

PETRI KUOPPAMÄKI

Kuka vartioi portinvartijaa?

Who guards the gatekeeper?

The Digital Market Act (DMA) introduces rules for platforms that act as gatekeepers in the digital sector. The DMA aims to address concerns regarding contestability and fairness in the digital economy. This article compares DMA with Article 102 TFEU that prohibits abuse of dominant position. While competition law enforcement is based on an (ex post) evaluation of the conduct of the dominant company, the DMA introduces (ex ante) regulation with a number of strict prohibitions and obligations on digital gatekeepers that offer core platform services. We will first examine the central content of the DMA through the lens of competition law. After this, the relationship between the digital market regulation and the prohibition of abuse of a dominant position will be considered. The DMA is compared to Article 102 from the point of view of the material content and regulatory approach, what are the similarities and what are the differences. The purpose is also to understand how the regulatory environment changes with the DMA. Finally, the article considers more generally the relationship between competition law and regulation in the digital markets and the grounds for introducing the new regulation.

1. JOHDANTO

EU:n digimarkkinasäädös eli digitaalisia markkinoita koskeva asetus¹ tuli voimaan 1.11.2022. Siirtymäajan jälkeen asetusta ryhdytään soveltamaan 2.5.2023 alkaen.²

Digimarkkinasäädös asettaa EU:n alueella toimiville digimarkkinoiden ”portinvartijoille” eli suurille asetuksessa määriteltyjä ydinalustapalveluita tarjoaville yrityksille velvoitteita ja kieltoja, joita niiden tulee noudattaa päivittäisessä toiminnassaan. Digimarkkinasäädöksen tarkoituksena on varmistaa oikeudenmukaiset ja avoimet digitaaliset sisämarkkinat. Englanniksi säädöksestä käytetään nimeä Digital Markets Act (DMA).³ Termiä DMA käytetään myös Suomessa virallisen termin digimarkkinasäädös ohella.

Portinvartijalla tarkoitetaan yleisesti yritystä, joka voi estää muiden yritysten markkinoille pääsyn. Mikäli portinvartijat voivat estää tai rajoittaa yritysten pääsyä markkinoille, sanella ehtoja tai suosia omia palveluitaan, tämä vähentää markkinoiden koeltavuutta, mikä vaikeuttaa uusien yritysten tuloa ja kilpailua. Kilpailijoihin kohdistuva poissuljenta on yleisin määräävän aseman väärinkäyttömuoto. Poissuljenta voi kohdistua tietyillä markkinoilla jo toimiviin tai niille vasta pyrkiviin yrityksiin. Kilpailun estyminen tai vääristyminen johtaa tehottomuuteen, kuten korkeampiin

1 Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2022/1925, annettu 14 päivänä syyskuuta 2022, kilpailullisista ja oikeudenmukaisista markkinoista digitaalialalla ja direktiivien (EU) 2019/1937 ja (EU) 2020/1828 muuttamisesta (digimarkkinasäädös) (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti). PE/17/2022/REV/1 EYVL L 265, 12.10.2022, s. 1–66.

2 Asetuksen soveltaminen alkaa 2.5.2023. Tämän jälkeen digimarkkinasäädöksessä vahvistetut kynysarvot täyttävien mahdollisten portinvartijoiden on kahden kuukauden kuluessa ja viimeistään 3. heinäkuuta 2023 ilmoitettava ydinalustapalveluistaan komissiolle. Kun komissio on saanut vaatimustenmukaisen ilmoituksen, sillä on 45 työpäivää aikaa arvioida, täyttääkö kyseinen yritys kynysarvot, ja nimetä se portinvartijaksi (viimeisimpien mahdollisten ilmoitusten osalta 6. syyskuuta 2023 mennessä). Portinvartijoiden on nimeämisensä jälkeen noudatettava digimarkkinasäädöksen vaatimuksia kuuden kuukauden kuluessa eli viimeistään 6. maaliskuuta 2024.

3 Kun asetus on vasta tullut voimaan, siitä on vasta vähän tutkimuskirjallisuutta. Toisaalta asetusta on kommentoitu jo valmisteluvaiheessa ja ennen voimaantuloa. Ks. esim. Damien Geradin – Dimitrios Katsifis: Strengthening Effective Antitrust Enforcement in Digital Platform Markets, posted: 18 Oct 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3945004; T Assimakis P. Kominos: The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition Law? *Forthcoming in Portale di diritto europeo ed internazionale – 2022*, <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=765078021102088112101016103065112096056012093049062087109127093007119069065095103088011062005012058022097127082078092124070084009058062048011001066073099108068084124006060180240240040271170051020010070940641060970720091020991080730830891-02076091101084&EXT=pdf&INDEX=TRUE>; Nicolas Petit, “The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review”, 12 JECLAP 529 (2021); Maureen K Ohlhausen – John M Taladay, Are Competition Officials Abandoning Competition Principles, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 13, Issue 7, October 2022, Pages 463–472, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpac033>.

hintoihin, huonompaan laatuun sekä valinnanvaran ja innovaatioiden vähenemiseen.⁴

Digimarkkinasäädöksessä portinvartijalla tarkoitetaan spesifisemmin *tärkeänä yhdysväylänä yrityskäyttäjien ja kuluttajien välillä toimivia digitaalisia alustoja*, joilla on asemansa vuoksi mahdollisuus sanella yksin säännöt, mikä aiheuttaa pullonkauloja digitaalitalouteen. Digimarkkinasäädöksessä määritellään joukko velvoitteita, joita alustojen on noudatettava ja kielletään portinvartijoilta tietynlainen käyttäytyminen.⁵ Ajatuksena on, että sisämarkkinoilla sovellettavilla yhteisillä säännöillä luodaan yksi selkeä EU:n tason kehys. Tämän odotetaan ”edistävän innovointia, kasvua ja kilpailukykyä sekä helpottavan pienempien alustojen, pienten ja keskiuurten yritysten ja startup-yritysten laajentumista.”⁶

Kilpailuoikeudessa *määräävän aseman väärinkäyttökiellon* avulla voidaan puuttua yksittäistapaukseen selvittämällä ensin määräävän aseman olemassaolo relevanteilla hyödyke- ja maantieteellisillä markkinoilla. Digimarkkinasäädös luo uuden ennakkosääntelyjärjestelmän, jonka ytimessä määrätään lista sääntöjä, joita portinvartijoiden on noudatettava.

Digitaaliset palvelualustat⁷ ovat olleet jo vuosien ajan yksi Euroopan komission kilpailupääosaston painopistealue määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnassa. Euroopan komission kilpailupääosastoon

4 Ks. määräävästä markkina-asemasta eli huomattavasta markkinavoimasta aiheutuvista haitallisista vaikutuksista ja sääntelyyn liittyvistä haasteista yksityiskohtaisesti Kuoppamäki, Petri: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa (2003) s. 217 – 327. Ks. myös esim. O’Donoghue, Robert – Padilla, Jorge, The Law and Economics of Article 102 TFEU Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne, Petit, Nicholas: EU Competition Law and Economics (2012) s. 176 ss.; O’Donoghue, Robert – Padilla, Jorge, The Law and Economics of Article 102 TFEU (2020), Chapter 4; Bellamy & Child: European Union Law of Competition (2018) s. 869–893; Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus (2018) s. 251–290.

5 Ks. komission lehdistötiedote 31.10.2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/ip_22_6423.

6 Ks. komission digimarkkinasäädöstä koskevat kysymykset ja vastaukset, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/QANDA_20_2349.

7 Digitaalisia palvelualustoja koskee laaja kirjallisuus. Ks. esim. Ezrachi, Ariel - Stucke, Maurice E.: Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy (2016); Patterson, Mark R.: Antitrust Law in the New Economy: Google, Yelp, Libor, and the Control of Information, Harvard University Press 2017; Grunes, Allen: Big Data and Competition Policy. Oxford University Press 2016; Daly, Angela: Private Power, Online Information Flows and EU Law, Hart Publishing 2016; Evans, David S. – Schmalensee, Richard: Matchmakers. The New Economics of Multisided Platforms. Harvard Business Review Press 2016. Luonnollisesti myös artikkelien kirjo on erittäin runsas. Ks. esim. Lianos, Ioannis: Competition Law for the Digital Era: A Complex Systems’ Perspective (August 30, 2019). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3492730> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3492730>; Ezrachi, Ariel: EU Competition Law Goals and the Digital Economy (June 6, 2018). Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3191766> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3191766>; Jenny, Frederic, Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Platforms and Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges and Moving Forward (June 1, 2021). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3857507> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3857507>. Ks. myös Kuoppamäki, Petri: Tying and Two-Sided Digital Platforms. Teoksessa The Roles of Innovation in Competition Law Analysis. Nihoul, P. & Van Cleynenbreugel, P. (eds.). Edward Elgar, s. 307–340. ASCOLA Competition Law Series 2018.

antanut sarjan päätöksiä koskien digitaalisten palveluyritysten määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä SEUT 102 artiklan nojalla ja merkittäviä ratkaisuja on saatu myös EU:n tuomioistuimista.

Määräävän aseman väärinkäyttöä digitaalisilla markkinoilla on tutkittu Suomessa runsaastikin.⁸ Tämä artikkeli lienee ensimmäinen digimarkkinasäädöksen ja kilpailuoikeuden välistä suhdetta luotaava tieteellinen artikkeli Suomessa.

Digimarkkinasäädöksen hyväksyminen ja voimaantulo tuo uuden keinon portinvartijayritysten sääntelyyn kilpailulainsäädännön rinnalle. Kuitenkin EU:n ja jäsenmaiden kilpailuoikeutta voidaan soveltaa jatkosakin digimarkkinasäädöksen rinnalla. Tämä herättää kysymyksen, mikä on oikeastaan digimarkkinasäädöksen ja kilpailulainsäädännön keskinäinen suhde jatkossa. Synnytetäänkö saman asian sääntelyyn kahdenkertainen normisto? Missä määrin digimarkkinasäädös on yhdenmukainen kilpailuoikeuden kanssa tai eroaa siitä? Kuka vartioi portinvartijaa jatkossa? Tarkoitan viimeksi mainitulla kysymyksellä yleisempää pohdintaa näiden oikeudellisten valvontakeinojen keskinäisestä suhteesta, en sitä, millaiseksi viranomaisten työnjako konkreettisesti tulee muodostumaan. Viimeksi mainittuun kysymykseen olisikin ennen aikaista hakea vastauksia vielä tässä vaiheessa, kun tarkemmat digimarkkinasäädöksen täytäntöönpanoa koskevat säädökset ja ohjeistukset⁹ ovat vasta valmisteilla ja yhtään tapausta ei ole ratkaistu uuden asetuksen perusteella. Sen sijaan yleisemmälle, konseptuaaliselle pohdinnalle on nähdäkseni nimenomaan tässä vaiheessa tilaus.

Seuraavassa tarkastellaan ensiksi digimarkkinasäädöksen keskeistä sisältöä kilpailuoikeudellisten linssien läpi. Tämän jälkeen pohditaan digimarkkinasäädöksen ja määräävän aseman väärinkäyttökiellon välistä suhdetta. Digimarkkinasäädöstä verrataan SEUT 102 artiklaan sisällön ja sääntelytekniikan näkökulmasta, mitkä ovat yhtäläisyydet ja mitkä erot. Tarkoituksena on lisäksi ymmärtää, millä tavalla sääntely-ympäristö

8 Ks. esim. Björkroth, Tom – Mylly, Tuomas – Vuorinen, Jarkko: Alustatalous, kilpailuoikeus ja kilpailun taloustiede – hienosäätöä vai paradigman muutos?, *Lakimies* 3–4/2018 s. 311–342; Kuoppamäki, Petri: Määräävän aseman väärinkäyttö digitaalisilla markkinoilla – mikä muuttuu? *Lakimies* 7–8/2018 s. 996–1023; Mäihäniemi, Beata: Imposing Access to Information in Digital Markets Based on Competition Law : In Search of the Possible Theory of Harm in the EU Google Search Investigations, väitöskirja 2017; Wasastjerna, Maria: Competition, Data and Privacy in the Digital Economy : Testing Conventional Boundaries and Expanding Horizons - Towards A Privacy Dimension in Competition Policy?, väitöskirja 2019.

9 Komissio julkaisi 9.12.2022 luonnoksen valvonta-asetukseksi, josta komissiolle tehtävän notifikointi yksityiskohdat ilmenevät, siten kuin asiaa tällä hetkellä on suunniteltu. Luonnoksesta on pyydetty lausuntoja. Tämä kuvaa sitä, että digimarkkina-asetus on tätä artikkelia kirjoitettaessa vasta lähestymässä täytäntöönpanovaihetta, jossa kaikki relevantit yksityiskohdat ovat selvillä.

muuttuu digimarkkinasäädöksen myötä. Lopuksi artikkelissa pohditaan yleisemmin kilpailuoikeuden ja regulaation välistä suhdetta digimarkkinoilla ja perusteita uuden asetuksen käyttöönnotolle.

2. DIGIMARKKINASÄÄNNÖKSEN KESKEINEN SISÄLTÖ

2.1 Digimarkkinasäädöksen soveltamisalaan kuuluvat alustayritykset

Digimarkkinasäädöstä sovelletaan asetuksen 3 artiklan perusteella ainoastaan sellaisiin yrityksiin, jotka ovat asetuksessa esitettyjen kriteerien mukaan ”portinvartijoita”. Nämä ovat yrityksiä, joilla on suuri merkitys sisämarkkinoilla kokonsa vuoksi ja koska ne ovat tärkeitä portinvartijoita yrityskäyttäjien ja loppukäyttäjien välillä.

Digimarkkinasäädöksen kiellot ja velvoitteet koskevat vain suurimpia yrityksiä, jotka tarjoavat EU:n alueella asetuksessa mainittuja ydinalustapalveluita. *Ydinalustapalveluiksi* asetuksessa luetaan seuraavat palvelut: 1) hakukoneet, 2) käyttöjärjestelmät, 3) verkkoyhteisöpalvelut, 4) videojakoalustapalvelut, 5) numeroista riippumattomat henkilöiden väliset viestintäpalvelut, 6) verkkoselaimet, 7) virtuaaliavustajat, 8) pilvipalvelut, 9) mainontapalvelut ja 10) erilaiset verkossa toimivat välityspalvelut, kuten markkinapaikat.

Yritys, joka tarjoaa yhtä tai useampaa digimarkkinasäädöksessä lueteltua ydinalustapalvelua, katsotaan portinvartijaksi, mikäli seuraavat kolme pääkriteeriä täyttyvät:

1. *Yrityksen koko on niin suuri, että se vaikuttaa sisämarkkinoihin.* Näin oletetaan olevan silloin, kun yrityksen vuotuinen liikevaihto unionissa oli vähintään 7,5 miljardia euroa kolmen viimeksi kuluneen tilikauden aikana tai jos sen keskimääräinen pörssi-arvo tai vastaava markkina-arvo oli vähintään 75 miljardia euroa viimeksi kuluneena tilikautena ja se tarjoaa ydinalustapalvelua vähintään kolmessa jäsenvaltiossa.

2. *Yritys on tärkeä portinvartija yrityskäyttäjien ja loppukäyttäjien välillä.* Näin oletetaan olevan silloin, kun yrityksellä on ydinalustapalvelu, jolla oli kuukaudessa yli 45 miljoonaa EU:hun sijoittautunutta tai EU:ssa sijaitsevaa aktiivista loppukäyttäjää ja vuodessa yli 10 000 EU:hun sijoittautunutta aktiivista yrityskäyttäjää viimeksi kuluneena tilikautena.
3. *Yrityksellä on vakiintunut ja pysyvä asema.* Näin oletetaan olevan silloin, kun yritys täytti edellä mainitun tärkeää portinvartijaa koskevan kriteerin kolmen viimeksi kuluneen tilikauden aikana.

Yritys, joka täyttää edellä mainitut kriteerit, todetaan portinvartijaksi.¹⁰

Vertailukohtana SEUT 102 artiklan ja kilpailulain 7 §:n mukaan määrävän aseman väärinkäyttökiellon soveltaminen edellyttää määrävän markkina-aseman olemassaoloa tietyillä hyödyke- ja maantieteellisillä markkinoilla. Yleisesti tällä tarkoitetaan markkinatilannetta, jossa yritys pystyy olennaisesti vaikuttamaan tuotteestaan perimiin hintoihin tai toimitusehtoihin. Määrävässä asemassa olevan yrityksen kauppakumppanien kannalta tämä ilmenee riippuvuutena määrävässä asemassa olevasta yrityksestä. Kilpailijoiden näkökulmasta dominanssi ilmenee mahdollisuutena sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle tai ainakin olennaisesti vaikeuttaa niiden toimintaan. Vahvasti yksinkertaistavan nyrkkisääntön mukaan yrityksellä voi on määrävä asema, kun yrityksen markkinaosuus on noin 50 %. Lisäksi yrityksellä tulee olla merkittäviä kilpailuetuja ja asiakkaat ovat siitä riippuvaisia. Alalle pääsyn esteet ovat korkeita.¹¹ Määrävän aseman todentaminen edellyttää *yksityiskohtaista ja kokonaisvaltaista taloudellista analyysia*. Käytännössä esimerkiksi markkinamäärittelyyn, markkinavoiman asteen arvioimiseen ja alalle pääsyn esteiden/potentiaalisen kilpailun arviointiin liittyy epävarmuuksia ja epäilty yritys voi haastaa kilpailuviranomaisen analyysin tuomalla esille seikkoja, jotka viittaavat merkittävän markkinavoiman puuttumiseen. Määrävä asema voi olla kohtuullisen pienelläkin sektorilla, eikä mitään tiettyä liikevaihtorajaa ole asetettu.

¹⁰ Yrityksellä on mahdollisuus kumota oletama esittämällä riittäviä perusteluja sille, miksi poikkeuksellisten olosuhteiden vuoksi sitä ei pitäisi nimetä portinvartijaksi, vaikka se täyttää kaikki kynnysarvot Toisaalta komissio voi käynnistää markkinatutkimuksen arvioidakseen tarkemmin tietyn yrityksen erityistilannetta ja päättää nimetä yrityksen portinvartijaksi laadullisen arvioinnin perusteella siinäkin tapauksessa, ettei se täytä määrällisiä kynnysarvoja. Voitaisiin olettaa, että kun kyse on poikkeussäännöksestä, tätä tulkittaisiin suppeasti.

¹¹ Ks. esim. Kuoppamäki (2003) s. 623–743; Bellamy & Child (2018) s. 270 ss.; Kuoppamäki (2018) s. 277.

Digimarkkinasäädös poikkeaa varsin radikaalisti tästä. Digimarkkinasäädöksessä noudatetaan *kvantitatiivisia kriteereitä*, jollaisia kilpailuoikeuden puolella sovelletaan lähinnä yrityskauppavalvonnassa. Mitään SEUT 102 artiklan kaltaista markkinavoimaa koskevaa analyysia ei edellytetä, vaan edellä mainitun neljän digimarkkinasäädöksen soveltamisedellytyksen (ydinalustapalvelun tarjoaminen, liikevaihto/markkina-arvo, yritysasiakkaiden määrä, 3 vuoden sääntö) täyttyessä kyseessä katsotaan olevan portinvartija. Teoriassa portinvartijalla voisi olla esimerkiksi vain 10 %:n markkinaosuus relevanteilla markkinoilla, mikä sulkisi pois määrävän aseman olemassaolon. Toisaalta asetuksen korkeat liikevaihtorajat johtanevat yleensä siihen, että sääntelyn piiriin kuuluvat vain merkittävimmät digitaaliset palvelualustat. Vaikka sääntelytekniikka on kovin erilainen, lopputulos ei sitä välttämättä ole. Toisaalta kun SEUT 102 koskee kaikkia elinkeinonaloja yrityksen liikevaihdosta riippumatta, digimarkkinasäädös rajoittuu ydinalustapalveluiden tarjoamiseen.

Asetuksen korkeista liikevaihtorajoista johtuen todennäköistä on, että digimarkkinasäädöksen ulkopuolelle jää tilanteita, joihin voidaan soveltaa vain SEUT 102 artiklaa ja/tai kansallista kilpailulainsäädäntöä.

2.2 Portinvartijan velvoitteet

Portinvartijoiden valvonnalla pyritään avaamaan muille yrityksille mahdollisuuksia kilpailla markkinoista ja haastaa portinvartijoita tuotteidensa ja palvelujensa ansioiden perusteella, mikä antaa niille enemmän tilaa innovoida. Digimarkkinasäädöksessä vahvistetaan joukko velvoitteita ja kieltoja, joita portinvartijoiden on noudatettava päivittäisessä toiminnassaan oikeudenmukaisten ja avointen digitaalisten markkinoiden varmistamiseksi. Keskeisimmät velvoitteet ovat asetuksen 5, 6 ja 7 artikloissa.

Portinvartijoiden *velvoitteena* on esimerkiksi:

1. antaa loppukäyttäjille mahdollisuus *poistaa helposti valmiiksi asennetut sovellukset* tai vaihtaa käyttöjärjestelmien, digiavustajien tai verkkoselainten oletusasetuksia, jotka ohjaavat heitä portinvartijan tuotteisiin ja palveluihin, sekä tarjottava valintanäyttöjä keskeisiä palveluja varten

2. antaa loppukäyttäjille mahdollisuus *asentaa kolmannen osapuolen sovelluksia* tai sovelluskauppoja portinvartijan käyttöjärjestelmää käyttäen tai yhteentoimivasti sen kanssa
3. antaa loppukäyttäjille mahdollisuus *peruuttaa portinvartijan ydin-alustapalvelujen tilaus* yhtä helposti kuin nämä palvelut voi tilata
4. antaa *kolmansien osapuolten palveluille mahdollisuus toimia yhdessä* portinvartijan omien palvelujen kanssa
5. antaa alustallaan mainostaville *yrityksille pääsy suorituskyvyn mitausvälineisiinsä* sekä tiedot, jotka mainostajat ja kustantajat tarvitsevat tehdäkseen oman riippumattoman tarkastuksen mainoksistaan portinvartijoiden alustoilla
6. antaa yrityskäyttäjille *mahdollisuus markkinoida* tarjontaansa ja tehdä sopimuksia asiakkaidensa kanssa *portinvartijan alustan ulkopuolella*
7. antaa *yrityskäyttäjille pääsy dataan*, jota ne tuottavat käyttäessään *portinvartijan alustaa*.
8. ilmoittaa komissiolle *tietyistä suunnitelmissa olevista yritysostoista ja -sulautumisista*.

Portinvartijoille on *kiellettyä* esimerkiksi:

1. *kohdella järjestystä määrittäessä omia palveluitaan ja tuotteitaan suotuisemmin (self preferencing)* verrattuna vastaaviin kolmannen osapuolen tarjoamiin palveluihin tai tuotteisiin
2. *yhdistellä henkilötietoja eri palveluiden välillä ilman suostumusta* henkilötietojen kohteelta
3. *vaatia käyttämään portinvartijan omaa maksu- tai tunnistuspalvelua* ydinalustapalvelun käyttämisen ehtona
4. *estää loppukäyttäjää poistamasta valmiiksi asennettuja tiettyjä ohjelmistosovelluksia*
5. harjoittaa käytänteitä, joilla *vaikeutetaan loppukäyttäjää lopettamasta ydinalustapalvelun käyttöä*.

Digimarkkinasäädökseen sisältyy myös portinvartijoiden velvoite huolehtia yhteentoimivuudesta tarjoamissaan viestipalveluissa perustoimintojen osalta. Tätä velvoitetta sovelletaan kolmansien palveluntarjoajien pyynnöstä.¹²

2.3 Valvontamekanismi

Kun digimarkkinasäädös tulee voimaan, komissio arvioi aluksi, voidaanko tiettyjä digialustapalveluja tarjoavia yrityksiä pitää säädöksessä tarkoitettuina portinvartijoina.

Yritysten on itse arvioitava, täyttävätkö ne säädöksessä vahvistetut portinvartijoiden tunnistamista koskevat määrälliset kynnyksarvot. Niiden on tämän jälkeen toimitettava komissiolle asiaa koskevat tiedot (notifikaatio).

Tämän jälkeen komissio määrittää portinvartijoiksi sellaiset yritykset, jotka täyttävät digimarkkinasäädöksen kynnyksarvot yritysten toimitamien tietojen ja/tai markkinatutkimuksen perusteella.¹³

Kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun yritys on määritetty portinvartijaksi, sen on noudatettava säädöksessä vahvistettuja kieltoja ja velvoitteita. Niihin yrityksiin, joilla ei vielä ole vakiintunutta ja pysyvää asemaa, mutta joiden oletetaan saavan tällaisen aseman lähitulevaisuudessa, sovelletaan vain niitä velvoitteita, jotka ovat ”välttämättömiä ja asianmukaisia” sen varmistamiseksi, että yritys ei saa vakiintunutta ja pysyvää asemaa epäoikeudenmukaisin keinoin.

Digimarkkinasäädöksenvalvonnasta vastaa Euroopan komissio. Asetus antaa komissiolle yksinomaisen toimivallan toteuttaa markkinatutkimuksia asetuksen valvomiseksi ja asetuksen ajantasaisuuden varmistamiseksi. Komissiolle on myös toimivalta tehdä tietopyyntöjä, suorittaa yritystarkastuksia sekä kuulla luonnollisia henkilöitä ja oikeushenkilöitä, mikäli ne suostuvat kuulemiseen.

Komission itsensä mielestä ”säätely on hyvin täsmällistä ja siten helposti toteutettavissa ja tehokasta sekä samalla riittävän joustavaa, että

¹² Portinvartijoiden on reagoitava tietyssä ajassa. Tiettyjen perustoimintojen (esim. kahden yksittäisen käyttäjän välisten tekstiviestien) yhteentoimivuudesta (interoperability) on huolehdittava digimarkkinasäädöksen voimaantulosta alkaen. Monimutkaisempien toimintojen vuoro tulee myöhemmin vaiheittain eli kahden vuoden kuluttua (esim. ryhmätekstiviestit) ja neljän vuoden kuluttua (esim. ääni- ja videopuhelut kahden yksittäisen käyttäjän tai käyttäjäryhmän välillä) portinvartijaksi nimeämisestä.

¹³ Velvoitteiden täydentämisen lisäksi komissio voi nimetä myös ns. nousevia portinvartijoita, jos palvelujen tarjoaminen markkinoilla alkaa selkeästi valua niiden eduksi.

se pysyy nopeasti etenevän digikehityksen tahdissa”.¹⁴ Onko näin myös käytännössä, jää nähtäväksi. Vaikka asetus on pyritty kirjoittamaan mahdollisimman selkeäksi ja velvoittavaksi, sisältää se paljon käsitteitä, joiden sisältö ei vaikuta täysin yksiselitteiseltä. Tulkintakysymykset selkiytynevät ratkaisukäytännön myötä, mutta toisaalta digitaaliset markkinat muuttuvat jatkuvasti. Voidaan olettaa, että jatkossakin syntyy uusia palveluita, joiden osalta joudutaan miettimään, soveltuuko asetus niihin ja jos niin millaisia vaatimuksia portinvartijoille voidaan asettaa.

2.3 Sanktiot

Portinvartijalle voidaan määrätä asetuksen 30 artiklan nojalla *rikkomustapauksissa* sakko, joka on enintään 10 % yrityksen maailmanlaajuisesta vuotuisesta kokonaisliikevaihdosta. Tämä vastaa SEUT 102 artiklan rikkomisesta määrättävän seuraamusmaksun teoreettista ylärajaa. Mikäli portinvartija rikkoo toistuvasti samaa velvoitetta, sille voidaan määrätä enintään 20 prosentin suuruinen sakko.¹⁵

Mikäli portinvartija on *järjestelmällisesti rikkonut asetuksessa säädettyjä velvoitteita ja vahvistanut tai laajentanut portinvartija-asemaansa*, sille voidaan markkinatutkimuksen jälkeen määrätä käyttäytymistä koskevia tai rakenteellisia korjaustoimenpiteitä. Niiden tulee olla oikeasuhteisia tehtyyn rikkomiseen nähden sekä välttämättömiä asetuksen velvoitteiden noudattamisen varmistamiseksi. Tällaisissa tilanteissa määrättäviin sanktioihin voi kuulua myös uusien yrityskauppojen kieltäminen. Ääritapauksissa komissio voi jopa määrätä yrityksen pilkkottavaksi.

Voidaan todeta, että sakkotasoa on teoreettisen ylärajan osalta noin kaksinkertainen siihen verrattuna, mikä on mahdollista SEUT 102 artiklan rikkomustapauksissa. Sitä, missä määrin pilkkomisvaltuuksia tullaan käytännössä soveltamaan, voidaan arvioida vasta myöhemmin. Potentiaalisesti sanktioita voidaan pitää hyvin merkittävänä.

¹⁴ Komission Q&A digimarkkinasäädöksestä. Ks. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en

¹⁵ Komissio voi myös määrätä 31 artiklan nojalla asettamiensa korjaustoimenpiteiden tehosteeksi juoksevan uhkasakon, joka on enintään 5 prosenttia yrityksen edeltävän tilikauden keskimääräisestä päivittäisestä liikevaihdosta. Uhkasakko voidaan määrätä myös muulle yritykselle kuin portinvartijalle.

3. DIGIMARKKINASÄÄDÖKSEN JA KILPAILUOIKEUDEN VÄLINEN SUHDE

3.1 SEUT 102 artiklaa koskevan ratkaisukäytännön kodifioiminen asetukseen

SEUT 102 artiklassa määräävä markkina-aseman väärinkäyttö on määritelty yleisellä tasolla. Yhden tai useamman elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän määräävän 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 kauppataivan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen. Määräävän aseman ja väärinkäytön ohella SEUT 102 artiklan soveltaminen edellyttää ns. kauppavaiikutuksen täyttymistä.

Euroopan komissio määräsi kesällä 2017 Googlelle 2,42 miljardin euron sakon SEUT 102 artiklan rikkomisesta verkkokaupan vertailumarkkinoilla. EU-tuomioistuimien vahvisti komission päätöksen vuonna 2021.¹⁶ Android-tapauksessa Googlelle määrättiin 2018 ennätyksellinen 4,34 miljardin euron sakko matkapuhelinten käyttöjärjestelmään liittyvän sidonnan vuoksi. Euroopan unionin yleinen tuomioistuin vahvisti komission päätöksen 2022 ja teki sakkoihin vain nimellisen alennuksen.¹⁷ Google-tapaukset nousivat samanlaisen mielenkiinnon kohteiksi kuin Microsoft-tapaukset 2000-luvun ensimmäisellä vuosikymmenellä. Microsoft oli syyllistynyt kiellettyyn sidontaan ja oli estänyt keinotekoisesti kilpailijoiden pääsyn yhteistoimivuuden edellyttämiin rajapintatietoihin.¹⁸ Saksassa on

¹⁶ Asia T-612/17, Google ja Alphabet v. komissio (Google Shopping), ECLI:EU:T:2021:763.

¹⁷ Asia T-604/18, Google ja Alphabet v. komissio (Google Android) yleisen tuomioistuimen tuomio 14.9.2022.

¹⁸ Microsoft-tapauksessa kiellettyä väärinkäyttöä pidettiin sitä, että Microsoftin mediasoitin sidottiin yhteen Microsoft-käyttöjärjestelmän kanssa. Euroopan komissio totesi 2004 viisi vuotta kestäneen tutkimuksen jälkeen, että Microsoft on rikkonut EU:n kilpailusääntöjä käyttämällä hyväkseen mikro-tietokoneiden käyttöjärjestelmien markkinoilla olevaa monopolinomaista asemaansa työryhmä-

käynnissä mielenkiintoinen Facebookia koskeva tapaus, jossa yhtiön väitetään käyttäneen väärin määräävää asemaa asettamalla kuluttajille kohtuuttomia yksityisyyden suojan rajoituksia. Asia on päätyttyä ennakkoratkaisuna EU-tuomioistuimeen ja asiassa on saatu julkisasiamiehen ratkaisuehdotus.¹⁹ Vireillä on myös Amazonia koskeva tapaus, jossa yhtenä väitteinä on, että verkkokauppa Amazon olisi hyödyntänyt asiakasyrityksiltään saamiaan liikesalaisuuksia sulkeakseen asiakkaitaan markkinoiden ulkopuolelle. Amazonilla on kaksoisrooli johtavan verkkokaupan ylläpitäjänä ja tuotteiden myyjänä, jolloin se kilpailee asiakkaidensa kanssa.²⁰ Euroopan komissio hyväksyi hiljattain Amazonia koskevan sitoumuspaketin.²¹ Yhdistävänä seikkana kaikissa näissä tapauksissa ollut kilpailijoiden rajoitettu pääsy digitaalisen portinvartijan palveluihin, portinvartijan vaatimien ehtojen kohtuullisuuden/kohtuuttomuuden arviointi ja menettelyn vaikutukset markkinoilla. Facebook ja Amazon²² ovat herättäneet kiinnostusta myös Yhdysvalloissa. Yhdysvalloissa kilpailuviranomaiset ovat vaatineet jopa Facebookin pilkkomista, joskin toistaiseksi ilman sanottavaa menestystä tuomioistuimissa.²³ Kun 2000-luvun alussa korostettiin digitaalisten palvelualustojen kuluttajahyötyjä, viime vuosina keskustelu on kääntynyt niihin liittyviin haittoihin. Digimarkkinasäädös hyväksyttiin EU:ssa vain kahden vuoden lainsäädäntöprosessin jälkeen, mikä osaltaan kuvaa asenneilmaston muutosta.

palvelinten 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 veloitettiin tarjoamaan Windowsia paitsi niputettuna versiona, myös ilman WMP:tä joko tietokonevalmistajille tai suoraan kuluttajille. WMP:n sitomisen monopolituotteen luonteiseen Windowsin käyttöjärjestelmään katsottiin vähentävän keinoitekoisesti musiikki-, elokuva- ja muiden mediayritysten samoin kuin ohjelmistojen kehittävien yritysten ja sisällöntarjoajien mahdollisuuksia kehittää kilpailevia 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. 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).

- 19 PRESS RELEASE No 158/22, Luxembourg, 20 September 2022. Advocate General's Opinion C-252/21 | Meta Platforms and Others (General terms of use of a social network).
- 20 Antitrust: Commission seeks feedback on commitments offered by Amazon concerning marketplace seller data and access to Buy Box and Prime. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4522
- 21 Antitrust: Commission accepts commitments by Amazon barring it from using marketplace seller data, and ensuring equal access to Buy Box and Prime (20.12.2022) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7777
- 22 Ks. Khan, Lian M. (2017) Amazon's Antitrust Paradox. Yale Law Journal 2017, No 3. <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>
- 23 Lawsuit aiming to break up Facebook group Meta can go ahead, US court rules. <https://www.theguardian.com/technology/2022/jan/12/lawsuit-aiming-to-break-up-facebook-group-meta-can-go-ahead-us-court-rules>

Tarkasteltaessa portinvartijoita koskevia uusia velvoitteita ja kieltoja havaitaan, että kyse on olennaisilta osilta samoista käytänteistä, joihin Euroopan komissio on puuttunut digitaalisia palvelualustoja koskevissa SEUT 102 artiklan soveltamisratkaisuisaan. Esimerkiksi yhteentoimivuutta koskevat keskeiset periaatteet vahvistettiin edellä mainitussa Microsoft-tapauksessa.²⁴ Google shopping -tapauksessa Google kohteli ”järjestystä määrittäessä omia palveluitaan ja tuotteitaan suotuisammin verrattuna vastaaviin kolmannen osapuolen tarjoamiin palveluihin tai tuotteisiin”²⁵ Android-tapauksessa kyse oli sidonnasta, joka ”estää loppukäyttäjää poistamasta valmiiksi asennettuja tiettyjä ohjelmistosovelluksia”²⁶

3.2 Suhde kansalliseen lainsäädäntöön ja kansallisten viranomaisten toimivaltuuksiin

Digimarkkinasäädös täydentää kilpailulainsäädännön täytäntöönpanoa EU:n ja kansallisella tasolla. Uudet säännöt eivät rajoita EU-kilpailuoikeuden täytäntöönpanoa tai kansallisten kilpailusääntöjen soveltamista.²⁷

Digimarkkinasäädöksen täydentävä luonne suhteessa kilpailuoikeuteen ilmenee asetuksen 1 artiklan 6 kohdasta sekä asetuksen perusteluista.²⁸ Digimarkkinasäädös ei rajoita SEUT 102 artiklan soveltamista eikä myöskään kansallisia määräävän aseman väärinkäyttöä koskevia yksipuolista toimintaa koskevien säännösten soveltamista.

Digimarkkinasäädöstä ja kilpailuoikeutta voidaan siten soveltaa rinnakkain. Tilanne ei ole mitenkään ainutlaatuinen, sillä muillakin aloilla on kilpailun toimivuuteen liittyvää sääntelyä, jota sovelletaan kilpailu-

24 Asia T-201/04, *Microsoft Corp. vs. komissio*, 17.9.2007, Kok. 2007 s. II-3601.

25 Asia T-612/17, *Google ja Alphabet v. komissio* (Google Shopping), ECLI:EU:T:2021:763.

26 Asia T-604/18, *Google ja Alphabet v. komissio* (Google Android) yleisen tuomioistuimen tuomio 14.9.2022.

27 Esimerkiksi Suomen kilpailulainsäädännön rajoittavat sopimukset ja yhdenmukaistetut menettelytavat kielletään kilpailulain 5 §:ssä ja määräävän aseman väärinkäyttö 7 §:ssä. Kilpailulait ovat edellä kuvatuin tavoin edelleen sovellettavissa ja digimarkkinasäädös tulee sovellettavaksi niiden rinnalla. EU:n normihierarkiasta johtuu, ettei SEUT 102 artiklaa aineellisoikeudellisesti edes voitaisi syrjäyttää, sillä kyse on primaarioikeuden säännöksestä, jonka poistamisesta tai rajaamisesta pitäisi päättää EU-sopimusta muuttamalla, joka kaikkien EU-jäsenvaltioiden pitäisi vielä ratifioida.

28 Ks. asetuksen 11 johdantolause: ”SEUT 101 ja 102 artiklalla ja vastaavilla kansallisilla kilpailusäännöillä, jotka koskevat kilpailuvastaista monenkeskistä ja yksipuolista toimintaa sekä yrityskeskittymien valvontaa, pyritään suojelemaan vääristymätöntä kilpailua markkinoilla. Tämän asetuksen tavoite täydentää kilpailulainsäädännön mukaista tavoitetta suojella vääristymätöntä kilpailua millä tahansa markkinoilla mutta poikkeaa siitä sikäli, että pyrkimyksenä on varmistaa, että markkinat, joilla toimii portinvartijoita, ovat kilpailullisia ja oikeudenmukaisia nyt ja tulevaisuudessa riippumatta yksittäisen tämän asetuksen soveltamisalaan kuuluvan portinvartijan toiminnan tosiasiallisista, mahdollisista tai oletetuista vaikutuksista kilpailuun tietyillä markkinoilla. Tällä asetuksella pyritäänkin suojelemaan muuta oikeudellista etua kuin kyseisillä säännöillä suojeltua etua, ja asetusta olisi sovellettava rajoittamatta kyseisten sääntöjen soveltamista.”

oikeuden rinnalla. Tilanne on tämä esimerkiksi viestintämarkkinoilla, energiemarkkinoilla ja rahoitusmarkkinoilla, joilla on sekä alakohtaista sääntelyä että yleistä kilpailuoikeutta. Digimarkkinasäädöksen ydin on siinä, että sillä laajennetaan mahdollisuuksia puuttua portinvartijoiden sopimattomina pidettyihin käytäntöihin silloinkin, kun ne eivät kuulu EU:n ja/tai kansallisten kilpailusääntöjen piiriin tai kilpailusäännöillä ei voida tehokkaasti torjua haittoja käytäntöjen systeemisen luonteen vuoksi ja siitä syystä, että kilpailulainsäädäntöä sovelletaan jälkikäteen ja tapauskohtaisesti. Digimarkkinasäädöksellä pyritään minimoimaan tällaisten sopimattomien käytäntöjen haitallisia rakenteellisia vaikutuksia ennakkolisesti (*ex ante*) ilman että rajoitetaan mahdollisuuksia puuttua asiaan jälkikäteen (*ex post*) yleisen kilpailuoikeuden avulla.

Toisaalta digimarkkinasäädöksessä (1 Artiklan 6 kohta) kielletään jäsenvaltioita ottamasta käyttöön uutta lainsäädäntöä, jolla asetettaisiin digitaalisille portinvartijoille velvoitteita, joilla tavoitellaan koeteltavia ja reiluja markkinoita. EU:lla on siten yksinomainen toimivalta. Jäsenvaltiot voivat kuitenkin säätää asioista, jotka ovat digimarkkinasäädöksen soveltamisalan ulkopuolella edellyttäen, että säädökset ovat Unionin lainsäädännön mukaisia eivätkä perustu yritysten portinvartijan asemaan.

Digimarkkinasäädöksen osalta komissiolla on yksinomainen toimivalta, mutta SEUT 102 artiklan osalta kansallisilla viranomaisilla on kilpailulainsäädännön soveltamista koskevan perusasetuksen 1/2003 nojalla oikeus ja velvollisuus soveltaa SEUT 102 artiklaa kansallisen lainsäädännön rinnalla soveltamisedellytysten täyttyessä. Komission aloittaessa oman virallisen tutkimuksensa jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten kompetenssi soveltaa SEUT 101 ja/tai 102 artiklaa samassa asiassa kuitenkin päättyy.

Digimarkkinasäädöksen 1 artiklan 7 kohdan mukaan jäsenvaltiot eivät saa tehdä päätöksiä, jotka olisivat ristiriidassa komission digimarkkinasäädöksen perusteella tekemän päätöksen kanssa. Ristiriitaisten ratkaisujen välttämiseksi komission ja jäsenvaltion viranomaisten tulee toimia yhteistyössä ja koordinoida täytäntöönpanotoimiaan (37 ja 38 artikla). Yhteistyömekanismin tarkoituksena on estää tilanteet, joissa kansallisten kilpailuviranomaisten päätökset olisivat ristiriidassa komission digimarkkinasäädöksen kanssa. Yhteistyöstä kansallisten tuomioistuinten kanssa säädetään 39 artiklassa.

Vaikka kansallisilla kilpailuviranomaisilla ei ole toimivaltaa valvoa digimarkkinasäädöksen täytäntöönpanoa, ne voivat auttaa komissiota

antamalla virka-apua digimarkkinasäädöksen soveltamisessa ja komissio voi tätä pyytää, mutta jää nähtäväksi, missä määrin kansalliset viranomaiset ovat valmiita allokoimaan resursseja digimarkkinasäädöksen soveltamiseen. EU:n kansalliset kilpailuviranomaiset ovat olleet osin jopa eturintamassa verkkoalustoja koskevissa kilpailuoikeudellisissa tutkimuksissa. Mainittakoon esimerkiksi Saksan Bundeskartellamtin keskeinen rooli Facebook-tapauksessa²⁹ ja Ranskan kilpailuviranomaisen toiminta Applea koskevissa tutkimuksissa.³⁰ Ei ole vielä selvää, missä määrin EU:n kansalliset kilpailuviranomaiset jatkavat digitaalisten palvelualueiden tutkimista tulevaisuudessa, kun samoja asioita voidaan ratkoa digimarkkinasäädöksen perusteella, joka mahdollistaa ennakkolisemmän puuttumisen vahingollisina pidettyihin käytänteisiin. On hyvin mahdollista, että jotkut kansalliset viranomaiset jatkavat aktiivisesti verkkoalustoja koskevien tapauksien selvittämistä, kun taas toiset siirtävät täytäntöönpanon painopisteensä muualle.³¹

Euroopan komission kilpailupääosasto on jatkanut digitaalisten palvelualueiden kilpailuvalvontaa muun ohella lähettämällä vuoden 2022 lopussa Facebookille (Meta) väitetiedoksiannon koskien määrävän aseman väärinkäyttöä tapauksessa, jossa Facebook oli sitonut operoimiaan eri palvelualueita yhteen. Tapaus on mielenkiintoinen, sillä digimarkkinasäädöksen 5 ja 6 artiklaa on mahdollista tulkita siten, että niissä kielletään sidonta tietyn palvelualueen sisällä, mutta ei useamman palvelualueen välillä, jollaisesta Facebook Marketplace -tapauksessa on kysymys.³² Mikäli näin on, tapaus on ensimmäinen esimerkki konstellaatiosta, jossa SEUT 102 artiklaa sovelletaan paikkaamaan digimarkkinasäädökseen jääneitä aukkoja. Tällaiset tilanteet muodostavat luontevan paikan soveltaa myös kansallista kilpailulainsäädäntöä digitaalisten portinvartijoiden toimintaan.

29 Ks. esim. Bostoen, Friso: When competition law met data protection: the Bundeskartellamt's Facebook decision. Lexxion 18.2.2019. <https://www.lexxion.eu/coreblogpost/bundeskartellamt-facebook-decision/>; <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/03/EU-News-Column-March-2019-Full-1.pdf>.

30 Ks. esim. <https://www.distributionlawcenter.com/news-analysis/paris-court-of-appeals-substantially-reduces-record-fine-imposed-by-french-competition-authority-on-apple-and-its-wholesalers/>

31 Esimerkiksi Saksassa on tiukennettu digitaalisia palvelualueita koskevia kansallisen kilpailulain säädöksiä vuonna 2022 kun oli jo kohtuullisen selvää, että digimarkkinasäädös tullaan hyväksymään. Nähdäkseni tämä antaa poliittisen signaalin halusta jatkaa kansallista soveltamista. Ks. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemittelungen/2022/04_05_2022_Facebook_19a.html.

32 Ks. Daniel Mandrescu, Daniel, On platform Tying or Another Case of Leveraging - A Discussion on Facebook Marketplace. Lexxion 3. January 2023, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/on-platform-tying-or-another-case-of-leveraging-what-to-do-with-facebook-marketplace/>

Digitaalisilla portinvartijoilla on oikeus valittaa komission päätöksistä unionin tuomioistuimeen ja lienee selvää, että tätä oikeutta myös tullaan käyttämään. Toinen kysymys koskee julkisen ja yksityisen täytäntöpanon (*public and private enforcement*) välistä vuorovaikutusta. Portinvartijan menettelystä haittaa kärsineet yritykset voivat viedä asian kansalliseen tuomioistuimeen ja vaatia vahingonkorvausta. EU:n kilpailuoikeudellista vahingonkorvausta koskevan direktiivin perusteella koskevat kanteet ovat painottuneet nk. follow on -kanteisiin, joissa kilpailunrajoituksesta haittaa kärsivä tahot odottavat kilpailuasian lainvoimaista ratkaisua, ennen kuin ennakkolisesti vireille laitetusta vahingonkorvauskanteesta ryhdytään varsinaisesti käräjöimään. Kun kilpailuasian on jo lainvoimaisesti ratkaistu, kantajan ei enää tarvitse perustella kilpailuoikeudellisen lainrikkomuksen olemassaoloa käräjätuomarille, vaan asiassa voidaan keskittyä vahingonkorvauskysymykseen, joka sekin on yleensä aivan riittävän haasteellinen asia ratkaistavaksi, kuten monimutkaiset taloudellista vahinkoa koskevat asiat yleensäkin.

Kilpailuoikeudessa *ne bis in idem* -periaatteen soveltaminen rajoittuu sanktioihin. Periaate estää sen, että yritykselle määrättäisiin uudelleen rangaistus sellaisten kilpailuoikeuden rikkomusten perusteella, joista sille jo on määrätty seuraamus tai se on vapautettu aikaisemmalla päätöksellä, jota ei voida enää riitauttaa. Periaatteeseen liittyy kaksi ehtoa: aikaisempi lopullinen päätös ("bis"-ehto) ja aiempi päätös ja myöhemmät menettelyt tai päätökset koskevat samaa henkilöä ja samaa rikettä ("idem"-ehto). Mikäli esimerkiksi kyse on kahdesta erillisestä väärinkäytöstä eri markkinasegmenteillä, seuraamusmaksun määrääminen kummastakin ei riko *ne bis in idem* -periaatetta.³³ Kilpailuoikeudessa *ne bis in idem* -periaatetta on tulkittu kohtuullisen suppeasti. Kolmantena ehtona kilpailuoikeustapauksissa on edellytetty, että kummassakin asiassa kyse on saman intressin suojelemisesta.³⁴ Aiemmassa oikeuskäytännössä lähtökohtaisesti estettä ei ole ollut sille, että yritykselle määrätään sanktioita sekä SEUT 102 artiklan että viestintämarkkinoita koskevan alakohtaisen sääntelyn perusteella.

Voidaan katsoa, ettei yhtäältä SEUT 102 artiklan ja/tai kansallisen määräävän aseman väärinkäyttökiellon ja toisaalta digimarkkinasäädöksen soveltaminen samaan portinvartijayritykseen vielä merkitse *ne bis in idem*

-periaatteen rikkomista. SEUT 102 artiklan ja digimarkkinasäädöksen intressit ovat lähellä toisiaan mutta eivät ehkä kuitenkaan aivan samat.³⁵

Kriittisemmän kysymyksen muodostaa, miten tulisi suhtautua kansalliseen kilpailuoikeuteen, jossa on luotu erityisiä digitaalisia markkinoita koskevia säännöksiä. Tällainen on esimerkiksi Saksan kilpailulain (GWB) 19 a §, jolla säädellään digitaalisia palvelualustoja kohtuullisen samalla tavalla kuin digimarkkinasäädöksessä. Onko kyse kansallisesta kilpailulainsäädännöstä, jota saa soveltaa, vai erityisesti portinvartijoiden sääntelyä koskevasta kansallisesta sääntelystä, jollainen olisi kiellettyä? Asia vaikuttaa epäselvältä.³⁶ Tähän "kuumaan perunaan" joudutaan ottamaan kantaa myöhemmin annettavassa täydentävässä ohjeistuksessa ja/tai EU-tuomioistuimessa.

Ne bis in idem -periaate voi aktualisoitua esimerkiksi tilanteessa, jossa komissio on määrännyt sanktioita digimarkkinasäädöksen perusteella ja vaikkapa Saksan kilpailuviranomainen määräisi niin ikään sanktioita Saksan kilpailulain (GWB) 19 a §:n perusteella. Tämä ajatus perustuisi siihen, että Saksan digimarkkinoita koskevan GWB a 19 §:llä katsottaisiin pyrkivän juuri samaan päämäärään (digitaalisten portinvartijoiden sääntelyyn ja sanktioiden määräämiseen rikkomustapauksissa) kuin mihin digimarkkinasäädöksellä tähdätään, jolloin intressikin olisi sama.

EU-tuomioistuin on hiljattain todennut, että Euroopan unionin perusoikeuskirjan 50 artiklaa, luettuna yhdessä perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdan kanssa, on tulkittava siten, ettei se ole esteenä sille, että oikeushenkilölle määrätään sakko unionin kilpailuoikeuden rikkomisesta, kun kyseisen henkilön osalta on samojen tosiseikkojen perusteella jo tehty lopullinen päätös kyseessä olevien markkinoiden vapauttamiseen tähtäävän alakohtaisen säännösten rikkomista koskevan menettelyn päätteeksi. Tämä kuitenkin edellyttää, että on olemassa selkeitä ja täsmällisiä sääntöjä, joiden perusteella voidaan ennakoida, mitkä toimet ja laiminlyönnit voivat olla menettelyjen ja seuraamusten päällekkäisyyden sekä kahden toimivaltaisen viranomaisen välisen yhteensovittamisen kohteena, että molemmat menettelyt on toteutettu riittävän yhteensovitettusti ja ajallisesti lähellä toisiaan ja että määrättyjen seuraamusten kokonaisuus vastaa rikkomisten vakavuutta.³⁷

³³ Ks. esim. asia C-857/19, Slovak Telekom, tuomio 25.02.2021.

³⁴ Ks. kriittisen arvion osalta esim. Allendesalazar Rafael: The prohibition of double jeopardy. Case law in need of a revamp. Chilling' Competition. <https://chillingcompetition.com/2021/03/11/the-prohibition-of-double-jeopardy-case-law-in-need-of-a-revamp-by-rafael-allendesalazar/>.

³⁵ Tähän kysymyksen palataan jaksossa 3.4.

³⁶ Tämä kysymys jätetään auki asetuksen 10. johdantolauseessa.

³⁷ Ks. asia C-117/20, bpost SA v Autorité belge de la concurrence, ECLI:EU:C:2022:202.

Ne bis in idem -periaatteen käytännön merkityksen selvittäminen vaatisi yksityiskohtaisempaa analyysia, mihin ei kuitenkaan tilasyistä ole tässä yhteydessä mahdollisuuksia.³⁸

3.3 Aineellisoikeudellisia eroja ja yhtäläisyyksiä digimarkkinasäädöksen ja SEUT 102 artiklan välillä

SEUT 102 artiklassa kielletään määräävän markkina-aseman väärinkäyttö. SEUT 102 artiklan perusteella määräävä markkina-asema itsessään ei ole kielletty, vaan ainoastaan aseman väärinkäyttö. Myöskään digimarkkinasäännöksen perusteella määräävää markkina-asemaa (”johtavana alustana olemista”) ei itsessään kielletä, vaan ainoastaan portinvartijayrityksen vahingollisena pidetyt toimenpiteet.

3.3.1 Sääntelytekniikka

Ensimmäinen ero syntyy sääntelytekniikan osalta. SEUT 102 artiklalla puututaan yksittäistapauksiin, kun taas digimarkkinasäädöksessä kyse on tiettyä toimialaa koskevasta lainsäädännöstä. Yksittäisessä väärinkäyttötapauksessa tutkitaan jälkikäteen eli ex post, onko tietyllä yrityksellä määräävä asema ja onko se syyllistynyt määräävän aseman väärinkäyttöön. Toki merkittävillä kilpailuoikeudellisilla prejudikaateilla on signaalivaikutus yritysten toimintaan, jotka pyrkivät sopeutumaan uusiin linjauksiin, sekä tulevaa ratkaisukäytäntöä ohjaava prejudikaattivaikutus. Digimarkkinasäädöksellä puututaan ennakkolisesti eli ex ante kaikkien sääntelyn piiriin kuuluvien portinvartijoiden toimintaan. Myös komission toiminta portinvartijayritysten notifiointia vastaanottavana ja niitä valvovana viranomaisena tähtää ongelmien ennakkoliseen ratkaisemiseen. Mikäli myöhemmin käy ilmi, että portinvartija on rikkonut digimarkkinasäädöstä vastaan, komission käytössä on samantapaiset (joskin kovemmat) sanktiot kuin SEUT 102 artiklan perusteella. Kun määräävän aseman väärinkäytöllä puututaan yksittäisen yrityksen toimintaan kaikilla mahdollisilla elinkeinonaloilla, digisäädöksellä säännellään vain ja ainoastaan tietyt digimarkkinasäädöksessä määriteltyä portinvartijoita digitaalisilla markkinoilla.

³⁸ Ne bis in idem -kysymys sopsi mitä parhaiten oman artikkelinsa aiheeksi. Ks. tällaisen analyysin osalta esim. Colangelo, Giuseppe - Cappai, Marco, A Unified Test for the European Ne Bis in Idem Principle: The Case Study of Digital Markets Regulation. (October 27, 2021). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3951088> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3951088>

3.3.2 Sääntelytiheys

Toinen ero syntyy sääntelytiheyden osalta. Määräävän aseman väärinkäyttökiellon osalta sääntelytiheys on *normitasolla väljä*. Määräävän aseman väärinkäyttöä säännellään yleislausekkeilla ja tarkempi tunnusmerkistö on kehittynyt oikeuskäytännössä. Sen sijaan digimarkkinasäädös sisältää *yksityiskohtaisen ja täydelliseksi tarkoitetun listan (numerus clausus) kielletyistä toimenpiteistä*. Asetus sisältää mekanismin, jolla uusia asioita voidaan lisätä listalle, mutta edellyttää listan täydentämistä.

3.3.3 Vaikutusarvioinnin merkityksestä

Kolmas ero koskee vaikutusten arvioinnin merkitystä. Yhtäältä halutaan säilyttää kieltonormiston ennustettavuus; toisaalta määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellolla halutaan puuttua vain haitallisiin kilpailunrajoituksiin, jotka heikentävät tehokkuutta. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon osalta on käyty vuosikymmeniä keskustelua siitä, miten sovitetaan yhteen yhtäältä tarve pitää kieltonormi ennakoitavana ja operationaalisenä ja toisaalta tarve ymmärtää kunkin väärinkäyttötilanteen vaikuttimet ja vaikutukset markkinoilla.³⁹ Euroopan komission poisulkevaa väärinkäyttöä koskevat suuntaviivat⁴⁰ edellyttävät vaikutusarviointia.

Määräävän aseman väärinkäyttövalvonnassa on siirrytty viime vuosina muodollisesta (”form based”) arvioinnista enemmän kohti kilpailunrajoituksen vaikutuksia (”effects based”) korostavaa lähestymistapaa. Esimerkiksi paljon huomiota saaneessa Google Shopping -tapauksessa Euroopan komissio ja EU:n yleinen tuomioistuin kiinnittivät huomiota siihen, mikä käytännön merkitys Googlen toimenpiteillä kilpailevien vertailusivustojen näkyvyyden heikentämiseksi oli näiden toimijoiden kaupallisen menestyksen heikentymiseen. Intel-tapauksessa, jossa kyseessä olivat

³⁹ Ks. esim. teoksia Amato, Giuliano: Antitrust and the bounds of power : the dilemma of liberal democracy in the history of the market, Oxford : Hart, 1997 ; Josef Drexler, Wolfgang Kerber, Rupprecht Podszun / (eds.): Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations, Edwar Elgar 2011; Caroline Heide-Jørgensen, Christian Bergqvist, Ulla B. Neergaard, Sune Troels Poulsen (Eds): Aims and values in competition law, DJØF Publishing, Copenhagen, 2013; Kiran Klaus Patel - Heike Schweitzer (eds.): The Historical Foundations of EU Competition Law, Oxford University Press 2013.

⁴⁰ Komission tiedonanto — Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvan markkinoiden sulkemiseen (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti) EYVL C 45, 24.2.2009, s. 7–20.

uskollisuusalennukset, komissio oli tehnyt oikeudellisen virheen, kun se valitusvaiheessa ei ollut ottanut kantaa Intelin tekemään yhtä tehokkaan kilpailijan testiin (ns. AEC-testi, ”as efficient competitor” test”) ja komission omaa vastaava testiä koskeneeseen Intelin kritiikkiin. AEC-testin mukaan alennuksella on haitallisia poissuljentavaikutuksia vain, mikäli alennuksen seurauksena yhtä tehokas kilpailija syrjäytyy markkinoiden ulkopuolelle.

EU-tuomioistuimien kuitenkin korosti kokonaisvaltaisen arvioinnin merkitystä. Vaikka AEC-testi tuottaisi näyttöä siitä, etteivät pienemmät kilpailijat syrjäydy markkinoiden ulkopuolelle, kyse voi silti olla määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä. EU-tuomioistuin toteaa, että komissio on tällaisissa tilanteissa velvollinen suorittamaan yksityiskohtaisen analyysin, jonka avulla selvitetään, onko väitetyllä väärinkäytöllä kyky johtaa kilpailunvastaisiin vaikutuksiin. Tällöin kyse ei ole kuitenkaan pelkästä numeraalisesta AEC-testistä, vaan komissio on velvollinen kiinnittämään huomiota kaikkiin relevantteihin seikkoihin. EU-tuomioistuin mainitsee tuomioissaan neljä seikkaa, joihin ainakin on kiinnitettävä huomiota: 1) yrityksen määrävän 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 tältä osin ei-tyhjentävästä luettelosta. Tämä ns. *all circumstances -testi* kuvaa tämänhetkistä lähestymistapaa.⁴¹ Vaikutusanalyysi ei ole tuomioistuinmissakaan mikään uusi asia, mutta sen merkitys on lisääntynyt.⁴²

SEUT 101 artiklan osalta kehitys on mennyt viime vuosina päinvastaiseen suuntaan. Kun kyse on kilpailijoiden välisestä horisontaalisesta järjestelystä, kilpailuviranomaisilla on usein ollut taipumus tulkita horisontaalinen yhteistyöjärjestely laajentavasti *hard core* -kilpailunrajoitukseksi eli vakavaksi asiaksi silloinkin, kun kyse itse asiassa ei ole ollut kartellinomaisesta yhteistyöstä vaan horisontaalisesta alan toimijoiden yhteistyöstä, jolla tavoitellaan tehokkuusetuja. Mikäli kilpailunrajoitus tulkitaan *tarikoituksestaan (by object)* kilpailua rajoittavaksi kilpailunrajoitukseksi, kilpailuviranomaisen ei tarvitse tehdä taloudellista analyysia, vaan riittävää on kilpailunrajoituksen olemassaolon osoittaminen. Sen sijaan, mikäli

kyse on *vaikutusten (by effect)* perusteella arvioitavasta kilpailunrajoituksesta, kilpailuviranomaisen on tarkkaan tutkittava järjestelyn vaikutukset relevanteilla hyödyke- ja alueellisilla markkinoilla.⁴³ Tämä on johtanut ilmiöön, jossa ”by object -laatikon” käyttöalaa on pyritty kilpailuviranomaisten toimesta laajentamaan, mihin EU-tuomioistuin on ajoittain reagoinut korostamalla tapauskohtaisen arvioinnin merkitystä.⁴⁴ Digimarkkinasäädös saattaakin olla vaikutusarvioinnin osalta lähempänä SEUT 101 artiklaa kuin SEUT 102 artiklaa. Tähän kohtuullisen monipolviseen kysymykseen voidaan ottaa paremmin kantaa siinä vaiheessa, kun digimarkkinasäädöksen osalta on olemassa riittävä määrä ratkaisukäytäntöä.

Kartellikiellon ja määrävän aseman väärinkäyttökiellon soveltamisalaa koskevassa keskustelussa kyse on erityisesti siitä, kuinka merkittävää taloudellista analyysia edellytetään. Kyse on tasapainottelusta joustavuuden, osumatarkkuuden ja ennakoitavuuden välillä. Asiasta on esitetty tieteellisessä kirjallisuudessa erilaisia näkemyksiä, mutta kohtuullisen riidattomana voidaan pitää sitä, että taloudellisen analyysin merkitys on SEUT 102 artiklan osalta lisääntynyt.

Verrattaessa digisäädöksen analyysimallia SEUT 102 artiklaa koskevaan, vaikutuksia korostavaan analyysitapaan havaitaan merkittävä ero: *digimarkkinasäädöksen perusteella tehtävä analyysi on varsin muodollisjuridista (”form based”)*. Tietyt ennalta määritellyt portinvartijan menettelytavat on ”*per se*” kielletty asetuksessa. Ne on kielletty suoraan asetuksen nojalla, eikä kiellonormin soveltaminen edellytä erillistä taloudellista analyysia, vaikutusarvioinnista puhumattakaan. Portinvartija ei voi tehokkaasti puolustautua väittämällä, että markkinat on määritelty väärin, markkinavoimaa ei ole riittävästi tai että vaikutukset kuluttajille ovat kokonaisuudessa myönteiset, joskin lähimmät kilpailijat saattavat kärsiä.

Lopputulosta ovat odotetusti kritisoineet erityisesti ne, jotka korostavat yksityiskohtaisen vaikutusanalyysin merkitystä. Vaikutusanalyysiin verrattuna digimarkkinasäädöstä voidaan pitää ”pakkopaitana”.⁴⁵ Yllättävää ei ole, että johtavat digitaaliset palvelualustat vastustivat

41 Ks. esim. Kuoppamäki (2018) s. 295, 312, 338, 343.

42 Ks. esim. Botta, Mario - Wiedemann, Klaus: To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance. *European Journal of Law & Economics* 50, s. 381–404 (2020). <https://doi.org/10.1007/s10657-019-09636-3>.

43 Ks. esim. Bellamy and Child (2018) s. 164 ss.

44 Ks. esim. asia C-67/13 P, Unionin tuomioistuimen tuomio, (kolmas jaosto)11.9.2014, *Cartes Bancaires*, tuomion kohta 48. Ks. myös tuomio Allianz Hungária Biztosító ym., EU:C:2013:160, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

45 Ks. esim. Komninos (2022) s. 3: ”Articles 5, 6 and 7 contain a *numerus clausus* of *per se* rules. This, of course, enhances legal certainty. Undertakings designated as “gatekeepers” know that as long as they comply with the specific lists of rules, their conduct is lawful. However, this type of legal certainty has another facet: the DMA rules of Articles 5 to 7 can also be seen as a “straight-jacket” that is imposed on “gatekeepers”, without any flexibility and without taking into account their differing business models, incentives, and conduct characteristics.”

asetusta.⁴⁶ Kun kilpailuoikeudella tavoitellaan joustavia ja osumatarkkoja yksittäisratkaisuja, digisäädöksen normit ovat varsin joustamattomia.

Toisaalta vasta-argumenttina voidaan todeta, että tämä on ollut nimellinen tarkoituskin. Kyse on eräänlaisesta kodifikaatiosta, jossa keskeiset digitaalisia palvelualustoja koskevat, oikeuskäytännöstä suodatetut periaatteet on nostettu kieltonormeiksi uuteen asetukseen. Näin toimien siirrytään räätälöidyistä yksittäisratkaisuisista sarjatyön etuihin. Määrävän aseman väärinkäyttövalvonnalla puututaan jälkikäteen (ex post) tietyn yrityksen kilpailua poissulkevaan toimintaan, mutta laintasoisella sääntelyllä kielletään ennakollisesti (ex ante) lainsäätäjän haitalliseksi luokittelema toiminta. Kilpailuoikeus on joustavaa. Regulaatiossa tavoitellaan yleispätevyyttä.

3.3.4 Sääntelyn tavoitteista

Euroopan komissio on todennut, että kilpailulainsäädäntö ja digimarkkinasäädös täydentävät toisiaan. Digimarkkinasäädös asettaa portinvartijoille SEUT 102 artiklaa pidemmälle meneviä velvoitteita ja kieltoja, joita portinvartijoiden tulee noudattaa päivittäisessä toiminnassaan ”oikeudenmukaisten ja avointen digitaalisten markkinoiden varmistamiseksi”. Asetuksessa todetaan, että vääristymättömän kilpailun edistämisen ohella asetuksella pyritään edistämään sisämarkkinoiden toimintaa, mutta myös tavoitellaan *oikeudenmukaisuutta*.⁴⁷

Komission perustelujen mukaan, jos portinvartija esimerkiksi suosii omia palvelujaan tai estää palvelujensa yrityskäyttäjää tavoittamasta kuluttajia, tämä johtaa innovoinnin vähenemiseen, laadun heikkenemiseen ja korkeampiin hintoihin. Jos portinvartija epäoikeudenmukaisia käyttöehtoja sovelluskauppoihinsa tai estää muista lähteistä peräisin olevien sovellusten asentamisen, kuluttajat joutuvat todennäköisesti maksamaan

enemmän tai heitä estetään saamasta etuja, joita he olisivat voineet saada vaihtoehtoisista palveluista. Sääntelyä perustellaan paitsi markkinoiden toiminnan turvaamisella ja tehokkuudella, myös avoimesti oikeudenmukaisuudella. Ei nähdä oikeudenmukaisena, jos pienempien kilpailijoiden markkinoillepääsyä estetään tai kuluttajia sidotaan.⁴⁸

Perustelutapa poikkeaa siitä, mihin tehokkuutta korostavassa, ehkä hieman yksipuolisessa kilpailuoikeudellisessa argumentaatiossa viime vuosina on totuttu. Ero onkin suuri, jos kilpailuoikeuden ainoana tavoitteena nähdään tehokkuus. Toisaalta esimerkiksi suorituskilpailun (*competition on the merits*) taustalla on myös kilpailuprosessia koskeva reiluus ja oikeudenmukaisuus: ”Paras voittakoon!”. Digimarkkinasäädöksen tavoitteet, reiluus ja markkinoiden koeltavuus, kuuluvat kilpailuoikeuden ydinkäsitteisiin. Kilpailuoikeuden tavoitteet voidaan tiivistää kolmioon vapaus – tehokkuus – oikeudenmukaisuus. Digimarkkinasäädöksen keskeiset tavoitteet - oikeudenmukaisuus ja markkinoiden koeltavuus - ovat jo ennestään osa kilpailuoikeuden keinovalikoimaa. SEUT 102 artiklassa kielletään kohtuuttomat sopimusehdot. Markkinoiden koeltavuus taas on toimialan taloustieteen keskeistä käsitteistöä.⁴⁹ Itse katsoisin, että digimarkkinasäädös on perusluonteeltaan *kilpailuoikeudellinen säädös, jolla pyritään tehostamaan digitaalisten portinvartijoiden valvontaa*.⁵⁰

Menemättä tämän pidemmälle voidaan todeta, että kilpailuoikeuden tavoitteet on määritelty lain tasolla väljästi ja jokainen sukupolvi antaa tavoitteille oman merkityssisällön kulloinkin vallitsevien arvojen ja taloudellisten olosuhteiden perusteella.

46 Ks. esim. Miguel de la Mano, Valérie Meunier, Angelos Stenimachitis, Zsolt Hegyesi: The Digital Markets Act. Back to the “from-based” future? CompassLexecon 2021. <https://www.compasslexecon.com/wp-content/uploads/2021/06/The-DMA-Back-to-the-Form-Based-Future.pdf>

47 Ks. asetuksen 6 johdantolause: ”Portinvartijoilla on merkittävä vaikutus sisämarkkinoihin, sillä ne tarjoavat yhdysväyliä suurelle määrälle yrityskäyttäjää loppukäyttäjien tavoittamiseksi kaikkialla unionissa ja eri markkinoilla. Epäoikeudenmukaisten käytäntöjen kielteiset vaikutukset sisämarkkinoihin ja erityisesti ydinalustapalvelujen heikko kilpailullisuus, mukaan lukien tällaisiin epäoikeudenmukaisiin käytäntöihin liittyvät kielteiset yhteiskunnalliset ja taloudelliset seuraukset, ovat saaneet kansalliset lainsäätäjät ja eri alojen sääntelyviranomaiset toimimaan. Sääntelyratkaisuja on jo hyväksytty tai esitetty kansallisella tasolla, jotta epäoikeudenmukaisiin käytäntöihin ja digitaalisten palvelujen kilpailullisuuteen voidaan puuttua ainakin joidenkin palvelujen osalta. Tämä on johtanut toisistaan poikkeaviin sääntelyratkaisuihin ja siten sisämarkkinoiden hajanaisuuteen, mikä on lisännyt riskiä siitä, että vaatimusten noudattamisesta aiheutuvat kustannukset nousevat keskenään erilaisten kansallisten sääntelyvaatimusten vuoksi.”

48 Ks. esim. edellisessä alaviitteessä mainittu 6. johdantolause.

49 Ks. myös esim. Komninos (2022) s. 7: ”Fairness is a guiding principle behind and is specifically mentioned in the text of Article 102(a) TFEU, a provision that has been applied by the EU case law to both exclusionary and exploitative cases. Likewise, contestability is a key economic concept of paramount importance to competition law and industrial organization and there is no doubt that the definition of contestability in Recital 32 echoes this, when referring to “the ability of undertakings to effectively overcome barriers to entry and expansion and challenge the gatekeeper on the merits of their products and services”. Therefore, there is no doubt that the DMA is an ex ante competition law statute.”

50 Olen myös erottanut toisistaan kilpailuoikeuden suppeassa ja laajassa merkityksessä. Kilpailuoikeuden laajassa merkityksessä luetaan esimerkiksi kilpailun edistämiseksi luotu alakohtainen sääntely. Digimarkkinasäädös asetuu tästä näkökulmasta samaan kategoriaan esimerkiksi viestintämarkkinain-lainsäädännön kanssa, joka niin ikään on osin päällekkäistä kilpailulainsäädännön kanssa.

4. MIKÄ MUUTTUU DIGIMARKKINASÄÄDÖKSEN MYÖTÄ?

Oikeudellisesti digisäännös luo uuden ja aiempaa huomattavasti suoraviivaisemman keinon säädellä johtavien digitaalisten palvelulustojen toimintaa. Digimarkkinasäädos poikkeaa määräävän aseman väärinkäyttökiellostä siten, ettei määräävää markkina-asemaa tarvitse todentaa. Mikäli edellä käsitellyt liikevaihtoa ja asiakasmäärää, portinvartijan luonnetta ja vakiintunutta asemaa koskevat kriteerit täyttyvät, digisäännös soveltuu aivan siitä riippumatta, onko portinvartijalla määräävä markkina-asema vai ei. Asetuksen soveltaminen on siten huomattavasti suoraviivaisempaa ja potentiaalisesti nopeampaa kuin SEUT 102 artiklan soveltaminen. Toisaalta digimarkkinasäädos ei rajoita SEUT 102 artiklan ja vastaavan kansallisen väärinkäyttönormiston soveltamista. Portinvartijan vartijoita on siten jatkossa kaksi.

Keskeisimmin digimarkkinasäädos tulee koskemaan digitaalisia markkinoita hallitsevia GAFA-yrityksiä.⁵¹ Sääntelyn piiriin kuuluvia ydin-alustapalveluita ovat muun muassa hakukoneet (esim. Google), erilaiset verkossa toimivat välityspalvelut, kuten markkinapaikat (esim. Amazon) verkkoyhteisöpalvelut (esim. Facebook), puhelinten ja tietokoneiden ympärille rakennetut johtavat palvelualustat (esim. Apple ja Android) sekä numeroista riippumattomat henkilöiden väliset viestintäpalvelut (esim. WhatsApp). Nämä yritykset joutuvat avaamaan alustojaan nykyistä laajemmin kilpailijoidensa käyttöön. Kuluttajien käyttämät kilpailevat viestintäpalvelut saatavat toimia jatkossa nykyistä paremmin yhdessä. Digimarkkinasäädos tarjoaa merkittäviä liiketoimintamahdollisuutena pienemmille yrityksille käyttäjätietojen avaamisen myötä. Tämä voi lisätä yrityskäyttäjien nykyisen liiketoiminnan kilpailukykyä ja mahdollistaa uutta liiketoimintaa sekä innovaatioita. Käytännössä uuden sääntelyn keskiössä lienevät voittopuolisesti samat digitaaliset yritykset, joiden toimintaan Euroopan komissio on aiemmin puuttunut tai yrittänyt puuttua SEUT 102 artiklan nojalla.

Digitaaliset markkinat muuttuvat nopeasti ja relevanttien markkinoiden määrittely on siksi haasteellista. Tosin kuin SEUT 102 artiklan

⁵¹ GAFA = Google, Apple, Facebook, Amazon.

nojalla, komission ei tarvitse tehdä laajaa taloudellista selvitystä markkinavoimasta ja sen väärinkäytöstä, eikä kattavaa vaikutusanalyysia, vaan kielletyt toimenpiteet on jo määritelty asetuksessa.

Haittana sääntelijän näkökulmasta voidaan pitää sitä, että komissio voi puuttua digimarkkinasäädos perusteella vain sellaisiin toimenpiteisiin, jotka on nimenomaisesti kielletty asetuksessa. Määräävän aseman väärinkäyttökielto on tässä suhteessa joustavampi instrumentti ja aika ajoin vahvistetaan kokonaan uuden tyyppisiä väärinkäyttömuotoja, joista ei ole aiempaa oikeuskäytäntöä. Tarkemmassa analyysissä tämä haitta vaikuttaa kohtuullisen vaatimattomalta. Ensinnäkin asetus sisältää mekanismin, jonka avulla komissio voi lisätä kiellettyjen toimenpiteiden katalogiin uudenlaisia menettelytapoja, tosin lainsäädäntöprosessin kautta. Toisaalta jos digimarkkinasäädos ei ole tietyssä asiassa käytettävissä syystä tai toisesta, asiaa voidaan tutkia SEUT 102 artiklan nojalla.

Edellä olevan tarkastelun näkökulmasta digisäännös näyttäytyy eräänlaisena "superkilpailuoikeutena", joka merkittävästi lisää sääntelijän mahdollisuuksia puuttua digitaalisten palvelulustojen toimintaan. Maailman johtavien palvelulustojen näkökulmasta ehkäpä myös pelotevaikutus on suurempi kuin SEUT 102 artiklalla: uhkaavat seuraamusmaksut ovat suurempia, kielletyt menettelytavat on etukäteen määritelty ja määräävän aseman olemassaoloon liittyvät puolustusmahdollisuudet puuttuvat.

Pelkät korkeat seuraamusmaksut eivät luo riittävää ennakkoestävyyttä, jos ja kun yhteenlaskettu käsittelyaika Euroopan komissiossa ja EU:n tuomioistuimissa on yli 10 vuotta ja voi ylittää jopa 20 vuoteen ennen kuin lainvoimainen päätös on saatu. Esimerkiksi hiljattain päättyneessä Intel-tapauksessa, jonka mikroprosessoreita valmistava määräävässä asemassa oleva yritys lopulta voitti, pienemmän kilpailijan toimenpidepyynnön Euroopan komissiolle tehtiin vuonna 2000, Euroopan komission päätös saatiin vuonna 2009⁵² ja lopulliseksi jäänyt EU:n yleisen tuomioistuimen päätös saatiin vuonna 2022.⁵³ Tällaista noin 22 vuoden käsittelyaikaa voidaan pitää "ikuisuutena" nopeasti muuttuvilla digitaalisilla markkinoilla.⁵⁴

⁵² Ks. esim. Brice Allibert, Gabor Bartha, Barbara Bösze, Corneliu Hödlmayr, Damian Kaminski, Marieke Scholz: Commission finds abuse of dominance in the Intel case. Competition Policy Newsletter 2009. https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_3_5.pdf.

⁵³ EU:n yleisen tuomioistuimen tuomio 26.1.2022, asia T-286/09 RENV, Intel Corporation v. komissio.

⁵⁴ Mikäli tällaisen jutun keston jälkeen käynnistyisi vielä follow on -vahingonkorvausprosessi, jossa kielletystä kilpailunrajoituksesta vahinkoa kärsinyt yritys vaatii korvausta kielletyn kilpailunrajoituksen toimeenpanosta tuomitulta yritykseltä, voitaisiin päästä jutun kokonaiskestoisiin, jotka ylittävät keskimääräisen kilpailujuristin työuran keston.

Jos voitot sijoitetaan hyvin ja kyseessä on hyvin vakavarainen digitaalinen yritys, korkeakin seuraamusmaksu voi olla vain eräänlainen ”cost of doing business”. Tällöin hyödyn maksimoinnin näkökulmasta kilpailunrajoitus kannattaa. Tällaista lopputulosta ei mikään järjestelmä kestä.

Kilpailuoikeuden kieltonormit on määritelty varsin yleisellä tasolla ja vaikutusanalyysi on lisääntynyt. Määräävän aseman väärinkäyttöön puututaan vain, mikäli sen arvellaan haittaavan kuluttajia ja/tai vääristävän kilpailua yleisen edun vastaisella tavalla. Keskeisin tavoite on markkinoille pääsyn ja siellä säilymisen turvaaminen ja toimivan kilpailuprosessin ylläpitäminen. Samalla pyritään välttämään tehottomien yritysten suojeleminen. Mittatikkuna käytetään tehokkuustarkastelun ohella suorituskilpailun käsitettä. Ajatuksena on, että kun markkinoille pääsyyn tai muutoin kilpailuun kielteisesti vaikuttavaan määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaan puututaan, kilpailu tästä elpyy.

Vaikka SEUT 102 artiklan nojalla annetuilla ratkaisuilla on saatu pistekohtaisia parannuksia ja korkeita seuraamusmaksuja aikaiseksi, digitaalisten portinvartijoiden asema ei ole SEUT 102 artiklaa koskevien päätösten seurauksena olennaisesti muuttunut. Tässä mielessä digitaalisia portinvartijoita koskeva SEUT 102 artiklan mukainen valvonta on epäonnistunut.

Digimarkkinasäädös, jossa joustavien kilpailuoikeudellisten standardien rinnalle on laadittu ehdottomia kieltoja sisältävä lista velvollisuuksista ja kielloista, tehostaa keinovalikoimaa. Uusi lähestymistapa mahdollistaa aiempaa nopeamman päätöksenteon. Digimarkkinasäädös epäilemättä parantaa Euroopan komission mahdollisuuksia puuttua digitaalisten portinvartijoiden toimintaan. Digitaaliset markkinat ovat liikkuva maa- ja aika näyttää, onnistuuko sääntely SEUT 102 artiklaa paremmin.