ja yhteiskunnallisten päämäärien toteutumista. Tarvitaan siis väärinkäyttövalvontaa. Jotta kilpailu toimisi tyydyttävästi, julkisen vallan tulee huolehtia kilpailun rakenteellisten edellytysten säilymisestä ja annettujen pelisääntöjen

79. Ks. esim. Shelanski 2013, s. 1681–1701; Ariel Ezrachi, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*. Competition Policy International 2018.

noudattamisesta. Jotta valvonta voisi toimia, on syytä etsiä myös uusia tapoja nopeuttaa tapausten ratkaisua.

Markkinavoimaa ei kannata tarkastella liian staattisesta näkökulmasta. Esimerkiksi ei kannata tehdä voimakkaita oletuksia markkinaosuuksista. Rakenneellista analyysia, hinta-analyysia tai mitään muutakaan testiä ei kannata heittää yli laidan, vaan olemassa olevia testejä kannattaa kehittää tavalla, jossa otetaan huomioon digitaalisten markkinoiden erityispiirteet. Erityistä huomiota kannattaa kiinnittää siihen, mitkä ovat vaikutukset innovaatioille markkinoiden eri toimijoiden näkökulmasta. Informaation väärinkäyttöön liittyvien tapausten osalta erityistä huomiota kannattaa kiinnittää siihen, miten väitetty väärinkäyttö vaikuttaa informaation saatavuuteen ja luotettavuuteen, asiakkaiden liikkeisiin verkossa ja millaisia siirtymiä riitautettu menettelytapa aiheuttaa. Digitaalista arvoketjua ja sopimuskäytäntöä täytyy analysoida syvällisesti. Kilpailuanalyysissa huomiota tulee kiinnittää eritellysti vaikutuksiin monensuuntaisten markkinoiden eri puolella erikseen ja lisäksi myös yhdessä tarkasteltuna. Helppoja ratkaisuja on tuskin löydettävissä, mikä korostaa yksityiskohtaisen empiirisen analyysin merkitystä. EU-tuomioistuimen Intel-päätöksen mukanaan tuoma irtautuminen aikaisemmasta *per se* -ratkaisustandardista ja siirtyminen *all circumstances* -testiin tarjoaa aikaisempaa parempia välineitä kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten työkalupakkiin.

Ratkaisukäytännössä esille on noussut tapauksia, joissa estetään kilpailijoiden innovaatioiden markkinoille pääsy. Tällöin kilpailudynamiikka häiriintyy. Horisontaalisesti tai vertikaalisesti integroitunut alusta voi käyttää väärin asemaansa suhteessa kilpailijoihin toimituskiellon, yksinomaisuussopimusten tai sidonnan avulla tai vipuamalla markkinavoimaa hyödykemarkkinoilta toiselle. Uutena ongelmana on noussut esille mahdollisuus kuluttajatiedon manipulointiin. Kilpailijoiden näkyvyyden heikentäminen internetissä saattaa olla tehokas poissuljentamuoto. Määräävän aseman väärinkäyttö voi tapahtua myös ”perinteisemmällä” tavalla. Esimerkiksi kohtuuton hinnoittelu ja hintasyrjintä ovat mahdollisia. Kohtuuttomat sopimusehdot ovat seurausta alustamarkkinoiden keskittyneisyydestä. Suhteessa kuluttajiin määräävän aseman väärinkäyttö saattaa ilmetä kohtuuttomina yksityisyyden suojan rajoituksina, joskin ratkaisukäytäntö on vasta kehitymässä.

Oikeuskäytännössä pyritään hakemaan tasapainoa sääntöperusteisen ja vaikutusperusteisen lähestymistavan välillä. Sääntöperusteisessa (rule based) lähestymistavassa määräävän aseman väärinkäyttönormisto pyritään pitämään mahdollisimman selkeänä, jotta säilytetään määräävän aseman väärinkäyttönormiston ennakoitavuus. Vaikutusperusteisessa (effects based) lähestymistavassa huomio kiinnitetään tietyn menettelytavan vaikutuksiin markkinoilla.<sup>80</sup>

80. Ks. tämän erottelun osalta Pablo Ibáñez Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*. Cambridge University Press 2018, s. 154 ss. (2018a).

Tavoitteena on turvata mahdollisimman tehokas lopputulos markkinoiden toimivuuden näkökulmasta. Viime kädessä kyse on tasapainon hakemisesta kilpailuoikeudellisen sääntelyn joustavuuden (osumatarkkuuden) ja ennustettavuuden (oikeusturvan) välillä.

Kuten aina ennenkin, paradigmaattinen teknis-taloudellinen muutos tuo mukanaan sekä hyötyjä että uusia ongelmia ratkottavaksi. Kilpailuoikeus on joustava oikeudenala, jota voidaan soveltaa hyvin erilaisilla toimialoilla, kunhan kunkin alan erityisolosuhteet osataan analysoida riittävän tarkasti ja yksityiskohtaisesti. Kilpailu muuttaa muotoaan, jolloin myös kilpailuoikeuden on sopeuduttava uusiin olosuhteisiin.

## Abuse of dominant position in digital markets – what changes?

PETRI KUOPPAMÄKI, LL.D, Professor of Business Law, Aalto University Business School

The aim of this article is to analyse the application of Article 102 TFEU to digital markets. So far, most important cases have dealt with digital platforms that act as intermediaries. As the markets concerned are normally two- or multisided, antitrust analysis becomes more complicated than in “traditional” abuse cases. According to the standard economic definition a market is two- or multisided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid to the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must be designed so as to bring both sides on board. Digital platforms aim to create value by bringing two or more different types of economic agents together and facilitating interactions between them so that, as the theory goes, all agents are better off.

Typically, digital platforms display substantial economies of scale arising from large fixed costs in developing and maintaining a platform and relatively low marginal costs in serving both sets of customers. Where substantial economies of scale exist, platforms with more customers on one side are more valuable to customers on the other side and become more valuable as the demand from each side grows. On a digital platform unit costs often fall as demand grows. This creates a natural advantage for first-movers, which, combined with economies of scale, means that competition may turn a race for the market (“winner takes all”). Buyers (users) will tend to prefer (other things equal) the platform that offers access to the most sellers (service providers), and sellers will tend to prefer the platform that offers access to the most buyers. Such network effects can tip the market towards being served by just one or two platforms.

The article first analyses the evolving new case law, in particular the European Commission’s decisions in the Google comparison shopping case and the Android case, the Intel decision of the Court of Justice of the European Communities as well as the pending Facebook case in Germany. The article aims at shedding light on the perti-

ment problems behind these cases. Thereafter, broader policy options are discussed, including the standards for intervention under Article 102 TFEU in digital markets and the relationship to regulation. While the earlier literature largely concentrated on the efficiency gains brought by the digital platforms, the new literature has brought more problematic situations to daylight. The specific characteristics of a digital platform must always be analysed and understood in depth. If these elements are disregarded it could lead to the wrong conclusion that there is an abuse even though we are dealing with a normal characteristic of the market (type I mistake, “false positive”). On the other hand, the two-sidedness of the market does not lead to immunity from competition laws. A laissez-faire approach would lead to a serious under-enforcement of competition rules (type II mistake, “false negative”). In this context, a successful market foreclosure resulting from exclusionary conduct of the dominant player can have serious anti-competitive effects, with little hope that the market will self-correct within a reasonable period. Harm can occur, for instance, through informational abuses or through contractual practices that hinder market access. Hence, while caution is needed, there is a need to apply antitrust law to harmful practices of digital platforms.