

# Miten SEUT 102 artiklaa määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä tulkitaan digitaalisessa alustataloudessa?

*How Shall TFEU Article 102 on Abuse of Dominant Position be Interpreted in the Digital Platform Economy?*

Ilmari Tiitta\*

## Abstrakti

Euroopan Unionin yleinen tuomioistuin antoi vuonna 2021 ratkaisun asiassa *Google ja Alphabet v. komissio*. Tapauksessa oli kyse siitä, oliko Google syyllistynyt määrävän markkina-aseman väärinkäyttöön SEUT 102 artiklan vastaisesti näyttämällä oman tuotevertailupalvelunsa suotuisemmin kuin kilpailijoiden tuotevertailupalvelut oman hakukoneensa yleisillä tulossivuilla. Ratkaisu oli Googlelle kielteinen: EUT katsoi, että Google oli esittänyt tuotevertailupalvelunsa kilpailijoitaan suotuisammalla tavalla ja näin rikkonut SEUT 102 artiklaa syrjimällä kilpailijoitaan.

Tässä artikkelissa tarkastellaan unionin tuomioistuimen ratkaisua ja miten SEUT 102 artiklan määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä tulisi tulkita digitaalisessa alustataloudessa. Pyrkimyksenä on tunnistaa, millaiset digitaalisessa alustataloudessa mahdolliset menettelyt katsotaan määrävän markkina-aseman väärinkäytöksi ja mihin tekijöihin analyysissa tulee kiinnittää huomioita. Tarkoitus on luoda katsaus, mitkä digitaalisten alustatalousyhtiöiden strategiat ja menettelytavat ovat SEUT 102 artiklan vastaisia ja minkä vuoksi.

Ratkaisusta käy ilmi, että itsensä suosimiseksi kutsuttu menettely voi digitaalisessa alustataloudessa olla määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä ja että tämä voidaan nähdä yhtenä syrjinnän muotona, joka on kielletty SEUT 102 artiklassa. Muita mahdollisia määrävän markkina-aseman väärinkäytön muotoja voivat olla personoitu hinnoittelu, innovaatiokaappaus ja erilaiset informaatioperusteiset väärinkäyttömuodot. Ei ole vielä selvää, millainen näiden menettelyjen suhde SEUT 102 artiklaan on. Selvää on kuitenkin se, että jos niihin SEUT 102 artiklan nojalla puututaan, tulee olemaan vaikeaa päättää, millä perusteella, sillä vakiintuneet vahinkoteoriat eivät välttämättä näihin menettelyihin sovellu. Lisäksi puuttumisessa tulee korostumaan entistä enemmän vaikutusperusteinen ja tapauskohtainen analyysi.

**Asiasanat:** *SEUT 102, Määrävä markkina-asema, Digitaalinen alustatalous*

---

\*The author is a student at the University of Lapland, Faculty of Law. The article is based on the author's Bachelor's thesis.

## Abstract

In 2021, The European General Court issued its judgment in Case T-612/17 *Google and Alphabet v Commission* (Google Shopping). The case concerned whether Google had abused its dominant market position by favouring its own comparison shopping service on its general results pages while demoting the results from competing comparison shopping services. The General Court stated that Google's conduct was not competition on the merits and thus it had breached Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

This article discusses firstly this judgment and its consequences for the interpretation of Article 102 TFEU in digital platform economy markets. Secondly, this article takes on the issue of abuse of dominant position in digital markets and tries to find out what kind of conduct of digital platform companies should be prohibited by Article 102 TFEU. The purpose is to identify what kind of conduct should be seen as an abuse of dominance and how to legally assess such conduct.

The ECJ judgment states that self-preferencing can constitute a breach of Article 102 TFEU and that this can be seen as a form of discrimination. Besides self-preferencing or discrimination there is also other conduct that can be abusive. These include personalised pricing, forced free riding and different forms of information based abusive conducts. It is not clear how this conduct relate to Article 102 TFEU, but it is clear that should this conduct be seen abusive, it will be difficult to determine the basis for this since well-established theories of harm are incompatible. In addition, when assessing the abusive nature of such conduct, an effects-based case-by-case approach is needed.

**Keywords:** *TFEU 102, Dominant Position, Digital Platform Economy*

## 1 Johdanto

Alustatalous on viime vuosikymmenen aikana noussut globaalin markkinatalouden keskiöön yhteiskunnan digitalisaation ja teknologisen kehityksen myötä. Kuvaavaa on, että vuonna 2021 kymmenestä maailman suurimmasta yhtiöstä markkina-arvolla mitattuna seitsemän oli alustatalousyhtiötä.<sup>1</sup> Tämän kehityksen myötä yhteiskunnallisessa keskustelussa on alettu yhä enenevässä määrin kiinnittää huomiota siihen, että eräillä alustatalousyhtiöillä on paljon valtaa ja että tähän valtaan ja sen käyttöön voi liittyä erilaisia oikeudellisia ongelmia.<sup>2</sup> Yksi keskinen näistä ongelmista on huoli siitä, että nämä yhtiöt voivat käyttää väärin määräävää markkina-asemaansa.

Alustataloudella viitataan markkinoihin, joissa liiketoiminta pohjautuu keskeisesti digitaalisiin alustoihin, joiden kautta eri käyttäjäryhmät kohtaavat toteutukseen taloudellisia ja muita intressejään.<sup>3</sup> Arvontuotanto ja osapuolten väliset transaktiot tapahtuvat alustataloudessa näiden digitaalisten alustojen välityksellä, joita ovat esimerkiksi Google, Meta ja Amazon. Digitaalisia alustoja on monenlaisia, ja niitä voidaan luokitella niiden käyttötarkoituksen mukaan,<sup>4</sup> mutta yleisesti digitaalisilla alustoilla tarkoitetaan ”tietoteknisiä järjestelmiä, joilla eri toimijat – käyttäjät, tarjoajat ja muut sidosryhmät yli organisaatiörajojen – harjoittavat yhdessä lisäarvoa tuottavaa toimintaa yhteisten

---

<sup>1</sup> Visual Capitalist 10.7.2021, The biggest companies in the world 2021. <https://www.visualcapitalist.com/the-biggest-companies-in-the-world-in-2021/>, vierailtu 23.3.2022.

<sup>2</sup> Helsingin Sanomat 29.1.2022, Nettijättien kurinpalautus. <https://www.hs.fi/visio/art-20000-08544798.html>, vierailtu 6.4.2022.

<sup>3</sup> Jukka Viitanen – Reijo Paajanen – Valto Loikkanen – Aki Koivistoinen, Digitaalisen alustatalouden tiekartasto, Innovaatorahoituskeskus Business Finland 2017, s. 17.

<sup>4</sup> Esim. Filistrucchi, Geradin, van Damme ja Affeld jakavat alustat transaktio ja ei-transaktiomarkkinoihin. Transaktiomarkkinoilla alustan käyttäjäryhmien välillä tapahtuu transaktio, kuten esimerkiksi maksukorttien markkinoilla. Sen sijaan ei-transaktiomarkkinoilla transaktiota käyttäjäryhmien välillä ei tapahdu, kuten on tilanne esimerkiksi mediemarkkinoilla. Lapo Filistrucchi – Damien Geradin – Eric van Damme – Pauline Affeldt, Market Definition teoksessa Two-Sided Markets: Theory and Practice. Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series, no. 09/2013, s. 1–48, 5–6. Toisenlaiseen jakoon on päätynyt Saksan kilpailuviranomainen Bundeskartellamt, jonka selvityksessä digitaaliset alustat jaetaan yhdistämisalustoihin (*matching platforms*) ja yleisöalustoihin (*audience providing platforms*). Yhdistämisalustat jaetaan lisäksi vielä kahteen alaryhmään: transaktioalustoihin ja ei-transaktioalustoihin. Syy tällaiselle jaottelulle on se, että joidenkin alustojen ensisijaisena tarkoituksena on yhdistää eri käyttäjäryhmät parhaalla mahdollisella tavalla, mutta näiden käyttäjäryhmien välillä ei kuitenkaan tapahdu transaktiota, joten jaottelu transaktioalustoihin ja ei-transaktioalustoihin ei sellaisenaan sovellu, Bundeskartellamt, Working Paper: Market Power of Platforms and Networks, Bundeskartellamt B6-113/15 2006, s. 18–22.

toimintaperiaatteiden mukaisesti.” Lisäksi digitaalisille alustoille on ominaista se, että niitä määrittää vahvasti uusi kumuloituva ja arvoa välittävä voimavara: digitaalinen tieto, data, sekä sen jalostamiseen pyrkivät teknologiat, erityisesti ohjelmistot ja automaatio.”<sup>5</sup>

Kilpailupolitiikassa määräävän markkina-asema väärinkäytön ongelmaan on reagoitu. Etenkin Euroopan unionin komissio on viime aikoina ollut aktiivinen tutkinnoissaan suurten teknologiayhtiöiden mahdollisista määräävän markkina-aseman väärinkäytöistä, ja se on myös jo tehnyt useita merkittäviä päätöksiä tähän liittyen.<sup>6</sup>

Komission aktiivisuus ei ole yllättävää, sillä digitaalinen alustatalous aiheuttaa useita haasteita määräävää markkina-aseman väärinkäyttöä<sup>7</sup> koskevan SEUT 102 artiklan soveltamiselle. Artiklan soveltaminen pitää sisällään kaksi vaihetta: ensin tutkitaan, onko yritys määräävässä asemassa<sup>8</sup> relevanteilla markkinoilla. Toiseksi tutkitaan, onko yritys käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa.<sup>9</sup> Digitaalinen alustatalous pakottaa ensinnäkin kilpailuviranomaisia hahmottamaan ensimmäisen vaiheen, relevanttien markkinoiden määrittelyn ja markkinavoiman arvioinnin, uudella tavalla: tutkinnassa pitää irrottaa vakiintuneesta tulkintakäytännöistä ja siirtää painopistettä digitaalisten

---

<sup>5</sup> Jukka Viitanen – Reijo Paajanen – Valto Loikkanen – Aki Koivistoinen, *Digitaalisen alustatalouden tiekartasto*, Innovaatorahoituskeskus Business Finland 2017, s. 17.

<sup>6</sup> Komissio tutkii tällä hetkellä esimerkiksi Applen, Amazonin ja Google väitetyjä määräävien markkina-asemien väärinkäyttöjä. Esim. Komission päätös AT.40153: *E-book MFNs and related matters (Amazon)*; Komission päätös AT.39740: *Google Search (Shopping)*; Komission päätös AT.40099: *Google Android*; Komission päätös COMP/M.8788: *Apple/Shazam*.

<sup>7</sup> Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö saa sisältönsä SEUT 102 artiklasta, jossa todetaan, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä ”voi olla erityisesti kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen (a), tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi (b), erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla (c) ja sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen (d).”

<sup>8</sup> EU:n oikeuskäytännössä syntyneellä määräävän markkina-asemalla tarkoitetaan ”yrityksen taloudellista valta-asemaa, jonka perusteella se voi estää todellisen kilpailun relevanteilla markkinoilla, koska se voi toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaihinsa ja lopulta kuluttajiin.” Määräävän aseman käsite vahvistettiin EU:n oikeuskäytännössä ensimmäistä kertaa asiassa EUT 27/76 (*United Brands v. komissio*), tuomio 14.2.1978, ECLI:EU:C:1978:22, kohta 65.

<sup>9</sup> Juha Raitio – Tomi Tuominen, *Euroopan unionin oikeus*, Alma Talent 2020, s. 748.

alustamarkkinoiden ja alustatalousyhtiöiden toimintaperiaatteita ja olosuhteita huomioivaan analyysiin.<sup>10</sup> Niin ikään toisen vaiheen, määrävän markkina-aseman väärinkäytön, analyysissa ei voida enää tukeutua puhtaasti vaikiintuneeseen tulkintakäytäntöön, sillä väärinkäyttöä ja sen täyttäviä tekijöitä on hahmotettava uudenlaisesta näkökulmasta ja toisaalta on myös oltava valmis tunnistamaan sellaisia väärinkäyttömuotoja, joita ei ole aikaisemmin esiintynyt. Tässä suhteessa haittateorialla, eli sillä perusteella, jolla epäilty menettely katsotaan kilpailua rajoittavaksi,<sup>11</sup> on keskeinen merkitys. Toisinaan määrävän markkina-aseman väärinkäyttö voidaan tunnistaa ja poistaa muuttamalla analyysin painopistettä, mutta toisinaan väärinkäyttö ilmenee uudella tavalla, mikä edellyttää kilpailuviranomaisilta uudenlaista lähestymistapaa eli uudenlaisen haittateorian luomista ja soveltamista.

Edellä kuvattua määrävän markkina-aseman väärinkäytön tutkinnan ensimmäistä vaihetta, markkinavoiman tunnistamista ja markkinoiden määrittelyä, sekä digitaalista alustataloutta yleisesti oikeudellisena ilmiönä, on tutkittu varsin runsaasti.<sup>12</sup> Vähemmälle huomiolle on jäänyt analyysin toisen vaiheen, määrävän markkina-aseman väärinkäytön, tutkiminen. Tällä tutkimuksella pyrin siten vastaamaan tähän tarpeeseen ja tarjoamaan näkökulmia siihen, miten SEUT 102 artiklan tulkinnan toinen vaihe tulisi hahmottaa digitaalisessa alustataloudessa. Tutkimuskysymykseni on, ”miten SEUT 102 artiklaa määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä tulkitaan digitaalisessa alustataloudessa väärinkäyttömuotojen ja haittateorioiden suhteen?”

---

<sup>10</sup> Beata Mäihäniemi, *Competition law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets*, Edward Elgar Publishing 2020, s. 27.

<sup>11</sup> Haittateorialla tarkoitetaan sitä perustetta, jolla epäilty menettely katsotaan määrävän markkina-aseman väärinkäytöksi. Haittateoria sisältää oikeudellisen testin, joka määrittää ehdot, joiden täytyessä menettely on väärinkäyttävää. Digital Freedom Fund, *Theories of harm in competition law cases*. [https://digitalfreedomfund.org/wp-content/uploads/2020/05/4\\_DFF-Factsheet-Theories-of-harm-in-competition-law-cases.pdf](https://digitalfreedomfund.org/wp-content/uploads/2020/05/4_DFF-Factsheet-Theories-of-harm-in-competition-law-cases.pdf), vierailtu 1.12.2022.

<sup>12</sup> Esim. Jacques Crémer – Yves-Alexandre De Montjoye – Heike Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Publications Office of the European Union 2019; Ariel Ezrachi – Maurice Stucke, *Virtual Competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy*, Harvard University Press 2016; Petri Kuoppamäki, Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö digitaalisilla markkinoilla – mikä muuttuu? *Lakimies* 7–8/2018, s. 996–1023; Tom Björkroth – Tuomas Mylly – Jarkko Vuorinen, Alustatalous, kilpailuoikeus ja kilpailun taloustiede – hienosäätöä vai paradigman muutos? *Lakimies* 3–4/2018, s. 311–343. Näissä teksteissä pääpaino on digitaalisten alustatalousyhtiöiden markkinavoimaa synnyttävien tekijöiden käsittelyssä ja digitaalisen alustatalouden hahmottamisessa oikeudellisena ilmiönä.

Määräävän markkina-aseman väärinkäytön tutkinnassa on kyse siitä, onko määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettely laatukilpailua (eli kilpailua kaikilla keinoilla, jotka tekevät tuotteesta toista paremman, esimerkiksi laatu, hinta ja suunnittelu),<sup>13</sup> joka on sallittua, vai määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Erottelu ei ole aina helppoa, etenkin silloin, kun kyse on sellaisesta menettelytavasta, josta ei ole olemassa vakiintunutta tulkintakäytäntöä. Tämä on usein tilanne digitaalisessa alustataloudessa.

Digitaalinen alustatalous eroaa markkinaympäristönä ”perinteisistä” markkinoista siinä määrin, että yritykset voivat toteuttaa uudentyyppisiä strategioita liiketoiminnassaan. Kun kyseessä on määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, tällaisia uudentyyppisiä strategioita on mahdollisesti arvioitava SEUT 102 artiklan näkökulmasta ja arvioitava, onko se laatukilpailua vai määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Kun vakiintunutta tulkintakäytäntöä ei ole, ongelmaksi muodostuu erityisesti se, miten tietty menettely, jonka väitetään olevan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, luokitellaan ja perustellaan. Ei voida todeta, että tietty menettely on määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, ellei ole selvää, miksi ja millä perusteilla.

Pyrin siis tutkimuksellani vastaamaan toisaalta kysymykseen siitä, millaisia yleisiä piirteitä digitaalisten alustatalousyhtiöiden määräävän markkina-aseman väärinkäytön tutkinnassa tulisi painottaa ja huomioida ja toisaalta kysymykseen siitä, miten erilaisiin strategioihin ja menettelytapoihin, jotka ovat digitaalisessa alustataloudessa mahdollisia, tulisi SEUT 102 artiklan näkökulmasta suhtautua eli millaiset menettelyt voivat mahdollisesti olla SEUT 102 artiklan vastaisia.

Ensimmäiseen kysymykseen vastatakseni analysoin viime vuonna Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen antamaa ratkaisua asiassa *Google ja Alphabet v. komissio*.<sup>14</sup> Tutkin, mitä uutta se tuo SEUT 102 artiklan mukaiseen arviointiin, etenkin perusteisiin, joiden mukaan menettely katsotaan määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi. Tätä ratkaisua analysoimalla pyrin rakentamaan idean siitä, minkälaisen mallin perusteella tulkintaa tehdään. Myös toiseen kysymykseen vastatakseni analysoin mainittua ratkaisua, mutta tutkin lisäksi aihetta koskevaa kirjallisuutta, josta selviää, millaisia uudentyyppisiä väärinkäyttömuotoja digitaalisessa alustataloudessa voi ilmetä.

---

<sup>13</sup> Kuoppamäki 2018, s. 294.

<sup>14</sup> Ks. EUT T-612/17 (*Google ja Alphabet v. komissio*), ECLI:EU:T:2021:763, tuomio 10.11.2021.

Tutkimuksen metodi on lainopillinen. Aineistoa ja lähdekirjallisuutta analysoimalla ja tulkitsemalla pyritään tekemään päätelmiä siitä, millaisia kriteerejä ja ominaispiirteitä SEUT 102 artiklan tulkintaan digitaalisessa alustataloudessa liittyy, ja millaiset menettelyt ovat mahdollisesti SEUT 102 artiklan vastaisia.

## 2 Google ja Alphabet v. komissio – SEUT 102 artiklan soveltaminen digitaalisessa alustataloudessa

Vuonna 2017 Euroopan unionin komissio määräsi Googlelle 2,42 miljardin euron suuruisen sakon SEUT 102 artiklan rikkomisesta. Komissio katsoi, että Google oli käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa suosimalla sen omaa tuotevertailupalvelua verrattuna kilpaileviin tuotevertailupalveluihin.<sup>15</sup> Menettely oli SEUT 102 artiklan vastaista, sillä se ei ollut laatukilpailua, eli kilpailua kaikilla niillä keinoilla, jotka tekevät tuotteesta x tuotetta y paremman (esimerkiksi laatu, hinta ja suunnittelu).

### 2.1 Tapauksen tausta ja väärinkäyttävä menettely

Kilpailua rajoittava menettely tapahtui niin, että Googlen näytti oman tuotevertailupalvelunsa sen yleisellä hakutulossivustolla suotuisammin kuin kilpailijoiden tuotevertailupalvelut.<sup>16</sup> Suotuisampi oman tuotevertailupalvelun esittäminen koostui siitä, että Google näytti oman tuotevertailupalvelunsa Googlen yleisillä tulossivuilla muista erottuvalla fontilla sekä kuvilla ja lisätiedoilla täydennettynä. Sen sijaan kilpailevat tuotevertailupalvelut näkyivät vain tavallisina, sinisinä linkkeinä, eikä niitä esitetty samalla tavalla korostettuna eikä niihin liitetty kuvia tai lisätietoja. Lisäksi kilpaileviin tuotevertailupalveluihin sovellettiin Googlen erityistä algoritmia, jonka seurauksena niiden sijoitus laski yleisten hakutulosten joukossa, kun samaan aikaan Googlen omaan tuotevertailupalveluun tätä algoritmia ei sovellettu. Tämän seurauksena Googlen tuotevertailupalvelu näkyi aina ensimmäisten hakutulosten joukossa yleisillä tulossivuilla.<sup>17</sup>

Komissio totesi, että menettely vääristi kilpailua ja oli kilpailua rajoittavaa ensinnäkin, koska käyttäjäliikenne (Googlen yleisiltä tulossivuilta) on ratkaiseva

---

<sup>15</sup> Komission lehdistötiedote 27.6.2017, Kilpailunrajoitukset: Googlelle 2,42 miljardin euron sakot hakukoneen markkina-aseman väärinkäytöstä ja oman hintavertailupalvelun suosimisesta hakutuloksissa. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/IP\\_17\\_1784](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/IP_17_1784), vierailtu 18.9.2023.

<sup>16</sup> Komission päätös AT.39740: Google Search (Shopping), kohta 341.

<sup>17</sup> Ibid., kohdat 344–379.

tekijä kilpailevien tuotevertailupalveluiden kilpailukyvyn kannalta. Komissio perusteli tätä usealla argumentilla.<sup>18</sup>

Toiseksi komissio totesi, että menettely vähentää liikennettä Googlen yleisen haun tuloksista kilpaileviin tuotevertailupalveluihin ja lisää liikennettä Googlen yleisen haun tuloksista Googlen omaan tuotevertailupalveluun. Komission teettämä kuluttajia koskeva tutkimus osoitti, että Googlen yleisistä hakutuloksista merkittävä osa liikenteestä ohjautuu sivuille, jotka ovat ensimmäisellä hakusivulla kolmesta viiteen ensimmäisen hakutuloksen joukossa. Tutkimukset osoittivat, että käyttäjät katsovat yleensä vain ensimmäisiä hakutuloksia.<sup>19</sup>

Kolmanneksi komissio totesi, että Googlen omalle tuotevertailupalvelulle suuntautuva liikenne muodostaa suuren osan kilpaileville tuotevertailupalveluille suuntautuvasta liikenteestä, eikä sitä voi tehokkaasti korvata muilla lähteillä, jotka ovat kilpaileville tuotevertailupalveluille saatavilla.<sup>20</sup>

## 2.2 Tuomioistuimen ratkaisu

Tuomioistuimen harkinta eteni viiden vaiheen kautta, joista etenkin toinen ja kolmas ovat merkittäviä tutkimuskysymyksen kannalta. Toinen seikka koski sitä, millä perusteella tuomioistuin katsoi, että menettely on SEUT 102 artiklan vastaista. Kolmas seikka sen sijaan koski sitä, millä edellytyksin valittu peruste täyttyy. Tuomioistuimen harkinnan analysoiminen etenkin näiden vaiheiden osalta, mutta myös kokonaisuudessaan, on tärkeää, sillä se kertoo, miten tuomioistuin on perustellut ratkaisunsa. Perusteluiden ymmärtäminen taas on edellytys sille, että voidaan arvioida määräävän markkina-aseman

---

<sup>18</sup> Komission päätös AT.39740: Google Search (Shopping), kohdat 444–450. Komission esittämät argumentit ovat: (1) tuotevertailupalvelun relevanssi kuluttajalla riippuu sen laajuudesta ja tuotevalikoiman "tuoreudesta". Runsas liikenne parantaa mahdollisuutta vakuuttaa kauppiaita tarjoamaan tuotevertailupalveluille dataa heidän tuotteistaan. (2) Liikenne synnyttää tuloa (joko kauppiaiden komissioiden tai mainostajilta saatujen tulojen muodossa), jota voidaan käyttää palvelua parantaviin investointeihin. (3) Liikenne mahdollistaa koneoppimisen, joka parantaa palvelun tuloksien relevanssia ja käytettävyyttä kuluttajille. (4) Liikenne myös mahdollistaa tuotevertailupalveluille palvelua parantavien kokeiden suorittamisen. (5) Tuotevertailupalvelun toimintaan liittyy myös ominaisuus, että kuluttajille tarjottujen hakutulosten lisäksi tuotevertailupalvelut voivat ehdottaa myös muita kuluttajia kiinnostavia kohteita. Tämän mahdollisuus on riippuvainen liikenteen volyyymista. (6) Viimeiseksi liikenne mahdollistaa tuotevertailupalveluille alkuperäisen käyttäjäarvostelun luomisen.

<sup>19</sup> Ibid., kohta 453, 454.

<sup>20</sup> Ibid., kohta 539.



väärinkäytön tulkinnan perusteita digitaalisessa alustataloudessa. Seuraavaksi selostetaan tuomion pääkohdat lyhyesti.

Ensimmäisessä vaiheessa tuomioistuin pohjusti määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointia esittämällä arvioinnin perustana olevia yleisiä linjoja.<sup>21</sup> Toisessa vaiheessa tuomioistuimen arviointi siirtyi yleisistä linjoista lähemmin käsillä olevan tapauksen arviointiin. Tuomioistuin katsoi, että käsillä oleva tapaus on liitettävissä oikeudetonta erilaista kohtelua koskevaan tulkintadoktriiniin. Tuomioistuin katsoi oikeuskäytännön perusteella, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttö voi muodostua oikeudettomasta erilaisesta kohtelusta ja jatkoi, että myös tässä suhteessa EU-oikeuden yleisellä yhtäläisen kohtelun periaatteella on merkitystä. Se edellyttää, ettei samanlaisia tilanteita tule kohdella eri tavalla eikä erilaisia tilanteita samalla tavalla, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti oikeutettua.<sup>22</sup> Toisin sanoen tuomioistuin siis totesi, että määräävän yrityksen toteuttama kilpailijoihin kohdistuva oikeudeton erilainen kohtelu verrattuna sen omiin, samoilla markkinoilla operoiviin toimijoihin, eli tietynlainen syrjintä, voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, ja että tässä tapauksessa voi olla kyse tällaisesta toiminnasta. Tuomioistuimen näkemys on siis ollut se, että Googlen toiminta on mahdollisesti ollut syrjinnän perusteella SEUT 102 artiklan vastaista.

Seuraavaksi tuomioistuin totesi kuitenkin, että kaikenlainen kilpailijoiden syrjäyttäminen markkinoilta ei ole kiellettyä.<sup>23</sup> Tuomioistuin lähti siis tässä kolmannessa vaiheessa arvioimaan sitä, milloin tapauksessa epäilty väärinkäyttömuoto (markkinoilta syrjäyttäminen tai syrjintä) on kiellettyä eli miten syrjintä määräävän markkina-aseman väärinkäyttömuotona täyttyy.

Tuomioistuin aloitti tämän arvioinnin kuvaamalla ensin toimintaa, jota se epäili syrjiväksi. Syrjiminen tai markkinoilta syrjäyttäminen tapahtui

---

<sup>21</sup> Tuomioistuin muistutti ensin määräävillä yrityksillä olevasta *erityisestä velvollisuudesta* olla antamatta sen käyttäytymisen haitata todellista, vääristymätöntä kilpailua sisämarkkinoilla. Lisäksi se muistutti määräävän markkina-aseman väärinkäytön käsitteestä, ja siitä, että SEUT 102 artikla soveltuu erityisesti menettelyihin, jotka eivät ole laatukilpailua ja joista koituu haittaa kuluttajille. Sitten tuomioistuin totesi, että SEUT 102 artikla soveltuu laatukilpailusta poikkeaviin käytäntöihin, joilla on *poissulkeva vaikutus (exclusionary effect)*. Tämä kiello kattaa paitsi menettelyt, joista on kuluttajille suoraan haittaa että myös menettelyt, joista on kuluttajille haittaa välillisesti kilpailun tehokkuuden heikentymisen kautta. Tuomioistuin muistutti sitten tärkeästä seikasta liittyen SEUT 102 artiklaan: SEUT 102 artiklan lista kielletyistä menettelyistä ei ole tyhjentävä, vaan myös muunlaiset kuin listassa mainitut menettelyt voivat olla SEUT 102 artiklan vastaisia. EUT 612/17 (Google ja Alphabet v. komissio), tuomio 10.11.2021, ECLI:EU:T:2021:763, kohdat 150–154.

<sup>22</sup> *Ibid.*, kohta 155.

<sup>23</sup> *Ibid.*, kohta 157.

vipuvaikutukseksi kuvatun ilmiön avulla. Vipuvaikutus kuvaa vaikutusta, joka yrityksen yhdellä markkinalla toteuttamalla menettelytavalla voi olla lähimarkkinalle. Näin ollen määräävä yritys voi pyrkiä laajentumaan lähimarkkinalle hyödyntämällä tällaisia yhdellä markkinalla toteutettavan toiminnan seurauksena syntyviä vipuvaikutuksia toisella markkinalla. Tämä ei sinänsä ole kiellettyä SEUT 102 artiklassa, sillä tällainen vaikutus voi syntyä myös laatukilpailun seurauksena.<sup>24</sup> Siten määräävän yrityksen laajenemista viereiselle markkinalle hyödyntämällä markkinavoimaansa toisella markkinalla, ei voida itsessään pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä, vaikka tämä johtaisi kilpailijoiden poistumiseen tai vähenemiseen markkinalla.<sup>25</sup> Jotta vipuvaikutus voidaan todeta väärinkäyttäväksi, pitää osoittaa, että se johtuu muiden kuin laatukilpailuun kuuluvien keinojen (eli tässä tapauksessa kilpailijoiden oikeudetomaan erilaiseen kohteluun johtavien keinojen) soveltamisesta.<sup>26</sup> Lisäksi tuomioistuin totesi, että määräävälle yritykselle kuuluvan erityisen vastuun aineellista soveltamisalaa on arvioitava tapauskohtaisesti ottamalla huomioon tapauksen erityiset olosuhteet, jotka osoittavat kilpailun heikentyneen.<sup>27</sup> Kun siis arvioidaan määräävän yrityksen käyttämiä keinoja, joiden avulla se on laajentanut toimintaansa toiselle markkinalle, on kiinnitettävä huomiota tämän prosessin tosiasiallisiin vaikutuksiin kilpailulle juuri kyseisellä markkinalla, jotta voidaan päättää, onko kyseistä menettelyä pidettävä laatukilpailuna vai määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä.

Neljännessä vaiheessa tuomioistuin lähti arvioimaan sen edellä kolmannessa vaiheessa luomaa oikeudellista kehikkoa, ja sitä, täyttääkö komission päätös sen asettamat kriteerit. Tuomioistuin katsoi, että komissio oli onnistunut näyttämään, että Googlen toiminnalla oli poissulkevia vaikutuksia tuotevertailupalveluiden markkinoilla eli vastaus tuomioistuimen testin ensimmäiseen kysymykseen oli myöntävä.<sup>28</sup> Siten arvioitavaksi jäi vielä toinen kysymys eli kysymys siitä, onko Googlen oman palvelun suosimista pidettävä laatukilpailuna, jonka tarkoitus on parantaa Googlen kyseistä palvelua (niin kuin Google väitti) vai onko kyse määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Tässä kohtaa tuomioistuimen arvioitavaksi tuli siis tapaukseen liittyvät erityiset olosuhteet, joiden suhteen väitettyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä tuli arvioida. Kyse oli siis siitä, oliko juuri tässä tapauksessa ja sen olosuhteissa

---

<sup>24</sup> EUT 612/17 (Google ja Alphabet v. komissio), tuomio 10.11.2021, ECLI:EU:T:2021:763, kohdat 156–157 ja 163–164.

<sup>25</sup> Ibid., kohta 162.

<sup>26</sup> Ibid., kohta 161.

<sup>27</sup> Ibid., kohta 165.

<sup>28</sup> Ibid., kohdat 167–174.

yrittäjien oman palvelun suosiminen katsottava kielletyksi. Tuomioistuimen vastaus myös tähän kysymykseen oli myöntävä.<sup>29</sup> Näin ollen tuomioistuin katsoi, että Google oli syyllistynyt määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön.

Tuomioistuin vahvisti lisäksi komission kannan *Bronner*-tapauksen kriteereihin<sup>30</sup> liittyen. Se totesi, että Googlen menettely voidaan erottaa olennaisilta osiltaan toimintaedellytysten toimittamisen kieltäytymistä koskevasta *Bronner*-tapauksesta, mikä oikeutti komission soveltamaan muita kriteereitä rikkomisen toteamiseksi.<sup>31</sup> Tuomioistuin jatkoi, että jokainen tapaus, joka liittyy pääsyn sallimiseen, ei edellytä, että *Bronner*-tapauksessa luodut kriteerit tulisivat sovellettavaksi.<sup>32</sup> Jotta toimittamisesta kieltäytymistä tulisi arvioida *Bronner*-tapauksessa luotujen kriteerien valossa, kieltäytymisen tulee olla (i)

---

<sup>29</sup> Tuomioistuin lisäsi, että yhden tyyppisen erikoistuloksen (oman) edistäminen kilpailijoiden tuloksiin verrattuna sisältää tietynlaisen poikkeavuuden, koska yleisen hakukoneen arvo on siinä, että se näyttää tuloksia useista ja erilaisista ulkoisista lähteistä. Toiseksi oikeuskäytännöstä käy selvästi ilmi, että vääristymättömän kilpailun järjestelmä voidaan taata vain, jos taataan yhtäläiset mahdollisuudet useiden taloudellisten toimijoiden välillä (esim. Deutsche Telekom): tiettyjä erilaista kohtelua voidaan pitää SEUT 102 artiklan vastaisena. Kolmanneksi kilpailusta poikkeaminen ansioiden perusteella on sitäkin ilmeisempi, koska se johtuu Googlen käyttäytymisen muutoksesta: käynnistettyään oman tuotevertailupalvelunsa ja sen epäonnistumisen jälkeen Google muutti käytäntöjään hallitsemiensa yleisten hakupalveluiden markkinoilla. EUT 612/17 (Google ja Alphabet v. komissio), tuomio 10.11.2021, ECLI:EU:T:2021:763, kohdat 176–184.

<sup>30</sup> Näillä kriteereillä tarkoitetaan EU:n tuomioistuimen luomia edellytyksiä sille, milloin määräävälle yritykselle voidaan asettaa velvollisuus toimittaa sen kilpailijoille olennainen toimintaedellytys. Opin taustalla on ajatus siitä, että eräät toimintaedellytykset ovat niin olennaisia, että niiden toimittamisesta kieltäytyvä määräävä yritys syyllistyy SEUT 102 artiklan rikkomiseen. Kriteerit toimittamiselle ovat seuraavat: olennaisen toimintaedellytyksen toimittamisesta kieltäytyminen poistaa kilpailun sen kilpailijan osalta, joka haluaa käyttää toimintaedellytystä. Lisäksi toimintaedellytyksen tulee olla välttämätön ja että ilman sitä kilpailu ei ole mahdollista. Toimittamisesta kieltäytymiselle ei myöskään saa olla objektiivisia perusteita. Tapauksessa Oscar Bronner julkaisi sanomalehteä Itävallassa. Sanomalehdellä oli alle neljän prosentin markkinaosuus Itävallan sanomalehtimarkkinasta, kun Mediaprint-nimisellä yrityksellä oli lähes 50 prosentin markkinaosuus. Mediaprint oli rakentanut maanlaajuisen jakeluverkoston sanomalehdilleen ja toimitti sanomalehtiä asiakkaiden kotiin aikaisin aamulla. Jakeluverkosto oli Itävallassa ainutlaatuinen, ja se tarjosi tätä palvelua myös muiden kuin sen omien sanomalehtien julkaisijoille. Oscar Bronner väitti, että tätä jakeluverkostoa tulisi pitää olennaisena toimintaedellytyksenä, sillä sille ei ollut olemassa korvaavaa kilpailevaa systeemiä. Lisäksi Bronner väitti, että Mediaprintin kieltäytymistä jakaa Bronnerin sanomalehteä sen jakeluverkostossa tulisi pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. EUT C-7/97 (Bronner v. Mediaprint) ECLI:EU:C:1998:569.

<sup>31</sup> EUT 612/17 (Google ja Alphabet v. komissio), tuomio 10.11.2021, ECLI:EU:T:2021:763, kohta 229.

<sup>32</sup> *Ibid.*, kohta 230.

nimenomainen, eli että tapauksessa on tullut ilmi pyyntö pääsyn sallimiseksi ja tämän seurauksena kieltäytyminen, ja että (ii) poissulkeva vaikutus johtuu tästä kieltäytymisestä eikä jostain ulkoisesta käytännöstä.<sup>33</sup> Siten tällaisen nimenomaisen kieltäytymisen puuttuminen estää menettelyä olemasta toimituksesta kieltäytymistä, kun se muodostaa itsenäisen SEUT 102 artiklan rikkomisen, eikä menettelyä siten voida arvioida *Bronner*-tapauksessa luotujen kriteerien valossa (vaikka menettely voi lopulta johtaa implisiittiseen pääsyn kieltämiseen).<sup>34</sup>

### 2.3 Mitä uutta ratkaisu tuo SEUT 102 artiklan soveltamiseen digitaalisessa alustataloudessa?

Ratkaisu vahvisti ensinnäkin sen, että itsensä suosiminen voi digitaalisessa alustataloudessa merkitä syrjintää ja näin ollen SEUT 102 artiklan rikkomista. Tarkemmin sanottuna määräävä yritys voi syyllistyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, jos se suosii omaa palveluaan kilpailijoiden kustannuksella ja tällä on kilpailua rajoittavia vaikutuksia juuri sen tapauksen yksilölliset olosuhteet huomioon ottaen. Edellytyksenä siis on, että menettelyllä on (1) poissulkevia vaikutuksia ja että (2) erityiset ehdot täyttyvät. Lisäksi tässä tapauksessa ei otettu huomioon *Bronner*-tapauksen kriteereitä, eli toisin sanoen ei tarvinnut osoittaa, että se tekijä, jonka suhteen syrjintä toteutui (tässä tapauksessa Googlen yleiset tulossivut tai pääsy sinne) oli välttämätön määräävän yrityksen kilpailijoille, ja että ilman sitä ne eivät voineet kilpailla. Tämä tarkoittaa, että syrjimisen toteamisen kynnyks oli matalammalla kuin jos sen arviointiin olisi sisällynyt *Bronner*-tapauksen kriteerit.

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettelyn seurauksena tapahtuvaa kilpailijoiden syrjäytymistä markkinoilta tulee siis arvioida suhteessa tähän määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelyyn. Jos menettely kuuluu selvästi sallittuun laatukilpailuun kyseisellä toimialalla, sen seurauksena tapahtuvaa kilpailijoiden syrjäytymistä markkinoilta ei ole pidettävä määräävän aseman väärinkäyttönä. Jos taas menettelyn kuulumisesta laatukilpailun keinoihin on epävarmuutta, tutkitaan, onko menettely johtanut poissulkeviin vaikutuksiin markkinoilla. Jos poissulkevia vaikutuksia ei ole, menettely on sallittu. Jos taas poissulkevia vaikutuksia havaitaan, tutkitaan vielä, onko menettelyä sen tilanteen olosuhteissa pidettävä normaalista kilpailusta poikkeavana. Eri toimialoilla normaali kilpailu koostuu eri keinoista ja

---

<sup>33</sup> EUT 612/17 (Google ja Alphabet v. komissio), tuomio 10.11.2021, ECLI:EU:T:2021:763, kohta 232.

<sup>34</sup> *Ibid.*, kohta 233.

tekijöistä, joten toisella toimialalla sallittu ja normaali kilpailukeino voi jollakin toisella alalla olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Näin on esimerkiksi tilanne itsensä suosimisen suhteen, joka tapauksessa johti kilpailun rajoittumiseen tuotevertailupalveluiden markkinoilla, eikä tämä ollut kyseisen markkinan ja toimialan olosuhteet huomioon ottaen normaaliin kilpailuun kuuluva keino, sillä yleisillä tulossivuilla näkyviin tuloksiin on katsottu liittyvän oletus niiden neutraaliudesta ja tasavertaisuudesta. Siksi suosiminen tällä markkinalla nähdään epänormaalina. Jossakin toisessa tapauksessa näin ei välttämättä ole eikä oman palvelun suosiminen johda kilpailua rajoittaviin vaikutuksiin, eikä sitä voida siten pitää määräävän aseman väärinkäyttönä.

### 3 Väärinkäytön perusteena olevan haittateorian arviointi digitaalisessa alustataloudessa

Menettelyn oikeudellinen luokittelu ja oikea oikeudellinen testi ovat ratkaisevia määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön liittyvän tapauksen lopputuloksen kannalta. Oikeudellinen luokittelu määrittää, mitä oikeudellista testiä (haittateoriaa) tapaukseen sovelletaan ja ne ehdot, jotka menettelyn tulee täyttää ollakseen väärinkäyttävää. Esimerkiksi jos tapaus luokitellaan olennaisen toimintaedellytyksen epäämistä koskevaksi tilanteeksi, on ehdot huomattavasti tiukemmat kuin jos tapaus luokiteltaisiin esimerkiksi sidontaa koskevaksi tilanteeksi. Oikeudellinen luokittelu ja vastaava oikeudellinen testi tulee siten valita huolella.<sup>35</sup>

Ratkaisun perusteella selviää ensinnäkin se, että itsensä suosiminen digitaalisessa alustataloudessa voidaan katsoa syrjinnäksi (ja näin ollen määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi). Tähän liittyen on aiheellista kysyä, onko syrjinnän sovellutusalue laajennettavissa, eli voivatko itsensä suosimisen lisäksi myös muunlaiset menettelyt olla syrjintää. Toiseksi ratkaisusta on hahmotettavissa kaksi digitaalisessa alustataloudessa tapahtuvaan määräävän markkina-aseman väärinkäytön tulkintaan liittyvää piirrettä. Ensinnäkin ratkaisusta selviää, että digitaalisessa alustataloudessa vakiintuneet haittateoriat eivät välttämättä sovellu. Toiseksi se korostaa tapauskohtaisen ja vaikutusperusteisen analyysin tarvetta. Seuraavaksi tarkastellaan näitä seikkoja lähemmin.

---

<sup>35</sup> Friso Bostoën, *The General Court's Google Shopping Judgment: Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse*. *Journal of European Competition Law & Practice* 13(2) 2022, s. 75–86.

### 3.1 Syrjintä haittateoriana digitaalisessa alustataloudessa

Syrjintä on sisältynyt jo ennestään SEUT 102 artiklaan, nimenomaisesti sen c-kohtaan. Siinä todetaan, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä on ”erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla.” Tämän kohdan nojalla on ennestään puututtu kaikenlaisiin syrjintätapauksiin, mikä on johtanut epäsystemaattiseen ja sekavaan lähestymistapaan. Lisäksi selkeä ja erillinen haittateoria ja oikeudellinen testi syrjintätapauksille on puuttunut.<sup>36</sup>

Aiempi oikeuskäytäntö koskien syrjintää SEUT 102 artiklan c-kohdan perusteella on hajanaista. Vain keskeiset vaatimukset, joiden täyttymistä edellytetään, jotta menettely olisi syrjintää, ovat yleisesti hyväksytyt: jotta kyseessä olisi syrjintä, määräävän yrityksen tulee soveltaa erilaisia ehtoja samanlaisiin suorituksiin tai samanlaisia ehtoja erilaisiin suorituksiin. Yhtenäisempää viitekehystä syrjinnälle tätä enempää ei ole ollut havaittavissa.<sup>37</sup> Lisäksi kohdan sanamuoto, ”samankaltaisiin suorituksiin”, on epäselvä: EU-tuomioistuimet ja komissio eivät koskaan ole täsmentäneet, mitä sillä tarkoitetaan<sup>38</sup>.

Syrjinnän valitseminen väärinkäytön perusteeksi digitaalisessa alustataloudessa ei ole ongelmattonta. Ensinnäkin hakukoneiden algoritmien (kuten myös muunlaisten alustataloudessa toimivien yhtiöiden algoritmien) toimintalogiikka ei välttämättä ole tasavertaista, vaan ne saattavat toimia juuri päinvastoin, eli luokitella tuloksia. Toiseksi syrjinnän valitsemisen on katsottu antavan kilpailuviranomaisille hyvin laajan toimintavallan puuttua digitaalisten alustatalousyhtiöiden toimintaan.<sup>39</sup> Tämä voi heikentää innovaatiota ja kilpailua.

Tästä huolimatta syrjinnästä voi digitaalisessa alustataloudessa tulla keskeinen haittateoria. Merkittävä huolenaihe digitaalisessa alustataloudessa liittyy nimittäin juuri siihen, että suurten teknologiayhtiöiden toiminnassa nähdään tasapuolista kilpailua vääristäviä ja syrjintään viittaavia piirteitä. Siten juuri syrjintä haittateoriana voisi olla sopiva keino puuttua tähän ongelmaan.

---

<sup>36</sup> Lena Hornkohl, Article 102 TFEU, Equal Treatment and Discrimination after Google Shopping. *Journal of European Competition Law & Practice* 13(2) 2022, s. 99–111.

<sup>37</sup> *Ibid.*, s. 2.

<sup>38</sup> Mariateresa Maggolino, The Antitrust Relevance of Granular Versioning. Teoksessa Rosa Maria Ballardini – Petri Kuoppamäki – Olli Pitkänen (toim.), *Regulating Industrial Internet Through IPR, Data Protection and Competition Law*, Wolters Kluwer 2019, s. 338–339.

<sup>39</sup> Pedro Caro de Sousa, What Shall We Do About Self-Preferencing? *Competition Policy International* 3(2) 2020, s. 7.

Tässä tapauksessa itsensä suosiminen johti syrjintään ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Kuitenkin myös muunkaltaiset toimintatavat voivat digitaalisessa alustataloudessa johtaa syrjintään. Olennainen tästä seuraava kysymys on, voidaanko myös niihin puuttua tässä tapauksessa luodun testin avulla vai päteekö tämä vain tapauksiin, joissa on kyse itsensä suosimisesta?

Estettä sille, että myös muut menettelyt kuin itsensä suosiminen voidaan tulkita syrjinnäksi, ei ole. Mikäli menettely kyseisellä toimialalla ja sen yksilölliset olosuhteet huomioon ottaen poikkeaa sillä toimialalla siitä, mikä on normaalia kilpailua ja sillä on poissulkevia vaikutuksia, voidaan se hyvin katsoa syrjinnäksi tapauksen tavoin. Näin ollen syrjintä haittateoriana näyttäisi tarjoavan laajan ja mukautuva työkalun, jota voidaan soveltaa monenlaisiin tilanteisiin, sillä syrjivän menettelyn voi täyttää monenlaiset toimintatavat.

Ongelmaksi voi kuitenkin muodostua luvun alussa kuvattu, jo ennestään syrjintään liittynyt epämääräisyys. Syrjintä on laaja ja monitulkintainen käsite ja monenlaisten menettelyjen voidaan katsoa olevan syrjiviä. Siten syrjintä itsenäisenä haittateoriana ei voi olla kovin täsmällinen ja tarkkarajainen. Kun monenlaiset menettelyt voidaan niputtaa syrjinnäksi, syrjinnän täyttävän menettelyn rajat hämärtyvät, jos ne alun perinkään ovat olleet selvät. Tämä taas heijastuu negatiivisesti yritystoiminnan ennustettavuuteen ja oikeusvarmuuteen.

On siis mahdollista, että syrjinnästä muodostuu digitaalisessa alustataloudessa eräänlainen kattotermi, jonka alle voidaan niputtaa ja jonka avulla voidaan puuttua useisiin erilaisiin menettelyihin. Vaikka siihen liittyy edellä kuvattuja ongelmia, hyvänä puolena on sen joustavuus. Sen avulla voidaan puuttua määräävien digitaalisten alustatalousyhtiöiden toteuttamiin syrjiviin toimintatapoihin, vaikka kyseistä toimintatapaa ei olisi nimenomaisesti kielletty. Toisaalta se mahdollistaa sen, että yhdessä tilanteessa esimerkiksi itsensä suosiminen voidaan katsoa sallituksi laatukilpailuksi, ja toisessa taas kielletyksi määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi.

### 3.2 Määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointiin digitaalisessa alustataloudessa liittyvät piirteet

Toinen tärkeä ratkaisun esittämä seikka liittyen SEUT 102 artiklan tulkintaan digitaalisessa alustataloudessa on se, että siitä ilmeni kaksi piirrettä, jotka leimaavat määräävän markkina-aseman väärinkäytön tulkintaa digitaalisessa alustataloudessa. Ensinnäkin ratkaisusta selvisi, että vakiintuneet haittateoriat eivät välttämättä sovellu digitaalisessa alustataloudessa. Tähän suuntaan viittaa ensinnäkin se, että digitaalisilla alustatalousmarkkinoilla, jotka ovat usein

kaksipuolisia<sup>40</sup>, hinnalla ei ole samaa merkitystä kuin ”perinteisillä” markkinoilla, joten menettelyä ei voida arvioida hinnan perusteella. Tämä ei kuitenkaan välttämättä ole ongelma, sillä hinta voidaan usein korvata jollain muulla tekijällä, jonka suhteen menettelyä voidaan tarkastella.<sup>41</sup> Toiseksi tuomioistuinten ratkaisu esitti kaksi toisiinsa liittyvää seikkaa, jotka myös viittaavat vakiintuneiden haittateorioiden soveltumattomuuteen: esittämällä uuden haittateorian ja soveltamalla sitä, tuomioistuin linjasi samanaikaisesti, että Googlen menettelyyn oli toisaalta sovellettava uutta haittateoriaa ja että toisaalta menettelyyn ei soveltunut mikään vakiintunut haittateoria.

Toinen määräävän markkina-aseman väärinkäytön tulkintaan liittyvä piirre, joka ratkaisusta ilmenee, on vaikutusperusteisen ja tapauksen yksilöllisiin olosuhteisiin perustuvan analyysin korostuminen. Googlen menettelyn kilpailunvastaisuudesta ei ollut varmuutta eikä se ollut helposti osoitettavissa, mikä vuoksi komissio ja tuomioistuin valitsivat linjan, että menettelyn kilpailunvastaiset vaikutukset tulee osoittaa, jotta se voidaan todeta SEUT 102 artiklan vastaiseksi. Digitaalisessa alustataloudessa tämä on usein tilanne. Lisäksi luvusta neljä, jossa käydään läpi erilaisia digitaalisessa alustataloudessa ilmeneviä uudenlaisia väärinkäyttömuotoja, ilmenee, että digitaalisessa alustataloudessa tietyn menettelyn vaikutukset kilpailulle ovat vaikeammin havaittavissa kuin perinteisillä markkinoilla. Siksi tässä tapauksessa, ja todennäköisesti tulevaisuudessa digitaalisia alustatalousyhtiöitä koskevilla määräävän markkina-aseman väärinkäytön tutkimuksissa tullaan painottamaan vaikutusperusteista ja tapauksen yksilöllisiä olosuhteita korostavaa analyysia.

## 4 Väärinkäytön perusteena olevan haittateorian arviointi digitaalisessa alustataloudessa

Digitaalinen alustatalous luo uudenlaisia menettelytapoja, joita yritykset voivat hyödyntää liiketoimintansa parantamiseksi. Kun kyseessä on määräävä yritys, näiden menettelyjen suhdetta on kuitenkin arvioitava SEUT 102 artiklaan. Tässä luvussa luodaan katsaus siitä, millaisia uusia määräävän markkina-

---

<sup>40</sup> Kaksipuolisilla markkinoilla tarkoitetaan markkinoita, joilla yksi tai useampi alusta mahdollistaa vuorovaikutuksen loppukäyttäjien välillä, ja yrittää saada molemmat (tai useat) puolet *kyytiin* veloittamalla kumpaakin puolta sopivasti. Jean-Charles Rochet – Jean Tirole, *Two-Sided Markets: An Overview*, Massachusetts Institute of Technology 2004, s. 2.

<sup>41</sup> Esim. Kuoppamäki kirjoittaa, että data tai sen laatu voi olla tällainen hintaan rinnastuva tekijä, jonka suhteen väärinkäyttöä voidaan arvioida, Kuoppamäki 2018, s. 319.



aseman väärinkäyttömuotoja digitaalinen alustatalous mahdollistaa ja mikä näiden suhde SEUT 102 artiklaan on.

#### 4.1 Itsensä suosiminen

Itsensä suosiminen on noussut viime vuosina EU-kilpailupolitiikan keskiöön. Itsensä suosimisen tunnustetaan EU:n kilpailuoikeudessa erääksi vipuvaikuttamisen muodoksi. Vipuvaikuttamisella viitataan määräävän yrityksen toimintaan, jolla se pyrkii laajenemaan tietyille markkinalle käyttäen hyväksi sen määräävää asemaa toisella markkinalla.<sup>42</sup> Itsensä suosimisella tarkoitetaan sen sijaan sitä, että määräävä yritys suosii sen omia tuotteita tai palveluja samalla markkinalla toimiviin kilpailijoihin nähden.<sup>43</sup> Omia tuotteita tai palveluita suosimalla määräävä yritys voi onnistua laajenemaan tälle markkinalle.

Itsensä suosimisen suhde SEUT 102 artiklaan on epäselvä. Ensinnäkin on muistettava, että itsensä suosiminen ei ole markkinataloudessa uusi ilmiö, ja perinteisesti yrityksillä on katsottu olevan oikeus suosia omia tuotteita tai palvelujaan, ainakin jossain määrin.<sup>44</sup> Kuitenkin digitaalisessa alustataloudessa itsensä suosiminen saa uusia ulottuvuuksia, jotka pakottavat tarkastelemaan itsensä suosimisen suhdetta SEUT 102 artiklaan tarkemmin. Määräävät yritykset voivat digitaalisessa alustataloudessa nimittäin suosia omia tuotteita tai palvelujaan helpommin ja tehokkaammin kuin perinteisillä markkinoilla. Lisäksi suosiminen voi tapahtua huomaamattomasti. Esimerkiksi kun vähittäiskauppa suosii omia tuotteitaan, kuluttaja pystyy havaitsemaan tämän. Sen sijaan, kun kuluttaja tekee internethaun, hän olettaa tuloksien olevan neutraaleja ja järjestyvän siten, että relevanteimmat tulokset hänen hakuunsa esitetään ensimmäisinä. Toisaalta voidaan kyseenalaistaa myös tämän olettamuksen perusteet. Google on nimittäin toisaalta markkinatalouden ehdoilla toimiva yritys, jolla ei periaatteessa ole mitään velvollisuutta olla neutraali ja objektiivinen. Joka tapauksessa esimerkki osoittaa, että digitaalisessa alustataloudessa itsensä suosiminen on vaikeammin havaittavissa kuin perinteisillä markkinoilla.

Siten ensimmäiseksi kriittiseksi kysymykseksi itsensä suosimisen kohdalla digitaalisessa alustataloudessa muodostuu se, mikä katsotaan sallittuun

---

<sup>42</sup> EUT 612/17 (Google ja Alphabet v. komissio), tuomio 10.11.2021, kohta 163.

<sup>43</sup> Pablo Ibáñez Colomo, Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles. *World Competition* 43(4) 2020, s. 417–446; OECD 2020: Abuse of Dominance in Digital Markets, s. 54; Crémer ym. 2019, s. 12.

<sup>44</sup> Bo Vesterdorf, Theories of self-preferencing and duty to deal – two sides of the same coin?, *Competition Law & Policy Debate* 1(1) 2015, s. 5.

laatukilpailuun kuuluvaksi itsensä suosimiseksi ja mikä sen sijaan kiellettyksi itsensä suosimiseksi. Sallittuun laatukilpailuun kuuluu kilpailu laadun, hinnan ja suunnittelun, innovaatioiden, markkinoinnin ja myynnin, palvelun ennen ja jälkeen myynnin ja maineen/brändin suhteen. Luonnollinen seuraus tästä on, että yritys voi kilpailla markkinoimalla omia tuotteitaan mainostamalla tai suosimalla niitä. Ei ole myöskään tukea sille, että määräävän yrityksen, mainostaessa omia tuotteitaan, tulisi mainostaa myös kilpailijoiden tuotteita samalla mitalla, jos lainkaan.<sup>45</sup> Toiseksi, jos itsensä suosiminen katsotaan määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi, ei ole selvää, millä perusteella tämä on tehtävä.

Voidaan siis sanoa, että itsensä suosimisen asema suhteessa SEUT 102 artiklaan on epäselvä. Itsensä suosimisen ei ensinnäkään katsota automaattisesti olevan SEUT 102 artiklan vastaista (jos ollenkaan) ja toiseksi, jos katsotaan, ei ole selvää, millä perusteella. Tuomioistuimen ratkaisu selvensi tilannetta kuitenkin jossain määrin siten, että sen mukaan itsensä suosiminen voi syrjintänä olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Vaikka tässä tapauksessa tuomioistuin katsoi, että itsensä suosiminen oli syrjintää ja SEUT 102 artiklan vastaista, muissa tilanteissa näin ei välttämättä ole, sillä ratkaisun perusteella tilannetta arvioidaan aina tapauskohtaisesti. Itsensä suosimisen epäselvä asema ei siis vielä ole ratkennut.

## 4.2 Personoitu hinnoittelu

Algoritmit, data ja digitalisaatio ovat avanneet hintasyrjinnälle ja personoidulle hinnoittelulle uusia ulottuvuuksia. Hintasyrjinnällä tarkoitetaan teknologisen kehityksen mahdollistamia käytäntöjä, joilla yritykset voivat tarjota kuluttajille samoilla rajakustannuksilla tuotettuja, mutta eri hintaisia versioita tuotteistaan ja palveluistaan.<sup>46</sup> Personoitu hinnoittelu on yksi hintasyrjinnän muodoista, joka ilmenee erityisesti digitaalisessa verkkoympäristössä. Tässä ympäristössä elinkeinoharjoittajat ja alustat räätälöivät hintojaan asiakkaasta kerättyyn dataan perustuvan maksuvalmiusarvioin mukaisiksi. Elinkeinoharjoittajat ja alustat siis hyödyntävät yksilön luovuttamaa tai tästä kerättyä dataa, taikka tämän käyttäytymiseen ja ominaispiirteisiin perustuvia havaintoja selvittääkseen, mitä tämä on valmis maksamaan kustakin tuotteesta tai palvelusta.<sup>47</sup> Henkilökohtaisen datan kerääminen ja analysointi itseoppivien algoritmien

---

<sup>45</sup> Vesterdorf 2015, s. 2.

<sup>46</sup> Maggiolino 2019, s. 329–330; Ezrachi – Stucke 2016, s. 89–100; Maria Vinnal – Miika Heinonen – Jarkko Vuorinen, Personoitu hinnoittelu kuluttaja- ja kilpailupolitiikan tarkastelussa. Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityksiä 2/2021, s. 14.

<sup>47</sup> Ibid., s. 11.

perusteella mahdollistaa sen, että nämä tuotteet ja palvelut saadaan vastamaan yhä tarkemmin kunkin asiakkaan mieltymyksiä ja maksuvalmiutta.<sup>48</sup>

SEUT 102 artiklan näkökulmasta personoitu hinnoittelu herättää kysymyksiä. Keskeinen kysymys liittyy siihen, milloin personoitu hinnoittelu on laatukilpailua ja milloin sen sijan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Toisaalta personoitu hinnoittelu voi tehostaa kilpailua antamalla yrityksille paremman mahdollisuuden tarjota kuluttajille juuri heidän mieltymyksiensä mukaisia ja maksuvalmiuttaan vastaavia tuotteita ja palveluja. Toisaalta se taas voi heikentää kilpailua ja luoda esteitä innovaatioille, kun kuluttajadata keskittyy harvoille määrääville alustoille. Tällöin nämä suuret alustat voivat soveltaa personoitua hinnoittelua tehokkaasti, kun taas pienemmille toimijoille tämä ei ole mahdollista, jos niillä ei ole käytettävissä samaa datamassaa kuin määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä. Tämä aiheuttaisi esteitä markkinoille tulolle ja heikentäisi pienempien toimijoiden kilpailukykyä. Lisäksi määräävät yritykset voisivat käyttää personointia tietoisesti kilpailijoiden poissulkemiseen markkinalta.<sup>49</sup>

Personoitu hinnoittelu voisi olla toisaalta määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä hyväksikäytön, joka kohdistuu kuluttajiin, ja toisaalta poissulkemisen, joka taas kohdistuu yrityksen kilpailijoihin, perusteella. Jotta personoitua hinnoittelua voitaisiin pitää hyväksikäyttönä, tulisi osoittaa, että se on yksi kohtuuttoman hinnoittelun muoto. Tällöin personoitua hinnoittelua voitaisiin pitää SEUT 102 artiklan a-kohdan vastaisena, kun jotkut asiakkaat joutuvat maksamaan kalliimman hinnan kustannuksista riippumattomista syistä.<sup>50</sup> Tämä ei kuitenkaan ole ongelmatonta. Maggiolino tulee siihen johtopäätökseen otettuaan huomioon *United Brands* -ratkaisussa asetetut kriteerit

---

<sup>48</sup> Maggiolino 2019, s. 329–330 ja Ezrachi – Stucke 2016, s. 89–100.

<sup>49</sup> Vinnal ym. 2021, s. 95.

<sup>50</sup> Ibid, s. 96.

kohtuuttomille ehdoille,<sup>51</sup> että ellei SEUT 102 artiklan a-kohtaa eriytetä jokaiselle ostajalle erikseen, on vaikea argumentoida ja näyttää, että kaikki määräävän yrityksen soveltamat personoidut hinnat olisivat kohtuuttomia pysyvästi verrattuna yhtenevään hintaan, jota sovellettaisiin vaihtoehtoisessa tilanteessa. Toisin sanoen personoidun hinnoittelun kohtuuttomuutta ei voida yksiselitteisesti näyttää toteen.<sup>52</sup>

Personoitua hinnoittelua voitaisiin pitää myös poissulkevana määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Määräävä yritys voisi pyrkiä poissulkemaan sen kilpailijan markkinoilta soveltamalla alhaisia personoituja hintoja tämän kilpailijan asiakkaita kohtaan. Tällöin menettelyä tulisi arvioida jonkinlaisena saalistushinnoitteluna.<sup>53</sup>

Personoitu hinnoittelu voi myös mahdollisesti olla hintasyrjintää SEUT 102 artiklan c-kohdan perusteella. Hintasyrjintää voi yleisesti ottaen olla kahdenlaista: ensimmäisen asteen hintasyrjintää, jossa syrjintä kohdistuu määräävän yrityksen kilpailijoihin, ja toisen asteen hintasyrjintää, jossa syrjintä vaikuttaa määräävän yrityksen kauppakumppaneihin yrityksen tuotantoketjun aikaisemman tai myöhemmän vaiheen markkinoilla. Syrjintä kohdistuisi siis asiakkaisiin, joiden kanssa määräävä yritys ei ole kilpailusuhteessa.<sup>54</sup>

Personoituun hinnoitteluun puuttuminen SEUT 102 artiklan c-kohdan perusteella ei ole kuitenkaan mutkatonta. SEUT 102 artiklan c-kohdassa todetaan, että määräävän markkina-asema väärinkäyttöä on ”erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla”. Herää kysymys, voidaanko kuluttajia pitää artiklassa tarkoitettuina kauppakumppaneina ja toisaalta voidaan kysyä, onko kalliimman hinnan jostain tuotteesta maksava

---

<sup>51</sup> Tapauksessa todettiin, että määräävän yrityksen veloittamien hintojen kohtuuttomuutta arvioidaan vastoin jotain kiintopistettä, jotta saadaan selville, onko hinnat kohtuuttomia ja onko hinnoilla mitään järkevää yhteyttä tuotteiden taloudelliseen arvoon. Toisin sanoen pitää ymmärtää, ylittääkö määräävän yrityksen veloittamat hinnat kohtuullisena pidetyt hinnat pysyvästi, eli hinnan, jota yritys olisi soveltanut vaihtoehtoisessa tilanteessa ja onko johtuva ero itsessään epäreilu vai verrattuna kilpaileviin tuotteisiin. Personoidun hinnoittelun kohdalla kaksi kysymystä herää: toisaalta, mikään ei sulje pois sitä, että ero yksittäisen kuluttajan (tai muutaman kuluttajan) maksuvalmiuden ja valitun version (tai versioiden) kustannusten välillä olisi kohtuuton. Toisaalta personoidusta hinnoittelusta johtuen hinnat eivät ole yhtä suuria. Ne eroavat sen mukaan, mitä jokainen yksittäinen kuluttaja on valmis maksamaan, vaikka tämä maksuhalukkuus olisi lähellä marginaalikustannuksia. EUT 27/76 (United Brands v. komissio), tuomio 14.2.1978, ECLI:EU:C:1978:22.

<sup>52</sup> Maggiolino 2019, s. 337–338.

<sup>53</sup> Vinnal ym. 2021, s. 97.

<sup>54</sup> Ibid.

kuluttaja epäedullisemmassa kilpailuasemassa.<sup>55</sup> Lisäksi ongelmaksi tulee se, että voidaanko määrävän yrityksen eri hintoja samasta tuotteesta maksavat kauppakumppanit sisällyttää säännöksen ”samanlaisiin transaktioihin”. Tutkijat ovat olleet samaa mieltä siitä pitkään, että perinteisesti hintasyrjintä ei riko SEUT 102 artiklan c-kohtaa, sillä perinteisesti hintasyrjinnässä on sovellettu eri ehtoja erilaisiin sopimuksiin. Kuitenkin digitaalisessa alustataloudessa tapahtuvan personoidun hinnoittelun tapauksessa tämä ei välttämättä pidä paikkansa, kun kustannuserot eri versioiden kohdalla voivat osoittautua minimaalisiksi. Siten, kun Euroopan unionin komissio ja tuomioistuimet eivät koskaan ole määritelleet samanlaisten transaktioiden täsmällistä sisältöä, ei ole varmaa, pitääkö kilpailuviranomaisten puuttua jokaiseen pieneenkin hintaeroon.<sup>56</sup>

Personoidusta hinnoittelusta ei ole oikeuskäytäntöä, mutta hintasyrjintää on käsitelty useissa tapauksissa. Tätä oikeuskäytäntöä voidaan hyödyntää personoidun hinnoittelun kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa. Kilpailu- ja kuluttajaviraston oikeuskäytäntöä koskeva selvitys tekee viisi johtopäätöstä: ensinnäkin, yksittäisten tulkintasuositusten tekeminen oikeuskäytännön perusteella on haastavaa, kun nimenomaisesti personoitua hinnoittelua, tai edes siihen suoranaisesti rinnastuvia tapauksia, ei ole käsitelty. Yleisiä linjoja voidaan kuitenkin hahmotella. Toiseksi oikeuskäytännön perusteella personoitu hinnoittelu ei voi *per se* olla väärinkäyttävää, vaan sitä tulee arvioida vaikutusperusteisesti. Kolmanneksi SEUT 102 artiklan soveltaminen personoituun hinnoitteluun edellyttää, että yrityksellä todetaan olevan määrävä markkina-asema. Jos yrityksellä ei ole määrävää markkina-asemaa, sen soveltama hintasyrjintä voi tulla arvioitavaksi kilpailijoiden välisenä kiellettynä yhteistyönä SEUT 101 artiklan nojalla. Neljänneksi SEUT 102 artikla ei täsmennä, onko hintasyrjintä kiellettyä vain määrävän yrityksen kilpailijoita tai kauppakumppaneita kohtaan vai myös loppukäyttäjiä, eli kuluttajia, kohtaan. Myöskään EUT:n hintasyrjintää koskeva oikeuskäytäntö ei tuo asiaan selvyyttä, joskin sen perusteella on viitteitä, että SEUT 102 artikla voisi ulottua myös loppukäyttäjiin kohdistettuun syrjintään. Näissä tapauksissa oli tosin kyse maantieteellisestä syrjinnästä, joka loukkaa EU:n peruseriaatteita. Siten siitä ei voida tehdä suoria

---

<sup>55</sup> Vinnal ym. 2021, s. 97.

<sup>56</sup> Maggiolino 2019, s. 338–339.

yleistyksiä muunlaisiin syrjintätapauksiin.<sup>57</sup> Myös oikeuskirjallisuudessa on SEUT 102 artiklan ulottamista loppukäyttäjiin on pidetty mahdollisena. Viidenneksi hintasyrjintää koskevassa oikeuskäytännössä ei oteta kantaa kuluttajien hyvinvoinnin ja oikeudenmukaisuuden tavoitteisiin. EU-kilpailuoikeuden keskeisiä tavoitteita on kuluttajien hyvinvoinnin toteuttaminen, ja lisäksi myös kilpailun oikeudenmukaisuuden takaaminen on nähty tärkeäksi päämääräksi. Nämä tavoitteet voivat vaikuttaa siihen, miten personoitua hinnoittelua tul- laan arvioimaan. Etenkin syrjintää ja yhdenvertaisuutta koskeva lainsäädäntö voi vaikuttaa personoidun hinnoittelun arviointiin rajoittavasti, kun personoitu hinnoittelu on ristiriidassa perus- ja ihmisoikeuksien kanssa.<sup>58</sup>

Näin hintasyrjintää koskeva oikeuskäytäntö antaa tulkinta-apua personoidun hinnoittelun kilpailuoikeudelliselle arvioinnille. Nyt tulkinta-apua voidaan kuitenkin hakea myös Google ja Alphabet v. komissio -ratkaisusta. Esimerkiksi määräävän yrityksen personoitu hinnoittelu sen kilpailijoiden asiakkaita koh- taan tämän kilpailijan poissulkemiseksi markkinoilta voisi merkitä väärinkäyt- tävää syrjintää, jos sillä olisi poissulkevia vaikutuksia ja tämä menettely olisi kyseisen toimialan ja markkinan yksilölliset olosuhteet huomioon ottaen nor- maalista kilpailusta poikkeavaa. Personoitu hinnoittelu voi kuitenkin olla myös sallittua laatukilpailua, sillä se voi tehostaa kilpailua ja innovaatioita. Kilpailu- viranomaisella on siten edessä vaikea tehtävä personoidun hinnoittelun kilpai- luvaikutusten selvittämisessä.

### 4.3 Innovaatiokaappaus

Innovaatiokaappaus liittyy digitaalisten alustojen erityiseen rooliin välittäjänä markkinoiden eri osapuolien välillä. Erityisesti transaktio- ja sisältöalustat kuu- luvat tämän haittateorian ydinalueeseen. Innovaatiokaappauksella tarkoitetaan näiden välittäjäalustojen toimesta tapahtuvaa toimintaa, jolla ne omivat siitä riippuvaisten yhtiöiden tekemiä innovaatioita. Esimerkiksi Amazon voi hyödyntää alustalla toimivien yritysten ja alustalla tapahtuvista transaktioista syntyvää dataa valmistaakseen kopioita sen alustalla hyvin myyvistä tuotteita ja sitten tuoda näitä kopioita markkinoille alempaan hintaan. Määräävä alusta

---

<sup>57</sup> Päätöksessä *Football World Cup* komissio päätti, että Ranskan vuoden 1998 jalkapallon maailmanmestaruuskisojen lipunmyynti oli syrjivää yleisöä kohtaan, kun pääsylippuja myytiin vain kuluttajille, joilla oli postiosoite Ranskassa. Menettely syrji Ranskan ulkopuolista yleisöä näiden kansallisuuden perusteella, mikä on vastoin EU:n perusperiaatteita. Komissio päätti, että SEUT 102 artiklaa voidaan soveltaa menettelyyn, joka vahingoittaa suoraan kuluttajien etua, vaikka tällä menettelyllä ei olisi vaikutusta kilpailun rakenteeseen. Asia IV/36.888, komission päätös, vuoden 1998 jalkapallon maailmanmestaruuskisat.

<sup>58</sup> Vinnal ym. 2021, s. 103–107.

voi hyödyntää keräämänsä dataa ostajista ja myyjistä alustalla yrittääkseen sulkea kilpailun viereisillä markkinoilla. Tämäntyyppinen strategia voi olla vaihtoehtoinen sille, että estetään pääsy alustalle. Molemmat strategiat johtavat siihen, että määräävä yritys voi kerätä hyödyn niiden alamarkkinoilla toimivien kilpailijoiden tekemistä innovaatioista.<sup>59</sup>

Tämän tyyppiisiin tapauksiin soveltuva haittateoria sekä se, mitkä ovat välttämättömät ehdot haitan syntymiselle, ovat vielä kehitteillä. Innovaatiokaappauksella on kuitenkin joitakin yhtenevyyksiä vakiintuneiden haittateorioiden kanssa. Toimituksesta epäämiseen kuuluva omaisuuden välttämättömyys voisi tulla arvioitavaksi myös innovaatiokaappaustapauksissa, sillä näissä tapauksissa pääsy määräävälle alustalle on kilpailijoille käytännössä välttämättömyys. Ilman pääsyä määräävälle alustalle, ne eivät tavoita asiakkaita ja eivät voi kilpailla.

#### 4.4 Kohtuuton datan kerääminen ja käyttö

Digitaalisessa alustataloudessa data on ratkaiseva tekijä. Yritykset, joilla on pääsy laajaan ja relevanttiin dataan oikeaan aikaan, saavat kilpailuedun, kun ne voivat hyödyntää tätä dataa uusien innovaatioiden kehittämisessä. Kilpailua käydään siitä, kuka saa pääsyn tähän kallisarvoiseen dataan.<sup>60</sup> Siten kilpailuoikeudellisessa keskustelussa on herännyt huoli siitä, että määräävät yritykset käyttävät väärin määräävää markkina-asemaansa keräämällä ja käyttämällä dataa kohtuuttomalla tavalla.<sup>61</sup>

Saksan kilpailuviranomaisen, Bundeskartellamtin, päätös on tästä kuvaava esimerkki. Bundeskartellamt kielsi päätöksellään Facebookia tekemästä Facebookin käyttämisestä ehdollista niin, että käyttämisen ehtona on, että käyttäjä hyväksyy tätä ja tämän laitetta koskevan datan keräämisen ja tämän datan yhdistämisen käyttäjän Facebook-tiliin. Käyttäjän oli siis pakko hyväksyä nämä käyttöehdot, mikäli hän halusi käyttää Facebookia. Bundeskartellamt katsoi, että käyttöehdot olivat kohtuuttomia ja rikkoivat käyttäjien tietosuojaa.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> OECD 2020, s. 53.

<sup>60</sup> Crémer ym. 2019, s. 73; Kuoppamäki 2018, s. 1001.

<sup>61</sup> Kuoppamäki 2018, s. 1011-1012; OECD 2020, s. 55; Marco Botta – Klaus Wiedemann, Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision. *Journal of European Competition Law & Practice* 10(8) 2019, s. 456–478.

<sup>62</sup> Bundeskartellamt, Case summary: Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing 2019, s. 7.

Tapauksessa on huomionarvoista se, että sen seurauksena voi olla tietosuojasääntösten ulottaminen kilpailuoikeudellisen interventioon perusteeksi.<sup>63</sup>

Bundeskartellamt ei vedonnut SEUT 102 artiklaan, vaan Saksan kansallisiin kilpailusääntöksiin. Sen mukaan Facebookin käytännöt olivat hyväksikäyttäviä (Bundeskartellamt käytti termiä *exploitative business terms*) ja siten ne merkitsivät määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.

Kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta relevantti kysymys on se, että voidaanko tällaista datan keräämistä pitää SEUT 102 artiklan vastaisena. Aiemmin kilpailuoikeudellisessa keskustelussa on oltu sitä mieltä, että tietosuojaan liittyvät kysymykset eivät kuulu kilpailuviranomaiselle, vaan tietosuojaviranomaiselle. Digitaalisessa alustataloudessa tietosuojasta ja käyttöehdoista on tullut kuitenkin keskeinen kilpailutekijä. Asia voidaan hahmottaa siten, että kuluttaja maksaa ilmaisesta palvelusta luovuttamalla palvelun tarjoajalle tietoaan. Tällöin erityisen laajaa pääsyä kuluttajan tietoihin voidaan tarkastella ”kohtuuttomina sopimusehtoina”, muiden yritysten dataan pääsyn rajoittamista ”poissuljentana” ja omien sopimuskäytäntöjen ulottamista myös kilpailijoiden dataan ”kiellettyinä vipuamisena”.<sup>64</sup> Mahdollista on myös hyväksikäyttävien ja poissulkevien väärinkäyttömuotojen yhdistäminen.<sup>65</sup>

Mäihäniemi katsoo, että kun käyttäjien tulee tapauksessa maksaa Facebookin käytöstä datallaan, Bundeskartellamt luo tapauksessa uuden väärinkäyttötyyppin, jossa henkilökohtaisen datan kerääminen ei ole vain markkinavoiman lähde, vaan myös keino väaristää kilpailua tai käyttää väärin määräävää markkina-asemaa.<sup>66</sup> Näkemykseen on helppo yhtyä. Tapaus on hyvä esimerkki siitä, miten määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä digitaalisessa alustataloudessa tutkittaessa on omaksuttava uudenlaisia käsityksiä. Erityisesti datan merkitys on ymmärrettävä, ja se, että data voi olla keino määräävän markkina-aseman väärinkäyttämiseksi.

#### 4.5 Laadun huonontaminen

Digitaaliset alustat toimivat usein kaksipuolisilla markkinoilla. Alustataloudessa tyyppillinen tilanne on, että kuluttajille tuote tai palvelu annetaan ilmaiseksi ja toisella puolella kuluttajista kerätystä tiedosta veloitetaan tämän

---

<sup>63</sup> Kuoppamäki 2018, s. 318–319.

<sup>64</sup> Ibid., s. 319.

<sup>65</sup> OECD 2020, s. 55.

<sup>66</sup> Mäihäniemi 2019, s. 355–356.



tiedon hyödyntäjiä.<sup>67</sup> Vaikka palvelu siis on usein kuluttajalle ilmainen rahallisesti, hän ”maksaa” siitä kuitenkin luovuttamalla tietojaan alustan käyttöön. Tällöin keskeinen kilpailuparametri on alustan laatu. Tällöin voidaan ajatella, että kilpailu tapahtuu lisäämällä investointeja laatuun. Kuitenkin kun yritys operoi kaksipuolisilla markkinoilla ja saa tulonsa toiselta puolelta markkinaa, sille voi liiketoiminnallisesti olla kannattavaa heikentää laatua sillä puolella markkinaa, joka on ilmainen (edellyttäen, että se kuitenkin onnistuu pitämään kuluttajat alustalla laadun huonontamisesta huolimatta. Tällöin yritys hyötyy alustan alhaisemmista ylläpito- ja kehittämiskustannuksista).<sup>68</sup> Jos yritys on määräävässä asemassa, on pohdittava, voiko laadun huonontaminen olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Kyseessä voisi olla jokin hyväksikäyttävä väärinkäyttömuoto. Tässä suhteessa myös SEUT 102 artiklan b-kohta on mielenkiintoinen, sillä siinä todetaan, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä voi olla ”teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi.” Laadun huonontaminen voisi merkitä tällaista ”teknisen kehityksen rajoittamista”.

#### 4.6 Tietojen manipulointi

Colangelo ja Maggolino ovat hahmottaneet Googlen menettelyn SEUT 102 artiklan vastaiseksi sen perusteella, että Googlen toiminta oli tietojen manipulointia. He katsovat, että Google syyllistyi tietojen manipulointiin muokkaamalla hakukonettaan niin, että se näytti sen oman tuotevertailupalvelun tulokset ensimmäisinä. He katsovat, että tämä tarkoitti käytännössä vähemmän luotettavien tuloksien näyttämistä kuluttajille ilman, että tästä olisi asianmukaisesti tiedotettu kuluttajia.<sup>69</sup>

Tietojen manipuloinnin voidaan ajatella koskevan erityisesti juuri hakukoneita, sillä oletus on, että hakukoneet näyttävät hakutulokset puolueettomasti ja neutraalilla tavalla. Niiden tarkoitus on näyttää relevantimmat tulokset (tai ainakin tämä on oletus). Myös tietojen manipulointi voisi merkitä jotakin hyväksikäyttävää väärinkäyttömuotoa, ja sitä voitaisiin arvioida samaan tapaan laadun huonontamisen kanssa SEUT 102 artiklan b-kohdan ”teknisen kehityksen rajoittamisen” näkökulmasta. Ongelmaksi muodostuu tosin se, että esimerkiksi juuri hakukoneiden kohdalla algoritmien itsenäinen toiminta voi olla

---

<sup>67</sup> Esim. Lapo Filistrucchi – Damien Geradin – Eric van Damme – Pauline Affeldt, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series no. 09/2013, s. 293–339.

<sup>68</sup> Ezrachi – Stucke 2016, s. 72.

<sup>69</sup> Margherita Colangelo – Mariateresa Maggolino, *Manipulation of Information as Antitrust Infringement*. *Columbia Journal of European Law*, Forthcoming 2018, s. 11–12.

hyvin vaikea erottaa aktiivisesta manipuloinnista. Tämä pätee laajemminkin kaikkeen yritystoimintaan, jossa hyödynnetään algoritmeja.

## 5 Lopuksi

Tutkimuksessa tutkittiin ensin Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen antamaa ratkaisua tarkoituksena havaita, millaista SEUT 102 artiklan tulkinta etenkin haittateorioista on digitaalisessa alustataloudessa. Tuloksena esitettiin, että ensinnäkin syrjintä haittateorianana voi nousta digitaalisessa alustataloudessa keskeiseen asemaan. Toiseksi huomattiin kaksi yleistä tulkintaan liittyvää piirrettä, joista ensimmäinen on se, että vakiintuneet haittateoriat eivät välttämättä sovellu digitaalisessa alustataloudessa. Toisen piirteenä esitettiin, että digitaalisen alustatalouden yhteydessä tapahtuvan määräävän markkina-aseman väärinkäytön analyysissä painottuu menettelyn vaikutukset ja yksilölliset olosuhteet.

Toisessa osassa tutkimus painottui enemmän kirjallisuuteen, jonka perusteella pyrittiin vastaamaan kysymykseen siitä, millaista SEUT 102 artiklan tulkinta määräävän markkina-aseman väärinkäyttömuodoista on digitaalisessa alustataloudessa. Toisin sanoen pyrittiin havaitsemaan, millaisia uusia väärinkäyttömuotoja digitaalinen alustatalous mahdollistaa, ja millaiselta näiden uusien väärinkäyttömuotojen suhde SEUT 102 artiklaan vaikuttaa. Tuloksena havaittiin, että tällaisia menettelyjä on itsensä suosiminen, personoitu hinnoittelu, innovaatiokaappaus sekä erilaiset informaatioperusteiset väärinkäyttömuodot. Yhteistä niille on se, että ei ole selvää, millä perusteella ja millaisten ehtojen täytyessä ne ovat SEUT 102 artiklan vastaisia. Voidaan kuitenkin sanoa, että perusteissa ja ehdoissa tullaan painottamaan menettelyn vaikutuksia sekä tapauksen yksilöllisiä olosuhteita. Tässä suhteessa myös syrjinnällä haittateorianana voi olla merkitystä. Syrjintä sateenvarjokäsitteenä ja mukautuvana työkaluna voi nimittäin tarjota ongelmaan ratkaisun. Lisää tutkimusta tästä ja eri väärinkäyttömuodoista ja niiden suhteesta SEUT 102 artiklaan kuitenkin tarvitaan, jotta niihin voidaan puuttua tulevaisuudessa.

Näitä menettelyitä tutkimalla havaittiin myös, että digitaalisessa alustataloudessa tekijät, joiden perusteella kilpailuviranomaisen tulisi havaita kilpailulle epätoivotut menettelyt, ovat huomaamattomampia ja monitulkintaisempia kuin perinteisillä markkinoilla. Kaksipuolisilla markkinoilla palvelu voi olla kulluttajalle ilmainen, jolloin yritys ei voi soveltaa hintaan perustuvia strategioita, joita kilpailuviranomaisen olisi sinänsä helppo havaita (hinta on konkreettinen mittari, jonka perusteella voidaan tehdä havaintoja yrityksen soveltamasta

strategiasta: onko kyseessä esimerkiksi saalistushinnoittelu). Sen sijaan tekijät ovat muunlaisia. Esimerkiksi palvelun laatu tai yrityksen soveltama tietosuojakäytäntö voi olla tekijä, jonka suhteen menettelyn sallittavuutta tulisi arvioida. Miten tällöin määritellään esimerkiksi se, milloin yrityksen palvelun laadun huonontaminen yrityksen toimesta (koska se voi olla liiketoiminnallisesti kannattavaa) tai yrityksen keräämä datan määrä merkitsee määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä?

Väärinkäyttömuotoja tutkimalla voidaan havaita myös se, että vaikka edellä mainitut päätelmät soveltuvat yleisesti kaikenlaisiin digitaalisessa alustataloudessa ilmenevien väärinkäyttömuotojen tulkintaan, eri väärinkäyttömuodoilla on myös yksilöllisiä ominaispiirteitä, jotka vaikuttavat tulkintaan. Esimerkiksi kohtuutonta datan keräämistä ja käyttöä arvioitaessa tulkintaan voi vaikuttaa tietosuojalainsäädäntö ja personoidun hinnoittelun kohdalla taas oikeustieteellinen analyysi voi tulla tarpeeseen.

Digitaalinen alustatalous haastaa siten kilpailuoikeuden vakiintuneita käsityksiä, ja pakottaa kilpailuviranomaisen omaksumaan uudenlaisia lähestymistapoja. Tämä tarkoittaa ensinnäkin sitä, että kilpailuviranomaisen tulee olla valmis tunnistamaan uudenlaisia määräävän markkina-aseman väärinkäyttömuotoja, joita digitaalinen alustatalous mahdollistaa, ja arvioimaan niiden suhdetta SEUT 102 artiklaan. Ellei valmiutta ja ymmärrystä näistä menettelyistä ole, voi seurauksena olla kilpailun ja innovaatioiden heikentyminen.

Digitaalinen alustatalous voi parhaimmillaan tehostaa monia yhteiskunnan eri toimintoja ja ratkaista erilaisia ongelmia, mutta samaan aikaan siihen liittyy myös merkittäviä riskejä. Lainsäädännön ja oikeustieteen tehtävä on painottaa näitä seikkoja keskenään ja luoda edellytykset sille, että digitaalisen alustatalouden mahdollistamat hyödyt saadaan maksimoitua ja vastaavasti haitat minimoitua. Tämä tarkoittaa tehokkaan, innovatiivisen ja reilun kilpailun takaamista, jossa otetaan huomioon myös kuluttajien hyvinvointi. Näin digitaalisen alustatalouden hyödyt saadaan valjastettua niin kuluttajien, yritysten kuin koko yhteiskunnankin käyttöön täysimääräisesti.