



Nordic Journal of Legal Studies

Volume 3 | Issue 1 | 2024

Antti Suomalainen – Perspectives to Mobile Cramming: Methods, Liability, and Potential Anti-Cramming Measures

Matias Koivulehto – Demokraattisen oikeusvaltion ja Metan itsesääntelyn yhteensopivuudesta: Oversight Board sananvapauden valvojana – *On the Compatibility of the Democratic Rule of Law and the Self-Regulation of Meta: The Oversight Board as a Guardian of Freedom of Expression*

Lauri Leskelä – *Yrityssalaisuuden ja ammattitaidon rajanveto – Drawing the Line Between a Trade Secret and the Skill of an Employee*



LAPIN YLIOPISTO
UNIVERSITY OF LAPLAND

Nordic Journal of Legal Studies

The *Nordic Journal of Legal Studies* (NJLS) is a double-blind peer-reviewed student journal of law. The journal comprises a variety of articles within the legal discipline. Current students of law and recent graduates author the majority of the articles for the journal.

Editorial Board

Name	Title	Affiliation
Touko Johannes Sinisalo	Editor-In-Chief	University of Lapland
Essi Holden	Editor	University of Lapland
Joonas Tiger	Editor	University of Lapland

Contact editorial board at njls@ulapland.fi

Advisory Board

Name	Title	Affiliation
Mikko Huttunen	Senior Researcher	University of Lapland
Anssi Kärki	University Lecturer	University of Lapland
Juhana Riekkinen	University Lecturer	University of Lapland
Béatrice Schütte	Postdoctoral Researcher	University of Helsinki

Publisher

University of Lapland
P.O. Box 122
FI-96101 Rovaniemi
FINLAND

njls@ulapland.fi

Digital Distribution

Nordic Digital Publishing
P.O. Box 202
FI-00101 Helsinki
FINLAND

support@nordpub.net

Call for papers

NJLS announces call for papers for the 1/2025 issue.

Deadline for submission 1st of December 2024.

More information and submissions: njl.s.eu



Table of Contents

5 Editorial Note

Essi Holden

7 Chefredaktørens forfatterkald

Special Call for Papers

Touko Johannes Sinisalo

8 Perspectives to Mobile Cramming: Methods, Liability, and Potential Anti-Cramming Measures

Antti Suomalainen

31 Demokraattisen oikeusvaltion ja Metan itsesääntelyn yhteensopivuudesta: Oversight Board sananvapauden valvojana

On the Compatibility of the Democratic Rule of Law and the Self-Regulation of Meta: The Oversight Board as a Guardian of Freedom of Expression

Matias Koivulehto

74 Yrityssalaisuuden ja ammattitaidon rajanveto

Drawing the Line Between a Trade Secret and the Skill of an Employee

Lauri Leskelä

Editorial Note

Dear Readers,

Welcome one and all to this third issue of the Nordic Journal of Legal Studies. It is our pleasure as the Editorial Board, to introduce this issue's articles to you, valued reader. This issue introduces articles covering pressing and important topics from across the legal field. Personally, I would like to extend a thank you to the authors published in this issue for their well-reasoned articles the Editorial Board has been delighted with, and I am sure the readers of this issue. Thank you for your insightful work expressing and sharing your knowledge, it has been a joy to read them all.

The first article is leading us to the world of globalised, technological developments addressing the worldwide issue of mobile cramming. Mobile cramming is where unauthorised charges are added to mobile telephone bills. The article offers perspectives from the United States and Finland, with both countries taking different approaches to cramming prevention, and examines the chain of liability and government intervention in both countries. The author underscores a need for more preventative measures as mobile cramming perseveres despite existing regulatory mechanisms.

The rule of law and the interplay with 'Big Tech' is put into focus for our second article, as the author considers the compatibility of Meta's self-regulation through its Oversight Board to the notion of *Reschtsstaat*. The article focuses on the significance of right to freedom of expression within a global network society. Internet based social media companies, such as Meta, influence democratic processes through self-regulation and content moderation. The research is underpinned by the work of Kaarlo Tuori and European legal discipline, in assessing the role of Meta's Oversight Board and goes further to interrogate Meta's suitability as a sphere of public democracy.

Finally, the third article turns our attention to an ambiguity within the Finnish Criminal Code pertaining to trade secrets and the professional skills of an employee. The Criminal Code prohibits unlawful disclosure of trade secrets to another person during employment which extends a further two years after the

cessation of employment. However, the use of professional skills is omitted from the prohibition, leading to ambiguity between 'skill' and 'trade-secret', especially with amendments to rules governing non-compete agreements. With no Finnish Supreme Court precedent, the article draws on 43 Court of Appeal rulings and critiques the view that stored information is generally to be considered a trade secret. Concluding, the author encourages an objective analysis based on an employee's ability to produce the information and recommends tightening of the confidentiality requirements for trade secrets, placing an emphasis on the employer's role in protecting confidential information.

The constant thread running through this issue of the Nordic Journal of Legal studies is the continuing relationship between technological advancements and the maintenance of the rule of law. Taking in the perspectives of intellectual property, consumer rights, freedom of expression and finally employee rights vs confidentiality obligations, we hope that these articles provide a nuanced and informed perspective on the topic.

Thank you for taking the time to engage with and digest this edition and we look forward to bringing you issue four in due course.

Essi Holden
Editor

Chefredaktørens forfatterkald

Special Call for Papers

Kære læser,

På vegne af redaktionen vil jeg gerne takke dig for at læse vores tidsskrift, som har til formål at give studerende og nyuddannede jurister mulighed for at publicere deres akademiske forskning.

Dette er allerede det tredje nummer af Nordic Journal of Legal Studies, og jeg har en anmodning til alle, der skriver på skandinaviske sprog. Vores tidsskrift er flersproget, og vi tilbyder mulighed for at publicere artikler på alle skandinaviske sprog. Vi er især på udkig efter artikler på dansk, svensk og norsk til vores kommende fjerde nummer.

Hvis du har en passende artikel, som du er interesseret i at publicere, bedes du indsende artiklen eller kontakte redaktøren via e-mail.

Touko Johannes Sinisalo
Chefredaktør

Perspectives to Mobile Cramming: Methods, Liability, and Potential Anti-Cramming Measures

Antti Suomalainen*

Abstract

During the last few decades, the illegal practice of inserting unauthorized charges in mobile bills, “mobile cramming”, has emerged worldwide in the field of direct carrier billing. In the United States, civil and criminal aspects regarding mobile cramming have been addressed and prominently displayed in governmental investigations and notable legal cases. In Finland, the discussion on mobile cramming has focused solely on questions about the contractual liability of the parties involved. This article aims to bring clarity to the phenomenon by describing the potential cramming and anti-cramming methods, the chain of liability and the parties involved. The article also describes what courses of action have been taken by governmental officials when pursuing mobile cramming cases in Finland and the U.S. Due to the lack of case law in Finland, the issue is addressed from the perspective of the Competition and Consumer Authority. In conclusion, it is summarized that regardless of the preventive regulatory measures, the practice of mobile cramming still exists, and the crammers are finding new avenues for their operations through regulatory loopholes. Contractual liability for unauthorized charges has been acknowledged to be divided among the parties involved, but this alone is not sufficient to prevent mobile cramming in Finland. More attention needs to be paid to effective preventive measures.

Keywords: *Direct Carrier Billing, Mobile Cramming, Mobile Payment*

*The author is a master's student of law at the Tallinn University of Technology, Department of Law. The author's master's thesis is based on the article (an article-based thesis).

1 Introduction

The appearance of direct carrier billing (DCB) has transformed the way mobile phone bills can be utilized. Instead of only covering expenses arising from the use of the mobile phone, DCB enabled the mobile phone bill to be used as a payment method for third party products and services. Instead of using a bank card, these products and services would be billed directly from the mobile phone users incoming phone bill.

After mobile payments and DCB started gaining popularity, the negative aspects related to mobile payment systems also started to emerge. The mobile payment sector was seen as unorganized and risky due to the lack of standardization and due to unclear rules on liability in fraud situations. Also, the uncertainty about the net benefits to consumers of mobile payments relative to traditional payment methods was affecting the consumers perception¹. The mobile payment methods of premium rate services (PRS) and DCB were seen as particularly open to fraud. PRS refers to delivery of services that allow content providers to deliver specific services, such as information or entertainment, to users at an elevated cost – “premium rate” using prefixed premium rate numbers or short code messaging. In contrast, DCB enables the billing of the end-user by directly linking their account to the charges for the good or service being purchased². Mobile cramming through DCB is *the facto* modern and developing mobile cramming method³. This is due to the decreased use of WAP and SMS technologies⁴ and due to the decreasing popularity of commercial premium rate numbers⁵. Increased use of DCB has also resulted in pushbacks from the public in EU countries in the form of consumer complaints⁶. In the United States numerous consumer complaints have led to landmark legal cases. The U.S. Federal Trade Commission (FTC) has sued content

¹ Hayashi, Fumiko, Mobile payments: What's in it for consumers?, Economic Review 35, Federal Reserve Bank of Kansas City 2012, p. 41–42.

² This article mainly focuses on direct carrier billing, which has become the typical method of inserting unauthorized charges to phone bills during the era of smartphones.

³ US Office of Oversight and Investigations, Staff Report for Chairman Rockefeller, Cramming on Mobile Phone Bills: A Report on Wireless Billing Practices 2014, p. 2.

⁴ Parlakkiliç, Alaattin, Responsive mobile learning (m-learning) application design and architecture in fog computing, International Journal of Modern Education Studies 3.2 2019, p. 83.

⁵ US Office of Oversight 2023, p. 37.

⁶ BEREC, Report on the handling of third party payment charges on mobile phone bills, BoR (21) 118/2021, p. 4.

providers and major mobile phone companies for purportedly running or participating in mobile cramming schemes. Almost all the cases have been settled with sizeable monetary judgments, with the cases against AT&T and T-Mobile ending up with the mobile operators paying massive settlements⁷.

At the end of 2015, also the Consumer Ombudsman of the Finnish Competition and Consumer Authority (FCCA)⁸ received complaints on unauthorized mobile phone bill charges and subsequently gave a line decision on the matter. According to the Ombudsman, the consumers did not know the source of the charges and had no recollection of making a purchase⁹. This description by the Finnish customers is universally associated with the practice of mobile cramming. Mobile cramming is essentially a fraud - an illegal and deceptive billing practice. In mobile cramming third-party companies or individuals, using DCB, insert fraudulent unauthorized or misleading charges directly to a consumer's mobile phone bill. These charges can appear in the form of any type of payment, or subscription-based service that consumers never authorized or intended to sign up for¹⁰.

Against this backdrop, in the second section, this article seeks to map and present the background and general issues of mobile cramming. The third section investigates the Finnish and U.S. case law context with the help of several examples, as well as FCCA's line decision and information requested by the author from the agency. The fourth section offers a view of the issues related to the regulation surrounding mobile cramming. The fifth section concludes that mobile cramming is not fully understood as a phenomenon and mobile operators, authorities and regulatory bodies need to boldly address issues related to it to protect consumers in Finland from the fraudulent practice. This could be accomplished e.g. by expanding the regulatory obligations on direct carrier billing.

⁷ Caroline E. Sweet, *The Hidden Scam: Why Consumers Should No Longer Be Forced to Shoulder the Burden of Liability for Mobile Cramming*, 11 *J. Bus. & Tech. L.* 69 (2016), p. 77–78.

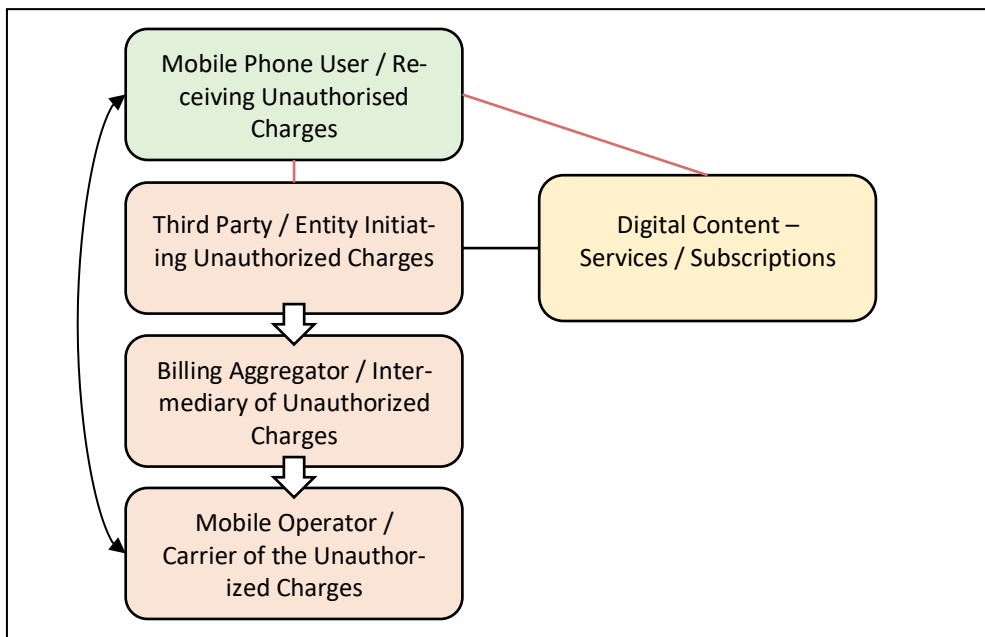
⁸ English translation of *Kilpailu- ja kuluttajavirasto / Konkurrens- och konsumentverket* (KKV).

⁹ KKV/1491/14.08.01.05/2015, KKV/1490/14.08.01.05/2015, KKV/1489/14.08.01.05/2015, decision of 13.5.2016. <https://www.kkv.fi/paatokset/kuluttaja-asiat/teleyrityksen-vastuu-liittymalaskulla-veloitettavista-ostoksista-ja-tilauksista-seka-mobiilimaksua-koskeva-tiedonantovelvollisuus/>, Accessed 10.12.2023.

¹⁰ Sweet 2016, p. 71–72.

2 Background

2.1 Describing and mapping mobile cramming



Author's figure on Mobile Cramming¹¹

Sweet described mobile cramming as a “*fraudulent practice in which a company other than a mobile phone carrier (e.g., Sprint or Verizon) places charges on a consumer's mobile telephone bill that the consumer did not authorize*”¹². The U.S. Federal Trade Commission defines mobile cramming as “a modern version of a long-time scam in which consumers' phone bills are used as a vehicle for unauthorized charges placed by third parties”¹³. The Law Insider's online dictionary defines “cramming” as: “the practice of charging customers

¹¹ Author's picture. Mobile phone user – owner of a registered phone number who owns a mobile phone subscription with the mobile operator. Third party – an individual or company initiating unauthorized charges. For these charges, digital content can be used as a fraudulent vessel. Unauthorized charges can also be placed directly to the phone bill without any interaction with digital content services or subscriptions. Billing aggregator – payment facilitator between the third party and the mobile operator. Billing aggregator is in direct contract with the mobile operator for organizing the billing on behalf of the third party. Mobile operator/carrier – e.g. Telia, DNA etc. billing the mobile phone user with unauthorized charges

¹² Sweet 2016, p. 70.

¹³ The US Federal Trade Commission's official website. <https://www.ftc.gov/news-events/top-ics/mobile-cramming>, Accessed 7.12.2023.

for services that they have not ordered or have been sold in a deceptive manner such that the customer is not reasonably aware of the nature or price of the service for which he or she is being charged”¹⁴.

In comparison to the standard billing process, mobile cramming situations are preceded by several repeating elements: lack of contractual order and purchase confirmation, lack of customer contact and lack of customer consent. Mobile cramming through DCB is typically exercised by deliberately shortcutting through the confirmation stages of the purchase process¹⁵.

In the initial stages, the third party creates a contractual connection to carrier billing platforms typically using websites and apps. Using these channels as phishing links to “trap” the mobile phone user, the third party obtains the users’ data and subscribes the user to digital content or other services¹⁶ (the mobile phone user never agrees to any contract and never authorizes any subscriptions or payments). Methods used to initiate cramming can also include deceiving the customers with fraudulent promotional material, as well as a social engineering technique known as negative option marketing¹⁷. Mobile cramming can be initiated with computers or smartphones, in essence any device with mobile service contract and number attached to it¹⁸. This is because for the DCB method the mobile subscription needs to be identified in order to accept payments¹⁹. In most cases, the third party then delivers the fraudulent billing data to a billing aggregator, who in turn installs the fraudulent payments to the mobile phone user’s phone bill²⁰. The payment confirmation can be forged²¹. Third party content providers are trusted to offer billing aggregators with supposedly truthful evidence of purchase data²². Mobile phone operator receives the fraudulent billing data from the third party or

¹⁴ Law Insider’s online dictionary. <https://www.lawinsider.com/dictionary/cramming>, Accessed 7.12.2023.

¹⁵ BEREC 2021, p. 8.

¹⁶ In mobile cramming cases digital content and services are typically useless “spam material” used as a “front” for the unauthorized billing. In some cases, the content only exists in writing.

¹⁷ Merve Sahin et al., Sok: Fraud in telephony networks, European Symposium on Security and Privacy IEEE 2017, p. 244.

¹⁸ US Office of Oversight 2014, p. 38–39.

¹⁹ Nadin Vazquez Torralba, Security Analysis of Mobile Payments: Direct Carrier Billing, 2017, p. 76.

²⁰ Billing aggregators are not always necessary for mobile cramming and unauthorized charges might be sent without the involvement of a billing aggregator.

²¹ Vazquez Torralba 2017, p. 77.

²² David J. Balan et al., Economics at the FTC: Fraud, mergers and exclusion, Review of Industrial Organization 47 2015, p. 375.

billing aggregator and is then responsible for the processing of the phone bill. Ultimately the phone bill is delivered by the mobile operator to the mobile phone user²³. The mobile phone user ultimately pays the phone bill with the unauthorized charges included. The parties involved share the profit derived from the payment, each getting a share. E.g. in the U.S., it has been estimated that third-party wireless billing constitutes a multi-billion-dollar industry, and that wireless cramming has likely cost consumers hundreds of millions of dollars²⁴.

The practice of mobile cramming violates several laws and regulations and is often seen as fraudulent. Regulations and laws that mobile cramming may breach can differ depending on the jurisdiction, yet typical legal concerns related to it include areas of consumer protection, telecommunication, trade practice and commercial regulation. On top of contractual violations, mobile cramming can include aspects of individual criminal liability. It is not exactly clear to what extent different parties are deliberately involved in the cramming schemes. E.g., in the U.S. it has been alleged that mobile aggregators and third-party vendors have colluded to facilitate unauthorized charges to customers phone bills²⁵.

2.2 Defining direct carrier billing and mobile payment

As stated, DCB refers to a payment method which allows mobile device users to make purchases by charging payments directly to their mobile phone bill. In contrast, “mobile payment” can be also seen as any payment where “a mobile device is used to initiate, authorize and confirm an exchange of financial value in return for goods and services”²⁶. According to the FCCA, a mobile payment happens “when the consumer uses a mobile data connection from their mobile phone, tablet or laptop and selects a mobile payment as the payment method on the service provider's website. The operator identifies the mobile device based on the IP address (and indirectly the SIM card of the subscription) and the payment is charged on the subscription invoice”²⁷.

In Finland, the popularization of DCB was originally a joint operation of the Finnish mobile operators through Teleforum (advocacy and cooperation

²³ US Office of Oversight 2014, p. 38.

²⁴ *Ibid.*, p. 18–19.

²⁵ *Ibid.*, p. 2.

²⁶ Yoris A. Au – Robert J. Kauffman, The economics of mobile payments: Understanding stakeholder issues for an emerging financial technology application. *Electronic commerce research and applications* 7.2 2008, p. 141.

²⁷ FCCA decision of 13.5.2016.

organization for producers of services offered via telephone). Work on the project started in 2014 and the operators agreed on the DCB framework, which was supposed to standardize the payment process among the mainstream mobile operators. It was also decided that DCB is supposed to be governed by the ethical rules created by the ethical board of commercial telephone services (MAPEL) upheld by Teleforum²⁸. The payment option of direct carrier billing is supposed to be recognizable from a special insignia (mobile payment button/logo that needs to present during the payment transaction). The payment process is meant to include a two-stage payment confirmation. Also, a summary of purchase information must be present and clearly marked. It must be disclosed what the customer is buying and what is the purchase price. The customer must also be notified that the purchase will be charged on the phone bill²⁹. The Finnish Mobiilimaksu/Mobilbetalning scheme is not used in international platforms.

For the purposes of this article, the term “mobile operator” is used to refer to entity (usually a company) that maintains a telecommunications network and/or performs invoicing for its use.

2.3 General issues

Due to the deceptive nature of mobile cramming, it can be difficult for the mobile phone user (consumer) receiving the mobile phone bill to notice the unauthorized charges, as well as to understand the source of them. Crammed charges usually appear as small service fees on the back pages of the mobile phone bill underneath the mobile operator’s listed charges³⁰. Also, without knowledge of the liability of the parties involved it can also be unclear where to direct complaints related to the unauthorized charges and where to seek remedies from³¹. It seems to be universal that in mobile cramming situations, the loose regulation and the customer service conduct of the mobile operator places the burden on the consumer and forces the consumers to directly con-

²⁸ Juhani Pirinen, *Mobiilimaksujen maksuvälitysjärjestelmän kehitys Drupal 8-sisällönhallintajärjestelmällä*. Karelia University of Applied Sciences 2017, p. 32–33.

²⁹ Digital Forum Finland ry, *Mobiilimaksu - Graafinen ohjeisto*, p. 11. <http://www.mobiilimak-suinfo.fi/mobiilimaksu-visual-assets.zip>, Accessed 30 December 2023

³⁰ Sweet 2016, p. 73–74.

³¹ Amy J. Schmitz, *Organic Online Dispute Resolution: Resolving “Cramming” Claims as an Example*, Banking & Financial Services Policy Report 32.9 2013, p. 2.

tact the third party. The consumer must immediately address any unauthorized charges, and proactively prevent further unauthorized charges from appearing³².

Mobile carriers are capable of intervening and possess the ability to stop cramming schemes. The carriers receive constant complaints and requests for refunds from the consumers. This should early on steer any responsible operators away from the cramming entities. However, several market factors encourage the carriers not to act. The lack of public understanding of the mobile payment market ensures that unauthorized billing can be exploited without adverse market reaction. Cramming can continue in the background apart from other mobile operations. Even after encountering crammed charges in a phone bill received from their mobile operator, many consumers can not exit the customer relationship due to the underlying contractual circumstances, or due to the increased fees following the changing of mobile operators. Also, some consumers can be satisfied with refunds, which can help to ease the negative market pressure on the mobile operators. As only the most persistent consumers end up being refunded for at least part of the crammed charges, this refund scheme can end up whitewashing a large part of the illegal billing practice³³. As telephone subscription can be viewed as an everyday necessity service offered by a regulated industry, many consumers can place excessive trust on the billing process of the mobile operator.

3 Anti-cramming approaches

3.1 Mobile cramming in the United States

The Federal Trade Commission of the United States noted already in 2012 that mobile cramming had become a significant consumer problem³⁴. In the following year, the FTC's Mobile Cramming Roundtable concluded that the mat-

³² Schmitz 2013, p. 10.

³³ Balan 2015, p. 376.

³⁴ Amy J. Schmitz, Ensuring Remedies to Cure Cramming, *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 14 2012, p. 877.

ter is starting to become a major issue around the world, including in Canada³⁵. In 2017, around 2 million people in the United States reported experiencing fraud related to consumer products and services³⁶.

In the U.S., mobile cramming has been addressed from both, civil and criminal perspective. Mobile operators, third party service providers and mobile aggregators have been challenged by the FTC which has filed enforcement actions for the unauthorized billing of consumers. FTC has the mandate to start investigations and proceed with filing of lawsuits³⁷. Federal Communications Commission (FCC) has also been instrumental in investigating mobile cramming schemes in the U.S.³⁸. In the most prominent cases, FTC was pursuing enforcement actions against two of the leading mobile operators (AT&T and T-Mobile)³⁹. During the same year, the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) pursued enforcement actions against the Sprint Corporation⁴⁰ (Sprint Corporation was acquired by T-Mobile in 2020). The billing was regarded as unfair and deceptive. In these cases, consumers had been charged with third-party subscription services. The billing process was continued despite being surrounded by constant consumer complaints, high refund rates, as well as law enforcement actions. It was found that the carriers had earned substantial profits from the unauthorized billing practice⁴¹. The mobile operators ended up settling the cases, with AT&T settling for 105 million and T-Mobile for 90 million dollars⁴². There have also been other ethical concerns related to the conduct of the U.S. based mobile operators⁴³.

³⁵ Steve Trites, Charles Gibney, Bruno Lévesque, Mobile payments and consumer protection in Canada, Financial Consumer Agency of Canada 2013, p. 32.

³⁶ Rachel Morgan Elizabeth, Financial fraud in the United States 2017, US Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Statistics 2021, p. 1.

³⁷ Kirsten Martin, Privacy law for business decision-makers in the United States, Ethics of Data and Analytics 2022, p. 131.

³⁸ Jaewan Lim, Sungjune Park, Chandra Subramaniam, Reporting Spam Calls and Texts: A Comparative Study of the US and South Korea 2020, p. 1.

³⁹ *FTC v. T-Mobile USA, Inc.*, No. 2:14-cv-00967 (W.D. Wash. July 1, 2014), *FTC v. AT&T Mobility, LLC*, Case 1:14-mi-99999-UNA (N.D. Ga. October 8, 2014).

⁴⁰ *CFPB v. Sprint Corporation*, Case 14-cv-9931 (S.D.N.Y. December 17 2014).

⁴¹ Lucy E. Morris, CFPB and FTC Take Different Approaches in Mobile Cramming Cases, *Bus. L. Today* 2015, p. 1.

⁴² Nicolas A. Florio, Some Added Security: Applying Lessons from Bankruptcy Law to Strengthen the Collection of Consumer Fraud Penalties, *Federal Communications Law Journal* 75.2 2023, p. 264–265.

⁴³ Alan N. Hoffman and Natalia Gold, T-Mobile “The Un-Carrier”: Good Strategy Despite Ethical Concerns, *Rotterdam School of Management Erasmus University* 2016, p. 1–3.

In the U.S., individuals engaged in a mobile cramming schemes have been also charged with criminal charges and convicted of fraud. In a case from 2015, an individual was sentenced to a federal prison term for orchestrating a cramming scheme that operated across the country⁴⁴. In another notable case, the Frauds and Cybercrime Unit of the U.S. Attorney's Office prosecuted individuals, including the Chief Executive Officer and the Vice President of Compliance & Consumer Protection of a billing aggregator company, as well as representatives of third-party content providers for their involvement in a mobile cramming scheme. The illegal profits gained through the scheme were estimated to comprise over 150 million dollars in illegal profits. The CEO of the billing aggregator involved ultimately received a 10-year prison sentence⁴⁵. Besides the criminal charges filed by the Attorneys Office against the individuals involved, enforcement actions were also filed by the FTC against the companies and individuals connected to the scheme. FTC successfully enforced halting orders against the companies in 2023. The companies and individuals involved were ultimately prohibited from engaging in telephone billing and from making misrepresentations about products or services. Additionally, the responding parties were prohibited from using or benefiting from the customer data collected through the mobile cramming scheme and required to destroy any remaining customer data in their possession⁴⁶.

3.2 Mobile cramming as a fraud/crime

In general, fraud can be characterized as any illegal activity including the use of deception to acquire an advantage⁴⁷. The possibility of prosecuting mobile cramming as a fraud depends on the evidential circumstances. E.g., in Finland, fraud can be further divided into serious or minor fraud, depending on the circumstances⁴⁸. The type of fraud committed is usually evaluated against the monetary profits pursued or gained with the criminal action. In Finland, the

⁴⁴ FBI newsletter September 15, 2015. <https://www.fbi.gov/news/stories/-cramming-scheme-operator-sentenced>, Accessed 30 December 2023.

⁴⁵ U.S. Attorney's Office, Southern District of New York, press release 18-103, April 3, 2018. <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/former-mobile-phone-industry-ceo-sentenced-manhattan-federal-court-10-years-prison-role>, Accessed 23 December 2023.

⁴⁶ Federal Trade Commission, press release, November 15, 2023. <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/11/ftc-obtains-orders-halting-mobile-cramming-scheme>, Accessed 28 December 2023.

⁴⁷ Tim Prenzler, What works in fraud prevention: A review of real-world intervention projects, *Journal of Criminological Research Policy and Practice* 6(1) 2020, p. 83.

⁴⁸ Annika Härkki, Vakuutuskorvauksiin kohdistuvat petokset, University of Eastern Finland 2023, p. 56–63.

threshold for serious fraud has been around 10 000–17 000 EUR in criminal profits⁴⁹. Fraud in the criminal law sense is committed by individuals instead of companies and billing related frauds have been traditionally defined as so called “white collar crimes”⁵⁰. Fraudulent practice exercised via the internet can be masked with operations that seem legitimate and involve aspects of cybercrime⁵¹. This is what can differentiate mobile cramming fraud from traditional white-collar crimes.

3.3 Context of Finland

In Finland, the Communications Regulatory Authority (TRAFICOM) operates in the role of overseeing the legal obligations and rights of electronic service providers besides overseeing the secure operation of network and communication services⁵². In Finland, direct carrier billing first emerged in 1997 when products could be purchased from vending machines and paid with phone bills. The number of mobile subscriptions in Finland has increased significantly ever since. Combined with the increasing digitalization of society, there are more business openings for DCB to be utilized⁵³. Nordic countries have been gradually moving towards a change to cashless societies⁵⁴. With the increased use of DCB during the last few decades, also the discussion surrounding the emergence of mobile cramming has been raised in the public media on multiple occasions. In July 2010, it was reported that unauthorized charges have started to appear, and they have caused confusion among mobile phone users⁵⁵. Initially the FCCA and the National Consumer Advisory Service received multiple contacts from consumers between 2015–2016 related to mobile payment charges billed with mobile operator’s subscription invoices⁵⁶. Also, nu-

⁴⁹ Topi Pohjola – Janne Piirainen, *Petos vai törkeä petos: Huomattavan hyödyn määrän arviointi oikeuskäytännön mukaan*. Police University College 2023, p. 17–18.

⁵⁰ Hazell Croall, *Understanding white collar crime*, Open University Press 2001, p. 1–3.

⁵¹ Iina Savela, *Kyberrikollisuuden esiintyminen Suomessa*. Haaga-Helia University of Applied Sciences 2020, p. 9–10.

⁵² Saku Hirsikangas, *Riverbed AirPcap Nx: Wi-fi-verkon liikenteen seuranta AirPcap-ohjelmistolla*. Centria University of Applied Sciences 2023, p. 18.

⁵³ Vazquez Torralba 2017, p. 9.

⁵⁴ Carolyn Lowry, *What's in your mobile wallet: an analysis of trends in mobile payments and regulation*, *Federal Communications Law Journal* 68 2016, p. 358.

⁵⁵ YLE 4.7.2010, *Puhelinlaskussa maksettavista sisältöpalveluista suuri riesa*. <https://yle.fi/a/3-5591126>, Accessed 9.12.2023.

⁵⁶ *Contacts were related to the billing of all three leading Finnish mobile operators – DNA, Elisa, Telia*.

merous complaints were made to the European Consumer Center (ECC Finland)⁵⁷. As a result, during the years 2015–2016, the FCCA reviewed the actions of the mobile operators and some third-party companies in perceived mobile cramming situations.

Around 2019, another notable set of contacts was made again to the FCCA related to perceived mobile cramming. In June 2023, mobile cramming has still been observed to continue in Finland, with new unauthorized charges emerging in consumers phone bills⁵⁸. During the same month, DNA announced they had terminated ongoing business with a company perceived to be engaged in mobile cramming⁵⁹.

Coming into the year 2023, in Finland and in the EU, there has been several legislative changes affecting mobile payments and DCB. The issues related to mobile payments led to the creation of a specific provision that was included in Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code (ECC)⁶⁰. In Annex VI Part A (h) it is required that all mobile operators must, through their own services, offer the mobile phone user the option to deactivate third party billing.

At least on paper, some enhanced oversight measures related to DCB and third-party service providers have also been established. The Communications Market Act was amended in 2013 (later amended by Act on Electronic Communications Services in 2014). The Consumer Ombudsman of the FCCA received the right to directly intervene, under threat of a fine, with the PRS and digital services offered through mobile operators. In accordance with Act on Electronic Communications Services (2014/917) Article 337 (1) of the Chapter 42, the ombudsman can order mobile operators to shut down premium rate service numbers or order the operators to prevent the use of services that are

⁵⁷ FCCA correspondence, request for clarification, KKV/1491 4.1.2017 (sent to DNA).

⁵⁸ Talouselämä 28.6.2023, Telia ja DNA aloittivat bisneksen Kyproksella toimivan yhtiön kanssa – Kymmenet asiakkaat ovat reklamoineet yllättävistä laskuista. <https://www.talouselama.fi/uutiset/telia-ja-dna-aloittivat-bisneksen-kyproksella-toimivan-yhtion-kanssa-kymmenet-asiakkaat-ovat-reklamointeet-yllattavista-laskuista/d39a6925-c3e8-4cb3-b359-91a056e076aa>, Accessed 9.12.2023.

⁵⁹ Talouselämä 30.6.2023, DNA lopetti bisneksen Kyproksella toimivan yhtiön kanssa: ”Uusia veloituksia ei pääse syntymään”. <https://www.talouselama.fi/uutiset/dna-lopetti-bisneksen-kyproksella-toimivan-yhtion-kanssa-uusia-veloituksia-ei-paase-syntymaan/24509c00-e67a-4cb8-9dc5-011900c9b83c>, Accessed 9.12.2023.

⁶⁰ BEREC 2021, p. 2.

deemed to be engaged in mobile cramming. Paragraph 2 states that immediately after the operator has been informed of the ombudsman's initial decision, the ombudsman must order the mobile operator to cease the unauthorized billing and terminate the payment of funds which have accumulated or are yet to accumulate from the services to the service provider or another telecommunications operator. Paragraphs 3–5 state that the ombudsman must reserve the mobile operator and service provider the right to be heard on the matter and the decision can be contested in the Market Court by the mobile operator or by the service provider affected. Apart from the ability to directly intervene in unauthorized billing practices, the Consumer Ombudsman of the FCCA exercises oversight over mobile operators and other service providers under the mandate of Consumer Protection Act 38/1978 Article 20 of Chapter 2.

4 FCCA inquiries and decisions

4.1 FCCA inquiry and line decision of 2016

The FCCA decision of 13.5.2016⁶¹ was essentially a line decision to the question about the mobile operator's responsibility in mobile cramming situations, especially related to the handling of refunds and customer complaints⁶². At the end of 2015, the Consumer Ombudsman of the FCCA received numerous complaints related to unauthorized mobile phone bill charges. Serving as a precedent line decision, the FCCA stated that the settlement of alleged contractual violations was a joint responsibility of the teleoperators, and the third parties involved. Even further, it was stated that the operator also has the obligation to inform the customer about the new subscription-based agreements during the purchase as well as during the operator-customer relationship. The FCCA based their decision on the Finnish Act on Electronic Communication Services 2014/917 and the Finnish Consumer Protection Act 1978/38. In the view of the Ombudsman, the actions of the mobile operators must be viewed through the Act on Electronic Communication Services in combination with the Finnish Consumer Protection Act.

⁶¹ Also referred to as KKV/1491/14.08.01.05/2015, KKV/1490/14.08.01.05/2015, KKV/1489/14.08.01.05/2015.

⁶² The term "unauthorized mobile phone bill purchases" is used in the line decision.

The mobile operators at the center of the complaints (DNA, Elisa and TeliaSonera⁶³) received inquiries from the Consumer Ombudsman stating that the operators must clarify the contractual violations related to the billing of goods and services via mobile phone bill charges. The Ombudsman posed similar questions to all three mobile operators:⁶⁴

- Related to instructing consumers to contact the third-party service provider directly. How does DNA/Elisa/TeliaSonera view their actions considering the joint responsibility provision of Section 128 of the Information Society Code?
- What kind of process is used to guide the consumers to proceed with their complaint? Where does the operator direct the consumer in cases of disputes over charges for additional paid services on their subscription bill?
- Which party does the operator consider to be obliged to explain to the consumer when and how the purchase/order subject to the complaint was made and how does the operator explain what kind of services were used (which pages the consumer visited)?
- If the consumer appeals to misleading presentation of information on a third-party service provider's website, which party must prove that the service ordered/purchased corresponds to the information provided in the marketing?
- How is the operator's customer service instructed to inform consumers about DCB and consumers ability to prevent its use? How are the consumers informed when the operator is selling mobile phones or mobile internet subscriptions to consumers?
- How does the operator practically ensure that the third-party service providers implement the mobile payment standards set out by the ethical board of commercial telephone services?⁶⁵

E.g., according to the response by TeliaSonera, all service providers/payment aggregators working in cooperation with the company have their own customer service, where complaints are primarily handled. Consumers have been advised to contact the customer service of payment aggregators directly, because payment aggregators have the best information and details about the

⁶³ Later "Telia".

⁶⁴ Out of nine questions sent to the operators, six have been chosen as examples for this article.

⁶⁵ FCCA correspondence, requests for clarification 25.11.2015, KKV/1489 (sent to TeliaSonera), KKV/1490 (sent to Elisa), KKV/1491 (sent to DNA).

disputed charges. According to TeliaSonera, if the customer has been unwilling to contact the payment aggregator's customer service, TeliaSonera has received the complaint and initiated contact with the payment aggregator on behalf of the customer to handle the complaint together with the payment aggregator. In their view, TeliaSonera has upheld their legal obligations related to joint responsibility in accordance with Section 128 of the Information Society Code. TeliaSonera, in their view, had processed the complaints in accordance with the normal complaint process.

In relation to the obligation to explain the source of the charges to the consumer, according to TeliaSonera, customer service staff does not have the right to process accurate data related to the disputed charges. According to TeliaSonera's view, the final service provider is responsible for ensuring that the service billed through the operator's invoice corresponds to the information provided in the marketing. TeliaSonera claimed in their response that consumers had been informed of the DCB option and informed about the ability to deactivate it⁶⁶.

Considering TeliaSonera's response, several contrary claims were made to the Consumer Ombudsman. E.g., according to some consumers, after being in contact with TeliaSonera's customer service, they had been informed that the only available option was to pay the phone bill with the disputed charges. In contacts related to all three mobile operators, consumers described unwillingness on behalf of the operators to resolve the allegedly crammed charges and/or refund claims, questionable customer service responses as well as recommendations to pay for the disputed charges⁶⁷. As shown, many similar experiences described by other consumers have been visible in the Finnish media.

4.2 Legal background

The Information Society Code regulating the joint responsibility of mobile operators and third parties came into force in 2015. The law was later amended with the Act on Electronic Communications Services 917/2014. Section 128 states that a consumer who has the right to refrain from paying or receiving a refund, compensation, or other payment from a business operator due to the operator's breach of contract has the same right in relation to the mobile operator that has charged the consumer for a commodity. However, the mobile operator is not required to pay the consumer more than what it has received

⁶⁶ FCCA consumer contacts related to TeliaSonera in relation to KKV/1489 25.11.2015.

⁶⁷ FCCA consumer contacts related to KKV/1489, KKV/1490, KKV/1491.

in payments from the consumer. As referred in the FCCA decision, the Consumer Protection Act 38/1978 Section 39 of Chapter 7 states that where a consumer has the right to withhold payment or to receive a refund, compensation or another money payment from the seller or the service provider based on a breach of contract of the latter, this right also applies in respect of the creditor who has financed the purchase or service. According to the FCCA, this section is equal in its content to Section 128 of the Information Society Code. Due to this the position of a mobile operator and the position of a creditor are evaluated according to the same criteria. This has the effect that legal liability is not a question of main and secondary responsibility but rather a genuine joint responsibility. The FCCA decision also confirmed that consumers can choose to which entity a complaint will be addressed, using the same reasoning.

Related to this point, a representative of FiCom (Finnish Federation for Communications and Teleinformatics) stated that mobile operator's disagreed with the premise of joint liability already in 2015. The representative stated that DCB should not be equated with the actions of creditors as a credit card company offers credit and the mobile operator offers extended payment time. In the view of the representative, the credit card company has an agreement with a company that sells services, while a telecommunications company is not always a party to an agreement in question. Representative of FiCom also compared the situation to a scene where consumer ordering a pizza with mobile method receives a faulty product and then directs the complaint to the mobile operator. According to the representative, the commissions received from direct carrier billing are not critical in terms of the operators' total turnover⁶⁸.

Section 1 & 3 of Chapter 2 of the Consumer Protection Act prohibits inappropriate behavior in customer relationships. This includes a mandatory notification to the customer when a product has a defect. It also means that the forwarding process of the bills involving unauthorized/crammed fees can be seen to be included in the "inappropriate behavior" of the mobile operator. Further, Section 6 of Chapter 2 prohibits providing untruthful or misleading information, as it relates to the purchase decision.

The FCCA line decision also set new obligations, requirements, and standards for the mobile operators. Customer service of the mobile operator became

⁶⁸ Ilta-Sanomat 30.01.2019, Kuluttaja-asiamies: Suomen puhelinoperaattorit venkoilevat eroon lakisääteisestä velvoitteestaan – näin operaattorit vastaavat. <https://www.is.fi/taloussanomat/art-2000005982901.html>, Accessed 30.12.2023.

central in the complaint process. In a complaint situation, the customer service of the teleoperator must be able to advise the customer according to the laws. The Consumer Ombudsman of the FCCA identified several wrongdoings by the customer services of the operators. E.g., contact situations where the mobile operator's customer service had stated that it was "impossible" for the operator to proceed with investigating the complaint, or situations when the customer service directly withdrew their responsibility. In the view of the Ombudsman, the described were situations where the operator had given untruthful information about the legal obligations of the mobile operator. Even when the operator's customer service announced they would be complying with the customer complaints, some still directed the customers to be in contact directly with the third-party service providers or digital stores without informing the customer of his/her rights or without disclosing the operators' own obligations.

The new line decision also meant that immediately after a problem is recognized, the operator must update their protocols. With the decision it was also established that a mobile operator has a specific obligation to investigate cases where a contractual breach is suspected. When needed the operator can also request information from the partnering service provider if there is contractual connection. Furthermore, the decision guided the mobile operators to their rights. The operators on their behalf, have the legal right to get back the amount paid by them from the contracting service providers.

The Ombudsman also commented on the problematic functioning of DCB, stating that it's distinctly different from other forms of payments such as credit card or text message payments. A customer can easily perform a purchase by mistake⁶⁹. The Ombudsman stated that the characteristics of DCB, and the risks associated with it must be evaluated further. Considering this, regardless of the sales channels, the Ombudsman stated, that the sale of mobile operator services with an included mobile payment feature must be accompanied with a notification of the possibility to block the use of mobile payments. Providing the necessary information about the features of the payment methods is also mandatory. Informing the customer about the mobile payment feature is a requirement set forward in Section 7 of Chapter 2, which states that the operator/service provider should disclose all information that can influence the economic security of the customer.

⁶⁹ This is especially problematic since cramming can include the deliberate creation of misleading subscription "traps".

4.3 FCCA inquiry and decision of 2019

In the 2019 contacts, it was repeated several times that consumers had again received crammed charges on their mobile phone bills and that the mobile operators (Telia & Elisa) had inappropriately handled consumer complaints. Several themes were repeated in the contacts. Instead of handling the complaints, consumers were directed to contact the service providers directly. In many instances the operators asserted that they were not responsible for third party services and that the operator only served as the billing processor⁷⁰. In relation to these cases, some representatives of mobile operators issued public statements on the matter. Yle, the public broadcasting company in Finland, reported that in 2019, a representative of Telia (mobile operator) publicly shifted responsibility for alleged unauthorized charges away from the operator to consumers. In this instance, consumers received additional mobile phone bill charges from a Dutch company claiming to offer digital content⁷¹. During the same year, the FCCA received complaints regarding charges billed by Telia and Elisa initiated by the same Dutch company. After reviewing the complaints and inquiries about the company, the Consumer Ombudsman released his findings. Considering Finnish consumer protection laws, the service order process had multiple flaws, according to the Ombudsman. Soon after the inquiry, the Dutch company providing services through Telia disappeared from the Finnish market as a digital service provider. It was deemed that there was therefore no need for more detailed investigations. However, the Ombudsman pointed out the violations he observed in the billing process of the company in case the company planned to operate in the Finnish market again in the future. The billing processes of Telia and Elisa were also investigated. The companies were notified that the service providers offering services through the operator's DCB should uphold the ethical rules created by the ethical board of commercial telephone services⁷².

⁷⁰ FCCA correspondence, appendix to request for clarification, KKV/402/14 (sent to Elisa) 18.4.2019.

⁷¹ YLE 14.8.2019, Lapsen vahinkoklikkaus YouTubessa on johtanut yllätyslaskuihin – ilmiö työllistää sekä operaattoreita että kuluttajaviranomaisia. <https://yle.fi/a/3-10916146>, Accessed 9.12.2023.

⁷² FCCA newsletter article 18.12.2019. <https://www.kkv.fi/en/current/the-consumer-ombudsmans-newsletter/unexpected-charges-in-telephone-subscription-invoices-operators-also-responsible/>, Accessed 30.12.2023.

5 Anti-cramming issues with direct carrier billing regulation

Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market (PSD) was created to harmonize the payments market within the EU by focusing on consumer protection, consumer rights and obligations for payment providers and users. PSD did help to create some EU-wide payment rules to remove entry barriers to the payments market⁷³. The directive was also used to define payment institutions and payment services. In accordance with Article 3 (l), certain payment transactions made using telecom or IT devices were excluded from the directive's scope. In addition to serving as an intermediary for these payments, as stated in the preamble Section 6, the prerequisite for the exclusion was that the network operator added value to the goods or services delivered digitally through the device in question.

Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market (PSD2) amended the 2007 PSD directive. This directive also aimed to increase competition and aimed to facilitate innovation in financial services. For this reason, the telecommunication exemption was also included in the new directive. However, as stated in the preamble Section 15, the original ambiguous wording of the exemption led into a situation where EU Member States started implementing the exclusion differently across EU. This caused a lack of legal certainty for operators and consumers and occasionally allowed payment intermediation services to claim eligibility for an unlimited exclusion from the scope of Directive 2007/64/EC. Preamble Section 19 states that the ambiguous wording also caused some exclusions to be used by businesses to redesign their business models for the purpose of qualifying their payment services for the exclusions. This was done without consultation with the relevant authorities. It was noted that this resulted in increased risks for payment service users and diverging conditions for payment service providers. For this reason, the telecommunication exemption was defined more precisely. It was emphasized that the exclusion allows for so-called operator billing or DCB purchases which contribute to the development of new business models based on the low-value sale of digital content and voice-based services. Those services include ringtones and premium SMS services, as well as entertainment, such as chat and downloads

⁷³Marijana Petrović, PSD2 influence on digital banking transformation, *Journal of process management and new technologies* 8(4) 2020, p. 1.

such as video, music, and games. Services also included information such as weather, news, sports updates, stocks, and directory enquiries, as well as TV and radio participation such as voting, competition entry, and provision of live feedback. Section 16 of the preamble further clarified that “the exclusion relating to certain payment transactions by means of telecom or information technology devices should focus specifically on micro-payments for digital content and voice-based services”.

In the new wording of Article 3 (l), it was stated that the telecommunication exemption specifically covered “*payment transactions by a provider of electronic communications networks or services provided in addition to electronic communications services for a subscriber to the network or service*”. According to the European Banking Authority (EBA), this should be understood to mean that there exists a direct contractual arrangement between the electronic communications operator (mobile operator) and the subscriber for the provision of the electronic communication services and that the payment service is an additional service to these services.⁷⁴ The payments and services were further clarified in subsection 1 as “*for purchase of digital content and voice-based services, regardless of the device used for the purchase or consumption of the digital content and charged to the related bill*” or as in subsection 2 “*performed from or via an electronic device and charged to the related bill within the framework of a charitable activity or for the purchase of tickets*”. In connection with subsections 1 and 2, it was defined that the value of any single payment transaction referred to in the subsections does not exceed 50 EUR or that the cumulative value of payment transactions for an individual subscriber does not exceed 300 EUR per month, or when a subscriber pre-funds an account connected to the provider of the electronic communications network or service, the cumulative value of these payment transactions cannot not exceed 300 EUR per month.

Additionally, PSD2 also lines that mobile operators and billing aggregators that collect payments on behalf of other parties are required to be an agent⁷⁵ or payment institution⁷⁶. Regarding agents and payment institutions, Article 20 emphasized that when payment institutions rely on third parties for “the per-

⁷⁴ BEREC 2021, p. 52.

⁷⁵ Natural or legal person who acts on behalf of a payment institution in providing payment services.

⁷⁶ Legal person that has been granted authorization to provide and execute payment services throughout the EU.

formance of operational functions”, the payment institutions must take reasonable steps to ensure that the requirements of the PSD2 are complied with. The payment institutions also remain fully liable for any acts of their employees, or any agent, branch or entity to which activities are outsourced. Other regulatory amendments having major effects on electronic payments related customer protection included Regulatory Technical Standards (RTS) and Strong Customer Authentication (SCA)⁷⁷. Article 4 (30) defined strong customer authentication as “authentication based on the use of two or more elements categorized as knowledge (something only the user knows), possession (something only the user possesses) and inherence (something the user is) that are independent, in that the breach of one does not compromise the reliability of the others, and is designed in such a way as to protect the confidentiality of the authentication data”. Essentially strong customer authentication refers to two-factor authentication in line with the EBA requirements. The purpose of the process is that once a customer completes the SCA, it can link the transaction to a specific amount and a specific payee⁷⁸. As stated in Article 97 (1), strong customer authentication needs to be initiated when the payer: (b) initiates an electronic payment transaction, or (c) carries out any action through a remote channel which may imply a risk of payment fraud or other abuses.

Despite all the revised measures, the new directive did very little in terms of effectively curbing the *modus operandi* of mobile cramming. More operational freedom for third-party payment providers can increase the fraud related risks⁷⁹. The exclusion of the so-called micro-payments outside of the scope also means that these payments can operate outside of the most critical legal obligations set forward in the PSD2. As previously stated, since crammed fees fall under the threshold of 50 EUR per fee and 300 EUR per month, they can be utilized under the telecommunication exemption of the PSD2 directive. Incoming PSD3 might affect the exemption thresholds⁸⁰. In the view of the European Consumer Organization (BEUC) the current telecom exemption

⁷⁷ Michał Polasik et al., The impact of Payment Services Directive 2 on the PayTech sector development in Europe, *Journal of Economic Behavior & Organization* 178 2020, p. 386.

⁷⁸ Pongku Kumar Paul, Strong customer authentication: security issues and solution evaluation. University of Turku 2020, p. 22.

⁷⁹ Inna Romānova et al., The payment services Directive II and competitiveness: The perspective of European fintech companies, *European Research Studies* 21(2) 2018, p. 8–10.

⁸⁰ Gabriella Gimigliano, Marta Božina Beroš (eds.), *The Payment Services Directive II: A Commentary*, Edward Elgar Publishing 2021, p. 405.

thresholds are excessively high⁸¹. The mobile operators facilitating the payments typically also operate as licensed payment institutions. The payment method of DCB utilized for smaller purchases and orders still carries a risk of consumer fraud which could be mitigated with strong customer authentication. SCA also includes a transaction monitoring obligation for payment service providers for the detection of unauthorized or fraudulent payment transactions. Under the current DCB regulation model this aspect of SCA is also not affecting the micro-payments. Additionally, EBA has proposed the creation of a general transaction monitoring obligation.

6 BEREC Report

Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), an independent organization assisting the EU Commission and national regulatory authorities in the implementation of the EU telecoms rules, published their “Report on the handling of third-party payment charges on mobile phone bills” on 30 September 2021. For this report BEREC gathered information from different EU Member States on the scope of the present legal and regulatory obligations, as well as consumer protection measures and complaints related to third party charges on mobile phone bills. BEREC send inquiries to national regulatory authorities (NRA’s) of selected EU Member States. According to the inquiry, in Finland, complaints about third-party charges can be filed to mobile service operators, third party service providers and NRA’s. Finland was missing an option to file complaints related to the third-party charges to alternative dispute resolution⁸². Complaints can also be sent to the FCCA/Consumer Ombudsman, as well as to the Financial Authority⁸³. In terms of national regulatory measures, the report summarized that in almost all the responding countries, regulatory authorities have responsibilities regarding premium rate services, but only one third of the authorities have similar responsibilities related to DCB. Relation to this information, BEREC concluded that it is not surprising that in the existing consumer protection measures, there exists a lesser oversight for DCB compared to PRS⁸⁴.

⁸¹ BEUC, Proposal for a revised Payment Services Directive BEUC Position, 2023, p. 3.

⁸² BEREC 2021, p. 36.

⁸³ The two did not answer the BEREC inquiry.

⁸⁴ BEREC 2021, p. 2.

7 Conclusion

The phenomenon of mobile cramming is not fully understood in Finland and implies great difficulties to authorities also worldwide. As shown, the perception and understanding of mobile cramming between Finland and the United States greatly differ. In contrast to the concentrated measures of authorities in the United States, in Finland the practice has not been seen as a serious fraud or equally significant market law violation. The premise of the authorities has been mainly to hand out recommendations and notifications to entities engaged in the cramming process. Due to this, the attitude of the Finnish mobile operators has been dismissive regarding the issue. As shown by the FCCA decisions, Finnish mobile operators have neglected their obligations towards their customers on multiple occasions.

As has also been demonstrated, the phenomenon of mobile cramming still exists despite EU level regulatory improvements. Despite improvements in fraud prevention and increased oversight of alternative payment methods, loopholes enable mobile cramming to be utilized. As stated in Section 5, mobile cramming could be greatly mitigated with stronger authentication measures extended to DCB. The scope of the telecom exemptions offered by the PSD2 could be further limited to certain products/services, such as the purchase of mobile tickets for the purpose of transport, parking etc. Also, the technical shortcomings referred to in Section 2 allow the DCB method to be used for forged payments and orders.

As pointed out in the BEREC report, Finland has well established regulatory mechanisms to counter and report mobile cramming. Despite this, the deceptive practice has been shown to find new avenues among Finnish mobile operators. Finally, mobile cramming presents a threat to the perception that direct carrier billing can be used as a reliable payment option. The phenomenon also lowers the consumers' trust towards their mobile operator.

Demokraattisen oikeusvaltion ja Metan itsesääntelyn yhteensopivuudesta: Oversight Board sananvapauden valvojana

On the Compatibility of the Democratic Rule of Law and the Self-Regulation of Meta: The Oversight Board as a Guardian of Freedom of Expression

Matias Koivulehto*

Abstrakti

Artikkeli tarkastelee Metan roolia suhteessa demokraattisen oikeusvaltion periaatteisiin. Näkökulma kohdistuu sananvapaus-ihmisoikeuden merkitykseen globaalissa verkostoyhteiskunnassa, jossa internetin välityspalvelut itsesääntelynsä sekä harjoittamansa sisältömoderointinsa kautta vaikuttavat olennaisella tavalla sananvapauden toteutumiseen sekä sitä myötä demokraattisiin prosesseihin. Vaikutusvaltansa vuoksi niiden itsesääntelyjärjestelmät muodostavat omalla tavallaan itsenäisiä normijärjestelmiä, joita ohjaavat lähtökohtaisesti erilaiset periaatteet kuin demokratiaan, ihmisoikeuksiin ja oikeusvaltiolisuuteen sitoutuvia eurooppalaisia kansallisvaltioita – varsinkin Euroopan unionin kontekstissa. Tällä on erityinen merkitys julkisen keskustelun ja vapaan mielipiteenmuodotuksen kannalta, joilla on perustavaa laatua oleva arvo demokraattisissa yhteiskunnissa. Sosiaaliset mediat sekä mahdollistavat että eräissä tapauksissa rajaavat perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Ne myös jakavat tai jossain määrin jopa ovat ottaneet perinteisen median institutionaalisen roolin yhteiskunnassa. Artikkelin ote on oikeusteoreettinen, sillä se käsittelee digitaalisessa ympäristössä tapahtuvan julkisen keskustelun roolia osana itse oikeusjärjestyksen oikeutusta. Tältä osin analysoidaan Facebook-sivuston suhdetta demokratialle välttämättömään julkisuusalueeseen sekä toisaalta valtion roolia sananvapauden edistämiseen verkkoympäristössä. Teoreettinen viitekehys muodostetaan Kaarlo Tuorin oikeuden tasoitteluteoriasta sekä demokraattisen oikeusvaltion käsitteestä. Tätä kehystä vasten Facebookia/Metaa tarkastellaan eurooppalaisessa kontekstissa, johon lukeutuu sekä Euroopan unionin että Euroopan neuvoston oikeus. Pääpaino on tältä osin aihetta koskevan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön analysoinnissa. Näin muodostetun viitekehyksen kautta tarkastellaan Metan Oversight Boardin roolia ja asemaa ihmisoikeuksien toteuttamisen ja itsesääntelyn rajapinnassa. Koska ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä korostuvat valtiolle asetetut positiiviset velvollisuudet, tullaan artikkelissa siihen johtopäätökseen, että nykyistä tehokkaampi perus- ja ihmisoikeuksien horisontaalivaikutus olisi tarpeen. Tätä tukee se seikka, että Facebookin ei katsota muodostavan riittävällä tavalla demokratialle otollista julkisuusaluetta.

Asiasanat: *Oikeusvaltio, demokratia, ihmisoikeudet, sananvapaus, sisältömoderointi, sosiaalinen media, itsesääntely, oikeusinformatiikka*

* The author is currently pursuing a master's degree in law at the University of Helsinki, where he also earned a master's degree in social sciences, specialising in political science. This article is based on the author's bachelor's thesis.

Abstract

The article examines the role of Meta in relation to the principles of the democratic *Rechtsstaat*. The perspective focuses on the importance of the human right to freedom of expression in a global network society, where Internet intermediaries, through their self-regulation and content moderation, have a crucial impact on the realisation of freedom of expression and, by extension, on democratic processes. Because of their influence, their self-regulatory systems can be seen as independent systems of norms, governed by fundamentally different principles from those of European nation-states committed to democracy, human rights and the rule of law – especially in the context of the European Union. This is of particular importance for public debate and the free expression of opinions, which are fundamental values in democratic societies. Social media both enables and, in some cases, limits the exercise of fundamental and human rights. They also share, or to some extent have even taken over, the institutional role of traditional media in society. The article takes a legal-theoretical approach to the subject matter, as it addresses the role of public debate in the digital environment as part of the legitimacy of the legal order itself. In this respect, the article analyses the relationship between Facebook and the public sphere, which is essential for democracy, and the role of the state in promoting freedom of expression in the online environment. The theoretical framework is based on Kaarlo Tuori's theory of the levels of law and the concept of democratic *Rechtsstaat*. Against this framework, Facebook/Meta is examined in a European context, which includes both the European Union and Council of Europe law. Most focus is put on the case law of the European Court of Human Rights. Through this framework, the role and position of the Oversight Board at the interface of human rights implementation and Meta's self-regulation will also be examined. Given the emphasis in the ECtHR's jurisprudence on the positive obligations imposed on the state, the article concludes that a more effective horizontal impact of fundamental and human rights is needed. This is supported by the conclusion that Facebook may not be considered as a well-suited public sphere for democracy.

Keywords: *Rule of Law, Democracy, Human Rights, Freedom of Expression, Content Moderation, Social Media, Self-Regulation, Legal Informatics*

1 Johdanto

1.1 Tutkimusaiheen tausta

"Facebook on monin tavoin enemmän valtion kuin perinteisen yrityksen kaltainen", totesi yhtiön toimitusjohtaja Mark Zuckerberg vuonna 2017.¹ Seuraavana vuonna yhtiö ilmoitti perustavansa itsenäisen lautakuntaelimen, Facebook Oversight Boardin (OSB), jonka tarkoituksiksi määriteltiin Facebookissa olevien sisältöjen moderointipäätöksien käsitteleminen valituselimen tapaan. Lisäksi se tuottaisi Facebookille poliittisia suuntaviivoja. Zuckerberg vertasi näiden funktioiden valossa OSB:tä Yhdysvaltojen korkeimpaan oikeuteen. Perustamisen taustaksi hahmottuu Facebookin suuresta suosiosta johtuva valta-asema sananvapauden tosiasiallisena määrittelijänä ja sitä koskeva kritiikki – tilanteessa, jossa suuri osa sisältömoderoinnista tapahtuu automaattisesti ja yrityksen sisäisten sääntöjen² ja käytäntöjen mukaisesti ilman täsmällisiä perusteluja. Tämän asetelman synnyttämän yhteiskunnallisen paineen johdosta Facebook perusti OSB:n pyrkimyksensä luoda läpinäkyvyyttä ja objektiivisuutta suhteessa sisältömoderointiin.³

Facebook – nykyinen Meta Inc. – on yksi maailman suurimmista yrityksistä ja sitä voidaan pitää ihmiskunnan historian merkittävimpänä sananvapauden katalysaattorina. Meta omistaa Facebookin lisäksi Instagramin sekä Whatsappin. Näin ollen OSB:lla on vastaavasti Metan sisältömoderoinnin valvojana ja suuntaviivojen antajana huomattava vaikutus sananvapauden toteutumiseen.⁴ Eri-

¹ Foer, Franklin, Facebook's war on free will: How technology is making our minds redundant. Guardian 19.9.2017. [<https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/19/facebook-war-on-free-will>]. Lainauksessa sana valtio on käännetty englannin kielen sanasta government. Samassa yhteydessä Zuckerberg painotti Facebookin kattavan laajan ihmisyyhteisön, ja että se laatii politiikkaohjelmia muita teknologiayrityksiä enemmän.

² Bickert, Monika, Publishing Our Internal Enforcement Guidelines and Expanding Our Appeals Process. 24.4.2018. [<https://about.fb.com/news/2018/04/comprehensive-community-standards/>]. OSB:n perustamisilmoituksen kanssa saman vuoden huhtikuussa Facebook julkaisi ensimmäistä kertaa sisäisen säännöstönsä koskien sisällön moderointia mikä toi esiin sen, miten suurta vaikutusvaltaa sananvapauden rajoittamiseksi oli tehty täysin läpinäkyvästi Facebookin perustamisesta lähtien.

³ Klonick, Kate, The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression, 129 YALE L. J. 2418, 2020 (Klonick 2020a).

⁴ Schultz, Mårten, Six Problems with Facebook's Oversight Board. Not enough contract law, too much human rights. Teoksessa Bayer, Judit – Holznagel, Bernd – Korpisaari, Päivi –

tyisen suurta keskustelua välityspalvelujen vaikutuksesta julkiseen keskusteluun herätti Facebookin päätös poistaa 7.1.2021 USA:n istuva presidentti Donald Trump sen alustalta pysyvästi.⁵ Myös OSB antoi asiassa ratkaisun, jonka mukaan pysyvän poistamisen sijaan Facebookin tuli tehdä kuuden kuukauden päästä poistosta asian uudelleenarviointi.⁶

Euroopan neuvosto (EN) on kuvaillut sosiaalisten verkostoitumisen palvelujen olevan ihmisoikeuksien toteuttajia ja demokratian katalysaattoreita. Samassa yhteydessä se on kuitenkin todennut, että ihmisoikeudet, kuten sananvapaus, yksityisyyden suoja ja ihmisarvo voivat olla niissä uhattuina. Lisäksi ministeri-komitea kehotti välityspalveluita kunnioittamaan ihmisoikeuksia ja oikeusvaltioperiaatetta implementoimalla itse sekä yhdessä valtioiden kanssa yhteis-sääntelyyn perustuvia mekanismeja, jotka kattaisivat menettelyllisiä takeita ja helposti saatavilla olevia oikeussuojakeinoja.⁷ Ministeri-komitea on kehottanut vuonna 2018 sosiaalisen median alustoja itsesääntelyyn,⁸ kuten on tehnyt myös Euroopan unioni (EU).⁹ Myös Euroopan komission huhtikuussa 2022 antamassa julistuksessa internetin tulevaisuudesta todetaan, että internetin kohdalla on vahvistettava keskeisiä demokraattisia periaatteita, perusvapauksia ja ihmisoikeuksia.¹⁰ Sananvapausteema on ollut myös vahvasti esillä nykyisen Twitterin omistajan, Elon Muskin, retoriikassa. Hän on myös ideoinut Twitterille OSB:n kaltaista sisältömoderointilautakuntaa.¹¹

Sosiaalisen median kohdalla perinteinen valtiosääntöteoreettinen jaottelu yksityiseen (yksityisautonomian piiriin) ja julkisen tilaan ei ole ongelmattonta. Fa-

Woods, Lorna (toim.), *Perspectives on Platform Regulation: Concepts and Models of Social Media Governance Across the Globe*. Nomos eLibrary 2021, s. 146.

⁵ Vaaraniemi, Liisa, Kuka päättää sananvapauden käyttämisestä verkossa? Teoksessa Korpi-saari, Päivi (toim.), *Sanan vapauksia ja rajoja – Viestintäoikeuden vuosikirja 2020*. Helsinki 2021, s. 30–31.

⁶ Oversight Board: Case decision 2021-001-FB-FBR. [<https://www.oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ>] (käyty 20.4.2023).

⁷ Euroopan neuvoston ministeri-komitean suositus CM/Rec (2012)4, 4.4.2012.

⁸ Euroopan neuvoston ministeri-komitean suositus CM/Rec(2018)2 jäsenvaltioille verkkoalustojen rooleista ja vastuista, 7.3.2018.

⁹ Facebookin moderointi ja poistamiskäytännöt perustuvat vihapuheen osalta vuonna 2016 Euroopan komission kanssa tehtyjen käytäntöjen osalta itsesääntelyyn. Käytännösäännöt verkossa levitettävän laittoman vihapuheen torjumiseksi (31.5.2016).

¹⁰ Declaration for the Future of the Internet (IP/22/2695), 28.4.2022.

¹¹ Guardian staff and agencies, Elon Musk declares Twitter ‘moderation council’ – as some push the platform’s limits. Guardian 29.10.2022. [<https://www.theguardian.com/technology/2022/oct/28/elon-musk-twitter-moderation-council-free-speech>]

cebookin on nimittäin sanottu käyttäneen hallinnollista valtaa, joka normaalisti on kuulunut vain julkiselle vallalle; esimerkiksi sen vuonna 2021 tekemän päätöksen kieltää australialaisia julkaisijoita ja käyttäjiä jakamasta tai katselemasta uutissisältöjä on sanottu muistuttavan julkisen vallan tekemää toimea. Valtion toiminnan rajoitus ja velvoitus ei siis näyttäydy enää ainoana huolenaiheena perus- ja ihmisoikeuksien sekä demokratian suojelussa.¹² Myös esimerkiksi *Klonick* on kuvaillut sosiaalisen median alustojen muodostaneen kokonaan uudenlaisen sosiaalisen tilan ja kutsuukin niitä yhteisöjen ja kokonaisen populaatioiden uusiksi hallitsijoiksi/hallinnoijiksi (engl. New Governors), jotka soveltavat yhteisösääntöjään kuten lakia strukturoiduissa byrokratiajärjestelmissään, joita kuitenkin ensisijassa motivoi fidusiaarisena velvollisuutena liiketoiminnan maksimointi eivätkä julkisoikeudelliset arvot ja periaatteet.¹³ Lisäksi yksityisenä yrityksenä Metalla lienee yhä yrityssalaisuuksia sekä sisäisiä sääntöjä sisällön suodattamiseen liittyen. Käyttöehtojakaan Meta ei lähtökohdaisesti määrittele tyhjentävästi ja yrityksenä sillä on yksinoikeus muuttaa niitä, mitkä seikat tekevät tästä kokonaisuudesta oikeusvaltion periaatteiden näkökulmasta ongelmallisen.¹⁴

1.2 Tutkimuskysymykset ja rajaukset

Tämän artikkelin tarkoituksena on tarkastella Metan ja OSB:n toimintaa sananvapauden toteuttamisessa peilaten sitä oikeusvaltion periaatteisiin. Teoreettisena viitekehyksenä hyödynnän Kaarlo Tuorin demokraattisen oikeusvaltion käsitettä ja tavoitteena on tällä tavoin oikeusvaltio-diskurssin ja oikeuden tasoja koskevan ajattelun soveltaminen eurooppaoikeudelliseen kontekstiin.¹⁵ Tämä on luonnollinen tulokulma oikeusinformatiikkaan, jota on pidetty meta-

¹² Pollicino, Oreste, Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions. European Court of Human rights 2021 (Early Draft).

¹³ Klonick, Kate, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech. 131 Harvard Law Review 1598, 2018, 1602–1648.

¹⁴ Suzor, Nicolas, Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. Social Media + Society, July-September 2018, s. 7, joka korostaa oikeusvaltion näkökulmasta keskeiseksi sitä, että päätökset tulee tehdä rajattujen ja selkeiden sääntöjen mukaisesti yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisesti yhdessä muutoksenhakumahdollisuuksien tarjoamisen kanssa.

¹⁵ Ks. Raitio, Juha, Euroopan unioni ja oikeusvaltio. Teoksessa Aulis, Aarnio – Uusitupa, Timo (toim.) Oikeusvaltio. Kauppakamari 2002, s. 146, jonka mukaan kyseinen sovellus olisi mielenkiintoinen ja haastava tehtävä.

oikeudenalana ja oikeudellisen tiedon käyttöä koskevana teoreettisena lähestymistapana¹⁶ ja jonka oikeudelliseen verkkoyhteiskuntaan kohdistuvan tarkastelun keskiössä on uusi eurooppalainen oikeusvaltio, jonka sääntelyn lähtökohtina ovat perus- ja ihmisoikeudet¹⁷.

Näin ollen tutkimus asettuu oikeusinformatiikan yleiseen osaan, joka ”liittyy oikeuden, etenkin ihmisen oikeuksien ja yhteiskunnan suhteen arviointiin muuttuvassa yhteiskunnassa.”¹⁸ Demokraattisen oikeusvaltion ideaalittyyppin hahmottelussa on niin ikään kyse oikeusteoreettisesta orientaatiosta, johon kuuluu esimerkiksi perusoikeuksien ja demokratian suhteiden analysointia,¹⁹ mikä on oikeusteorialle oikeudellisten käsitteiden erittelytieteenä ominaista²⁰. Tämä lähestymistapa on perusteltua myös siksi, että oikeusvaltion käsitteelle ei ole (eurooppaoikeudessakaan) olemassa mitään positiivisoikeudellisessa mielessä tyhjentävää määritelmää. Oikeusvaltio käsitteenä ”elää” siinä missä verkkoyhteiskuntakin.²¹

Oikeusteoreettiselle tiedonintressille on *Siltalan* mukaan ominaista oikeudellisten ilmiöiden kriittinen analyysi, totunnaisten ajattelutapojen kyseenalaistaminen sekä oikeuden teoreettisten ja filosofisten perusteiden syvempi ymmärtäminen.²² *Tuorin* mukaan siinä on kyse metatason oikeudellisesta käytännöstä tai diskurssista, joka liittyy lainopilliseen näkökulmaan antaen sille refleksiivisen käänteen.²³ Monikansallisen Metan yhteiskunnallisen ja demokra-

¹⁶ Neuvonen, Riku, Viestintä- ja informaatio-oikeuden perusteet. 2. uudistettu painos. Helsinki 2019, s. 17.

¹⁷ Saarenpää 2012, s. 44–52, joka määrittelee verkkoyhteiskunnan olevan tietoteknisesti ja viestinnällisesti erilaisiin tietojärjestelmiin sekä tietoverkkoihin sitoutunut ja niiden varassa toimiva yhteiskunta.

¹⁸ Saarenpää, Ahti, Oikeusinformatiikka. Teoksessa Tammilehto, Timo (toim.) Oikeusjärjestys osa II, 8. täydennetty painos. Rovaniemi 2012, s. 39.

¹⁹ Tuori, Kaarlo, Tuomarivaltio – uhka vai myytti? *Lakimies* 6/2003, s. 916 (Tuori 2003b).

²⁰ Tuori, Kaarlo, Ideologiakriittistä kriittiseen positivismiin. Teoksessa Häyhä, Juha (toim.) *Minun metodini*. Porvoo 1997, s. 327.

²¹ Saarenpää, Ahti, Oikeusvaltio ja verkkoyhteiskunta. Teoksessa Aulis, Aarnio – Uusitupa, Timo (toim.) *Oikeusvaltio*. Kauppakamari 2002, s. 110.

²² Siltala, Raimo, *Johdatus oikeusteoriaan*. Helsinki 2001, s. 15–16.

²³ Tuori, Kaarlo, *Transnational Law: On Legal Hybrids and Perspectivism*. Teoksessa Maduro, Miguel – Tuori, Kaarlo – Sankari, Suvi (toim.) *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*. Cambridge University Press 2014, s. 51 (Tuori 2014b). Refleksiivinen käänne ilmenee nähdäkseni siinä, miten oikeudelliset käsitteet, periaatteet ja teoriat yleisten oppien ainesosina puolestaan kehittyvät teoreettisen lainopin piirissä. Ks. Tolvanen,

tiaan vaikuttavan vallan analysoimiseksi tarvitaan nähdäkseni tällaista metatason analyysia. Vaikka OSB käsittelee myös Instagramin sisältömoderointia, keskityn tässä artikkelissa Facebookiin osana Metaa²⁴.

Tutkimuskysymykseni on: *onko Metan ja sen Oversight Boardin toiminta yhteensopiva demokraattisen oikeusvaltion periaatteiden kanssa sananvapauden näkökulmasta?* Tähän vastatakseni on esitettävä muita tätä tukevia tutkimuskysymyksiä, jotka ovat:

- *voidaanko Facebookia pitää demokraattisen oikeusvaltion edellyttämänä julkisuutena?*
- *mikä on sananvapauden rooli verkkoympäristössä/Facebookissa demokratian kannalta?*
- *mikä on valtion rooli sananvapauden edistämisessä verkkoympäristössä, johon lukeutuu Metan itsesääntely ja sen toteutumiseen kohdistuva OSB:n valvonta?*

Artikkelissa tarkastellaan myös sananvapauden horisontaalivaikutusta ja sen mahdollista tarvetta sosiaalisen median kontekstissa. Eurooppaoikeudellinen viitekehys mahdollistaa katsauksen aiheetta sivuavaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) oikeuskäytäntöön²⁵. Olemukseltaan sananvapaus on jokseenkin abstrakti oikeus, jota kyseisen tuomioistuimen käytäntö konkretisoi.²⁶ Tältä osin tarkastellaan EIT:n internetin, sananvapauden ja demokratian yhteyttä koskevaa ratkaisukäytäntöä. Lopuksi paneudutaan tarkemmin OSB:n

Matti – Vääänen, Ulla – Kolehmainen, Antti – Myrksy, Matti – Keinänen, Anssi, Oikeudellisen ajattelun perusteita. Oikeustieteiden laitos, Joensuu 2012, s. 19. Yleisten oppien käsitteet puolestaan pitävät sisällään niin sanotun kätketyn yhteiskuntateorian, sillä ne välittävät johonkin yhteiskuntateoreettiseen näkemykseen perustuvan tulkinnan säännellystä yhteiskuntaelämän alueesta. Ks. Tuori, Kaarlo, Kriittinen oikeuspositivismi. Helsinki 2000, s. 320–322.

²⁴ Charter, introduction. [<https://oversightboard.com/governance/>] (käyty 28.3.2023) (Peruskirja).

²⁵ Ks. Raitio, Juha, Huomioita oikeusvaltio-käsitteen kehityksestä ja sisällöstä Suomessa. Lakimies 2/2017, s. 577 (Raitio 2017b).

²⁶ Ks. Tiilikka, Päivi, Sananvapaus ja lähdesuoja Suomessa. Julkaisussa Mörä, Tuomo (toim.): Lähdesuoja – Normit, ideaalit ja käytännöt. Viestinnän tutkimuskeskus CRC, Sosiaalitieteiden laitos, Helsingin yliopisto. Helsinki 2011, s. 14, joka toteaa KP-sopimuksen tulkinnallisen merkityksen sananvapauden käyttämistä koskevissa yksittäistapauksissa jääneen EIS:ää vähäisemmäksi. Tämän vuoksi KP-sopimusta ei käsitellä tässä artikkelissa enemmälti. EUT:n oikeuskäytäntö on myös rajattu käsittelyn ulkopuolelle jotain mainintoja lukuun ottamatta.

kuvaukseen ja sen analysointiin, mikä sen rooli ja vaikutus on demokraattisessa oikeusvaltiossa sananvapauden näkökulmasta. Artikkelissa tehdään myös lyhyt katsaus EU:n digipalvelusäädökseen²⁷.

Kaikkinensa artikkelin keskiössä on sen analysointi, mitä Metan rooli tosiasiallisen sananvapauden laajuuden määrittäjänä tarkoittaa suhteessa demokraattiseen oikeusvaltioon, jossa sananvapaus on perinteisesti ollut kansallisvaltioiden – ja niiden välisten valtiosopimusten – sääntelyyn pohjautuvaa. Nykytilanteessa monikansallisten suuryritysten itsesääntely ja sisältömoderointi vaikuttavat merkittävästi siihen, mikä on sallittujen ilmauksien kirjo lähestulkoon kaikkialla maailmassa. OSB näyttäytyy Metan osittaisena vastauksena näihin ongelmiin, ja tarkoitukseni on analysoida tämän vastauksen riittävyttä.

1.3 Keskeiset käsitteet: sisältömoderointi, itsesääntely ja oikeusvaltio

Sisältömoderoinnilla tarkoitetaan internetissä toimivan alustan tekemää arviointia alustan käyttäjien tuottamasta sisällöstä ja tämän arvioinnin johdosta tehtyä päätöstä poistaa tai säilyttää julkaisu alustalla. Arviossa ja poistamis päätöksessä on käytännössä kyse alustan käyttöehtojen ja yhteisösääntöjen implementoinnista.²⁸ Sisältöjen moderoinnin näkökulmasta ihmisten tekemä päätöksenteko on keskeistä, sillä Facebook käyttää enenevässä määrin automatisoituja metodeja sekä poistettavan sisällön tunnistamiseen että varsinaisten moderointiratkaisujen tekemiseen.²⁹ Tätä vasten OSB voidaan nähdä suuntana automaatiosta poispäin. Sisältömoderointiin voidaan katsoa kuuluvan myös alustojen muu sisältöihin liittyvä toiminta, kuten sisällön asettaminen enemmän tai vähemmän alttiiksi suurille yleisöille.³⁰

Sisältömoderoinnin keinoin alustoilta poistetaan tyypillisesti sekä laillista että laitonta materiaalia kyseessä olevan yrityksen käyttöehtojen ja sisäisten sääntöjen mukaan. Tämän lisäksi tutkimuskirjallisuudessa puhutaan sisältöregulaatiosta, jolla viitataan valtioiden toimiin saada alustoilta lainsäädäntönsä vastaiset sisällöt poistettua. Juridisesti monikansallisilla yrityksillä on velvollisuus harjoittaa toimintaansa kunkin toiminta-alueensa lainsäädännön mukaisesti.³¹

²⁷ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EU) 2022/2065 digitaalisten palvelujen sisämarkkinoista ja direktiivin 2000/31/EY muuttamisesta (digipalvelusäädös).

²⁸ Klonick 2020a, s. 2423.

²⁹ Ibid., s. 2431.

³⁰ York, Jilian C. – Zuckerman, Ethan, *Moderating the Public Sphere*. Teoksessa Jørgensen, Rikke Frank (toim.) *Human Rights in the Age of Platforms*. Cambridge 2019, s. 147–148.

³¹ Heasman, Lia, *Corporate Responsibility to Protect Human Rights: Evolution from Voluntarism to Human Rights Due Diligence*. Helsingin yliopisto 2018.

Sisältöregulaatiota ohjaavat oikeusvaltioissa niitä velvoittavat perus- ja ihmisoikeudet, mutta yrityksen toteuttamassa sisältömoderoinnissa ihmisoikeuksien rooli on vapaaehtoinen.³² Facebook onkin saanut runsaasti kritiikkiä sekä siitä, että se ei riittävässä määrin valvo ja puutu käyttäjien sisältöihin, jotka muun muassa sisältävät vihapuhetta että siitä, että se poistaa alustalta laillista materiaalia.³³

Itsesääntely taas voidaan määritellä norminasetannaksi, josta huolehtivat tai johon ainakin osallistuvat säänneltävän alan omat organisaatiot. Yhteissääntely taas viittaa tilanteeseen, jossa julkinen valta ja jonkin alan toimijat yhdessä sopivat lainsäädännön puitenormien nojalla yksityiskohtaisemmista säännöistä.³⁴ Tässä artikkelissa keskitytään itsesääntelyyn Metan vapaaehtoisena toimintana.

Oikeusvaltiokäsitteen keskeisin ydin on lakisidonnaisuus, mikä toimii mielivaltaisen vallankäytön antiteesinä sitomalla valtion toiminnan oikeuteen.³⁵ Viimeistään toisen maailmansodan jälkeen länsimaisissa perustuslaillisissa demokratioissa on kuitenkin katsottu, että lakien muodollinen noudattaminen ei vielä tarkoita oikeusvaltiollisuutta.³⁶ Oikeusvaltion käsitteen yleisiä tunnuspiirteitä ovatkin lainsäädäntöön perustuva hallinto, viranomaisten toiminnan julkisuus ja siitä valittamisen mahdollisuus sekä valtion viranomaisia koskeva valanjako ja se, että valtio turvaa ihmisoikeuksien toteutumisen.³⁷ Liberaalia demokratiaa koskevassa teoriassa lähdetään siitä, että demokraattisen valtion on oltava oikeusvaltio, joka puolustaa oikeudellisesti yksilönvapautta ja erityisesti poliittista vapautta.³⁸ Oikeusvaltion arvoiksi lukeutuvat suostumus, ennakoitavuus ja menettelylliset oikeudet osana hyvää hallintoa.³⁹ Jäljempänä demokraattisen oikeusvaltion käsitettä täsmennetään Kaarlo Tuorin katsannon

³² Jørgensen, Rikke Frank – Zuleta, Lumi, Private Governance of Freedom of Expression on Social Media Platforms. *Nordicom Review* 2020 41(1), s. 57.

³³ *Ibid.*, s. 60.

³⁴ Tuori, Kaarlo, *Oikeuden ratio ja voluntas*. Helsinki 2007, s. 287.

³⁵ Ruutu, Karol, *Oikeusvaltioperiaate ja kansallinen identiteetti Euroopan unionin oikeudessa Puolan oikeuslaitosta koskevien uudistusten valossa*. *Defensor legis* 2/2021 – artikkeleita eurooppaoikeudesta, s. 475.

³⁶ Raitio, Juha – Rosas, Allan – Pohjankoski, Pekka, *Oikeusvaltiollisuus Euroopan unionissa ja Suomessa*. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2022:39, s. 13.

³⁷ Tiensuu, Pauli, *Oikeuksien ja demokraattisen kamppailun suhteesta*. Teoksessa Aalto-Heinilä M. – Kurki, Visa (toim.), *Mitä oikeudet ovat?: Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia*. *Gaudeamus* 2019, Helsinki, s. 181.

³⁸ Sartori, Giovanni, *The Theory of Democracy Revisited*. Part 2: The Classical Issues. Chatham: Chatham house Publishers 1987, s. 380.

³⁹ Suzor 2018, s. 2.

mukaisesti. Tämän tarkoituksena on yhtäältä pohjustaa oikeuden ja valtiovalan legitimitietin suhde demokratiaan ja toisaalta tarkastella tämän legitimaatioprosessin suhdetta Facebookin yhteiskunnalliseen ei-valtiolliseen valtaan, jonka merkitys sananvapauden kannalta on olennainen. OSB:n päämäärä taas on sen peruskirjan mukaan nimenomaisesti sananvapauden edistäminen, minkä takia sen roolia tarkastellaan osana laajempaa sisältömoderointiin liittyvää kokonaisuutta.⁴⁰

2 Facebookin asema demokraattisessa oikeusvaltiossa

2.1 Demokratian, ihmisoikeuksien ja oikeusvaltion kolminaisuus

Tuori puhuu nykyaikaisen oikeuden ominaisesta syvärakenteesta, joka olisi yhteisesti esimerkiksi Suomen, Saksan, Englannin ja USA:n oikeuskulttuurien ytimessä huolimatta siitä, että ne monellakin tapaa poikkeavat toisistaan. Tuorin tasoitteluteoriassa oikeuden normatiivisen syvärakenteen muodostavat oikeusperiaatteet, joihin kuuluvat ihmisoikeudet yleisinä normatiivisina ideoina, muut oikeusvaltiota luonnehtivat periaatteet sekä demokratiaperiaate.⁴¹ Koska oikeuden pintatasolta ei ole löydettävissä oikeusvaltiota määrittävää normia, on perusteltua suunnata katse oikeuden syvemmille tasoille.⁴² Myös sananvapaus voidaan hahmottaa aatteena sijoittuvan oikeuden syvätasolle.⁴³ Sananvapauden näkökulmasta demokratiaperiaate kytkeytyy olennaisella tavalla diskurssiperiaatteeseen, joka ”sitoo normien legitimiiden niiden hyväksyttävyyteen avoimissa, vapaisissa ja tasa-arvoisissa diskursseissa.”⁴⁴

Oikeusvaltio, ihmisoikeudet ja demokratia muodostavat Tuorille demokraattisen oikeusvaltion arvoperustan.⁴⁵ Nämä normatiivisen syvärakenteen elementit ovat samat kuin EN:n kolme pilaria.⁴⁶ Periaatteet ilmenevät myös SEU

⁴⁰ Peruskirja, johdanto.

⁴¹ Tuori, Kaarlo, *Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt*. Helsinki 2003, s. 60–63 (Tuori 2003a).

⁴² Raitio – Rosas – Pohjankoski 2022, s. 14, jossa kirjoittajat toteavat ko. lähestymistavan soveltuvan sekä kotimaisen että EU:n oikeusvaltiollisuuden tarkasteluun.

⁴³ Neuvonen, Riku, *Sananvapaus, joukkoviestintä ja sääntely*. Helsinki 2005, s. 61.

⁴⁴ Tuori 2000, s. 252.

⁴⁵ Tuori, Kaarlo, *Properties of Law*. Cambridge University Press 2021, s. 274 & 284.

⁴⁶ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the Rule of Law*, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session, Venice 25-26 March 2011, Strasbourg, 4 April 2011, Study No. 512/2009, CDL-AD(2011)003rev. (Venetian komissio 2011), s. 10–11 ja Euroopan neuvoston perussäännön johdanto.

2 artiklan mukaisissa unionin perustana olevissa arvoissa.⁴⁷ Oikeusvaltioperiaatteen kunnioittaminen on lisäksi SEU:n 49 artiklan mukaan myös EU:n jäsenyyden ennakkoehto. Myös EU:n perusoikeuskirjan johdannossa todetaan, että ”Unioni on tietoinen henkisestä ja eettisestä perinnöstään, ja unionin perustana ovat ihmisarvon, vapauden, yhdenvertaisuuden ja yhteisvastuullisuuden jakamattomat ja yleismaailmalliset arvot. Se rakentuu kansanvallan ja oikeusvaltion periaatteille.”⁴⁸

On argumentoitu, että myös EU:n kontekstissa nämä kolme elementtiä ovat keskinäisriippuvaisessa suhteessa toisiinsa siten, että yhtäkään niistä ei voi vahingoittaa vahingoittamatta jotakin toista elementtiä.⁴⁹ *Raitiokin* on katsonut, että EU:n jäsenvaltioissa oikeusvaltio, demokratia ja ihmisoikeuksien kunnioitus tulee nähdä oikeudellisena kolmiyhteytenä niin, että nämä kolme osatekijää muodostavat tulkintakontekstin toisilleen.⁵⁰ Oikeusvaltion käsite siis linkittyy EU-oikeudelliseen tulkintakontekstiin, jossa sitä voidaan hyödyntää normatiivisena oikeudellisena käsitteenä eikä pelkästään poliittisteoreettisena konstruktiona.⁵¹ Tätä näkemystä tukee se, että Euroopan komission tuoreiden oikeusvaltion määrittelypyrkimysten perusteella oikeusvaltioperiaatteelle jäsenvaltioiden eriävistä määrittelyistä huolimatta yhteinen näkökulma ja sisältö oikeusvaltioperiaatteelle olisi löydettävissä Euroopan unionin tuomioistuimen (EUT) ja EIT:n tulkintakäytännöstä sekä EN:n alaisen Demokratiaa oikeusteitse-toimikunnan (Venetsian komission) lausuntokäytännöstä.⁵²

Oikeusvaltion käsitteen on katsottu saavan EU-oikeudessa vaikutteita myös perussopimuksista, unionin lainsäädännöstä sekä jäsenvaltioiden valtiosään-

⁴⁷ Artiklan ensimmäisen virkkeen mukaan ”unionin perustana olevat arvot ovat ihmisarvon kunnioittaminen, vapaus, kansanvalta, tasa-arvo, oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen, vähemmistöihin kuuluvien oikeudet mukaan luettuina.”

⁴⁸ Huomionarvoista on, että oikeusvaltion käsitettä ei SEU:ssa eikä EU:n perusoikeuskirjassa määritellä.

⁴⁹ Carrera, S. – Guild, E. – Hernanz, N., *The Triangular Relationship between Fundamental Rights: Democracy and the Rule of Law in the EU, Towards an EU Copenhagen Mechanism*. CEPS Paperbacks 2013, s. 4.

⁵⁰ Raitio, Juha, *Kiista oikeusvaltion käsitteen merkityksestä ja EU:n arvopohjasta*. Helsinki Law Review, 1/2020, s. 15.

⁵¹ Raitio, Juha, *Oikeusvaltion ääriviivat*. Helsinki 2017, s. 133 (Raitio 2017a).

⁵² Ruutu 2021, s. 476.

töperinteestä ilmenevistä kirjoitetun tai kirjoittamattoman oikeuden periaatteista.⁵³ EU:n perussopimusten mukaan EUT on toimivaltainen antamaan sitovia yhdenmukaistavia tulkintoja EU-oikeuden sisällöstä ja pätevydestä, mikä koskettaa myös oikeusvaltion käsitettä.⁵⁴

Raitio on katsonut, että EU-oikeuden (varsinkin sisämarkkinaoikeuden⁵⁵) osalta voitaisiin puhua oikeuden pintatason ilmiöiden sedimentoituneen oikeuskulttuurin tasolle.⁵⁶ Myös *Jääskinen* katsoo unionioikeudella olevan oikeuskulttuurina sekä normatiivinen että teoreettinen ydin,⁵⁷ minkä lisäksi ”länsieurooppalaiset oikeudet ja niistä juontuvat oikeudet edustavat oikeusteoreettisesti samanlaista oikeuskulttuuria.”⁵⁸ Tätä vasten eurooppaoikeudellinen viitekehys oikeusvaltion oikeuskulttuurilliselle hahmottamiselle alkaa vaikuttaa perustellulta, vaikkakin EU:n sisällä tulee huomioida jäsenvaltioiden omat valtiosääntöperinteet⁵⁹.

Tämä on keskeistä, sillä ihmisoikeus- ja oikeusvaltioperiaatteet ja niiden keskinäissuhteet saavat Tuorin mukaan eri oikeuskulttuureissa hieman eri tulkintoja. Normatiivisen syvärakenteen konkretisoitumiseen vaikuttaa lisäksi ympäröivän yhteiskunnan ja kulttuurin kehitys, johon Tuori lukee talousjärjestelmän, valtion ja yhteiskunnan suhteen sekä yhteiskunnan jäsenten aseman hahmottamiseen liittyvät seikat.⁶⁰ Se, voidaanko puhua vielä EU-oikeuden muodostamasta syvärakenteesta, on luonnollisesti kiinnostava kysymys.⁶¹

Euroopan komission vuoden 2019 tiedonannossa todetaan oikeusvaltioon liittyen muun muassa, että

⁵³ Raitio – Rosas – Pohjankoski 2022, s. 37.

⁵⁴ Raitio – Rosas – Pohjankoski 2022 s. 20

⁵⁵ Kiinnostavaa onkin, että digipalvelusäädöksen oikeusperusta on SEUT 114 artiklassa, jossa määrätään toimenpiteistä sisämarkkinoiden toiminnan varmistamiseksi. Euroopan komission ehdotus (COM(2020) 825 lopullinen) asetukseksi digitaalisten palvelujen sisämarkkinoista (digipalvelusäädös) ja direktiivin 2000/31/EY muuttamisesta, s. 6.

⁵⁶ Raitio 2002, s. 147–150.

⁵⁷ Jääskinen, Niilo, Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Helsinki 2008, 219.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 217.

⁵⁹ Valtiosääntöperinteiden eroavaisuuksien tasapainona on se, että jäsenvaltioiden on kunnioitettava jäsenyysehtojen mukaisia seikkoja, ks. Tuori 2000, s. 228.

⁶⁰ Tuori 2000, s. 231–232.

⁶¹ Tuori 2000, s. 228. Tuorin mukaan syvärakenne voidaan EY-oikeuden kontekstissa hahmottaa itse asiassa oikeuskulttuurin tasoa vaivattomammin.

Sananvapaus ja tiedonvälityksen vapaus, mihin sisältyvät tiedotusvälineiden vapaus ja moniarvoisuus, on myös yksi Euroopan unionin perusarvoista. Kansalaisyhteiskunta ja riippumattomat tiedotusvälineet toimivat vahtikoirina terveissä demokratioissa, ja niillä on keskeinen asema, kun vallanpitäjät on saatettava vastuuseen tai kun käydään julkista keskustelua ja kyseenalaistetaan julkisia päätöksiä.⁶²

Euroopan komission vuoden 2014 tiedonannossa taas todetaan perusoikeuksien toteutuvan oikeusvaltiossa vain, jos ne ovat tuomioistuinten toimivaltaan kuuluvia oikeuksia. Demokratia taas edellyttää sitä, että tuomioistuinlaitos voi taata sananvapauden, kokoontumisvapauden sekä poliittista ja vaaliprosessia ohjaavien sääntöjen noudattamisen.⁶³ Herää kysymys, miten verkkoympäristö, Facebook ja OSB tätä vasten hahmottuvat. Voidaanko niiden katsoa liittyvän sellaisiin sangen perustavanlaatuisiin ympäröivän yhteiskunnan ja kulttuurin kehityskulkuihin ja muutoksiin, jotka olisi huomioitava syvärakenteen konkretisoitumisessa? Näistä syistä katse suunnataan jäljempänä sananvapauden toteutumiseen Facebookissa ja OSB:n toiminnassa

2.2 Demokraattisen oikeusvaltion teoria

Demokratiaperiaatteen yhdessä oikeusvaltion kanssa voidaan katsoa muodostavan pohjan demokraattisen oikeusvaltion käsitteelle, jota Tuori *Jürgen Habermasin* ajatuksiin tukeutuen pitemmällä kehittää. Demokraattinen oikeusvaltio edellyttää hänen mukaansa perusoikeudet takaavaa perustuslakia ja sillä taattua demokraattista lainsäätämismenettelyä sekä sitä tukevaa valtiosääntökulttuuria. Muodollisten vaatimusten lisäksi oikeusvaltiolla on näin ollen myös kulttuurillisia ja sosiologisia edellytyksiä. Niihin kuuluu kehittynyt kansalaisyhteiskunta julkisuusalueineen ja järjestöverkostoineen, jotka mahdollistavat kansalaisten eettis-poliittiset ja moraaliset diskurssit osana yleistä mielipiteenmuodostusta.⁶⁴

Tuorin mukaan vain demokraattinen oikeusvaltio voi ratkaista niin sanotun oikeusvaltion paradoksin, jossa valtio on oikeuden luoja, mutta samalla siihen sidottu. Ratkaisu on siinä, että demokraattisessa lainsäädäntöprosessissa

⁶² Euroopan komission tiedonanto Euroopan parlamentille, Eurooppa-neuvostolle ja neuvostolle, Oikeusvaltioperiaatteen noudattamisen lujittamisesta unionissa COM (2019) 163 lopullinen.

⁶³ Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle, Uusi EU:n toimintakehys oikeusvaltio- periaatteen vahvistamiseksi COM (2014) 158 lopullinen, s. 4.

⁶⁴ Tuori, Kaarlo, Demokraattisen oikeusvaltion uhkakuvia. Lakimies 1/2014 s. 94 (Tuori 2014a).

muodostuu kommunikatiivista, viestinnällistä valtaa, joka perustuu kansalaisten yhteisiin mielipiteisiin ja vakaumuksiin. Lain säätäminen synnyttää näin ollen myös edustuksellisen demokratian legitimoimiin lakeihin kiteytyneitä kommunikatiivista valtaa, joka rajoittaa hallinnollista valtion pakkovaltaa tuomioistuimissa ja hallintoviranomaisissa. Juuri tämä prosessi edellyttää perusoikeuksia ja laajaa julkista keskustelua kansalaisyhteiskunnassa tiedotusvälineissä sekä kansalaisjärjestöissä.⁶⁵ Sananvapaus perus- ja ihmisoikeutena on demokraattisen oikeusvaltion välttämätön ehto, koska se on siis välttämätön osa toimivaa kommunikatiivista valtaa ja vireän kansalaisyhteiskunnan toimintaa. Lisäksi siihen sisältyy olennaisesti oikeus julkisen vallan arvostelemiseen.⁶⁶ Tämän ohella Tuori liittyy vallanjaon (lainsäädäntövallaksi, toimeenpanovallaksi ja tuomiovallaksi) keskeiseksi osaksi demokraattiseksi oikeusvaltioksi kutsuttuja valtiollispoliittisia järjestelmiä ja niitä säänteleviä valtiosääntöjä.⁶⁷ Oikeusvaltioon liitetään myös vaatimus valtion puuttumattomuudesta yksityisautonomian alueeseen.⁶⁸

Jotta demokratia voi toteutua, on kansalaisilla siis oltava käytössään yhtäläinen informaatio ja yhtäläiset mahdollisuudet osallistua julkiseen keskusteluun ja julkisen mielipiteen muodostukseen. Tutkimuskirjallisuudessa on hahmotettu näitä edellytyksiä viestinnällisten oikeuksien avulla, jotka kattavat oikeudet tietoon pääsyyn, saatavuuteen, yksityisyyteen ja vuorovaikutukseen (dialogiin), joka on erityisellä tavalla demokratian ytimessä.⁶⁹ Perus- ja ihmisoikeuksien, demokratian ja oikeusvaltion yhteenliittymä tulee siis näkyviin siinä, miten oikeusvaltio vaatii demokratiaa, joka taas vaatii kansalaisten sananva-

⁶⁵ Tuori, Kaarlo, *Julkisoikeuden perusteet*. Helsinki 2001, s. 26 ja Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Polity Press 1996, s. 150, jossa Habermas jäsentää valtiovallan kommunikatiiviseksi ja hallinnolliseksi vallaksi.

⁶⁶ Von Schrowe, A, *Rumista sanoista rundia? Kurinpitorangaistus ja vankien sananvapauden rajoittaminen*. Helsinki Law Review, 1/2018, s. 82.

⁶⁷ Tuori, Kaarlo, *Vallanjako – vaiettu oppi*. Lakimies 7–8/2005 s. 1024. Ks. myös Kekkonen, Jukka, *Johdatus kontekstuaaliseen oikeushistoriaan*. Helsinki 2002. 2002, s. 106–109, joka luettelee oikeusvaltion tunnuspiirteiksi lisäksi lakisidonnaisuuden, yhdenvertaisuuden periaatteen ja kansalaisten perusoikeudet, joihin sananvapaus perinteisesti kuuluu.

⁶⁸ Tuori 2001, s. 23.

⁶⁹ Nieminen, Hannu, *Julkisuus*. Teoksessa *Mielityinen, Sampo (toim.) Oikeus ja julkisuus*. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja: *Oikeuden perusteet* 33. Helsinki 2021, s. 20–25.

pautta, dialogisuutta ja informoidun kansalaisen osallistumisoikeuksia. Sananvapauden loukkauksen ollessa käsillä on edellä todetun tavoin pääsy tuomioistuimeen ihmisoikeutena myös olennainen osa oikeusvaltiota⁷⁰.

Demokraattisen oikeusvaltion periaatteiden siirtäminen ylikansalliselle tasolle ei Tuorin mukaan ole vaivatonta, kun kyseessä ovat globaalit oikeus-/normijärjestelmät, jotka eivät ole yleisen kansainvälisen oikeuden alaisia eivätkä kyseessä olevaa itsesääntelyä tai ylikansallista norminmuodostusta toteuta demokraatiaperiaatteen mukaan toimivat poliittiset elimet. Myös tällaiseen norminmuodostukseen liittyy valtaa, vaikkakaan se ei ole kansallisvaltion oikeudellisiin toimivaltuuksiin liittyvää poliittista valtaa. Tällaisesta normijärjestelmästä esimerkkinä toimii Tuorin mukaan *lex digitalis*, jonka globalisoituvat yhteiskunnalliset osajärjestelmät ovat tuottaneet itse. Se käsittää muun muassa internetin verkkotunnuksia koskevaa riitojen sääntelyä koskevan UDRP-menettelyn (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy), jonka keskeinen toimija on yksityinen oikeushenkilö ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers).⁷¹ UDRP-menettelyissä on niin ikään mainittu sananvapauden määräävä asema ihmisoikeutena yksityisten välisissä suhteissa,⁷² mutta toisaalta ICANN suojaa ihmisoikeuksia vain jos se on vaatimuksena kyseeseen tulevan valtion lainsäädännön mukaan. ICANN ei myöskään edistä mitään ihmisoikeuksien yleismaailmallista kokonaisuutta.⁷³

Samantyyppisestä ilmiöstä voidaan puhua Metan moderointia koskevan itsesääntelyn kohdalla, johon OSB:n voidaan katsoa kuuluvan.⁷⁴ *Klonick* on todennut OSB:n muistuttavan UDRP:n riidanratkaisumenettelyä siinä, miten se

⁷⁰ Eurooppaoikeudellisessa kontekstissa pääsy tuomioistuimeen on olennaisesti osa EIS 6 artiklan mukaista oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta.

⁷¹ Tuori 2007, s. 279–311.

⁷² Kanalan, Ibrahim, Horizontal Effect of Human Rights in the Era of Transnational Constellations: On the Accountability of Private Actors for Human Rights Violations. European Yearbook of International Economic Law 2016, s. 454.

⁷³ Padovani, Claudia – Santaniello, Mauro, Digital Constitutionalism: Fundamental Rights and Power Limitation in the Internet eco-system. the International, Communication Gazette 2018, Vol. 80(4), s. 299.

⁷⁴ Bayer, Judit, Rights and Duties of Online Platforms. Teoksessa Bayer, Judit – Holznagel, Bernd – Korpisaari, Päivi – Woods, Lorna (toim.), Perspectives on Platform Regulation: Concepts and Models of Social Media Governance Across the Globe. Nomos eLibrary 2021, s. 39. Ks. ICANN:n ja Facebookin verrannollisuudesta myös Teubner, Gunther, Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution, 3 ITALIAN L.J. 193 2017, s. 194–197.

toimii globaalina internet-tuomarina.⁷⁵ Meta ja OSB tuottavat omaa kansainvälisen skaalan kattavaa normijärjestelmää 'uusina hallitsijoina' yksityisautonomian piirissä, eivätkä ne ole kansainvälisen oikeuden alaisia vaikka pyrkisivätkin vapaaehtoisesti kunnioittamaan ihmisoikeuksia ja ottaisivat ne huomioon toiminnassaan. Lisäksi niiden toimilla on merkitsevä vaikutus demokratian toteutumiseen monitahoisessa mittakaavassa.

Lex digitalisin kaltaisten uudenlaisten normijärjestelmien muodostumisen Tuori liittää *Güntherin* analyysiin nojaten modernin oikeuden syvärakenteen globalisaatioon, joka muodostaa tietynlaisen universaalin oikeuskoodin. Se säilyttää syvätason elementeistä juristien käyttämän oikeudellisen kielen sekä sen normatiiviset ainesosat, joihin ihmisoikeusperiaatteet, oikeusvaltio ja demokratia yllä todetusti kuuluvat.⁷⁶ Oikeusinformatiikkaa sivuavassa tutkimuskirjallisuudessa tällaisesta internetiin liittyvästä ilmiöstä ja toisaalta sen ratkaisemisesta on keskusteltu niin sanotun digitaalisen konstitutionalismiin viitekehysessä, jolla pyritään jäsentämään rajoja vallankäytölle verkkoyhteiskunnassa.⁷⁷ Haasteena näyttäisi olevan ennen muuta se, että nämä normatiiviset ainesosat ovat sidoksissa kansallisvaltioon, joista Metan kaltaiset toimijat tietyllä tavalla samalla irtautuvat. Digitalisaation ja globalisaation yhteisvaikutus johtaakin merkittävään epävarmuuteen tulevaisuuden oikeuselämän muodoista, ja demokraattisen oikeusvaltion arvojen toteutuminen riippuu siitä, kuinka niitä kyetään toteuttamaan ei-kansallisessa ja digitalisoituneessa oikeudessa⁷⁸.

Välityspalvelujen normijärjestelmien irtaantumista ikään kuin omaksi normatiiviseksi kategoriakseen ilmentää hyvin se, miten niiden voidaan katsoa suorittavan sisältömoderointinsa myötä käytännössä kolmenlaista roolia. Ensimmäkin ne toimivat lainsäätäjän tavoin määrittäessään norminmuodostuksellaan sallitun ilmaisun tason; toisekseen tuomioistuineläytöksen tavoin tulkittessaan sisällön sallittavuutta yksittäistapauksissa; ja kolmanneksen yllä mainittujen roolien tuottamien normien täytäntöönpanijoina. Nämä kaikki roolit vaikuttavat sananvapauden alaan, josta on oikeusvaltiossa (jäljempänä käsiteltä-

⁷⁵ Klonick 2020a, s. 2477.

⁷⁶ Tuori 2007, s. 279–311. Tällöin jopa modernin oikeuden yhteyden kansallisvaltioon voisi hahmottaa pikemminkin kontingentiksi oikeuden pintatason ilmiöksi kuin sen ytimellisemmäksi ominaisuudeksi.

⁷⁷ Padovani – Santaniello 2018, s. 296, joiden mukaan tällainen normatiivisen viitekehys saisi sisältönsä kansainvälisistä ihmisoikeuksista ja kansallisten demokraattisten perustuslakien elementeistä.

⁷⁸ Tuori 2021, s. 273–274 & 278.

vien ihmisoikeussopimustenkin mukaan) päätettävä demokraattisen prosessin tuottaman lain tasolla. Sisältömoderoinnissa sekoittuvat haastavasti myös välityspalvelun yksityiset intressit sekä julkiset vastuut, sillä mitkään julkiset vastuut eivät ole niitä varsinaisesti velvoittavia. Toisaalta niiden mukaisen profiloitumisen voidaan nähdä olevan jopa osa niiden ansaintalogiikkaa. Näiden sananvapauteen liittyvien roolitusten voidaan nähdä olevan varsin ongelmallisia oikeusvaltion periaatteiden kannalta, mihin on edellä mainitusti kuulunut perinteinen vallan kolmijako-oppi.⁷⁹

Sosiaalisen median palvelujen yhteisö säännöissä sallittujen ilmausten laajuus on usein suppeampi kuin oikeusvaltioiden laintasoinen sääntely sallisi.⁸⁰ Tuomioistuimen kaltainen rooli on OSB:n myötä irtaantunut Metasta tietyllä tapaa erilleen, mutta sen kohdalla on yhä keskeistä se, että sisällön sallittavuus arvioidaan ensi sijassa Metan itsesääntelyyn nojaten. Facebookin onkin nähty hakeneen legitimizeettiä normijärjestelmänsä olemassaololle OSB:n perustamisella.⁸¹ Metan normijärjestelmän perusteet kuitenkin eroavat huomattavasti siitä, miten demokraattisen oikeusvaltion tuottama oikeusjärjestys ilmentää kansansuvereniteettiä, jolloin ”kansa oikeuden keinoin hallitsee itseään.”⁸² *De Gregorion* mukaan alustojen itsesääntely (yksityinen normijärjestys) on ominaisuuksiltaan lähempänä absoluuttista valtaa kuin demokraattisia arvoja. Facebookin kaltaisten alustojen käyttöehtoja onkin verrattu niin sanottuun uuteen yhteiskuntasopimukseen, jonka hyväksymisellä käyttäjät asettuvat *status subjectioniksen* asemaan suhteessa palveluntarjoajiin.⁸³

⁷⁹ Elkin-Koren, N. – Perel, Maayan, Guarding the Guardians: Content Moderation by Online Intermediaries and the Rule of Law. Teoksessa Frosio, Giancarlo (toim.), Oxford Handbook of Online Intermediary Liability. Oxford 2020, s. 670–675.

⁸⁰ Ks. esim. Kemmerer – Botero-Marino – Tuchtfield – Kettemann – Eifert 2022. Botero-Marino, Catalina – Eifert, Martin – Kemmerer, Alexandra – Kettemann, Matthias C. – Tuchtfield, Erik, Livestream – Heidelberger Salon digital: Discussion on 10 February 2022 at 17:00 CET by the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in cooperation with Global Freedom of Expression, Columbia University, Völkerrechtsblog, 10.02.2022. [<https://voelkerrechtsblog.org/livestream-heidelberger-salon-digital-2/>].

⁸¹ Ks. Pollicino 2021, s. 17.

⁸² Nuotio, Kimmo – Majanen, Martti, Rikosoikeuden poluilla. Helsinki 2013, s. 12.

⁸³ De Gregorio, Giovanni, Democratising Online Content Moderation: A Constitutional Framework. Computer Law & Security Review. Vol. 36 2020, s. 8 (De Gregorio 2019a). Status subjectioniksella viitataan Gerog Jellinekin statusteoriassa yksilön passiiviseen ja alistuneeseen statukseen suhteessa valtioon, joka ei anna yksilölle oikeuksia eikä velvollisuuksia, ks. Leal, Mônia Clarissa Hennig, Digital Democracy: From Status Activus Digitalis to Disinformation – Towards a New Wave of Judicialization of Politics? UNIO - EU Law Journal 5(2), 2019, s. 64.

Tässä kohtaa tulee huomauttaa, että vallanjako-opissa valta tarkoittaa ensisijaisesti oikeudellista toimivaltaa eikä tosiasiallista yhteiskunnallis-poliittista valtaa. Toisaalta valtiosääntöoikeudellinen sääntely ja vallanjako-oppi pyrkivät vaikuttamaan myös tosiasiallisiin valtasuhteisiin.⁸⁴ Facebookilla on katsottu olevan merkittävän taloudellisen vallan lisäksi sääntely- ja normatiivista valtaa, mitkä ylettyvät sosiaalisten normien luomisen lisäksi valtioiden lainsäädäntöön vaikuttamiseen.⁸⁵ On siis perusteltua ottaa huomioon Meta ja OSB oikeusjärjestelmän ulkopuolisena ylikansallisena normatiivisena järjestelmänä, jolla on vaikutusta oikeusvaltion toimintaan erityisesti siinä, miten demokraattinen oikeusvaltio pystyy turvaamaan sananvapauden toteutumisen verkko-yhteiskuntatodellisuudessa. Tämän arvioimiseksi on suunnattava katse Facebookin asemaan julkisten diskurssien tilana.

2.3 Facebook ja julkisuus

Habermasin ajatteluun pohjaten toimiva julkisuus vaatii Tuorin mukaan itenäisyyttä hallinnollisten, taloudellisten ja sosiaalisten valta-asemien haltijoista. Lisäksi sen tulisi olla mediavallan aiheuttaman keskustelun vääristymisestä vapaa. Julkisuuden olemassaolo edellyttää näin ollen valtion takaamia perusoikeuksia, kuten sanan-, kokoontumis- ja yhdistymisvapautta. Varsinaisia kansalaisyhteiskunnan piirissä tapahtuvia viestinnän ja keskustelun prosesseja ei kuitenkaan voida perustuslain pykälillä sinänsä synnyttää.⁸⁶ *Saarenpääkin* on kutsunut sosiaalista mediaa kansalaisviestinnän muodoksi,⁸⁷ joten on olennaista tarkastella mielipiteenmuodostusta siellä.

Julkisen keskustelun (ja sitä kautta mielipiteen muodostamisen) määrittelylle voitaneen ottaa lähtökohdaksi oikeustieteessä vakiintunut yleisön käsite, jolla tarkoitetaan määräämätöntä ihmisjoukkoa. Jokin asia katsotaan julkiseksi, kun se on tullut yleisön tietoisuuteen. Englanninkielisessä yhteiskuntatieteellisessä tutkimuskirjallisuudessa yleisöä aktiivisessa mielessä tarkoittava *public* osallistuu julkisuuden tuottamiseen ja käyttää näin valtaa, minkä myötä se osallistuu myös itse vallan tuottamiseen.⁸⁸ Tällainen valtiovallan ja oikeuden legitimaation perustana oleva deliberaatio on erityisissä hankaluuksissa sosiaalisen median aikana, jolloin pääsy informaatioon on yhtäältä erityisen vaivatonta,

⁸⁴ Tuori 2005, s. 1031.

⁸⁵ Shadmy, Tomer, *The New Social Contract: Facebook's Community and our Rights*. Boston University International Law Journal 37 2019 (forthcoming), s. 4–5.

⁸⁶ Tuori 2000, s. 119–121.

⁸⁷ Saarenpää 2012, s. 52.

⁸⁸ Neuvonen 2019, s. 29.

mutta jossa osallistumista vaivaavat muun muassa valeutiset ja disinformaatio.⁸⁹

Mäenpään mukaan julkisuus voidaan juridisessa mielessä jakaa neljään mahdolliseen tilaan, jotka ovat päällekkäisiä ja toisiinsa lomittuvia. Näitä ovat 1) julkinen toiminta yksityisen toiminnan vastakohtana ja siitä erottuneena tilana, 2) julkisuus avoimuutena eli julkisuusperiaatteen alaisena tilana, jossa tieto on kaikkien saatavissa, 3) julkisuus tilana, jossa julkisuutta harjoitetaan aktiivisesti, mihin kuuluu muun muassa kansalaisyhteiskunnan toiminta sekä demokraattinen yleisöjulkisuus, 4) julkisuus julkisena organisaationa ja viranomaistoiminta, jolle on luonteenomaista mahdollisuus julkisen vallan käyttöön.⁹⁰

Demokraattisen oikeusvaltion ja sosiaalisen median näkökulmasta on mielestäni tarkoituksenmukaista painottaa näkemystä, jossa *Mäenpään* mainitsemista määrittelyistä määrävän aseman saa kohtien 2 ja 3 yhdistelmä.⁹¹ Tällöin Facebookissa käyty keskustelu on luonteeltaan sellaista, jossa tieto saateetaan kaikkien saataville ja lisäksi sellaisessa tilassa, jossa kansalaisyhteiskunta voi toimia ja käydä poliittista ja yhteiskunnallista keskustelua. Tuori itse erittelee julkisuuskäsitteen kahteen osaan, jolloin se valtiokoneistossa noudatettavan julkisuusperiaatteen ohella liittyy julkisuusalueeseen, joka ilmenee ”erityisenä yhteiskunnallisena, valtiota ja yhteiskuntaa välittävänä toiminta-alueena.”⁹² *Neuvonenkin* on todennut, että ”internetin keskustelupalstoilla on kysymys pienien julkisuuden ja keskustelun kenttien muodostumisista.”⁹³ Myös Tuorin näkemyksessä kansalaisyhteiskunta muodostuu yhden poliittisen julkisuuden sijaan pikemminkin autonomisten osajulkisuuksien verkostosta.⁹⁴ Jos keskustelupalstan sijaan kyse on Facebook-tilistä, esimerkiksi Donald Trumpin, jolla on miljoonia seuraajia ja tykkääjiä, tätä vähintään voinee pitää

⁸⁹ Leal 2019.

⁹⁰ *Mäenpää*, Olli, *Hallinto ja oikeus*. Helsinki 2010, s. 80–81.

⁹¹ Huomattavaa on myös se, että *Mäenpään* jaon kohta 1 liittyy julkisen ja yksityisen sfäärin jakoon, joista jälkimmäiseen kuuluu yksityisoikeudellisena kokonaisuutena yksityiselämä ja taloudellinen toiminta. Kohdan 4 julkisen vallan käyttö taas asettuu vastakkain ei-julkisen vallan käytölle. Molemmat näistä teemoista ovat olennaisia tämän tutkimuksen kannalta. Ks. *Mäenpää* 2010, s. 83 & 86.

⁹² Tuori, Kaarlo, *Oikeus, valta ja demokratia*. Helsinki 1990, s. 205.

⁹³ *Neuvonen* 2019, s. 400.

⁹⁴ Tuori 1990, s. 273.

julkisuuden ja keskustelun kenttänä, jossa asioita saatetaan yleisön saataville.⁹⁵

On argumentoitu, että vaikka Meta yksityisenä yrityksenä kuuluu yksityisen autonomian piiriin, Facebookissa käyttäjien jakama tieto on luonteeltaan tarkoitettu yleisesti jaettavaksi – vaikkakin sisällön kohdeyleisöä olisi sinänsä rajoitettu. Käyttäjien näkökulman ja sen, minkälaisen kuvan Facebook itsestään alustana käyttäjille antaa, perusteella Facebookia voitaisiin pitää julkisena tilana ja alueena.⁹⁶ Jos näin ollen julkaisu Facebookissa voidaan hahmottaa määräämättömän ihmisjoukon saataville saattamiseksi, olisi kyseessä oikeudellisessa mielessä julkisesta keskustelusta. Julkisen tilan olomuoto ja julkisuuden käsitteen määrittely on jatkuvan kamppailun kohde⁹⁷. Julkisuuden teoretisoinnin kohdalla olennaista onkin se, pyritäänkö hahmottamaan jonkinlainen julkisuuden normatiivinen ideaalityyppi,⁹⁸ jolla olisi oikeusteoreettis-filosofista käyttöarvoa.

Huomattavana erona aiempaan mediakenttään, joka on perinteisesti hallinnut julkista tiedonvälitystä, on sosiaalisen median kohdalla muun muassa se, että alustat eivät julkaise omia sisältöjään sanomalehtien journalistien tavoin, vaan tämän tekevät palvelujen käyttäjät. Välittäjäpalvelut algoritmien ja sisältöjen kuratoinnin avulla kuitenkin toisaalta priorisoivat haluamiaan näkökulmia toimien näin ollen medioiden tavoin. Toiseksi alustat kuten Facebook saavuttavat huomattavasti suuremman yleisöjoukon kuin perinteinen media ja niillä on kaikinensa globaali potentiaali.⁹⁹ Kyseessä ei ole mediakorporaatio, jota koskisi erillinen median sääntely,¹⁰⁰ mutta tästä huolimatta Facebookin avulla käytännössä kuka tahansa voi toteuttaa median ja journalismin tehtävää olematta journalisti tai osa mediaa.¹⁰¹ Käyttäjiensä näkökulmasta Facebook toimii siis sisältöjen julkaisijana ja sallitun ilmaisun kirjon sääntelijänä ja tuomarina

⁹⁵ En tässä käsittele sen tarkemmin problematiikkaa, joka koskee esimerkiksi suljettuihin Facebook-ryhmiin tehtyjen julkaisujen julkisuutta.

⁹⁶ Burkell, Jacquelyn – Fortier, Alexandre – Wong, Lorraine (Lola) Yeung Cheryl – Simpson, Jennifer Lynn, Facebook: Public Space, or Private Space? *Information, Communication & Society*, 17:8, 2014, s. 974–985

⁹⁷ Neuvonen 2019, s. 29.

⁹⁸ Herkman, Juha, *Politiikka ja mediajulkisuus*. Tampere 2011 s. 73–82, joka tuo esiin yhteiskuntatieteellisessä tutkimuksessa Habermasin julkisuusteoriaa kohtaan esitettyä kritiikkiä.

⁹⁹ Bayer 2021, s. 28.

¹⁰⁰ Jørgensen – Zuleta 2020, s. 52.

¹⁰¹ Neuvonen 2019, s. 24.

samanaikaisesti¹⁰² ja OSB vastaavasti valitustuomioistuimena. Facebookia käytetäänkin usein puhtaasti henkilökohtaisista asioista jakamisen lisäksi poliittisen keskustelun ja järjestäytymisen tilana. Näin ollen Facebookin sisältöjen poistamiseen liittyvä toiminta vaikuttaa suoranaisesti sananvapauden tosiasialliseen toteutumiseen demokratian kannalta olennaisissa konteksteissa.¹⁰³ Erona aiempaan mediakenttään on myös se, että siinä missä joukkoviestinnän itsesääntelynormisto ei olemukseltaan muistuta koherenttia ja koordinoitua oikeusjärjestelmää,¹⁰⁴ ei tämä Facebookin ja Metan kohdalla vaikuta yhtä lailla pitävän paikkaansa.

Algoritmien käyttö sisällön jakamisessa on myös johtanut siihen, että käyttäjille jaetaan sellaista sisältöä, joka hänestä kerätyn datan perusteella todennäköisesti vastaisi hänen näkemyksiään. Tällaisen sisällön personalisaation on sanottu johtavan niin sanottuihin suodatinkupliin¹⁰⁵ ja samanmielisten kaikkukammioihin, mikä on vastakkainen kehitys sellaiselle informaation pluralismille, jota on pidetty demokratialle ja sananvapaudelle suotuisana. Näin ollen, vaikka tietoa on saatavilla enemmän kuin koskaan, on pluralistisen ajatuksenvaihdon todennäköisyys jopa mahdollisesti alentunut.¹⁰⁶ Keskittyneillä ylikansallisilla alustapalveluilla kuten Facebookilla on siis suuri valta-asema sen päättämässä, minkälainen ilmaisu on mahdollista, ja sisältömoderointi on mekaniismi, jolla modernia verkottunutta julkista tilaa hallitaan.¹⁰⁷ Tämä koskee luonnollisesti myös Facebookissa jaettua uutisisältöä.

Näin ollen voidaan todeta, että demokratian edellyttämä julkisuus ei tässä kontekstissa toimi ihanteellisesti Tuorin erittelemällä tavalla. Myös *Fuchs* on katsonut, että vaikka sosiaalisella medialla olisi potentiaalia muodostaa julkisuusalue habermasilaisessa mielessä, se ei sitä kuitenkaan ole, sillä se ei ole riippumaton poliittisesta eikä taloudellisesta vallasta¹⁰⁸. Tilannetta ei paranna se, että alustojen vaikutusvallan informaatiovirtojen portinvartijoina on nähty

¹⁰² Klonick, Kate, *Facebook v. Sullivan*. Teoksessa Pozen, David E. (toim.) *The Perilous Public Square: Structural Threats to Free Expression Today*. New York: Columbia University Press 2020, s. 334 (Klonick 2020b).

¹⁰³ York – Zuckerman 2019, s. 137.

¹⁰⁴ Huovinen, Sakari, *Toimittaja, tieto ja arvopaperimarkkinat*. Kuka valvoo vapautta? Viestintäoikeuden vuosikirja 2005. Helsinki 2006, s. 41.

¹⁰⁵ Ks. Pariser, Eli, *The Filter Bubble: What the Internet is Hiding from You*. Viking 2011.

¹⁰⁶ Pollicino 2021, s. 8.

¹⁰⁷ York – Zuckerman 2019, s. 147–148. Markkinoiden keskittymiseen liittyvästä lähentymisestä eli konvergenssista osana verkkoyhteiskunnan oikeusvaltiollisista reunaehdoista yhdessä oikeudellisen ja teknologisen konvergenssin kanssa ks. Saarenpää 2002, s. 116–120.

¹⁰⁸ Fuchs, Christian, *Social Media and the Public Sphere*. *tripleC: Communication, Capitalism & Critique* 12(1), 2014, s. 89.

vaikuttavan niin suureen osan kaikesta yhteiskunnallisesta elämästä, että voidaan puhua jopa ”perinteisen median syrjäyttämisestä demokraattisten yhteiskuntien keskeisenä instituutiona.”¹⁰⁹ *Pollicino* ja *Bietti* ovat kuvailleet ilmiötä jopa ”erittäin yksityistetyksi digitaaliseksi julkiseksi alueeksi.”¹¹⁰ Koska tämä digitaalinen julkinen sfääri on sääntelyn kannalta varsin harmaalla alueella, on muun muassa *Teubner* ehdottanut digitaalisen julkisuusalueen institutionalisoimista.¹¹¹

Kansalaisten sananvapauden, dialogisuuden ja informoidun kansalaisen osallistumisoikeuksien takaaminen verkkoympäristössä on siis selkeästi haastavaa. Facebookin merkitys sananvapauden ja demokratian toteutumisiin on olennainen, mutta ei suinkaan pelkästään hyvällä tavalla. Facebookin voidaan katsoa olevan osa sitä kansalaisviestintää, jolla on olennainen rooli kansalaisten eettis-poliittisten ja moraalisten diskurssien alustana. Facebookia ei kuitenkaan koske mediasääntely ja lisäksi Facebookin käyttämien algoritmien ja sisältömoderoinnin muotojen voidaan nähdä asettavan yhteiskunnallisille diskursseille tiettyjä ongelmallisia reunaehtoja.

3 Valtion rooli sananvapauden takaamisessa verkkoympäristössä

3.1 Sananvapaudesta eurooppalaisessa kontekstissa

Viestintään liittyvä perus- ja ihmisoikeusjärjestelmä eurooppalaisessa kontekstissa koostuu kussakin EU:n jäsenvaltiossa kulloinkin voimassa olevasta oikeudesta, jonka lähteitä ovat kansallinen lainsäädäntö, EU-oikeus ja kansainväliset sopimusvelvoitteet, joihin kuuluu sananvapauden kannalta keskeisesti kansalais- ja poliittisten oikeuksien sopimus (KP-sopimus).¹¹² Sananvapaus on välineneutraali perus- ja ihmisoikeus,¹¹³ joka pätee Yhdistyneiden kansakun-

¹⁰⁹ McGonagle, Tarlach, *Free Expression and Internet Intermediaries: The Changing Geometry of European Regulation*. Teoksessa Frosio, Giancarlo (toim.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*. Oxford 2020, s. 480.

¹¹⁰ Bietti, Elettra – Polliciono, Oresto, *Truth and Deception Across the Atlantic: A Roadmap of Disinformation in the US and Europe*. *Italian Journal of Public Law*, 2019, s. 55.

¹¹¹ Teubner 2017.

¹¹² Pesonen, Pirkko, *Viestinnän lait*. Edita Publishing 2017, s. 49.

¹¹³ Ks. KP-sopimuksen 19 artikla ja HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta s. 56–57.

tien (YK) ihmisoikeusneuvoston mukaan verkossa kuten sen ulkopuolellakin.¹¹⁴ Eurooppalaisessa kontekstissa sananvapautta tulee tasapainottaa muiden Euroopan perusoikeuskirjan perusoikeuksien oikeuksien kanssa,¹¹⁵ EIS:n muiden ihmisoikeuksien kanssa¹¹⁶ sekä kansallisten perustuslakien ja jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen kanssa. Ihmis- ja perusoikeuksien ristiriitatilanteessa kansallisen viranomaisen tulee EIT:n tulkintaperiaatteiden mukaan löytää oikeuksien kesken oikeudenmukainen tasapaino, sillä ihmisoikeuksille ei ole asetettu etusijajärjestystä.¹¹⁷

3.2 Kansainväliset ihmisoikeussopimukset

KP-sopimuksen 19 artiklassa turvataan mielipiteenvapaus sekä sananvapaus, joka sisältää vapauden hankkia, vastaanottaa ja levittää kaikenlaisia tietoja ja ajatuksia. Oikeudellisesti merkittävin ihmisoikeussopimus Suomelle ja muutoinkin eurooppaoikeudessa on EIS. Eurooppalainen ihmisoikeusnormisto asettaa ihmisoikeuksille vähimmäistason, mutta kansallisen tason perusoikeussäätely voi taata sitä kattavamman suojan.¹¹⁸ EIS:n 1 artiklan mukaan sen osapuolet ”takaavat jokaiselle lainkäyttövaltaansa kuuluvalla tämän yleisopimuksen I osassa määritellyt oikeudet ja vapaudet.” Viittaus jokaiseen ihmisoikeuksien subjektina voidaan ymmärtää myös siten, että se tarkoittaisi oikeushenkilöitä luonnollisten henkilöiden lisäksi, mutta materiaalisen määräyksen tulkinnasta riippuu, voiko oikeushenkilö päästä puheena olevan oikeuden nauttimisesta osalliseksi.¹¹⁹ Lehtien julkaisutoimintaa harjoittavat oikeushenkilöt ovat saaneet EIT:n oikeuskäytännössä sananvapauden suojaa,¹²⁰ ja välitilanteiden vuoksi voisi ajatella sananvapauden koskettavan myös sosiaalisen median alustoja oikeushenkilöinä.

Sananvapaudesta säädetään Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 10 artiklassa seuraavasti:

¹¹⁴ Yhdistyneiden kansakuntien ihmisoikeusneuvosto, The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. A/HRC/REC/20/8, 2012, s. 3.

¹¹⁵ Euroopan perusoikeuskirja (2012/C 326/02) artikla 52.

¹¹⁶ EIS artikla 10(2).

¹¹⁷ Pesonen, Pirkko, Sosiaalisen median lait. Kauppakamari 2013, s. 51.

¹¹⁸ Nuotio, Kimmo, Miten vihapuhetta tulisi rajoittaa? Teoksessa Aalto-Heinilä, M. – Kurki, Visa (toim.): Mitä oikeudet ovat?: Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia. Gaudeamus 2019, s. 215.

¹¹⁹ Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus. 6. uudistettu painos. Alma Talent 2018, s. 14.

¹²⁰ Tiilikka, Päivi, Sananvapaus ja yksilön suoja – Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. Helsinki 2007, s. 118.

Jokaisella on sananvapaus. Tämä oikeus sisältää vapauden pitää mielipiteitä sekä vastaanottaa ja levittää tietoja ja ajatuksia alueellisista rajoista riippumatta ja viranomaisten siihen puuttumatta. Tämä artikla ei estä valtioita tekemästä radio- televisio- ja elokuvayhtiöitä luvanvaraisiksi.

Koska näiden vapauksien käyttöön liittyy velvollisuuksia ja vastuuta, se voidaan asettaa sellaisten muodollisuuksien, ehtojen, rajoitusten ja rangaistusten alaiseksi, joista on säädetty laissa ja jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen turvallisuuden, alueellisen koskemattomuuden tai yleisen turvallisuuden vuoksi, epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalien suojaamiseksi, muiden henkilöiden maineen tai oikeuksien turvaamiseksi, luottamuksellisten tietojen paljastumisen estämiseksi, tai tuomioistuinten arvovallan ja puolueettomuuden varmistamiseksi.

Keskeistä on huomioida, että 10 artiklan 2 kohdan mukaan sananvapauden rajoituksen tulee olla välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa.¹²¹ Huomionarvoista sekä EIS:n että KP-sopimuksen (sekä jäljempänä käsiteltävän EU:n perusoikeuskirjan) formulaatioissa on se, että sananvapauden kuuluu oikeus vastaanottaa tietoa ja mielipiteitä. *Nuotion* mukaan vastaanottamisen oikeus liittyy oleellisesti demokratian ja sananvapauden yhteyteen siinä, että sitä kautta mahdollistetaan kansalaisten mielipiteenmuodostus, joka demokratiassa edellyttää myös sitä, että mediat saavat ilman valtion väliintuloa valita asioiden käsittelynäkökulmansa edesauttaen informaation pluralismia. Vastaanottamisen oikeuden myötä sananvapaus on siis nähtävä itse ilmaisijan ohella myös yleisölle kuuluvana oikeutena.¹²²

EU:n perusoikeuskirjan 11 artiklan mukaan ”jokaisella on oikeus sananvapauden. Tämä oikeus sisältää mielipiteenvapauden sekä vapauden vastaanottaa ja levittää tietoja tai ajatuksia viranomaisten siihen puuttumatta ja alueellisista rajoista riippumatta. Tiedotusvälineiden vapautta ja moniarvoisuutta kunnioitetaan.” Kyseinen sopimusartikla vastaa merkitykseltään ja kattavuudeltaan

¹²¹ Ks. Kortteinen, Juhani, *Sananvapaus ihmisoikeutena*. Teoksessa Nordenstreng, Kaarle (toim.), *Sananvapaus Suomessa*. Tampere 2015, s. 173, jossa hän tuo esiin sen, että demokraattisen yhteiskunnan todellisuuden muuttuessa EIT:lla on mahdollisuus evolutiivisen EIS:n tulkintansa myötä muuttaa aikaisempaa tulkintaansa. Luonnollisestikaan esimerkiksi demokraattiseen yhteiskuntaan jo käsitteellisestikin täysin soveltumattomia ilmaisuvapauden rajoittamisperusteita ei voitaisi hyväksyä.

¹²² Nuotio 2019, s. 207.

EIS:n 10 artiklaa¹²³ ja sen myötä EIT:n oikeuskäytäntö koskien EIS:n 10 artiklaa ohjaa myös EUT:n tulkintoja perusoikeuskirjan 11 artiklasta.¹²⁴

3.3 Sananvapaus verkkoympäristössä

Perinteisesti Facebookin harjoittamaa tosiasiallisen sananvapauden rajoittamista esimerkiksi sisältöjen poistamisen myötä ei ole nähty juridisessa mielessä ongelmallisena, koska millään yksityisellä taholla (yrityksellä tai yksityishenkilöllä) ei ole velvollisuutta tarjota omia alustojaan tietynlaisen puheen foorumiksi.¹²⁵ Sananvapausnormien oikeussubjektina Facebookilla on ainakin USA:ssa sananvapauden nojalla oikeus hallinnoida alustalla olevaa sisältöä pitkälti miten haluaa.¹²⁶ On myös tuotu esiin, että ihmisoikeuksiin vetoaminen sananvapauden toteuttamiseksi Facebookissa ei ylipäänsä olisi relevantti tulokulma, koska juridisesti Facebookin ja sen käyttäjän välillä on kyse sopimusoikeudellisesta suhteesta, jossa määräävät sopimusoikeudelliset säännöt eivätkä ihmisoikeudet.¹²⁷ Ongelmia yksilöiden sananvapaudelle kuitenkin syntyy, koska palveluntarjoajien käyttöehdot ja yhteisösäännöt ovat usein epäselviä, sisältömoderointi on pitkälle automatisoitua ja välttämätöntä pidemmälle menevää sekä muutoksenhakuoikeus ja -menettelyt ovat sangen puutteellisia silloin, kun käyttäjän sisältö poistetaan saatavilta.¹²⁸

Ihmisoikeudet on alkujaan luotu suojaamaan yksilöä julkisen vallan väärinkäytöltä.¹²⁹ Tällöin sananvapaus on tarkoittanut sitä, että valtio on taannut yksilöille ja lehdistölle vapauspiirin ennen muuta sensuurista, mikä on tarkoittanut valtion näkökulmasta negatiivista velvollisuutta olla puuttumatta lehdistön ja kansalaisten ilmaisuun.¹³⁰ Internetissä vaikuttaa sananvapauden kannalta kolmaskin toimija; yksilöiden julkaisuja välittävä yksityinen palveluntarjoaja. Toisaalta tämän uuden sananvapauden ”kolmion” (kuten *Balkin* ilmiötä nimittää)

¹²³ Hoikka, Mikko, Sananvapaus Euroopan unionin oikeudessa. Turun yliopisto 2009, s. 102.

¹²⁴ McGonagle 2020, s. 475 ja myös EU:n perusoikeuskirjan 53 artikla.

¹²⁵ Lehto, Otto, Oikeus sananvapauteen: onko haitallisen puheen sallimisesta jotain hyötyä? Teoksessa Aalto-Heinilä, M. – Kurki, Visa (toim.), Mitä oikeudet ovat?: Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia, Gaudeamus 2019.

¹²⁶ Koltay, András, New Media and Freedom of Expression Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere. Bloomsbury Publishing 2019, s. 23.

¹²⁷ Jørgensen – Zuleta 2020, s. 56.

¹²⁸ Vaaraniemi 2021, s. 46.

¹²⁹ Corrin, Jennifer, From Horizontal and Vertical to Lateral, Extending the Effect of Human Rights in Post Colonial Legal Systems of the South Pacific. *International & Comparative Law Quarterly*, 58:1, 2009, s. 31.

¹³⁰ Neuvonen 2019, s. 96.

ensimmäiseen kulmaan liittyvät valtion seuraan myös EU ja kansainväliset järjestöt. Kansallisvaltiot ja EU yhä enenevässä määrin pyrkivät sääntelemään ja käyttämään internet-infrastruktuuria kansalaisten sananvapauden rajoittamiseen siten, että yksityiset toimijat käytännössä suorittaisivat julkiselle vallalle kuuluvia tehtäviä.¹³¹ Kun julkinen keskustelu näin siirtyy pois valtion suorasta kontrollista, internetin palveluntarjoajat nousevat asemaan, jossa heillä käyttöehtojensa ja itsesääntelynsä myötä on valta paljolti päättää yksilöiden tosiasiallisen sananvapauden reunaehdoista. Tällöin sananvapauden hallinnointi, valvonta ja täytäntöönpano verkossa monella tapaa yksityistyy. Alustojen käyttäjät eivät voi sananvapauteensa vedoten vaatia saada sisältöään julkaisuksi sosiaalisen median palveluissa.¹³² Tämä koskee myös Trumpia. Trumpin tavoin Facebookin käyttäjä voi saada asiansa OSB:n ratkaistavaksi, mutta tällöinkin sananvapaudesta päättäminen on yksityisissä käsissä.

EU-oikeudessa internetin palveluntarjoajien vastuuta on tähän mennessä säänneltyt ensi sijassa vuosituuhannen vaihteessa sähköisestä kaupankäynnistä annettu direktiivi 2000/31/EY (SKD),¹³³ jonka 14 artiklan mukaisesti säilytyspalveluksi Facebook lukeutuu¹³⁴. SKD 14 artiklan mukaan palvelun ylläpitäjät vapautuvat vastuusta vain, jos ne poistavat laittoman sisällön tai estävät pääsyn sisältöön heti saatuaan siitä tiedon.¹³⁵ SKD:n 15 artiklan mukaan jäsenvaltiot eivät saa asettaa palveluntarjoajille 14 artiklassa tarkoitettujen palvelujen toimittamisen osalta yleistä velvoitetta valvoa siirtämiään ja tallentamia tietoja eivätkä yleistä velvoitetta pyrkiä aktiivisesti saamaan selville laitonta toimintaa osoittavia tosiasioita tai olosuhteita. SKD:n perusteella Facebookilla on siis hy-

¹³¹ Balkin, JM, *Free Speech is a Triangle*. *Columbia Law Review*, 118:7, 2018, s. 2015–2019. Balkin viittaa Saksan verkkovalvontalakiin (”NetzDG”), joka muun muassa asettaa sosiaalisen median alustoille velvoitteen arvioida laittomasta sisällöstä saatuja ilmoituksia sanktion uhalla.

¹³² Vaaraniemi 2021, s. 37.

¹³³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2000/31/EY tietoyhteiskunnan palveluja, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä, sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista.

¹³⁴ EUT on muun muassa tapauksessa *Glawischnig-Piesczek (C-18/18)* todennut, että Facebook Ireland tarjoaa 14 artiklassa tarkoitettuja hosting- eli säilytyspalveluja.

¹³⁵ 14 artiklaan kuuluvaa ”notice and takedown” poistomekanismia on kritisoitu läpinäkyvyyden ja oikeudenmukaisuuden näkökulmista, koska siinä käyttäjien oikeuksien täytäntöönpano ei vastaa sitä tasoa, jolla kansalaiset voivat valvoa perus- ja ihmisoikeuksiaan suhteessa julkiseen valtaan. Ks. Pollicino, Oreste – De Gregorio, Giovanni, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*. Teoksessa Micklitz, H. – Pollicino, Oreste. – Reichman, A. – Simoncini, A. – Sartor, G., – De Gregorio, Gregorio. (toim.) *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*. Cambridge: Cambridge University Press 2021 (Pollicino – De Gregorio 2021a), s. 22.

vin rajoitettu vastuu laittoman sisällön poistamisen suhteen eikä sillä ole toisaalta velvollisuutta valvoa sisältöjään. Sama pätee EU:n digipalvelusäädöksen myötä: asetuksen 89 artiklan mukaan SKD:n artikkelit 12–15 kumotaan (kohta 1) ja viittauksina näihin pidetään jatkossa viittauksia asetuksen 4, 5, 6 ja 8 artiklaan (kohta 2) – eli asetuksessa säilytetään kyseisten säännösten logiikka. Neuvosto hyväksyi digipalvelusäädöksen 4.10.2022 ja se tuli voimaan 16.11.2022. Sitä alettiin soveltaa kaikkiin sen soveltamisalaan kuuluviin toimiin 17.2.2024.

Mainittakoon, että digipalvelusäädöksen III luvussa säädetään välityspalvelujen huolellisuusvelvoitteista uudella tavalla. 15 ja 24 artikla asettaa välityspalvelujen tarjoajille erinäisiä avoimuusraportointivelvoitteita. 16 artiklan mukaan säilytyspalvelujen tarjoajien on otettava käyttöön menettelyjä, joiden avulla kuka tahansa yksityishenkilö tai yhteisö voi ilmoittaa säilytyspalvelujen tarjoajan palvelussa olevan tiettyjä tietoja, joita kyseinen yksityishenkilö tai yhteisö pitää laittomana sisältönä. Näiden menettelyjen on oltava helposti käytettävissä ja käyttäjäystävällisiä, ja ilmoituksia on voitava tehdä myös ainoastaan sähköisesti. 17 artiklan 1 kohdan mukaan säilytyspalvelujen tarjoajien on esitettävä selkeät ja täsmälliset perustelut kaikille asianosaisille palvelun vastaanottajille seuraavista rajoituksista, jotka on asetettu sillä perusteella, että palvelun vastaanottajan toimittama tieto on laitonta sisältöä tai yhteensopimatonta niiden ehtojen kanssa: a) kaikki rajoitukset, jotka koskevat palvelun vastaanottajan toimittamien tiettyjen tietojen näkyvyyttä, mukaan lukien sisällön poistaminen, siihen pääsyn estäminen tai sen sijoituksen alentaminen; - - c) palvelun tarjoamisen keskeyttäminen tai lopettaminen kokonaan tai osittain; d) palvelun vastaanottajan tilin sulkeminen tilapäisesti tai pysyvästi.

Jos EU:ssa tai kansallisesti säädettäisiin SKD:tä tai digipalvelusäädöstä tiukemmista poistovelvoitteista sanktioiden uhalli, ongelmaksi saattaisi koitua sananvapauden jälkikäteiseen kontrolliin liittyvä hiljennysvaikutus, jonka myötä sananvapauden käyttöön vaikutetaan välillisesti ennakoita. Tämä vaikutus voi sinänsä ilmetä Neuvosen mukaan jo viestimelle syntyneestä halusta miellyttää mainostajia tai muita sidosryhmiä.¹³⁶ Jälkimmäinen on Facebookin kohdalla perustellusti läsnä oleva vaikutus jo valmiiksi. Lienee siis niin, että mitä avoimempia ja ei-tarkkarajaisempia sananvapautta koskevat säännöt Facebookin yhteisönormeissa ovat, sitä suurempi on myös tätä kautta Facebookin käyttäjän riski itsesensuuriin. Vastaavasti mitä avoimempia kansalliset tai EU-tason lainsäädännökset ovat, sitä suurempi todennäköisyys on sille, että Facebook päätyisi poistamaan ikään kuin varmuuden vuoksi laillisia sisältöjä, vaikka sillä ei

¹³⁶ Neuvonen 2019, s. 30.

SKD:n mukaista valvomisvelvoitetta olisi. Nykytilanteen väljyyttä ilmentää se, että Euroopan komission vuoden 2018 suosituksen kohdan 4(b) mukaan lait-toman sisällön määritellään olevan mitä tahansa tietoa, joka ei ole unionin oi-keuden tai kyseisen jäsenvaltion lainsäädännön mukaista.¹³⁷ Digipalvelusää-döksen määritelmä on vastaavanlainen.¹³⁸

Nykytilassa Facebookille ja muille vastaaville säilytyspalveluille delegoidaan niiden itsesääntelyn varaan sisältöjen poistamisvelvollisuuden keinot ja laa-juus siten, että sisältömoderoinnin maksimitaso jää niiden päätettäväksi eikä EU:n tasolta voida taata, että perus- ja ihmisoikeuksien suoja tällöin tosiasial-lisesti toteutuu, mihin valtioilla yhtäältä kansainvälisen oikeuden subjekteina ja toisaalta unionin jäsenvaltioina olisi velvollisuus.¹³⁹ Käsillä on ristiriita, kun palveluntarjoajia kannustetaan ottamaan omaehtoisesti lisää vastuuta niiden palveluissa esiintyvistä sisällöstä.¹⁴⁰ Jos lainsäädännöllä veloitetaan Face-bookia poistamaan käyttäjien luomaa, jakamaa tai levittämää sisältöä, puutu-taan yllä todetulla tavalla käyttäjien sananvapauteen. Mikäli Facebookin voi-daan katsoa nauttivan oikeushenkilönä sananvapauden suojaa, tarkoittaisi tämä sisältöregulaatio mahdollisesti myös Facebookin sananvapauteen kajoa-mista. Seuraavaksi selvitetään tarkemmin valtion roolia sananvapauden to-teuttamisessa verkossa.

¹³⁷ Laittoman sisällön lisäksi puhutaankin haitallisesta sisällöstä, joka ei ole tai ei ainakaan välttämättä ole laitonta. Myös digipalvelusäädöksen valmistelussa mukana olleet sidosryh-mät olivat yleisesti yhtä mieltä siitä, että tällaista haitallista sisältöä ei tulisi määritellä digi-palvelusäädöksessä eikä siihen tulisi soveltaa poistamisvelvoitteita, koska kyseessä on arka-luonteinen ala, jolla on vakavia vaikutuksia sananvapauden suojeluun. Euroopan komission ehdotus (COM(2020) 825 lopullinen) asetukseksi digitaalisten palvelujen sisämarkkinoista (digipalvelusäädös) ja direktiivin 2000/31/EY muuttamisesta, s. 10.

¹³⁸ Laittomalla sisällöllä tarkoitetaan digipalvelusäädöksen 3 artiklan 1 kohdan h-alakohdan mukaan mitä tahansa tietoa, joka sellaisenaan tai suhteessa johonkin toimintaan, mukaan lukien tuotteiden myynti tai palvelujen tarjoaminen, ei ole unionin tai minkään jäsenvaltion lainsäädännön, joka on unionin lainsäädännön mukainen, mukaista, riippumatta kyseisen lainsäädännön täsmällisestä kohteesta tai luonteesta. Digipalvelusäädöksen johdanto-osan 12 kohdan mukaan laitton sisällön käsitettä olisi erityisesti tulkittava siten, että sillä tar-koitetaan tietoja, niiden muodosta riippumatta, jotka ovat sovellettavan lainsäädännön mu-kaan joko itsessään laittomia, kuten laitton vihapuhe tai terroristinen sisältö ja laitton syrjivä sisältö, tai jotka sovellettavissa säännöissä määritellään laittomiksi sen vuoksi, että ne liitty-vät laittomaan toimintaan.

¹³⁹ Ks. Jørgensen – Zuleta 2020, s. 59.

¹⁴⁰ Vaaraniemi 2021, s. 47.

3.4 Valtion velvollisuudet sananvapauden toteuttamiseksi verkossa EIT:n oikeuskäytännössä

EIT:n oikeuskäytännön perusteella valtioilla on positiivinen velvollisuus edistää pluralismia mediassa sekä yhteiskunnassa.¹⁴¹ Positiiviset velvollisuudet edellyttävät valtiolta tarpeellisia, käytännöllisiä ja tehokkaita toimia kulloinkin käsiteltävällä olevan oikeuden suojaamiseksi.¹⁴² Vaikka riski pluralistisen julkisen debatin, vaalien ja demokraattisen prosessin vaarantumiselle on akuutimpi vaalien aikana, on demokraattinen prosessi EIT:n mukaan luonteeltaan jatkuva, jolloin se edellyttää suojelua kaikkina aikoina vapaan ja pluralistisen julkisen keskustelun keinoin.¹⁴³ EIT on todennut, että valtioiden on luotava kaikille suotuisat olosuhteet osallistua julkiseen keskusteluun ja varmistettava, että jokainen voi pelkäämättä ilmaista ajatuksensa ja mielipiteensä.¹⁴⁴ Sananvapauden rajoittamiseen tulee olla painavat perusteet silloin, kun on kyse sananvapauden ydinalueesta, eli politiikasta, julkisessa tehtävässä olevien valvomisesta tai kriittisestä tarkastelusta taikka muusta yleistä mielenkiintoa herättävästä keskustelusta. Sen arvioimiseksi, onko kyse viimeksi mainitusta, tulee huomioida ilmaisen merkittävyys yhteiskunnalliselle keskustelulle ja edellytyksenä on, että aiheella on jotain yleisempää merkitystä.¹⁴⁵ Oikeus tietyyntyyppiseen liioitteluun ja provokaatioon kuuluu myös EIT:n mukaan sananvapauden alaan.¹⁴⁶

EIT on korostanut sananvapautta erityisellä tavalla demokratian edellytyksenä Özgür Gündem -tapauksessa, jossa se totesi sananvapauden tosiasiallisen toteutumisen edellyttävän valtioilta positiivisia toimenpiteitä pelkästään negatiivisten toimien lisäksi. Huomionarvoista ratkaisussa oli, että positiivisten suojatoimenpiteiden katsottiin voivan ulottua myös yksityisten toimijoiden väliin suhteisiin.¹⁴⁷ Samoin EIT katsoi tapauksissa Fuentes Bobo v. Espanja¹⁴⁸ ja Sanchez v. Ranska. Jälkimmäisessä EIT lisäksi katsoi, että ranskalaisen poliitikon olisi tullut poistaa oman Facebook-tilinsä julkaisuun kirjoitettuja kommentteja, jotka Ranskan tuomioistuin oli katsonut laittomiksi eikä hakijan asettaminen rikosoikeudelliseen vastuuseen tästä passiivisuudesta ollut EIS:n 10

¹⁴¹ Tarlach, *The Council of Europe and Internet Intermediaries: A Case Study of Tentative Posturing*. Teoksessa Jørgensen, Rikke Frank (toim.) *Human Rights in the Age of Platforms*. Cambridge 2019, s. 242.

¹⁴² *Airey v. Irlanti* (11.9.1979), kohta 24.

¹⁴³ *Animal Defenders International v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (22.4.2013), kohta 111.

¹⁴⁴ *Dink v. Turkki* (14.9.2010), kohta 137.

¹⁴⁵ Korpisaari, Päivi, *Johdatus viestintäoikeuteen*. Helsinki 2016, s. 54–55.

¹⁴⁶ *Oberschlick v. Itävalta* (1.7.1997).

¹⁴⁷ *Özgür Gündem v. Turkki* (16.3.2000), kohdat 42–43.

¹⁴⁸ *Fuentes Bobo v. Espanja*, (29.2.2000).

artiklan vastaista. Olennaista oli lisäksi se, että Facebook-seinälle kirjoitetut kommentit katsottiin edellä käsitellyn julkisuuden määritelmän kanssa yhtenevästi julkisiksi.¹⁴⁹

EIT on lisäksi katsonut internetillä olevan keskeinen merkitys yleisön tiedonsaannille, yksilön sananvapaudelle ja julkiseen keskusteluun osallistumiselle¹⁵⁰ sekä todennut internetin tarjoavan yksilöille mahdollisuuden osallistua poliittisiin tai muilla tavoin yleistä mielenkiintoa herättäviin keskusteluihin¹⁵¹. EIT on myös tuonut esiin, että koska internetillä on olennainen rooli uutisiin pääsyn ja informaation levittämisen kannalta, on bloggaajien ja sosiaalisen median suosittujen käyttäjien rooli samankaltainen kuin ”vallan vahtikoirilla”,¹⁵² jolla käsitteellä viitataan perinteiseen lehdistömediaan ja sen rooliin julkisen vallan arvostelijana. Spesifimmin EIT on kutsunut sähköisten tietoyhteiskunnan palveluihin kuuluvia sosiaalisen median alustoja sähköisen vapaan median tärkeimmiksi toimijoiksi¹⁵³ sekä todennut niiden toteuttavan tärkeää roolia tiedonsaannin ja keskustelun fasilitoinnissa monista poliittisista, yhteiskunnallisista ja kulttuurisista aiheista.¹⁵⁴

Valtioilla on täten positiivinen velvollisuus suojata julkista keskustelua ja kannustaa siihen myös internetin ollessa kyseessä. Erityistä huomioita tulee kiinnittää siihen, että sosiaalisen median suosittuja käyttäjiä voidaan verrata perinteisen lehdistömedian toimittamaan rooliin demokratiassa. Näin ollen niiden kohdalla sananvapauden rajoittumiseen Metan moderointitoimien näkökulmasta tulee kiinnittää erityistä huomioita, sillä tässä EIT painotti selvästi informoituun kansalaisuuteen liittyviä seikkoja suhteessa sosiaaliseen mediaan. Sikäli kun sosiaalisen median algoritmit ja suodatinkuplat luovat ongelmia informaation pluralismille, tulisi tämäkin julkista keskustelua heikentävä seikka huomioida. Valtio rikkoisi ihmisoikeusvelvoitteitaan, jos se tietoisesti pidättäytyisi ryhtymästä toimenpiteisiin edistääkseen sananvapauden toteutu-

¹⁴⁹ Sanchez v. Ranska (2.9.2021), Tuomio on siirretty suuren jaoston käsiteltäväksi eikä siis ole lopullinen.

¹⁵⁰ Times Newspapers Ltd v. Yhdistynyt Kuningaskunta (11.3.2009) ja Yildirim v. Turkki (18.12.2012).

¹⁵¹ Cengiz ym. v. Turkki (1.12.2015), kohta 49.

¹⁵² Magyar Helsinki Bizottság v. Unkari (8.11.2016), kohta 168.

¹⁵³ Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete ja Index.hu Zrt v. Unkari (2.5.2016), kohta 88.

¹⁵⁴ Tamiz. v. Yhdistynyt Kuningaskunta (19.9.2017), kohta 90.

mista ympäristössä, jossa Facebookin kaltainen toimija vaarantaa sananvapauden toteutumisen¹⁵⁵. Eräs vaihtoehto näiden valtion positiivisten velvollisuuksien toteuttamiseksi voi mahdollisesti olla sananvapauden horisontaalivaikutus, johon paneudutaan seuraavaksi.

3.5 Sananvapauden horisontaalivaikutus sosiaalisen median kontekstissa

Perinteisesti perus- ja ihmisoikeuksien on nähty koskevan yksinomaan julkisen vallan ja kansalaisten välistä vertikaalisuhdetta. Tämän lisäksi monilla perusoikeuksilla on yksityisten toimijoiden välisiä suhteita koskeva horisontaalivaikutus, josta saksalaisessa valtiosääntöoikeudessa puhutaan *Drittwirkung*-ulottuvuutena. Horisontaalivaikutus on muodoltaan joko välitöntä tai välillistä. Välittömässä horisontaalivaikutuksessa yksilö voi vedota toista yksityistä vastaan perustuslaissa turvattuihin perusoikeuksiin tuomioistuimessa. Välillisessä horisontaalivaikutuksessa perusoikeudet vaikuttavat pitkälti sovellettavien alemman tasoisten normien taustalla tuomioistuimen suorittaman tulkinnan kautta.¹⁵⁶ Käsillä on siis kysymys siitä, miten ja missä laajuudessa perus- ja ihmisoikeudet vaikuttavat yksityisten välisissä suhteissa. Horisontaalisen vaikutuksen doktriini kumoaa tiukan oikeusvaltioon liittyvän käsityksen yksityisautonomian ja julkisten toimijoiden erottelusta.¹⁵⁷

Välitön horisontaalivaikutus on toistaiseksi käytännössä yleisesti torjuttu,¹⁵⁸ vaikkakin siitä käydään oikeustieteellistä keskustelua¹⁵⁹. On jokseenkin epäselvää, miten perus- ja ihmisoikeuksien välillinen horisontaalinen vaikutus ylettyisi sosiaalisen median alustoihin yksityisinä toimijoina.¹⁶⁰ Aihe on tärkeä, sillä

¹⁵⁵ Vaaraniemi 2021, s. 45.

¹⁵⁶ Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeuksien soveltamisala. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Perusoikeudet. Helsinki 2011, s. 134.

¹⁵⁷ De Gregorio, Giovanni, From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society. 11 EUR. J. LEGAL Stud. 65 2019, s. 97–98 (De Gregorio 2019b), joka myös toteaa, että EU:ssa horisontaalivaikutus on jo ilmennyt muun muassa siinä, että EUT on neljän perusvapauden osalta soveltanut niitä sekä horisontaalisesti että valtion positiivisen suojeluvelvollisuuden kautta. Horisontaalivaikutus on myös todettu EU:n perusoikeuskirjan artikloiden 21, 31(2) ja 47 osalta. Ks. myös Pollicino 2021, s. 13.

¹⁵⁸ Schultz 2021, s. 150.

¹⁵⁹ Ks. Clapham, Andrew, Human Rights Obligations of Non-state Actors. Oxford 2006.

¹⁶⁰ Bayer 2021, s. 42.

riittäviä tarkastus ja valvontatoimia (engl. checks and balances) internetin välityspalveluiden kohdalla perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseksi ja suojaamiseksi ei toistaiseksi ole olemassa.¹⁶¹

Horisontaalivaikutuksessa on *Länsinevan* mukaan kyse yksityisen vallankäytön saattamisesta konstitutionaalisen kontrollin alaiseksi, ei niinkään siitä, että kyseessä olisi yksityisten välisten suhteiden uudentyypinen oikeudellistaminen.¹⁶² Tuori on katsonut, että vapausoikeuksien luonteisten perusoikeuksien horisontaalivaikutus olisi perusteltua silloin, kun yksityisten välisiin suhteisiin liittyy piirteitä, jotka muistuttavat hierarkkisesti jäsentyneitä vertikaalisuhteita julkisen vallan ja yksityisen välillä. Tällöin yksityisten väliset suhteet olisivat etäänntyneet yksityisoikeuden lähtökohtiin kuuluvista vapauden ja tasa-arvon ideaaleista saaden julkisoikeudelle ominaisia piirteitä; ja onhan perusoikeudetkin kohdistettu perinteisesti hierarkkisen valtasuhteen heikomman osapuolen suojaksi.¹⁶³ Tämänkaltaisessa kontekstissa Tuori katsoo välittömästi horisontaalisesta vaikutuksesta pääsääntöisesti lainsäätäjän vastuuksi ja välillisen vaikutuksen osalta tuomioistuinten tehtäväksi. Hän nimitetään katsoo, että juuri demokratia- ja vallanjakoperiaatteet määrittävät ja rajoittavat tuomioistuimille kuuluvia tehtäviä perusoikeuksien toteuttamisessa yksityisten välisissä horisontaalisuhteissa, mikä tulee huomioida niin sanotun tuomarivaltiokehityksen ehkäisemisessä.¹⁶⁴

Oikeusvaltion periaatteita tulee myös Venetsian komission mukaan tulevaisuudessa ulottaa yksityisiin toimijoihin, joiden valta loukata ihmisten oikeuksia on verrannollinen valtion valtaan. Tätä varten valtiollisten toimijoiden kansal-

¹⁶¹ Heasman, Lia, A Business and Human Rights Perspective for Internet Intermediaries - The Case for Human Rights Due Diligence. Teoksessa Ojanen, Tuomas – Petkova, Bilyana (toim.), Fundamental Rights Protection Online. Cheltenham/Northampton 2020, s. 300. Esimerkiksi YK:n ihmisoikeusneuvosto on perustanut vuonna 2014 hallitusten välisen työryhmän laatimaan oikeudellisesti sitovan asiakirjan ihmisoikeuksista monikansallisten yhtiöiden ja muiden yritysten toiminnassa, joka on tällä hetkellä luonnosvaiheessa. Ks. Helminen, Sakari – Alenius, Jani – Walta, Ville – Donner, Sofia, Oikeudellinen selvitys yritysvastuulaista. Työ- ja elinkeinoministeriön Ernst & Young Oy:llä teettämä selvitys yritysvastuulaista 2020:42. Helsinki 2020, s. 23.

¹⁶² Länsineva, Pekka 2006, s. 1185. Länsineva, Pekka, Konstitutionalismi, perusoikeudet ja yksityinen valta. Lakimies 7–8/2006, s. 1185.

¹⁶³ Tuori 2003b, s. 934.

¹⁶⁴ *Ibid.*, s. 942–943, jossa tuomarivaltiokehitys määritellään tarkoittamaan poliittisuonteisen toimivallan siirtymiseen tuomioistuimille tavalla, jonka demokraattisessa oikeusvaltiossa tulisi kuulua ensi sijassa lainsäätäjälle.

lisella, kansainvälisellä ja ylikansallisella tasolla tulisi suojata oikeusvaltion periaatteiden toteutuminen tälläkin saralla.¹⁶⁵ Tästäkin näkökulmasta välitön vaikutus olisi perustellusti lainsäätäjän toimivallan alaan kuuluva seikka.

Horisontaalisen vaikutuksen muodoksi on esitetty muun muassa yritysvastuun kautta toteutuvaa ihmisoikeus-huolellisuusvelvollisuutta (engl. human rights due diligence), jonka pohjana toimisivat muun muassa YK:n ohjaavat periaatteet.¹⁶⁶ *De Gregorio* on toisaalta ehdottanut, että horisontaalivaikutus voitaisiin kohdentaa sosiaalisen median alustoihin, sillä vaikka ne eivät ole julkisia toimijoita, niille delegoitujen julkisten tehtävien myötä niitä voi pitää julkisiin toimijoihin rinnastettavina. Jos siis lainsäätäjät asettaisi palveluntarjoajalle velvoitteen esimerkiksi sananvapauden toteutumisen varmentumiseksi, asettaisi tämä samalla Facebookin horisontaalisen vaikutuksen alaiseksi.¹⁶⁷ Tällöin sananvapauden perus- ja ihmisoikeusvaikutus kansalaisen ja valtion väliltä siirtyisi yksityisen yrityksen ja sen käyttäjän horisontaaliseen suhteeseen.

Schultz on katsonut horisontaalivaikutuksen ja laajemmin ihmisoikeusnäkökulman Facebookin ja OSB:n kohdalla ongelmalliseksi muun ohella siksi, että ihmisoikeusvelvoitteet ovat koskeneet tähän mennessä ainoastaan lainsäädännöstään tietyllä maantieteellisellä alueella suvereenia kansallisvaltioita. Yrittäjä ei voida yksinkertaisesti valtiona pitää.¹⁶⁸ *Tolonen* on kuitenkin esittänyt, että juuri kansallisvaltioiden asemaa heikentää se, että monikansalliset suuryritykset edustavat kansallisella tasolla yhä suurempaa valtaa niiden samalla välttääessä tuomioistuimia niiden toiminnan pitämiseksi varsinaisen oikeussuojakoneiston ulkopuolella.¹⁶⁹ Talouden globalisoitumisen myötä kansallisvaltio onkin menettänyt osan vallastaan, mutta suvereenin valtion roolista ja käsitteestä ei ole helppo luopua, vaikka sen rooli esimerkiksi yksityisen riidanratkaisuteknologian justifikaationa voidaankin nykyisin kyseenalaistaa.¹⁷⁰ EIT:n oikeuskäytännön näkökulmasta kuitenkin juuri valtion tehtävänä on suojella sananvapautta, pluralismia ja demokratiaa verkossa ja sen informaatioturvissa, joissa sosiaalisella medialla voidaan sanoa olevan päähenkilön sekä ainakin jossain mielessä perinteisen median syrjäyttävä rooli. Valtion asema demokraattisen oikeusvaltion ylläpidossa on myös olennaista nykytilanteessa,

¹⁶⁵ Venetsian komissio 2011, s. 13.

¹⁶⁶ Heasman 2020.

¹⁶⁷ De Gregorio 2019b, s. 101. Samansuuntaisesti myös Pollicino 2021.

¹⁶⁸ Schultz 2021, s. 151.

¹⁶⁹ Tolonen, Juha, Oikeustiede tieteenä. Teoksessa Häyhä, Juha (toim.), *Minun metodini*. Helsinki 1997, s. 308.

¹⁷⁰ Koulu, Riikka, Law, Technology, and Dispute Resolution: Privatisation of Coercion. Routledge 2018, s. 131.

jonka voinee Tuoria mukaillen kuvailla itsesääntelyn myötä siirtyvän oikeusjärjestelmien pluralismiin, jossa valtiollinen oikeus menettää monopoliasemansa oikeusnormien soveltamisessa.¹⁷¹ Tämä on olennaista, sillä oikeudellisen pluralisminkin aikana juuri ”perus- ja ihmisoikeudet ilmentävät sekä yksittäisinä normeina että järjestelmänä kaiken oikeudellisen sääntelyn viimekätisiä arvoja ja tavoitteita.”¹⁷²

Internetin välityspalvelujen uudenvälisen yhteiskunnallisen vaikutuksen takia *Balkin* on katsonut sananvapauden tarkoitukseksi demokraattisen kulttuurin edistämisen, jolla hän tarkoittaa kansalaisten tasavertaista mahdollisuutta osallistua kulttuurillisen merkityksenannon prosesseihin, jotka toimivat perustana poliittiselle mielipiteenmuodostukselle.¹⁷³ Hän on myös ehdottanut, että nykytilanteessa alustapalvelujen olisi tämän edistämisen toteuttamiseksi muutettava itseymmärrystään ja omaksuttava uudenvälisiä sosiaalisia/julkisia vastuita samaan tapaan kuin lehdistömedia 1900-luvulla.¹⁷⁴ Ilman tehokasta horisontaalivaikutusta näiden toteutumiseksi ei voida kuitenkaan katsoa olevan olemassa takeita.

4 Oversight Board

4.1 OSB:n soveltamat normit

OSB soveltaa toiminnassaan Facebookin yhteisönormeja, Metan arvoja sekä kansainvälistä ihmisoikeusnormistoa.¹⁷⁵ Yhteisönormit ovat osa käyttöehtoja, joihin Facebookin käyttäjä sitoutuu rekisteröityessään palveluun. Yhteisönormien mukaan Metan sitoutuminen ilmaisunvapauteen on tärkeydessään ensisijainen, mutta käyttäjien ilmaisua rajoitetaan silloin, kun pyrkimys Facebookin arvojen noudattamiseen sitä vaatii. Normien vastainen sisältö saatetaan kuitenkin sallia, jos sillä on yleishyödyllistä arvoa ja uutisarvoa. Tässä tapauksessa salliminen tehdään punnitsemalla sisällön yleishyödyllistä arvoa suhteessa sen mahdollisesti aiheuttamien vahinkojen vaaraan ja nämä päätökset tehdään

¹⁷¹ Tuori 2007, s. 288.

¹⁷² Karhu, Juha, Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppia. *Lakimies* 7–8/2020, s. 1021.

¹⁷³ Balkin, JM, Commentary: Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society, 2004, 79(1) *NYUL Rev*, s. 3–4.

¹⁷⁴ Balkin 2018a, s. 1209. Balkin, JM, Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. *University of California Davis Law Review*, 2018 Vol. 51, s. 1209 (Balkin 2018a).

¹⁷⁵ Peruskirja artikla 1, kohta 4 ja artikla 2, kohta 2.

kansainvälisten ihmisoikeusstandardien perusteella. Yhteisönormeissa asetetaan myös linjauksia, jotka määrittävät kiellettyjä sisältöjä, jotka liittyvät muun muassa vihapuheeseen, itsemurhaan kannustamiseen tai alastonkuviin.¹⁷⁶ Käsitteet vahinkojen vaara, yleishyödyllinen arvo ja kansainväliset ihmisoikeusstandardit jäävät yhteisönormeissa ja muissa Facebookin asiakirjoissa vaille tarkempia määritelmiä. Tällöin kriteerinä esimerkiksi sisällöstä aiheutuva vaara jää tosiasiallisesti Facebookin itsensä määriteltäväksi.¹⁷⁷

Facebook ilmoitti 2021 julkaisemassaan *Corporate Human Rights Policy* -asiakirjassa sitoutuvansa kunnioittamaan ihmisoikeuksia YK:n ohjaavien periaatteiden mukaisesti.¹⁷⁸ Ne sisältävät 31 periaatetta, joista keskeisimmät ovat 1) valtion velvollisuus suojella ihmisoikeuksia, 2) yritysten vastuu kunnioittaa ihmisoikeuksia ja 3) korvaavien toimenpiteiden saatavuus, eli ihmisoikeusloukkausten uhrien mahdollisuus saada suojelua ja hyvitystä. Yritysten tulee periaatteiden mukaan välttää loukkaamista ihmisoikeuksia omassa toiminnassaan ja niiden edellytetään täyttävän huolellisuusvaatimuksen (engl. due diligence) varmistaessaan, ettei niiden toiminnassa loukata ihmisoikeuksia.¹⁷⁹ Tämä sisältää sitoumukset ennakoarviointien, seurannan ja selvitysten tekoon. Kyseessä on kuitenkin ”vastuu” eikä velvollisuus samassa mielessä kuin valtioiden kohdalla.¹⁸⁰ Periaatteet ovat siis vapaaehtoisia eikä yritys niiden toteuttamatta jättämisestä joudu varsinaiseen vastuuseen. Tarkoituksena on se, että yritysten tulisi tietää ja osoittaa, miten ne ihmisoikeuksia kunnioittavat.¹⁸¹ YK:n ohjaavat periaatteet toimivat pohjana ns. ihmisoikeuspohjaiselle mode-

¹⁷⁶ Facebookin yhteisönormit [<https://transparency.fb.com/fi-fi/policies/community-standards/>]. Yhteisönormien ja OSB:n asiakirjojen perusteella ei ole täysin selvää, onko Facebookin ja Metan arvoissa kyse täysin samoista arvoista.

¹⁷⁷ Lwin, Michael, Applying International Human Rights Law for Use by Facebook, *Yale Journal on Regulation Bulletin* Vol. 38:53 2020, s. 61.

¹⁷⁸ Facebook Corporate Human Rights Policy 2021, s. 1. [<https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/03/Facebooks-Corporate-Human-Rights-Policy.pdf>].

¹⁷⁹ YK:n ohjaavien periaatteiden mukainen huolellisuus edellyttää toiminnan ihmisoikeus- ja ympäristövaikutusten tunnistamista ja arviointia, tunnistettujen vaikutusten ehkäisyä ja lieventämistä sekä jo toteutuneiden vaikutusten hyvittämistä, toimenpiteiden tehokkuuden seurantaa sekä toimista ja niiden vaikutuksista tiedottamista. Ks. Helminen – Alenius – Walta – Donner 2020.

¹⁸⁰ Työ- ja elinkeinoministeriö, Yrityksiä ja ihmisoikeuksia koskevat ohjaavat periaatteet: Yhdistyneiden kansakuntien ”suojele – kunnioita – korjaa” -kehyksen täytäntöönpano. TEM raportteja 36/2013, Työ- ja elinkeinoministeriön työelämä- ja markkinaosasto 30.1.2014. (TEM raportteja 36/2013)

¹⁸¹ Heasman 2020, s. 285.

rointiparadigmalle, jota myös Meta moderointipolitiikka OSB:nkin myötä nähdäkseni myötäilee.¹⁸² Lisäksi Meta on sitoutunut kunnioittamaan kansainvälisesti tunnistettuja ihmisoikeuksia siten kuin ne ovat määriteltyinä ihmisoikeuksien yleismaailmallisesta julistuksessa, KP-sopimuksessa ja TSS-sopimuksessa. Tämän lisäksi kunnioitetaan kansainvälisen työjärjestön julistusta työelämän peruseriaatista ja -oikeuksista sekä ”olosuhteista riippuen” hyödynnetään muita laajasti hyväksytyjä ihmisoikeusinstrumentteja, joihin luetaan EU:n perusoikeuskirja.¹⁸³

Kaikkinensa kunnioittamaan sitoutuminen pitänee sisällään kuitenkin aivan erilaista liikkumavaraa kuin mitä esimerkiksi EIS 1 artiklan mukainen valtion velvollisuus taata jokaiselle lainkäyttövaltaansa kuuluvalle sopimuksen mukaiset oikeudet ja vapaudet. Nämä Metan sitoumukset liittyvät sen omaan moderointipolitiikkaan, mutta vaikuttanevat myös OSB:ssä.

4.2 OSB:n laajempi kuvaus

Tässä osiossa tarkastelen OSB:n itsesääntelyä. Käsittelen OSB:n peruskirjaa (engl. Charter) sekä sitä täsmentävää säännöstöä (engl. Bylaws), jotka Meta on laatinut.¹⁸⁴

OSB:n peruskirjan johdannossa todetaan, että

*Sananvapaus on perustavanlaatuinen ihmisoikeus. Meta pyrkii antamaan ihmisille äänen (engl. voice), jotta yhteydenpito, ideoiden ja kokemusten vaihtaminen sekä keskinäinen ymmärrys olisi mahdollista. Sananvapauden asema on ensisijainen, mutta joissakin tilanteissa käytetyt ilmaisut voivat olla ristiriidassa aitouden ja totuudenmukaisuuden (authenticity), turvallisuuden, yksityisyyden ja arvokkuuden kanssa. Jotkin ilmauksen muodot voivat vaarantaa toisten kyvyn ilmaista itseään vapaasti. Täten niitä tulee tasapainottaa näiden näkökohtien mukaan.*¹⁸⁵

¹⁸² Ks. Sander, Barrie, Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation. 43 Fordham Int'l L.J. 939 2020, s. 969–970, jossa hän toteaa, että ihmisoikeusparadigman haasteena näyttäytyy muun muassa ristiriita kaupallisten etujen toteuttamiseen sekä yleisten ja sangen abstraktien ihmisoikeusnormien kääntäminen yksittäisiksi ohjeiksi, prosesseiksi ja säännöiksi modernoinnissa. Lisäksi ihmisoikeusparadigma täysimääräisenä edellyttäisi sananvapauden rajoittamisen osalta KP-sopimuksen 19(3) artiklan mukaista laillisuuden, oikeutuksen ja välttämättömyyden edellytysten täyttymistä.

¹⁸³ Facebook Corporate Human Rights Policy 2021, s. 1.

¹⁸⁴ Ks. Lwin 2020, s. 58.

¹⁸⁵ Peruskirja, johdanto. Aitous ja totuudenmukaisuus, yksityisyys, arvokkuus ja turvallisuus ovat Facebookin arvot, ks. Facebookin yhteisönormit.

Johdannossa kerrotaan, että OSB:n tarkoitus on nimenomaisesti sananvapauden suojaaminen. Tätä toteutetaan tekemällä sekä periaatteellisia että itenäisiä ratkaisuja koskien sisältöjä Facebookissa ja Instagramissa sekä suosituksia koskien Metan sisältöpolitiikkaa. Lisäksi johdannossa painotetaan OSB:n toiminnan läpinäkyvyyttä ja sitä, että sen perustelut ovat julkisia, sekä sitä, että sillä tarjotaan muutoksenhaku- ja kuulemismenettely Metan käyttäjille.¹⁸⁶

OSB koostuu tällä hetkellä 22 jäsenestä, jotka edustavat eri koulutus- ja ammattiosaamistaustoja eivätkä he kaikki ole juristeja kuten varsinaisissa tuomioistuimissa.¹⁸⁷ He valikoivat tapaukset, joita arvioituaan päättävät pysyttää tai kumota Metan tekemän moderointipäätöksen. Arvioinnin ytimessä on se, onko sisällön poistaminen tapahtunut Metan arvojen ja politiikkojen mukaan.¹⁸⁸ OSB käsittelee nyttemmin myös tapauksia, joissa valitus koskee sitä, että Facebook ei ole poistanut jotakin sisältöä.¹⁸⁹ OSB:llä on toiminnassaan auktoriteetti tulkita yhteisönormeja ja muita relevantteja politiikkoja Metan arvojen valossa.¹⁹⁰

Metan käyttäjät voivat tuoda asian OSB:lle arvioitavaksi, kun moderointipäätöksestä on ensin valitettu Metalle. OSB:lle saattaja voi olla sisällön julkaisija tai muutoin asiassa Metan puoleen kääntynyt. Meta itse voi tuoda asian arvioitavaksi muun muassa, kun kyse on sisällön mahdollisesta osittaispoistosta. OSB valitsee tapaukset arvioitavaksi itse sen perusteella, miten suuri vaikutus tapauksen ratkaisemisella on suhteessa tuleviin ratkaisuihin ja politiikkoihin.¹⁹¹ OSB:n valintakriteerinä on myös se, että tapauksen avulla kyettäisiin arvioimaan sananvapautta, muita ihmisoikeuksia sekä/tai Facebookin yhteisönormeja ja arvoja. Lisäksi valittavien tapausten suhteen olennaista on, että

¹⁸⁶ Peruskirja, johdanto.

¹⁸⁷ Peruskirja artikla 1, kohta 1 ja Oversight Board: Meet the Board [<https://www.oversight-board.com/meet-the-board/>]. Ks. myös Douek, Evelyn, What Kind of Oversight Board Have You Given Us? *University of Chicago Law Review Online* 2020, s. 8.

¹⁸⁸ Oversight Board: The Purpose of the Board. [<https://www.oversightboard.com/>].

¹⁸⁹ Oversight Board: The Oversight Board is accepting user appeals to remove content from Facebook and Instagram. [<https://oversightboard.com/news/267806285017646-the-oversight-board-is-accepting-user-appeals-to-remove-content-from-facebook-and-instagram/>].

¹⁹⁰ Peruskirja artikla 1, kohta 4.

¹⁹¹ Peruskirja artikla 2, kohta 1.

niillä olisi suuri merkitys julkisen keskustelun kannalta, ne suoraan tai epäsuorasti vaikuttaisivat merkittävään määrään henkilöitä ja herättäisivät muita kysymyksiä Facebookin poliitikoista.¹⁹²

Kunkin tehtävän ratkaisun kohdalla tulee huomioida aikaisemmat OSB:n ennakkopäätöstyyppiset ratkaisut, joskin tällöinkin niitä on pidettävä sananmuokaisesta ”*as highly persuasive*”,¹⁹³ jolloin ne toiminevat heikosti velvoittavan oikeuslähteen tavoin. Arvioidessaan Facebookin moderointiratkaisuja, OSB kiinnittää erityisesti huomioita sisällön poistamiseen suhteessa ihmisoikeusnormeihin, jotka turvaavat sananvapautta.¹⁹⁴

Kunkin tapauksen ratkaisu sitoo Metaa, jonka on viivytyksettä täyteenpantava ratkaisun sisältö jollei se ole lainvastaista. Toisaalta säädetään myös, että jos Meta huomaa alustallaan olevan sellaisen sisällön, jonka identtisestä vastineesta OSB on päättänyt suuntaan tai toiseen, Metan tulee analysoida, josko teknisesti ja operationaalisesti olisi mahdollista soveltaa OSB:n ratkaisua käsillä olevaan sisältöön.¹⁹⁵ Tältä osin Metalle jää tosiasiallisesti hyvinkin suuri harkintavalta. Kun kyseessä on OSB:n antama politiikkaohjelmallinen suositus, Meta tutkii keinot, jotka ovat tarpeet sen toteuttamiseksi ja on velvollinen raportoimaan toteutuneista toimista¹⁹⁶. Suositusten kohdalla Meta voi käytännössä siis päättää, seuraako se ohjeita vai ei. Erikseen todetaan, että Meta sitoutuu OSB:n itsenäiseen valvontaan sisältöä koskevissa päätöksissä sekä niiden implementoinnissa – ei siis suosituksiin¹⁹⁷.

Mitään OSB:n itsesääntelyä ei tule tulkita tavalla, että se johtaisi jonkin lain rikkomiseen. OSB ei pyri panemaan täytäntöön mitään kansallista lainsäädäntöä.¹⁹⁸ Jos moderoinnin kohteena oleva sisältö on lainvastaista sellaisella lainkäyttöalueella, jolla on yhteys sisältöön ja sisällön pysyttäminen voisi johtaa

¹⁹² Oversight Board: Overarching Criteria for Case Selection. [<https://oversight-board.com/sr/overarching-criteria-for-case-selection>]

¹⁹³ Peruskirja artikla 2, kohta 2.

¹⁹⁴ Peruskirja artikla 2, kohta 2. Tässä yhteydessä ei sananmuodon perusteella tarkalleen ottaen puhuta kansainvälisistä ihmisoikeusnormeista, eli kansainvälisissä sopimuksissa suojatusta sananvapaudesta. Ks. myös Douek 2020, s. 7.

¹⁹⁵ Peruskirja artikla 4, joka ei siis päde tilanteeseen, jossa sisältöä olisi poistettu.

¹⁹⁶ Peruskirja artikla 4.

¹⁹⁷ Peruskirja artikla 5, kohta 3.

¹⁹⁸ Peruskirja artikla 7.

Metan, OSB:n tai Metan työntekijöiden rikosoikeudelliseen tai muuhun vastuuseen, toimivaltaa OSB:n arviolle ei ole.¹⁹⁹ Tästä voinee johtaa, että OSB ei ota käsittelyyn tapausta, josta on jo annettu kansallisessa tuomioistuimessa päätös. Tämän voi nähdä osoittavan edellisessä luvussa esiin tuomaani problematiikkaa, joka liittyy kansallisten lakien tulkinnalliseen hankaluuteen.

Peruskirjan ja säännösten muuntamismahdollisuuden tähden OSB:n voidaan nähdä toteuttavan lainsäätäjän roolia²⁰⁰. Yhteisönormien tulkitsijana ja tapauksen ratkaisijana se näyttäytyy lisäksi tuomioistuimena. Huomionarvoista on myös se, että sananvapaus on listattuna peruskirjan johdannossa Facebookin arvojen kanssa, jolloin voitaneen katsoa, että sananvapaus tosiasiaa näyttäytyy OSB:lle enemmänkin arvona eikä oikeutena, ja että näiden arvojen punninta kussakin tapauksessa poikkeaa ratkaisevasti siitä, miten EIT tai EUT sananvapautta muihin perus- ja ihmisoikeuksiin punnitsisi.²⁰¹ Ainakin se seikka, että sananvapautta punnitaan eri tavoin kuin ihmisoikeussopimuksissa tai EU:n perusoikeuskirjassa, vaikka nämä sopimukset tunnustetaan Facebookin Corporate Human Rights Policy -asiaohjelmassa, antaa ymmärtää, että sananvapauden toteuttaminen saa ristiriitaiset raamit. *Klonick* onkin katsonut, että OSB:n lähestymistapa perustuu oikeuksien sijaan pikemminkin arvoihin. Sananvapauden mainitseminen peruskirjassa jää myös julistuksenomaiseksi, sitä ei sinänsä pyritä takaamaan ja samanlainen pyrkimykseen viittaava ja epä-määräiseksi jäävä kieli on läsnä myös Facebookin arvoissa.²⁰²

Ongelmaksi jää sananvapauden kannalta myös se, että OSB:n ratkaisuvallan ulkopuolelle näyttävät jäävän tapaukset, joissa käsiteltäisiin itsessään Metan käyttämiä algoritmeja tai sitä, kuinka Meta yleisesti tasapainottaa käyttäjien sitouttamista palvelujen käyttöön eri keinoin suhteessa yhteisönormien mukaisiin arvoihin.²⁰³ OSB voinee näihin seikkoihin liittyen antaa Metalle suosituksia, mutta näiden ominaisuuksien elimellinen merkitys Facebookin toimintalogiikassa asettaa kyseenalaiseksi näiden suositusten mielekkyyden eikä

¹⁹⁹ Säännöstö artikla 2, kohta 1.2. Ks myös peruskirjan artikla 2, kohta 2, jonka mukaan OSB ei myöskään ota tapausta tutkittavakseen, jos sitä koskeva päätös voisi johtaa Facebookin tai OSB:n rikosoikeudelliseen vastuuseen tai lainsäädännöllisiin seuraamuksiin

²⁰⁰ Schultz 2021 s. 161. Muuntaminen on mahdollista OSB:n uskottujen miehen (trustees) enemmistön, Metan ja OSB:n enemmistön suostumuksella. Ks. peruskirja artikla 6, kohta 1.

²⁰¹ Ks. Douek 2020, s. 7.

²⁰² Klonick 2020a, s. 2477–2478.

²⁰³ Gopal, Lakshmi, Facebook's Oversight Board & the Rule of Law: The Importance of Being Earnest. American Bar Association, Business Law Section. Business Of Law Internet Law & Cyber-Security 12.10.2021. Todettakoon myös, että EU:n digipalvelusäädöksen 27 artikla asettaa Facebookin kaltaiselle erittäin suurelle verkkoalustalle veloitteen antaa avoimempaa tietoa käyttämistään suosittelujärjestelmistä sekä algoritmeista.

Meta niihin missään mielessä olisi sidottu. OSB:n toimivallan ulkopuolella ovat niin ikään (erityisesti poliittiseen) mainontaan liittyvät kysymykset.²⁰⁴ Toisaalta jos OSB antaa lukuisia tämän sisältöisiä suosituksia, olisi koko asetelman kannalta sangen erikoista, jos Meta ei ryhtyisi toimimaan niiden mukaan missään määrin. Lisäksi lienee todennäköistä, että OSB:n ratkaisukäytäntö tulee muutenkin vaikuttamaan Metan moderointipolitiikan sisältöön. Tämä siitä huolimatta, että OSB:n roolina on ensisijaisesti Metan arvojen ja yhteisönormien soveltaminen.

5 Oversight Board

Sananvapauden, tietojen vastaanottamisen ja julkiseen keskusteluun osallistumisen osatekijöiden demokraattisessa yhteiskunnassa voidaan sanoa olevan ytimellinen osa eurooppalaista demokraattista oikeusvaltiota, jonka toimintaedellytysten toteutumiseen vaikuttavat merkittävässä määrin internetin sosiaalisen median palvelut Facebook mukaan lukien. Lisäksi voidaan todeta, että Facebookin luomissa keskustelutiloissa on kyse demokraattisen oikeusvaltion olemassaolon kannalta olennaisista julkisuuden tiloista, joilta tulisi ideaalisesti odottaa tiettyjä elementtejä, jotka eivät nykyisellään toteudu. Julkisuusalueen konseptualisointi ei ole ongelmatonta, mutta tämän tutkimuksen valossa sen roolia tosiasiallisesti näyttelee internet ja erityisesti siellä sosiaalisen median eri areenat, johon lukeutuvat erityisesti Facebookin ja Instagramin kaikille julkiset sisällöt. Tätä painottaa se, että politiikkaan ja muihin yleisesti mielenkiintoa herättäviin aiheisiin liittyvä julkinen keskustelu tapahtuu suurissa määrin Facebookissa, mikä vastaa myös EIT:n, EN:n ja EU:n esiintuomia kantoja. Myös yhtäältä se, että Facebookin käyttäjä voi saada 'vallan vahtikoiran' aseman ja toisaalta se, että algoritmit haittaavat pluralismia, korostavat Facebookin ratkaisevaa asemaa.

OSB:n toiminta viittaa kehitykseen, jossa oikeusvaltion periaatteita pyritään ainakin nimellisesti suojaamaan kansallisvaltioiden ja julkisen vallan ulkopuolella. Tähän liittyy OSB:n toiminnan läpinäkyvyyttä lisäävä luonne sekä muutoksenhakumahdollisuuden tarjoaminen. OSB:tä eivät kuitenkaan sido ihmisoikeussopimukset ja sen vapaaehtoinen ihmisoikeuksien huomioonottaminen ei itsessään riitä ongelmattomasti turvaamaan oikeusvaltion, demokratian ja

²⁰⁴ Pollicino, Oreste – De Gregorio, Giovanni, Shedding Light on the Darkness of Content Moderation: The First Decisions of the Facebook Oversight Board, *VerfBlog*, 2021/2/05. [<https://verfassungsblog.de/fob-constitutionalism>] (Pollicino – De Gregorio 2021b).

sananvapausihmisoikeuden kolminaisuuden toteutumista. Sinänsä jo vapaaehtoisen sitoutumisen motiivit ovat relevantti kysymys, kun ilmiötä tarkastellaan modernin oikeuden syvärakenteen globalisaation näkökulmasta. Meta ja OSB:n voidaan katsoa liittyvän sellaisiin sangen perustavanlaatuisiin ympäröivän yhteiskunnan ja kulttuurin kehityskulkuihin ja muutoksiin, jotka Tuorin mukaan olisi huomioitava syvärakenteen konkretisoitumisessa. Tätä alleviivaa niiden vaikutus kansalaisyhteiskunnan toimintaan sekä julkisen keskustelun käymiseen.

Asetelma on sinänsä luonnollinen, sillä siinä missä valtio on luomansa (ja valtioiden muodostamien ylikansallisten elinten tuottaman) oikeuden sitoma, on Meta nykytilanteessa yksityisenä tahona sidottu itse tuottamiinsa käyttöehtoihin ja toisaalta liiketoiminnallisiin intresseihinsä, mitkä yhdessä voivat tuottaa lakeja tiukempia sääntöjä. OSB taas on sidottu Facebookin arvoihin ja yhteisönormeihin, ja OSB:n ratkaisukäytäntö tulee näyttämään millaisen painoarvon sananvapaus – siten kuin se on ihmisoikeussopimuksissa taattu – saa. Mikäli OSB omaksuisi tiukemman ihmisoikeuksien soveltamistavan, voisi tämä edesauttaa niiden laajamittaisten ongelmien ratkaisemista, joita tässä artikkelissa on tuotu esiin. Se myös toisi OSB:lle uudenlaista legitimitettä, jota on kyseenalaistettu sen sidoksista Facebookin intresseihin.²⁰⁵

Oikeusvaltioon kuuluvan vallanjaon näkökulmasta OSB:nkin tekemän ratkaisun tulisi olla vietävissä EIS 6 artiklassa tarkoitetun riippumattoman ja puolueettoman tuomioistuimen ratkaistavaksi. Tästä ei ole toistaiseksi kokemusta, mutta se olisi tärkeää sen vuoksi, että itsenäiset ja ei-valtiolliset riidanratkaisumenettelyt eivät saisi käytännössä dominoivaa roolia, mikä ilmentäisi valtiollisen oikeuden oikeusnormien soveltamisen monopoliaseman murenemista. Sitä ei oikeusvaltion näkökulmasta luonnollisestikaan voisi pitää positiivisena kehityssuuntana. Access to justice -näkökulmasta OSB:n puute ilmenee juuri siinä, että se soveltaa Metan itsesääntelyä ja toisaalta ihmisoikeusnormistoa eri tavoin kuin EU:n jäsenvaltioiden tuomioistuimet, jolloin sen sanavapauden punninta poikkeaa niistä ratkaisevasti. Muutoksenhaun näkökulmasta ongelmallista on myös OSB:n valikoimien tapausten vähyyys suhteessa Facebookin käyttäjämäärään, joka oli joulukuussa 2022 3,07 miljardia.²⁰⁶ OSB

²⁰⁵ Lwin 2020, s. 84.

²⁰⁶ Meta Reports Fourth Quarter and Full Year 2023 Results. [<https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2024/Meta-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2023-Results-Initiates-Quarterly-Dividend/default.aspx>], lukumäärää kuvaa Facebookin kuukausittaisia käyttäjiä.

taas on ratkaissut 86 tapausta, joista 63 on koskenut Facebookissa olleita sisältöjä.²⁰⁷

EIT:n käytännössä valtiolle asettama positiivinen velvollisuus suojata sananvapautta myös yksityisten välisissä suhteissa puoltaa sitä näkökulmaa, että jonkinlainen valtioiden tai EU:n taholta luotu tehokas horisontaalivaikutus Facebookin kaltaisen sosiaalisen median kontekstissa olisi tarpeen. Facebookin ja Metan valta loukata ihmisten oikeuksia sananvapauden kohdalla on verrannollinen valtion valtaan. Tästä syystä Metan itsesääntelyä, johon OSB:n toiminta kuuluu, ei voida pitää yhteensopivana demokraattisen oikeusvaltion kanssa.

Näin ollen horisontaalivaikutuksen ulottaminen Facebookiin olisi perusteltua, jotta demokraattiseen oikeusvaltioon olennaisesti kuuluva julkinen keskustelu ja mielipiteenmuodostaminen voisi riittävällä tavalla toteutua – jos ei silloinkaan ideaalilla tavalla, niin ainakin suotuisammin. Vaikka näin ei tehtäisi, on OSB:n aktiivisella ihmisoikeuksien huomioimisella mahdollisuus vaikuttaa sananvapauden toteutumiseen yksityisten välisissä suhteissa. Juuri OSB:n ratkaisukäytäntö tulee osoittamaan osaltaan sen itseymmärrystä, joka toisaalta voi vaikuttaa myös koko Metan toimintaan. Tuorin katsannon mukainen välitön horisontaalivaikutus lienee kuitenkin ainoa tapa varmistaa ihmisoikeuden toteutuminen yksityisten välillä, koska juuri demokraattisen prosessin tuottama lakia soveltava eurooppalainen tuomioistuinlaitos julkisen vallan harjoittajana on sidottu ihmisoikeuksien toteuttamiseen oikeussuojaa tarjoamalla. Horisontaalivaikutus turvaisi myös oikeudellisen pluralismin ja polysentriseksi muuttuvan oikeuslähdeopin sisäistä koherenssia ja sitä kautta oikeudenmukaisuutta²⁰⁸.

Tutkimuksen aihealue koskettaa oikeusvaltion ytimellisiä osa-alueita ja vaatii oikeustieteelliseltä tutkimukselta huomion kohdentamista keskeisiin (ja tuorilaisittain syvätason) oikeudellisiin käsitteisiin. Näihin liittyvät kysymykset demokration, oikeusvaltion ja ihmisoikeuksien suhteesta verkkoyhteiskuntaan ja sen muutoksiin, jotka edellyttäisivät myös julkisuuden uudenlaista oikeusteoreettista analyysiä. Tältä osin digitaalisen julkisen alueen institutionalisoimista ja Metan kaltaisten yksityisten yritysten uudenlaista itseymmärrystä koskevat teoreettiset ehdotukset tuottavat lainopille muuttuvaa yhteiskuntatodelli-

²⁰⁷ Oversight Board: Case Decisions. [<https://www.oversightboard.com/decision/>]

²⁰⁸ Karhu 2020, s. 1021.

suutta käsittävän refleksiivisen käänteen. Kyseiset seikat liittyvät ennen kaikkea oikeusvaltioon kuuluvaan ajatukseen yksityisautonomian piiristä, jossa sosiaalisen median alustat harjoittavat yhteiskunnallista valtaa.

Yrityssalaisuuden ja ammattitaidon rajanveto

Drawing the Line Between a Trade Secret and the Skill of an Employee

Lauri Leskelä*

Abstrakti

Rikoslain 30 luvun 5 pykälä kieltää muun muassa palvelussuhteessa olevaa henkilöä oikeudettomasti käyttämästä tai ilmaisemasta toiselle yrityssalaisuutta palvelussuhteen aikana. Kielto on voimassa myös kaksi vuotta palvelussuhteen päättymisestä. Ammattitaidon hyödyntäminen on kuitenkin rajattu kiellon ulkopuolelle. Artikkeliki käsittelee epäselväksi jäänyttä rajanvetoa ammattitaidon ja yrityssalaisuuden välillä. Kilpailukieltosopimuksia koskevan lakimuutoksen myötä rikosoikeudellisen yrityssalaisuuden suojan painoarvo on kasvanut, ja oikeuskäytännössä havaittu rajanvedon epäselvyys on entistä tärkeämpi ratkaista. Korkein oikeus ei ole antanut rajanvedosta ennakkopäätöstä. Artikkeliki analysoi hovioikeuksien ratkaisuja lainopillisesti rajanvedon selvittämiseksi. Artikkelin pohjatyönä on käyty läpi 43 aihepiiriä käsittelevää ratkaisua eri hovioikeuksilta. Lisäksi tavoitteena on tarkastella ulkomaista oikeustiedettä aihepiiristä oikeusvertailun keinoin.

Artikkelissa käsitellään kriittisesti pääsäännöksi kutsuttua tulkintaohjetta, jonka mukaan tallennetussa muodossa viety informaatio on lähtökohtaisesti yrityssalaisuus. Tämä tulkintaohje on vanhentunut ja ongelmallinen, eikä sitä tulisi hyödyntää rajanvedossa lähtökohtana. Sen sijaan rajanvedon tulisi keskittyä informaation objektiiviseen tulkintaan. Rajanvedon tulkinnassa lähtökohtana tulisi ensisijaisesti olla työntekijän kokemus ja kyky tuottaa yrityssalaisuudeksi väitetty informaatio itsenäisesti. Olisi myös perusteltua, että yrityssalaisuuden salassapitokriteeriä tiukennetaan edellyttämällä, että työnantajat korostavat nykyistä enemmän informaation salassa pidettävyyttä.

Asiasanat: *Yrityssalaisuusrikokset, liikesalaisuus, ammattitaito, talousrikosoikeus*

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

Abstract

Chapter 30, Section 5 of the Finnish Criminal Code, prohibits, *inter alia*, an employee from unlawfully using or disclosing a trade secret to another person during the course of employment. The prohibition remains also in force for two years after the employment has ended. However, the use of one's professional skill is excluded from the prohibition. This article addresses the ambiguous distinction between a skill and a trade secret. Following a legislative change concerning non-compete agreements, the significance of the protection of trade secrets under criminal law has increased and the ambiguity identified in case law has become even more important to resolve. The Supreme Court of Finland has not issued a precedent concerning the matter. The article analyses Court of Appeal rulings with legal dogmatics in order to reduce the ambiguity surrounding the topic. Forty-three rulings from various Courts of Appeal have been reviewed as groundwork for the article. In addition, the aim is to use legal comparison to examine foreign jurisprudence surrounding the topic.

The article critically examines a so-called primary rule of interpretation, according to which information exported in stored form is in principle a trade secret. This premise is outdated and problematic and should not be used as the core premise of the evaluation. Instead, the evaluation should focus on an objective analysis of the information itself. The primary starting point in drawing the line between a trade secret and skill should be the employee's experience and ability to independently produce the information claimed to be a trade secret. It would also be reasonable to make the confidentiality criterion for trade secrets stricter by requiring employers to place more emphasis on the confidentiality of the information.

Keywords: *Trade Secrecy Offences, Trade Secret, Skill and General Knowledge, Economic Crime Law*

1 Johdanto

1.1 Aihe ja tausta

Artikkelissa tarkastellaan rikoslain (39/1889) 30 luvun 5 §:n mukaista yrityssalaisuuden rikkomisen tunnusmerkistöä. Tunnusmerkistön tarkoituksena on suojella yritystä, jottei esimerkiksi entinen työntekijä voi hyödyntää yrityksen liikesalaisuuksia. Tunnusmerkistö suojelee yritystä työsuhteen ajan sekä kaksi vuotta sen päättymisen jälkeen. Tunnusmerkistön ulkopuolelle on kuitenkin rajattu työntekijän oikeus hyödyntää hänen ammattitaitoaan. Artikkelin tarkoituksena on selvittää rajanvetoa yrityssalaisuuden ja ammattitaidon välillä. Rajanvedon vaikeutta havainnollistaen Yhdysvalloissa kirjallisuudessa on todettu:

“Perhaps the greatest challenge facing a judge in a trade secret case is drawing the line between the specific trade secrets of the employer and the knowledge and skill that the employee is permitted to carry from job to job, as if it were a personal tool kit.”¹

Yrityssalaisuuden rikkomisen tunnusmerkistö on pitkään ollut ikään kuin toisijainen oikeussuoja. Ennen työsopimuslain (55/2001) mukaisella kilpailukieltosopimuksella on ollut mahdollista toteuttaa huomattavan yksinkertaisesti suuri osa rikoslain 30:5:n mukaisesta oikeussuojasta. Tähän seikkaan on viitattu myös yrityssalaisuuden rikkomisen tunnusmerkistöä koskeissa lain esitöissä.² Kuitenkin työsopimuslain muutoksesta johtuen työnantaja on nykyisin velvoitettu maksamaan työntekijälle merkittävää korvausta työsopimuslain 3:5:n mukaisesta kilpailukieltosopimuksesta, joka pysyy voimassa työsuhteen päättymisen jälkeen.³ Näin ollen on nähtävissä, että työnantajat tulevat jatkossa tukeutumaan aiempaa enemmän rikoslain 30:5:n tuomaan oikeussuojaan, jonka hyödyntämiseen ei liity juoksevia kuluja. Rikoslain roolin kasvaessa korostuu myös entisestään rajanvedon tärkeys.

¹ James Pooley, The Top Ten Issues in Trade Secret Law, Temple Law Review 70(2) 1997, s. 30. Ks. myös Tom Vapaavuori, Liikesalaisuudet ja salassapitosopimukset, Alma Talent (3. uudistettu painos), s. 106.

² Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi 66/1988 vp, s. 86.

³ Laki työsopimuslain 3 luvun 5 §:n muuttamisesta (1018/2021).

1.2 Tutkimuskysymys, metodi ja aineisto

Artikkelin keskeinen tutkimuskysymys on, millaisilla tulkintaohjeilla ammattitaidon ja yrityssalaisuuden rajanvetoa on mahdollista tarkentaa. Tutkimusta on vaikea rajata koskemaan vain ammattitaidon ja yrityssalaisuuden rajanvetoa, koska yleensä ratkaisuisissa on kyse kokonaisharkinnasta, johon liittyy myös muita seikkoja. Aihepiireinä artikkelista on kuitenkin rajattu pois esimerkiksi käänteismallinnus, elinkeinotoiminnan kannalta merkityksetön informaatio, itselaadittu tieto ja tunnusmerkistön väärinkäyttäminen. Artikkelissa ei ole tarkoituksenmukaista käsitellä kattavasti kaikkea aiheeseen liitännäistä sääntelyä.⁴

Korkein oikeus ei ole antanut ennakkopäätöstä rajanvedosta. Ennakkopäätöksen puuttuminen toisaalta tarkoittaa, että laajamittainen ratkaisuehdotusten ideointi on mahdollista.⁵ Rajanveto on lisäksi jätetty lain esitöissä epätarkaksi. Näin ollen rajanvedon tutkimiseksi on perehdyttävä lähinnä lain esitöihin, hovioikeuksien ratkaisuihin sekä oikeuskirjallisuuteen.⁶ Aineistoksi artikkeliin on tilattu yrityssalaisuuden rikkomista koskevia hovioikeuksien ratkaisuja yhteensä 43 vuosilta 1988–2022. Lisäksi artikkelissa tarkastellaan muutamaa aihetta sivuavaa korkeimman oikeuden ennakkopäätöstä.

On tulkittavissa, että suomalainen tutkimus rajanvedosta on puutteellista. Artikkelissa näin ollen tarkastellaan myös muita oikeusjärjestelmiä. Artikkelissa käytetään lainopillista metodologiaa oikeusvertailevalla painotuksella. Lainopillisessa kannanotossa systematisoinnin ja eri tulkinnallisten metodien avulla selvitetään oikeusnormilauseen sisältöä. Tulkinta ilmenee esimerkiksi oikeusperiaatteiden ja -teorioiden keskinäisenä punnintana.⁷ Lähtökohta lainsäädännön tulkinnassa on sanamuodon mukainen tulkinta. Kuitenkin, kuten *Aarnio*

⁴ Tutkimuskysymykseen liittyy salassapitosopimuksia sekä kilpailukieltosopimuksia koskeva sääntely. Vastaavasti immateriaalioikeuden ja työoikeuden osien sekä rikosoikeuden yleisten oppien ymmärtäminen on keskeistä aihepiirin kannalta.

⁵ Valituslupa rajanvetoa koskevasta tapauksesta on myönnetty, mutta tuomiota ei ole julkaistu ennakkotapauksena, KKO R 2007/656, tuomio 12.12.2008 nro 2769. Tapauksessa korkein oikeus hyväksyi hovioikeuden tulkinnan. Tapausta ei ole käytetty aineistona, koska päätös olla julkaisematta tuomio on tulkittavissa viitteenä siitä, ettei ratkaisusta pidä vetää selkeitä päätelmiä rajanvedosta.

⁶ Yrityssalaisuuksia koskeva lainsäädäntö perustuu osin myös vähimmäistason Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/943 julkistamattoman taitotiedon ja liiketoimintatiedon (liikesalaisuuksien) suojaamisesta laittomalta hankinnalta, käytöltä ja ilmaisemiselta (liikesalaisuusdirektiivi).

⁷ Ari Hirvonen, *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan, Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17*, Helsingin yliopisto 2011, s. 24–25. Ks. myös Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria : yleisen oikeustieteen oppikirja*, WSOY 1989, s. 143.

on todennut, avoimeksi jätetyn sanamuodon tulkinta sananmuodon mukaisena on *argumentum absurdum*.⁸ Näin ollen tarkoituksella avoimeksi jätetyn rajanvedon tulkinta edellyttää myös muuta lainopillista tulkintaa laillisuusperiaatteen sallimissa rajoissa.⁹ Lainopilliseen tutkimukseen sisältyy myös mahdollisuus kotimaisen oikeusjärjestyksen vertaamiseen muiden maiden oikeusjärjestyksiin esimerkiksi käytäntöjen osalta.¹⁰ Rikosoikeustieteen alalla oikeusvertailevien argumenttien käyttöarvo tuomarin näkökulmasta on mielletty tavallista alhaisemmaksi.¹¹ Oikeusvertaileva näkökulma ei kuitenkaan ole osa tutkimusta ensisijaisesti suoran käyttöarvon vuoksi: tavoitteena on tuoda erilaisia tulkintoja osaksi suomalaista oikeuskirjallisuutta osana laajempaa kehitystä.

2 Yrityssalaisuuden ja ammattitaidon rajanvedon tausta

2.1 Yrityssalaisuuden rikkomisen tunnusmerkistö

Rikoslaissa on artikkelin kannalta kaksi keskeistä pykälää. Ensimmäinen on rikoslain 30:5, joka määrittelee yrityssalaisuuden rikkomisen tunnusmerkistön:

”Joka hankkiakseen itselleen tai toiselle taloudellista hyötyä tai toista vahingoittaakseen oikeudettomasti ilmaisee toiselle kuuluvan liikesalaisuuden tai oikeudettomasti käyttää tällaista liikesalaisuutta, jonka hän on saanut tietoonsa

- 1) ollessaan toisen palveluksessa,*
- 2) toimiessaan yhteisön tai säätön hallintoneuvoston tai hallituksen jäsenenä, toimitusjohtajana, tilintarkastajana tai selvitysmiehenä taikka niihin rinnastettavassa tehtävässä,*
- 3) suorittaessaan tehtävää toisen puolesta tai muuten luottamuksellisessa liikesuhteessa tai*
- 4) yrityksen saneerausmenettelyn yhteydessä, on tuomittava, jollei teosta ole muualla laissa säädetty ankarampaa rangaistusta, yrityssalaisuuden rikkomisesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.*

Tämä pykälä ei koske tekoa, johon 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettu on ryhtynyt kahden vuoden kuluttua palvelusaikansa päättymisestä.

Yritys on rangaistava.”

⁸ Aulis Aarnio, Tulkinnan taito: ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta, Talentum Media 2006, s. 297.

⁹ Ks. esim. Heli Korkka-Knuts – Dan Helenius – Dan Frände, Yleinen rikosoikeus, Edita Publishing 2020 (3. uudistettu painos), s. 78–95.

¹⁰ Hirvonen 2011, s. 26.

¹¹ Vilja Hahto, Rikosoikeustiede ja oikeusvertailu, Lakimies 8/2001, s. 1295.

Toinen keskeinen pykälä on rikoslain 30:11, joka määrittelee *liikesalaisuuden* viittaamalla liikesalaisuuslain (595/2018) 2.1 §:n määritelmään:

”Tässä laissa tarkoitetaan liikesalaisuudella tietoa:

- a) joka ei ole kokonaisuutena tai osiensa täsmällisenä kokoonpanona ja yhdistelmänä tällaisia tietoja tavanomaisesti käsitteleville henkilöille yleisesti tunnettua tai helposti selville saatavissa;*
- b) jolla a alakohdassa tarkoitetun ominaisuuden vuoksi on taloudellista arvoa elinkeinotoiminnassa; ja*
- c) jonka laillinen haltija on ryhtynyt kohtuullisiin toimenpiteisiin sen suojaamiseksi.”*

Yrityssalaisuuden rikkomisen tunnusmerkistö on alun perin ehdotettu osaksi lainsäädäntöä vuonna 1988. Jo tällöin on tunnistettu yrityssalaisuuden ja ammattitaidon rajanvedon vaikeus.¹² Sittemmin vuonna 2003 voimaantulleessa muutoksessa tunnusmerkistöä on laajennettu siten, että se kattaa myös palvelussuhteen jälkeisen ajan.¹³ Perusteluina muutoksille toimi muun muassa tiedon merkityksen kasvu yritystoiminnassa sekä se, että näennäisesti oli sallittua esimerkiksi kerätä työsuhteen loppupuolella merkittävä määrä informaatiota työnantajalta ja viedä se suoraan seuraavalle työnantajalle.¹⁴

2.2 Yrityssalaisuuden arvioinnin lähtökohdat

Yrityssalaisuuden ja ammattitaidon rajanvedon tarkastelemiseksi on ensinnäkin ymmärrettävä yrityssalaisuuden perusmääritelmä. Termit yrityssalaisuus, ammattisalaisuus ja liikesalaisuus tulee kyseisen tunnusmerkistön kontekstissa käytännössä ymmärtää synonyymeiksi.¹⁵ Termi yrityssalaisuus on nykyisin käytössä lähinnä rikoslaissa.¹⁶ Liikesalaisuuslain 2.1 §:n määritelmää on tarkennettu lain esitöissä:

”Liikesalaisuuden haltijan salassapitointressi ilmenee siitä, että tieto on salaista ja sen paljastuminen olisi omiaan aiheuttamaan taloudellista vahinkoa elinkeinotoiminnassa. Tiedon tosiasiallinen salassapito ja salassapitotahto taas

¹² Ks. HE 66/1988 vp, s. 86.

¹³ Samalla tunnusmerkistöön lisättiin rangaistavaksi teon yritys. Yrityssaneerauksen yhteydessä tietoon saatu yrityssalaisuus on otettu tunnusmerkistön piiriin vuonna 1992 (HE 182/1992 vp, s. 115.). Tunnusmerkistö on saavuttanut nykyisen muotonsa lakitekniikan muutoksen seurauksena vuonna 2018 (HE 49/2018 vp, s. 126.).

¹⁴ Hallituksen esitys eduskunnalle yrityksen saneerausta koskevaksi lainsäädännöksi 53/2002 vp, s. 16–17, 33.

¹⁵ Hallituksen esitys eduskunnalle liikesalaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 49/2018 vp, s. 82.

¹⁶ Ibid.

tarkoittavat, että tiedon haltijalla on pyrkimys ja tahto pitää tieto ulkopuolisilta salassa.”¹⁷

On myös todettu, että *”elinkeinotoiminnan kannalta täysin merkityksettömiä tietoja ei voitaisi pitää säännöksessä tarkoitettuina yrityssalaisuuksina siinäkään tapauksessa, että elinkeinonharjoittaja itse jostakin henkilökohtaisesta syystä haluaa pitää ne huippusalaisina”*.¹⁸ Oikeuskirjallisuudessa on näin ollen johdettu, että yrityssalaisuuteen tulee liittyä salassapitointressi, salassapito-tahto, tosiasiallinen salassapito sekä liityntä elinkeinotoimintaan.¹⁹ Muutoksen yhteydessä implementoitiin liikesalaisuusdirektiivi. Yrityssalaisuus on ole-mukseltaan tietoa eli se on niin sanottu aineeton hyödyke. Se voisi olla tallen-nettu asiakirjaan, tuotteen prototyyppiin, tietokoneen muistiin taikka se voisi säilyä ainoastaan ihmismuistissa.²⁰ Kirjallisuudessa on esimerkkejä yrityssalai-suuksista.²¹

2.3 Rajavedon teoria

Yrityssalaisuuden ja ammattitaidon rajanvetoa on kommentoitu lain esitöissä hyvin vähän. Hallituksen esityksen yksityiskohtaisissa perusteluissa on todettu, että *”Käytännössä rajanveto saattaa olla tulkinnanvarainen. Tällöin ratkai-suun saattaa vaikuttaa se, missä muodossa käytetty tieto on ollut. Se, että tieto on ollut kirjallisessa tai sähköisessä muodossa, saattaa viitata siihen, että kysymyksessä on yrityssalaisuus eikä pelkästään aikaisemmin hankitun am-mattitaidon käyttäminen”*.²² Yleisissä perusteluissa on todettu, että *”Esimer-kiksi silloin, kun tieto on tallennetussa muodossa, asiakirjassa tai sähköisenä, on yleensä kyse liikesalaisuuksista. Puhtaan ammattitaidon käyttämisestä lie-nee yleensä kysymys vain silloin, kun tieto siirtyy työntekijän muistissa”*.²³

Yksityiskohtaisten perustelujen lainauksessa kolme kertaa esiintyvä sana *”saattaa”* alleviivaa ohjeistuksen merkitystä selvästi. Näin muotoillun tulkinta-ohjeen kohdalla tulisi välttää suoraviivaista säännön muodostamista: kyseisen

¹⁷ HE 49/2018 vp, s. 24, 58.

¹⁸ HE 66/1988 vp, s. 92–93.

¹⁹ Ks. esim. Pekka Viljanen, Yrityssalaisuusrikokset, teoksessa Henna Tolvanen (toim.), Keskei-set rikokset, Edita Publishing 2018 (4. uudistettu painos), s. 711–765, s. 714. Jaottelu on ollut käytössä yrityssalaisuuden rikkomisen tunnusmerkistön syntymisestä asti. Määritelmää on muutettu vuonna 2018, mutta tätä muutosta on kutsuttu teknisluontoiseksi toteamalla, ettei sillä ollut tarkoitus muuttaa vallitsevaa oikeustilaa, ks. HE 49/2018 vp, s. 58, 126.

²⁰ HE 66/1988 vp, s. 92.

²¹ Ks. esim. Viljanen 2018, s. 717–725.

²² Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden rikoslain talousrikossäännösten ja eräiden niihin liit-tyvien lakien muuttamiseksi 53/2002 vp, s. 33.

²³ Ibid., s. 17.

ohjeen tarkoituksen voi tulkita lähinnä esimerkiksi asiasta, joka voi vaikuttaa tulkintaan. Kirjallisuudessa tulkintaohjetta on kuvailtu ”karkeaksi nyrkkisään-nöksi”.²⁴ Tästä ajatuksesta on kuitenkin poikettu oikeuskäytännössä usein asettamalla ohje jopa keskeiseksi pääsäännöksi.²⁵ Oikeuskirjallisuudessa tulkintaohjetta on myös luonnehdittu pääsäännöksi.²⁶ Tätä ajatusta lähestytään artikkelissa kriittisesti, mutta tarkoitus ei ole kyseenalaistaa itsessään tulkintaohjeen hyödyntämistä osana arviointia. Tarkoitus on todeta, ettei tasapainoisen punninnan tulisi sekä alkaa kyseisestä tulkintaohjeesta että päättyä siihen. Oikeuskirjallisuudessa on todettu vastaavaa vuonna 2003 ja viitattu vaihtoehtoihin ulkomailla käytettyihin teorioihin subjektiivisen ja objektiivisen informaation rajanvedosta sekä erotteluun yleisen ja erityisen tiedon välillä.²⁷

”Jaottelujen pohjalta on kehitetty erilaisia, lähinnä kuvaileviin seikkoihin perustuvia ”testejä” ammattitaidon erottelemiseksi yrityssalaisuuksista. Käytännössä kysymys on ollut yleensä kokonaisarvosteluun pohjautuvista lähestymistavoista, joissa on annettu merkitystä esimerkiksi työntekijän työtehtävien luonteelle, kysymyksessä olevan tiedon ominaispiirteille, työnantajan konkreettisille salassapitotoimille sekä sille, miten selkeästi salassa pidettävä tieto on eroteltavissa sellaisesta tiedosta, jota työntekijällä on oikeus hyödyntää.”²⁸

Yleisen ja erityisen informaation ero tarkoittaa jaottelua alalla yleisen tunnetun informaation ja työyhteisön sisällä olevan erityisen ja seikkaperäisen informaation välillä. Yleistä informaatiota on esimerkiksi alan koulutukseen sisältyvä tieto. Erityiseksi informaatioksi lasketaan seikkaperäisempi informaatio, joka ei ole yleisesti selvitettävissä alalla. Tällainen tieto voi olla esimerkiksi työnantajan kehittämä informaatio.²⁹

Tietotaito (know-how) asettuu osin samaan jaotteluun. Tietotaidolla tarkoitetaan yrityskokemuksia, joista useimpia voidaan luonnehtia kokemukseen perustuvaksi tiedoksi käyttää tietoa hyväksi.³⁰ Erityiseksi luonnehditun tietotaidon on katsottu oikeuskäytännössä saavan yrityssalaisuuden suojaa erityisenä

²⁴ Viljanen 2018, s. 725. Ks. myös. Klaus Nyblin, Yrityssalaisuuden suoja ja entiset työntekijät, *Defensor Legis* 2/2003, s. 245–247.

²⁵ Ks. esim. Turun hovioikeus R 17/456, tuomio 17.4.2018 nro 116369 (lainvoimainen). Hovioikeus on hyväksynyt käräjäoikeuden tulkinnan (Pirkanmaan käräjäoikeus R 15/3311, tuomio 5.1.2017 nro 100515).

²⁶ Tom Vapaavuori, Yrityssalaisuudet ja salassapitosopimukset, *Talentum Pro* 2005, s. 59.

²⁷ Nyblin 2003, s. 248. Ks. myös Vapaavuori 2019, s. 103–109.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Ks. esim. Vapaavuori 2019, s. 103–109. Helsingin hovioikeus R 16/2036, tuomio 18.12.2017 nro 152035 (lainvoimainen), s. 8.

³⁰ HE 49/2018 vp, s. 83.

tietona.³¹ Yleinen tietotaito on oikeuskirjallisuuden mukaan pitkälti sama asia kuin ammattitaitoisen henkilön yleinen ammattitaito.³² Huomionarvioista rajanvedon kannalta on myös, että yrityssalaisuuden rikkominen edellyttää korostettua tahallisuutta. Tekijän on oltava tietoinen siitä, että hänen oikeudettomasti ilmaisemansa tieto on yrityssalaisuus.³³

3 Rajanvetoon liittyvät ongelmatilanteet käytännössä

3.1 Erityisen informaation muodostuminen ammattitaidoksi

Keskeinen tutkimuskysymys on, milloin yrityssalaisuudeksi mielletty tieto on muodostunut ammattitaidoksi. Rajanveto erityisasiantuntijoiden kohdalla on koettu erityisen vaikeaksi.³⁴ On täysin mahdollista, että erityisasiantuntija työskentelee esimerkiksi edistyneen teknologian kanssa, jolloin hänelle arkipäiväiseksi voi muodostua tieto, jota kukaan muu maailmassa ei ymmärrä. Kilpailukieltosopimuksia on perinteisesti hyödynnetty erityisesti asiantuntijoiden kohdalla, joten tältä osin rajanvedon selventäminen työ sopimuslain muutoksen jälkeen on korostetun tärkeää. On keskeistä ymmärtää ajatus, että ammattitaito tarkoittaa eri ihmisillä hyvin eri asioita. Kysymystä voi tarkastella Helsingin hovioikeuden vuonna 2017 antaman ratkaisun perusteella, jossa käsitellään tietotaitoa:

Tapauksessa A ja B olivat yhdessä C:n kanssa ruvenneet harjoittamaan liiketoimintaa C:n entuudestaan omistamassa yrityksessä X Oy:ssä. Käytännössä kyse oli kuitenkin merkittävän yritysjärjestelyn seurauksena uudesta yrityksestä, jonka A, B ja C olivat yhdessä perustaneet. Kyseessä oleva X Oy toimii puutarhalaan tukkuliikkeenä, kuten A:n ja B:n edellinen työnantaja Y Oy. Lisäksi C oli toisen yrityksen kautta aiemmin omistanut 50 %:n osuuden Y Oy:stä. Hovioikeus katsoi, että A ja B olivat valinneet Y Oy:n tuottavimmat tuotteet, hinnoitelleet ne alle Y Oy:n hintojen sekä käyttäneet suurilta osin samoja tavarantoimittajia. Näin ollen hovioikeus katsoi, että A ja B olivat käytännössä jäljentäneet Y Oy:n liiketoiminnan kannattavimman ytimen. Käräjäoikeus oli jättänyt

³¹ Ks. esim. Helsingin hovioikeus R 16/2036, tuomio 18.12.2017 nro 152035 (lainvoimainen), s. 8.

³² Vapaavuori 2019, s. 94–95.

³³ Ks. esim. Helsingin hovioikeus R 18/1649, tuomio 31.12.2019 nro 157042 (lainvoimainen), s. 7.

³⁴ Klaus Nyblin, Yrityssalaisuuksien suojaaminen ja oma henkilöstö, Defensor Legis 4/2008, s. 535.

A:n ja B:n tuomitsematta. Hovioikeus tuomitsi heidät yrityssalaisuuden rikkomisesta, eikä korkein oikeus myöntänyt valituslupaa.³⁵

Tapauksessa on kyse osin *negatiivisesta tiedosta*. Negatiivisella tiedolla tarkoitetaan esimerkiksi tietoa, jonka perusteella henkilö tietää, ettei toimea kannata tehdä. Usein tieto johtaa päätelmään siitä, mitä kannattaa tehdä: näin ollen negatiivinen tieto voi kuulua yrityssalaisuuden piiriin.³⁶ On aiheellista pohtia, onko kohtuullista, että entisten työntekijöiden olisi tullut ikään kuin esittää, etteivät he muista tai tiedä vuosia alalla tavaroiden hankintaa ja myyntiä tehneenä, mitkä tavarantoimittajat ovat olleet hyviä tai mitkä tuotteet myyvät hyvin. Myöntävä vastaus esitettyyn pohdintaan johtaisi tilanteeseen, jossa yrittäjän tulisi aktiivisesti tehdä toimia, jotka hän tietää omien intressiensä vastaisiksi. Tapauksessa tuli kuitenkin näytettyä, että tavarantoimittajat löytyvät messuluetteloista ja ovat siten julkista tietoa. Samoin hintatiedot ja muut keskeiset tiedot oli mahdollista selvittää. Kuitenkin käräjäoikeuden käsittelyn yhteydessä annetun todistelun mukaan hyvien tavarantoimittajien seulominen huonoista on pitkä vuosia kestävä prosessi.³⁷ Hovioikeus vaikuttaa viitanneen tähän perusteluissaan.³⁸

Riippumatta muistinvaraisuudesta, olisi nähtävissä, että esimerkiksi tieto hyvistä yhteistyökumppaneista sekä asiakkaista olisi erityisesti ammattitaitoon ja kokemukseen kuuluvan informaation keskiössä. Jos vuosien aikana syntyneitä ihmiskontakteja ja kokemusta hyvistä tavarantoimittajista ei voida mieltää hankintaa ja myyntiä tekevän työntekijän ammattitaitoon perustuvaksi tiedoksi tai taidoksi, mikä voidaan?

Toki hovioikeuden tuomioon liittyi muitakin seikkoja: vastaajat olivat esimerkiksi erittäin nopeita tarjousten lähettämisessä. Artikkelin tarkoitus ei ole yksityiskohtaisesti arvioida tapauksen lopputulosta kokonaisuutena, vaan pohtia yrityssalaisuuden ja ammattitaidon rajanvedon kannalta merkityksellistä osaa hovioikeuden tulkinnasta. Näiltä osin hovioikeuden tuomio voidaan nähdä vähintään kyseenalaisena vapaan markkinatalouden ideologian näkökulmasta. Tapauksen voi hyvin nähdä yksiselitteisesti tilanteena, jossa tyytymättömät yrityksen työntekijät haluavat ryhtyä kilpailemaan työnantajansa kanssa, koska he kokevat osaavansa järjestää toiminnan paremmin. Näkökulmasta

³⁵ Helsingin hovioikeus R 16/2036, tuomio 18.12.2017 nro 152035 (lainvoimainen). KKO R 2018/126, päätös 29.6.2018 nro 1371.

³⁶ Vapaavuori 2019, s. 120–124.

³⁷ Hyvinkään käräjäoikeus R 14/993, tuomio 23.6.2016 nro 127609 (ei lainvoimainen), s. 25.

³⁸ Helsingin hovioikeus R 16/2036, tuomio 18.12.2017 nro 152035 (lainvoimainen), s. 9.

riippumatta, kyseinen tilanne päättyi ehdollisiin vankeustuomioihin sekä satojen tuhansien eurojen korvauksiin, joten ymmärrettävän ja legitiimin pohjan rakentaminen rajanvedolle tulisi olla korkea prioriteetti.

Lain esitöissä on erikseen pyritty välttämään se, ettei tunnusmerkistö rajoita työvoiman liikkumista tai uusien yritysten perustamista.³⁹ Uusien yritysten perustamisen suojelua on painotettu vielä enemmän lain esitöissä vuonna 2002.⁴⁰ Lisäksi vuonna 2018 lain esitöissä liikesalaisuustermiin muotoiluun liittyen on viitattu Yhdysvalloissa tehtyyn selvitykseen, jossa oli todettu vahva negatiivinen yhteys varsinkin koulutetun työvoiman liikkuvuuden ja liikesalaisuuksien suojan koetun vahvuuden välillä.⁴¹ Kuinka pitkän ajan kuluttua voidaan katsoa, että tapauksessa kuvailtu tieto tavarantoimittajista on muodostunut työntekijän ammattitaidoksi? Vai onko työsuhteen kestolla edes merkitystä?

Työvoiman vapaata liikkuvuutta puoltava näkemys on havaittavissa muutamaa vuotta aiemmin vuonna 2012 annetusta Helsingin hovioikeuden ratkaisusta. Tapaus vastaa edellä käsiteltyä monilta osin ja mahdollistaa ammattitaidon ajallisen muodostumisen tulkinnan:

Tapauksessa A oli vuosia työskennellyt X Oy:ssä mainosalalla. Hänen tehtävänään oli ollut muun muassa myydä kirjoituslustojen mainospaikkoja yrityksille Lahdessa. A oli sittemmin poistunut X Oy:n palveluksesta ja myynyt vastaavia mainospaikkoja samoille yrityksille Lahdessa Y Oy:n palveluksessa. Y Oy:ssä A oli kuitenkin tehnyt myyntityön juuri ennen X Oy:n normaalia vuosittaista myyntiajankohtaa, joka on merkittävästi vaikeuttanut X Oy:n vastaavaa myyntiä myöhemmin. Hovioikeus tulkitsi, ettei A ole käyttänyt X Oy:n yrityssalaisuuksia.⁴²

Kyseisessä tuomiossa on kappaleen kysymyksen kannalta kaksi keskeistä eroa edellä käsiteltyyn vuoden Helsingin hovioikeuden tapaukseen verrattuna. Ensimmäkin mainosmiehen on katsottu tehneen samaa tehtävää jo ennen asianomistajan palveluksessa olemista. Hänellä oli lähes kahden vuosikymmenen kokemus alalta. Edellä käsitellyssä tapauksessa puutarha-alan yrittäjät olivat työskennelleet mitä ilmeisimmin alalla vain edellisen työnantajansa palveluksessa. Tunnuksmerkistön rajoittuminen kahteen vuoteen aiheuttaa tältä kannalta tulkinnallisen ongelman: käytännössä tunnusmerkistö mahdollistaa tilanteen, jossa esimerkiksi kolmen eri työnantajan lukuun toiminut työntekijä

³⁹ HE 66/1988 vp, s. 86.

⁴⁰ HE 53/2002 vp, s. 17.

⁴¹ HE 49/2018 vp, s. 74.

⁴² Helsingin hovioikeus R 11/468, tuomio 28.3.2012 nro 855 (lainvoimainen).

voi kolmannessa työsuhteessa hyödyntää oikeutetusti ensimmäisen työnantajan yrityssalaisuuksia olettaen, että ensimmäisestä työsuhteesta on yli kaksi vuotta. Samalla juuri päätyneen toisen työsuhteen vastaavat yrityssalaisuudet katsottaisiin yhä kielletyksi informaatioksi kolmannen työnantajan palveluksessa. On silloin tulkinnallinen kysymys, tulkitaanko tämä *aiemmin kielletty* yrityssalaisuus *ammattitaidoksi* vai ikään kuin *entiseksi yrityssalaisuudeksi*. Vastauksen merkitysarvo on se, että jos aiemmin yrityssalaisuudeksi mielletty informaatio tulkitaan myöhemmin ammattitaidoksi, miksei tällaista vastaavaa edelleen salattua yrityssalaisuutta tulkita myös ammattitaidoksi? Tämä kehäpäätelmäksi luonnehdittava kysymys pohjautuu siihen, ettei informaatio sinänsä itsessään muutu, vaan maailma sen ympärillä muuttuu.

Tähän tulkintaan tukien hovioikeus on perusteluissaan viitannut mainosmiehen kokemukseen todeten, että hän on voinut hyödyntää alan aiempaa *koke-mustaan* siirtyessään sekä asianomistajan palvelukseen että myöhemmin myös tätä seuranneen työnantajan palvelukseen. Tästä olisi johdettavissa tulkinta, että jos yrityssalaisuuden rikkomisesta syyttävässä yhtiössä on pidetty vastaavaa informaatiota henkilön ammattitaitona hänen saapuessaan yhtiöön tai siitä informaatiosta on hyödytty yrityksen toiminnassa, olisi tällöin vastaava informaatiota pidettävä ammattitaitona myös hänen lähtiessään.

On kuitenkin havaittavissa, että informaatiota, jonka henkilö on kartuttanut yhdessä yrityksessä kahdenkymmenen vuoden aikana, tulkitaan sanamuodon mukaisen tulkinnan mukaan työsuhteen jälkeen eri tavalla, kuin ominaisuuksiltaan täysin identiteettistä hypoteettista informaatiota, jonka henkilö olisi kartuttanut kahdessa eri yhtiössä molemmissa oltuaan kymmenen vuotta. Näin ollen, jos tulkitaan, että kaikki kerrytetty informaatio on samanarvoista – riippumatta kenen palveluksessa se on kerrytetty – olisi tehtävissä päätelmä, että ajallinen ammattitaidon kerryttämisaika on merkittävässä asemassa. Tällöin henkilön työsuhdetta voitaisiin tarkastella osissa: jos henkilön pitkän työuran aikana voidaan katsoa, että arvioitavissa oleva informaatio on muodostunut keskeiseksi osaksi henkilön normaalia ymmärrystä ja osaamista jo työsuhteen alkupuolella vuosia ennen työsuhteen päättymistä, voitaisiin tätä informaatiota osin ajatella verrannolliseksi edellisessä työsuhteessa kartutettuun informaatioon.

Toinen keskeinen ero tapausten välillä on, ettei mainosalalla työskentelevän toimintaa katsottu kokonaisuutena kielletyksi siltä osin, että hän kopioi entisen työnantajansa keskeisen liiketoiminnan. On tulkittavissa, että entisen työnantajan liiketoiminnan kopiointi oli tässä tapauksessa jopa selvempää, kuin puutarha-alan tukkuliikettä koskevassa tapauksessa. Erona kuitenkin oli

se, että mainosalan tapauksessa kyse oli kahdesta peräkkäisestä työsuhteesta, kun toisessa kyse oli työsuhteen jälkeisestä yritystoiminnasta. Kun uuden yritystoiminnan perustamiseen verrataan yhden työntekijän työpaikan vaihtoa, on sinänsä ymmärrettävää, että henkilön perustama yritys laaja-alaisemmin kuvastaa yritystä, jossa hän on työskennellyt merkittävän osan urastaan.

Mainosalan työntekijän tapauksessa informaation julkisuus osoittautui korostuneemmaksi, ja hänellä oli edellä kerrotun mukaisesti ikään kuin sallittua kokemusta alalta entuudestaan. Tapauksista ei kuitenkaan ole johdettavissa selkeitä perusteluja sille, miksi tällaisiin tulkinallisiin eroavaisuuksiin on päädytty. Näin ollen eroavaisuus artikkelin osalta jää vain yhdeksi esimerkiksi oikeuskäytännön epäjohdonmukaisuudesta.

Osin käsiteltyjä tapauksia vastaavassa tuomiossa Turun hovioikeus on hyväksynyt Pirkanmaan käräjäoikeuden perustelut siitä, että vastaajalla on ollut työtehtäviensä puolesta ja muutenkin kokeneena toimistotekniikan ammattilaisena tarkat tiedot alalla vallitsevista sopimuskäytännöistä, hinnoitteluperusteista, asiakkaiden käyttämistä laitteista ja kopiomääristä. Hovioikeuden mukaan vastaajalla on siten ollut ammattitaito kilpailukykyisten tarjousten tekemiseen uuden työnantajan edustajana ilman, että hän olisi tarvinnut siihen edellisen työnantajan yrityssalaisuustietoja.⁴³

Kuten edellä on todettu, erityisesti puutarha-alan tukkuliikettä koskevassa Helsingin hovioikeuden tuomiossa on havaittavissa ongelma: yrittäjä saattaa joissain tilanteissa joutua tekemään toimia, jotka hän ilman kirjallista informaatiota tietää omien intressiensä vastaisiksi. Tällainen tilanne voi olla tulkittavissa kohtuuttomaksi ja kestäättömäksi, sillä työntekijän tosiasialliset mahdollisuudet tehdä tehokasta ja oikeaa rajanvetoa ammattitaidon ja yrityssalaisuuden välillä ovat erittäin huonot näin epäselvässä oikeustilassa. Yrityssalaisuuden rikkomisen tunnusmerkistön edellytyksenä on, että palvelussuhteessa oleva henkilö tietää informaation salaiseksi.⁴⁴ Näin ollen, kun kyseessä on jokapäiväinen liiketoiminta, joka erityisesti kuuluu työntekijän tietojen ja taitojen keskiöön, on tulkittavissa, että työnantajan tosiasiallisen salassapidon edellytyksen tulisi olla oikeasuhteinen verrattuna työntekijän käsitykseen informaation yleisluontoisuudesta. Jos työnantaja mieltää tällaisen informaation yrityssalaisuuden piiriin, tulisi tämän mahdollisesti korostaa tätä seikkaa

⁴³ Turun hovioikeus R 17/456, tuomio 17.4.2018 nro 116369 (lainvoimainen), s. 3. Pirkanmaan käräjäoikeus R 15/3311, tuomio 05.01.2017 nro 100515 (ei lainvoimainen), s. 8.

⁴⁴ Ks. esim. Helsingin hovioikeus R 18/1649, tuomio 31.12.2019 nro 157042 (lainvoimainen), s. 7.

työntekijälle esimerkiksi sopimusteknisin keinoin tai muuten erityisen selkeästi.

Vastaava ajatus on havaittavissa Yhdysvaltojen oikeuskäytännöstä, jossa keskeinen ratkaiseva seikka rajanvedossa on ollut, että työnantajalla on ollut perusteltu uskomus, ettei työntekijä käytä tai ilmaise eteenpäin informaatiota.⁴⁵ Huomionarvoista kuitenkin on, ettei teoriassa työnantaja voi itsenäisesti päättää, mikä lasketaan tämän yrityssalaisuudeksi lain esitöiden ja oikeuskäytännön mukaan.⁴⁶ Samansuuntaisesti oikeuskirjallisuudessa on todettu, ettei tiedon tallentaminen itsessään voi saattaa sitä yrityssalaisuuden piiriin: jollei tietoa voida ennen tallentamista pitää yrityssalaisuutena, ei sitä voida pitää yrityssalaisuutena tallentamisen jälkeenkään.⁴⁷

Edellä kerrottu ei kuitenkaan vielä vastaa kysymykseen siitä, milloin kyseinen tieto muodostuu ammattitaidoksi. Esimerkkinä voi käyttää tilannetta, jossa entinen työntekijä joutuu perustamassaan yrityksessä tekemään toimia, jotka hän itsestäänselvyyden tasoisesti tietää intressiensä vastaisiksi tukeutumatta tallennettuun entisen työnantajan aineistoon. Oikeuskirjallisuudessa Yhdysvalloissa on todettu tuomioistuinkäytäntöä lainaten, ettei työntekijän voida olettaa poistavan kaikkea tehtävässään kartuttamaansa tietoa muististaan.⁴⁸ Jos esimerkkinä esitetty tilanne mielletään kestävämmäksi, olisi se mahdollista ratkaista ammattitaitoon perustuvan tiedon tulkinnallisella alarajalla. Tulkinnallinen alaraja olisi siten, että yrityssalaisuutena ei pidetä tietoa, jonka perusteella henkilö on tiennyt toimen olevan omien intressiensä vastainen, jos saatetaan todennäköiseksi, että tiedon ymmärtäminen on ollut hänen kokeumuksensa ja tehtävien perusteella tälle itsestään selvää ilman tukeutumista tallennettuun materiaaliin.

⁴⁵ Kurt M. Saunders – Nina Golden, Skill or Secret? – The Line Between Trade Secrets and Employee General Skills and Knowledge, *New York University Journal of Law and Business* 77(1) 2018, s. 97.

⁴⁶ HE 66/1988 vp, s. 92–93. Ks. Itä-Suomen hovioikeus R 97/365, tuomio 24.2.1998 nro 178 (lainvoimainen).

⁴⁷ Nyblin 2003, s. 245. Näin ei kuitenkaan Suomen oikeuskäytännössä aina menetellä Euroopan komissiolle liikesalaisuusdirektiivin valmistelua varten tehdyn tutkimuksen mukaan. Ks. Lorenzo De Martinis – Francesca Gaudino – Thomas Repp, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, Valmisteltu Euroopan komissiota varten Baker & McKenzie toimesta, Milan 2013, MARKT/2011/128/D, s. 73.

⁴⁸ Saunders – Golden 2018, s. 98.

Ajatusta puoltavaksi voi tulkita korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen, joka käsittelee yrityssalaisuuden rikkomisen yritystä.⁴⁹ Perusteluissa yrityssalaisuuksiksi tulkittujen tietojen kopiointi tulkittiin rangaistavaksi osin siksi, ettei informaatio ollut vastaajalle hyödyllistä esimerkiksi ammattitaidon ylläpitämisen kannalta.⁵⁰ Korkeimman oikeuden tulkinnasta on tehtävissä vastakohtaispäätelmä, että ammattitaitoon perustuvan tiedon nojalla voi kaventaa merkittävästikin tunnusmerkistön suoja, kunhan tieto pohjautuu ammattitaitoon. On kuitenkin huomioitava, että perustelu liittyy siihen, onko henkilöllä ollut järkevä syy tietojen kopioimiseen. Kyse ei ole suoraan ammattitaidon ja yrityssalaisuuden rajanvedon punninnasta. Tulkintaa myötäilee lain esitöiden sanamuoto, jonka mukaan liikesalaisuutena ei voisi pitää sellaista yleistä kokemusta ja taitoa, jotka henkilöt ovat hankineet osana *tavanomaista* työskentelyään ja ammattitaitoaan.⁵¹ Työntekijän henkilökohtaista kokemusta painottava kanta löytyy myös oikeuskirjallisuudesta: työntekijän henkilökohtainen ammattitaito saattaa muodostua sellaisestakin tiedosta, joka ei ole toimialalla yleisesti tunnettua.⁵² Tämä johtuu osittain siitä, että työntekijöiden ammattitaito karttuu työskentelyn myötä, sekä yrityssalaisuudet muodostuvat usein työntekijöiden aikaansaannoksista.⁵³ Tällaista alarajaa tulisi kuitenkin tulkita supistavasti, koska laajentavan tulkinnan avulla voisi kattaa lähes minkä tahansa työtehtäviin kuuluvan tiedon.

Oikeuskirjallisuudesta löytyy myös muita näkökulmia, joilla voi perustella erityisesti edellä käsitellyn puutarha-alan tapauksen osalta erilaista johtopäätöstä. Samalla voi tarkastella ehdotettua tulkinnallista alarajaa niin sanotusti itsestään selvän tiedon näkökulmasta. Yrityssalaisuudet ovat usein yhdistelmä tai kokoelma sellaisia tietoja, joista yksikään ei erillisenä olisi välttämättä suojan piirissä.⁵⁴ Ratkaisun perusteluista on tulkittavissa, että yksittäiset tapauksessa esitellyt osat – esimerkiksi tuottavimmat tuotteet, tavarantoimittajat tai hinnat – eivät itsessään ole yrityssalaisuuksia, vaan yhdessä ne muodostavat liiketoiminnan keskeisen ytimen ja siten kokonaisuutena tulevat miellettyksi yrityssalaisuudeksi.⁵⁵ Kokonaisuus tulee kysymykseen yrityssalaisuutena läh-

⁴⁹ KKO 2013:20.

⁵⁰ KKO 2013:20, kohta 32.

⁵¹ HE 49/2018, s. 58.

⁵² Klaus Nyblin, Yrityssalaisuusrikokset, Teoksessa Raimo Lahti – Pekka Koponen (toim.), Talousrikokset, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-16 2007, s. 233.

⁵³ Ibid., s. 234.

⁵⁴ Ibid., s. 239.

⁵⁵ Helsingin hovioikeus R 16/2036, tuomio 18.12.2017 nro 152035 (lainvoimainen), s. 9.

tökohtaisesti vain, jos osien muodostuminen kokonaisuudeksi edellyttää jonkinlaista innovatiivisuutta tai muuta lisäarvoa, eli kokonaisuuden tulee olla enemmän kuin niin sanotusti sen osien summa.⁵⁶ Ajatusmalli on muodostunut niin vakiintuneeksi, että se on otettu käyttöön oikeuskäytännössä ja mainittu lain esitöissä.⁵⁷ Liiketoimintamallin voi tulkita olevan tällainen kokonaisuus, kun suoraan verrataan sen taloudellista arvoa osiensa summaan. Kuitenkin, jos entinen työntekijä kykenee yksittäisten informaation osien perusteella vavattomasti päätyään lopputulokseen, jota kokonaisuutena esitetään yrityssalaisuudeksi, on kyseenalaistettavissa esitetyn kokonaisuuden muodostamisen edellyttämä innovatiivisuus.

Tällaisessa tilanteessa henkilö voi itsestään selviksi mieltämiensä kokonaisuuden yksittäisten osien avulla esimerkiksi välttää toimia, jotka hän tietää intressiensä vastaisiksi. Jos lopputulokseen päätymistä voi pitää itsestään selvien tulkintojen sarjan lopputulemana, onko kyse todella innovatiivisesta kokonaisuudesta, joka on samalla arvokkaampi, kuin osiensa summa? Innovatiivinen tällainen lopputulos ei ainakaan ole. Tällä tulkinnalla kuvastetaan sitä, että melkein mitkä tahansa erilliset, mutta toisiinsa liittyvät informaation osat voi tulkita osien summaa arvokkaammaksi kokonaisuudeksi. Näin ollen on tehtävissä tulkinta, että osiensa summaa arvokkaampi kokonaisuus, joka muodostuu erillisistä osista, jotka eivät nauti erillisinä yrityssalaisuuden suojaa, on tulkittava yrityssalaisuudeksi vain, jos osien muodostama kokonaisuus ei ole luontainen tai itsestään selvä johtopäätös kyseisestä informaatiosta. Tulkintaa tukevat myös lain esityöt, joiden mukaan salassapitointressin edellytykseen kuuluu, ettei esimerkiksi liikesalaisuuden kokonaisuus ole helposti selville saatavissa tällaisia tietoja tavanomaisesti käsittelevälle henkilölle.⁵⁸ Saatavuudella viitataan tiedon julkisuuteen tai yleiseen tunnettavuuteen alalla, mutta sen voi tulkita laajentavasti kattavan myös itsestäänselvyudeksi mielletävät päätelmät sallitusta tiedosta. Yhdysvalloissa oikeuskirjallisuudessa on painotettu, että rajanvedon tulkinnassa tulee erottaa työntekijän taito ja kokemus lopputuloksesta, johon työntekijän taito ja kokemus on johtanut.⁵⁹

Näitä tulkintoja myötäilevästi Kouvolan hovioikeus on eräissä ratkaisussaan linjannut, että tapauksessa kyseessä oleva pakkauslinja on entuudestaan tunnetusta tekniikasta koostuva kokonaisuus, joka tulkitaan yrityssalaisuudeksi.⁶⁰

⁵⁶ Nyblin 2007, s. 240.

⁵⁷ HE 49/2018 vp, s. 84.

⁵⁸ Ibid., s. 85.

⁵⁹ James Pooley, *The Executives Guide to Protecting Proprietary Business Information and Trade Secrets*, Probus Publishing Company 1987, s. 31.

⁶⁰ Kouvolan hovioikeus R 10/456, tuomio 12.1.2011 nro 31 (lainvoimainen), s. 5.

Syy tälle on ollut, että kokonaisuuden suunnittelu olisi edellyttänyt satoja työntunteja siitä huolimatta, että sen osat olivat alalla tunnettuja. Korkein oikeus ei myöntänyt valituslupaa.⁶¹ Rovaniemen hovioikeus on myös antanut tulkintaa myötäilevän ratkaisun: hovioikeus on tulkinnut, että projektikuvausten kokonaisuutta on pidettävä yrityssalaisuutena, koska yksittäinen toimialan erityisasiantuntija ei ole kykenevä laatimaan sellaista pelkästään sitä toimialaa koskevan tietonsa perusteella.⁶²

Esitetyn tulkintaohjeen edellytyksenä on esimerkkeinä käytetyistä tilanteista poiketen se, että yrityssalaisuudeksi väitetyn kokonaisuuden muodostaminen informaatiolla, jota ei erillisinä kappaleina tulkita yrityssalaisuudeksi, olisi alan ammattilaiselle vaivatonta tai itsestään selvää. Tällaisen tulkinnan mukaan rajanveto ei olisi itsessään riippuvainen tiedon yksityiskohtaisuudesta, innovatiivisuudesta tai karkeasta rajanvedosta yleisen ja erityisen informaation välillä, vaan työntekijän osaamisesta ja tosiasiallisesta kyvystä päätyä vastaavaan lopputulokseen hänen näkökulmastaan objektiivisesti arvioituna.

3.2 Informaation muistinvaraisuuden arviointi ja muodon vaikutus

Edellä käsitellystä puutarha-alan tukkuliikettä koskevasta hovioikeuden tuomiosta on havaittavissa ongelma liittyen pääsääntöön informaation tallennusmuodosta, jonka mukaan muuten kuin muistinvaraisesti viety informaatio on lähtökohtaisesti yrityssalaisuus. Pääsääntö ja sitä koskevat lain esityöt on avattu tarkemmin luvussa 2.3. Pääsääntöä hyödyntäen on ollut yksinkertaista lähestyä tuomiota perinteisenä rikosoikeudellisena näyttökysymyksenä: onko henkilö kajonnut tallennettuihin tietoihin vai ei?⁶³ Osin tämän vuoksi itse informaation arviointia ei kattavasti ole Suomessa tehty. Kuitenkin kyseisessä tältä osin poikkeuksellisessa tapauksessa ei ole edes väitetty, että vastaajalla olisi olemassa kirjallisena entiselle työnantajalle kuuluvaa materiaalia. Näin ollen pääsäännön soveltaminen tapauksessa johtaisi siihen, ettei tietoa tulkita yrityssalaisuudeksi. Tämä ei lopputuloksesta ilmeten ole ollut hovioikeudelle hyväksyttävä asetelma, joten hovioikeus on päätenyt tekemään punnintaa puhtaasti informaation perusteella. On tulkittavissa, että ilman informaation muodon pääsääntöä hovioikeus on jäänyt ilman konkreettista tulkintaohjetta

⁶¹ KKO R 2011/266, päätös 2.2.2012 nro 204.

⁶² Rovaniemen hovioikeus R 07/788, tuomio 14.5.2009 nro 399 (lainvoimainen), s. 4.

⁶³ Vrt. Vapaavuori 2019, s. 118–119.

tai pohjaa ratkaisun tekemiselle, ja on siten tehnyt pitkälle johdettuja johtopäätöksiä. Havainnollistavasti hovioikeus on suoraan todennut, ettei asiasta ole korkeimman oikeuden tasoista ratkaisukäytäntöä.⁶⁴

Yksi informaation tallennusmuotoon pääsäännön ongelmallisuutta havainnollistava seikka on, että on täysin mahdollista, että henkilöllä on informaatio täysin oikeutetusti hallussaan muistinvaraisesti sekä tallennettuna. Tällöin voi joutua tilanteeseen, jossa henkilön katsottaisiin niin kutsutun pääsäännön mukaan syyllistyneen rikokseen pitkälti sallitun toimen perusteella. Tästä syystä olisi merkittävää, että painopiste yrityssalaisuuden arvioinnissa kohdistuu siihen, millainen informaatio tulkitaan ammattitaidoksi tai yrityssalaisuudeksi, sekä siihen, että näytetään informaation tulleen käytetyksi. Eräässä Turun hovioikeuden ratkaisussa on todettu, että tapauksessa ei ole merkitystä sillä, että vastaajalla on ollut hallussaan myös muistinvaraista tietoa yhtiön asiakkaista, kun on näytetty, että hän on markkinoinnissaan käyttänyt myös tallennettua informaatiota.⁶⁵ Hovioikeus on todennut, että tallennettua informaatiota on tosiasiallisesti hyödynnetty.⁶⁶ Vastaaja ei ole vain hyödyntänyt sinänsä niin kutsutun pääsäännön mukaisesti sallittua muistinvaraista informaatiota, vaikka hänellä on lisäksi ollut mahdollisuus hyödyntää tallennettua informaatiota. Tämä ratkaisee edellä mainitun ongelman, mutta silti asettaa merkittävää painoarvoa informaation tallennustavalle.

Esimerkiksi eräässä Helsingin hovioikeuden tuomiossa on katsottu, että informaation vieminen kirjallisessa muodossa työsuhteen loppuvaiheessa on viitannut siihen, ettei kyse ole henkilön ammattitaidosta.⁶⁷ Voi kuitenkin olla täysin hyväksyttävä syy informaation viemiseen myös tallennetussa muodossa. Esimerkiksi Turun hovioikeus on toisessa ratkaisussa todennut selvyyden vuoksi, että tiedostojen hankkiminen tai kopiointi työsuhteen aikana ei täytä yrityssalaisuuden rikkomisen tunnusmerkistöä.⁶⁸ Helsingin hovioikeus on todennut saman.⁶⁹ Huomionarvoista kuitenkin on, että korkeimman oikeuden

⁶⁴ Ks. Helsingin hovioikeus R 16/2036, tuomio 18.12.2017 nro 152035 (lainvoimainen), s. 8.

⁶⁵ Turun hovioikeus R 16/356, tuomio 6.7.2018 nro 129405 (lainvoimainen), s. 9.

⁶⁶ Informaation hyödyntäminen on useassa tapauksessa näytetty samojen kirjoitusvirheiden läsnäololla. Ks. esim. Turun hovioikeus R 12/1164, tuomio 30.9.2014 nro 1062 (lainvoimainen), s. 13.

⁶⁷ Helsingin hovioikeus R 12/2624, tuomio 21.10.2013 nro 2762 (lainvoimainen), s. 8.

⁶⁸ Turun hovioikeus R 17/2000, tuomio 19.6.2019 nro 128404 (lainvoimainen), s. 30.

⁶⁹ Helsingin hovioikeus R 10/879, tuomio 17.2.2012 nro 399 (lainvoimainen), s. 14.

mukaan tällainen toiminta voi tietyissä tilanteissa juuri työsuhteen loppupuolella tulla kyseeseen yrityssalaisuuden rikkomisen yrityksenä.⁷⁰ *Frände* ja *Viljanen* ovat kuitenkin kritisoineet korkeimman oikeuden tulkintaa.⁷¹ Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että henkilö on halunnut kopioida tietoja kotiinsa ammattitaidon ylläpitämiseksi. Lisäksi kyse voi olla siitä, että informaatiota kopioidaan sen käyttämiseksi kahden vuoden kuluttua sen ollessa sallittua ainakin rikoslain näkökulmasta. Edellä kuvatut toimet luonnollisesti voivat tulla ajankohtaisiksi työsuhteen loppupuolella, kun pääsy tiedostoihin käsiksi on lähitulevaisuudessa loppumassa. Esimerkit lähinnä havainnollistavat tiedon muodon ongelmallisuutta lähtökohtana arvioinnissa: tiedon tallennetulle muodolle voi olla tunnusmerkistön näkökulmasta täysin hyväksyttäviä syitä, joten tällaisissa tilanteissa tiedoston muodon tulisi olla *johtopäätöksiä tukeva sivuseikka*, ei lähtökohta. Vaikka vuonna 2018 muutetulla liikesalaisuuden määritelmällä ei ollut tarkoitus muuttaa vallitsevaa oikeustilaa rajanvedosta, voi lain esitöissä käytetyn sanamuodon tulkita muuttuneen näkemyksen mukaiseen suuntaan: *”Jos tieto ei ole muistinvaraista – – tämä lisää todennäköisyyttä sille, että tieto voisi olla ennemmin katsottavissa liikesalaisuudeksi kuin henkilön ammattitaidoksi.”*⁷²

Oikeuskirjallisuuden mukaan Yhdysvalloissa useimmat tuomioistuimet ovat hylänneet Suomessa usein hyödynnetyn informaation muodon pääsäännön yksinkertaisena ja vanhanaikaisena.⁷³ Kyseisten tuomioistuinten perustelu on ollut oikeuskirjallisuuden mukaan muun muassa se, että henkilöllä, jolle yrityssalaisuus on uskottu, on velvollisuus olla käyttämättä tai julkaisematta sitä riippumatta sen tallennusmuodosta.⁷⁴ Myös *Vapaavuori* on nostanut vastaavan seikan esille viittaamalla ulkomaiseen oikeuskirjallisuuteen.⁷⁵ Tallennusmuoto tulisi yhdistää johonkin toiseen seikkaan, jolloin nämä yhdessä kumoavat hyväksyttävät syyt tiedostojen kopioimiselle. Tällainen seikka voi esimerkiksi

⁷⁰ Ks. KKO 2013:20.

⁷¹ Ks. Dan Frände, Oikeustapauskommentti KKO 2013:20, Teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I/2013, s. 184–185; Viljanen 2018, s. 746. Vrt. Antti Sahinoja, Työntekijän salassapitovelvollisuus yrityssalaisuuksista, Defensor Legis 6/2013, s. 994.

⁷² HE 49/2018 vp, s. 82–83.

⁷³ Saunders – Golden 2018, s. 76.

⁷⁴ *Ibid.*, s. 76–77.

⁷⁵ Vapaavuori 2019, s. 118.

olla se, että kopioidut tiedostot eivät ole liitännässä kyseisen henkilön työtehtäviin tai ammattitaitoon.⁷⁶ Toinen mahdollisuus olisi esimerkiksi kopioitujen tiedostojen suuri määrä.⁷⁷

Kuten edellä todettu, oikeuskirjallisuudessa on arvioitu paljon tulkintaohjetta, jonka mukaan tallennettu tieto olisi lähtökohtaisesti yrityssalaisuus. Vapaa- vuori on esimerkiksi todennut, ettei tulkintaohjeesta ole tehtävissä vastakohtaispäätelmää, että muistinvarainen tieto on oletuksena ammattitaitoa.⁷⁸ Nyblin on todennut vastaavaa.⁷⁹ Helsingin hovioikeus on viitannut tulkintoihin eräässä ratkaisussa.⁸⁰ Työoikeuden näkökulmasta *Tiitinen* ja *Kröger* ovat tämän lisäksi todenneet, että liike- ja ammattisalaisuuden tallentamistavalla ei ole olennaista merkitystä.⁸¹ Näkemykseen on yhtynyt myös *Koskinen*, jonka mukaan tallentamistavalla ei ole arvioinnissa yleensä merkitystä, vaan olennaista on salassapitointressi.⁸² Yhdessä nämä kannanotot tukevat vahvasti sitä, että itsessään informaation muodolla ei ole merkitystä, vaan informaation objektiivinen sisältö ratkaisee rajanvedon ammattitaidon ja yrityssalaisuuden välillä. Nyblin on lisäksi huomauttanut vuonna 2003, että Ruotsin vastaava lainsäädäntö on kirjoitettu lakiin siinä muodossa, että tiedon muodolla ei ole merkitystä.⁸³ Huomionarvoista kuitenkin on, että lainsäädäntö on sittemmin muuttunut, eikä lainkohta nykyisin enää sisällä tällaista määritelmää.⁸⁴ Lainsäätäjä on perustellut ratkaisun siten, että määritelmä on turha, vaikka asiasta tehty selvitys oli määritelmän säilyttämisen kannalla.⁸⁵ Ver-

⁷⁶ Tiedostojen liitäntä työtehtäviin on mainittu perusteluissa ennakkopäätöksessä KKO 2013:20.

⁷⁷ Tallennetun tiedon suurta määrää on painotettu esimerkiksi tapauksissa Turun hovioikeus R 21/43, tuomio 13.4.2022 nro 115546 (lainvoimainen), Turun hovioikeus R 17/2000, tuomio 19.6.2019 nro 128404 (lainvoimainen), Turun hovioikeus R 16/356, tuomio 6.7.2018 nro 129405 (lainvoimainen) sekä Helsingin hovioikeus R 09/2900, tuomio 7.6.2010 nro 1593 (lainvoimainen). Tapauksissa on ollut kyse esimerkiksi tuhansista asiakastiedoista tai tiedostoista.

⁷⁸ Tom Vapaaavuori, *Yrityssalaisuudet, liikesalaisuudet ja salassapitosopimukset*, Talentum Pro 2016 (2. uudistettu painos), s. 84–85.

⁷⁹ Nyblin 2003, s. 244–249.

⁸⁰ Ks. Helsingin hovioikeus R 16/2036, tuomio 18.12.2017 nro 152035 (lainvoimainen), s. 8.

⁸¹ Kari-Pekka Tiitinen – Tarja Kröger, *Työsopimuslaki 2001, Lakimiesliiton kustannus 2002*, s. 215.

⁸² Seppo Koskinen, *Ammatti- ja liikesalaisuudet*, Teoksessa Martti Kairinen (toim.), *Työoikeus*, Juva 2002, s. 427.

⁸³ Nyblin 2003, s. 246–247.

⁸⁴ Lag (2018:558) om företagshemligheter, 2 §.

⁸⁵ Regeringens proposition 2017/18:200, s. 26–27; Statens Offentliga Utredningar 2017:45, s. 105–106.

taukseksi *Pooley* on Yhdysvalloissa mieltänyt määritelmän laintasoisen määrittelyn puutteen keskeiseksi ongelmaksi, kun asiaa verrataan tarkoin määrittelyihin immateriaalioikeuden oikeushyviin.⁸⁶ Tähän pohjustukseen suhteutettuna on yllättävää, että Turun hovioikeus on tehnyt informaation muotoon liittyen täysin päinvastaisen tulkinnan ratkaistussaan:

Tapauksessa yrityksen X Oy:n entinen työntekijä A oli siirtynyt samalla alalla toimivan Y Oy:n palvelukseen. Oli näytetty, että A:n tietokoneella oli ollut X Oy:n suunnitteleminen laitteiden kokoonpanopiirustuksia. Tapauksessa A oli väittänyt, että hän oli saanut yrityssalaisuuksiksi väitetyjä piirustuksia X Oy:n asiakkailta. Todistajien mukaan asiakkaille ei ikinä lähetetä piirustusten muokattavaa DWG-versiota, vaan PDF-versio. Näin ollen hovioikeus on todennut, että muokattavaa versiota on pidettävä yrityssalaisuutena.⁸⁷

Ratkaisussa ei ole avattu tarkemmin, onko muokattavassa DWG-muodossa olevat tiedostot yrityssalaisuuksia, koska tuomioistuimien mieltää eri muodossa olevat dokumentit itsessään eri informaatioksi, vai siksi, että vastaaja ei ole voinut saada tiedostoja asiakkailta siinä muodossa. Vastauksella ei itsessään ole oikeastaan merkitystä: Jos tulkinta on jälkimmäinen, olisi vastaaja voinut silti saada vastaavan informaation asiakkailta ja todennut, että on tämän vuoksi oikeutettu käyttämään saman informaation sisältävää muokattavaa tiedostoa. Joka tapauksessa ratkaisussa tehdään tulkinta, että tiedoston muodolla on merkitystä. Sinänsä kattavan todistelun tulisi myös näyttää, ettei asiakas ole itse laatinut tiedostosta eri muotoa.

Vastausta informaation muodon vaikutukseen voi etsiä systematisoinnin avulla yrityssalaisuuksiksi mielletävistä kokonaisuuksista. Kuten edellä todettu, tunnetuista osista koostuva kokonaisuus on lähtökohtaisesti yrityssalaisuus vain, jos sen osien muodostuminen kokonaisuudeksi edellyttää jonkinlaista innovatiivisuutta tai muuta lisäarvoa.⁸⁸ Näin ollen on tulkittavissa, että informaation muoto voi vaikuttaa rajanvetoon yrityssalaisuuden ja ammattitaidon välillä vain, jos informaation muoto tuo merkittävää lisäarvoa itse informaatioon. Esimerkiksi käsiteltävänä olevassa tapauksessa muokattava tiedosto mahdollistaa informaation hyödyntämisen huomattavasti nopeammin, kuin tiedosto, joka tulisi ensin muuttaa pitkällä prosessilla. Tulkinnassa tulisi kuitenkin antaa painoarvoa sille, kuinka paljon resurssien säästöä aiheutuu eri

⁸⁶ Pooley 1997, s. 1181–1183.

⁸⁷ Turun hovioikeus R 12/1164, tuomio 30.9.2014 nro 1062 (lainvoimainen), s. 10.

⁸⁸ Martti Castrén, Immateriaalioikeudet ja niitä täydentävä kilpailunormisto, Teoksessa Kirsti Rissanen (toim.), Yritysoikeus. Werner Söderström 1999, s. 718; Nyblin 2007, s. 240.

muodossa olevan tiedoston hyödyntämisestä. Esimerkiksi yhden tai muutama työpäivän kulumisen tiedoston muodon muokkaamiseen ei ehkä kuvasta riittävää hyötyarvoa. On myös varsin mahdollista, että eri muodossa oleva tiedosto sisältää enemmän informaatiota, kuin esimerkiksi PDF-versio. On näin ollen myös tulkittavissa, että eri muodossa olevaa informaatiota voi ikään kuin tulkita eri informaationa, jos sen *käyttöarvo on merkittävästi erilainen*.

3.3 Julkinen ja alalla tunnettu tieto yrityssalaisuutena

Edellä käsitellyn mukaisesti liikesalaisuuteen liittyy salassapitointressi. Lain esitöiden mukaan liikesalaisuuden on oltava salaista tietoa, joka ei ole kokonaisuutena tai osiensa täsmällisenä kokoonpanona ja yhdistelmänä tällaisia tietoja tavanomaisesti käsitteleville henkilöille yleisesti tunnettua tai helposti selville saatavissa.⁸⁹ Tämän edellytyksen voi tulkita rajaavan julkisen informaation määritelmän ulkopuolelle. Kuitenkin kuten edellä luvussa 3.1. on todettu, myös julkisesta informaatiosta muodostuva kokonaisuus voi saada suojaa yrityssalaisuutena.⁹⁰ Tällainen informaatio voidaan jakaa ikään kuin yleiseen julkiseen informaatioon ja alalla muiden tuntemaan ikään kuin erityiseen informaatioon. Yleisen julkisen informaation yhteydessä käsitellään myös salassapitointiin liittyviä ongelmakohtia.

3.3.1 Julkinen informaatio yrityssalaisuutena ja salassapito

Erityisesti yritysasiakkaiden yhteystiedot ja muu informaatio löytyy internetistä tai julkisista rekistereistä. Suomessa asiakasrekisterit ovat pääsääntöisesti mielletty yrityssalaisuuksiksi. Helsingin hovioikeus on esimerkiksi viitannut oikeuskirjallisuuteen, jossa asiakasrekistereitä ja asiakastietoja on pidetty tyyppillisinä esimerkkeinä yrityssalaisuudesta.⁹¹ Tulkinta on havainnollistettavissa toisella hovioikeuden tuomiolla:

Tapauksessa yritys on myynyt jätehuoltolaitteita asiakkailleen. Jätehuoltolaitteet ovat sijainneet usein julkisilla paikoilla asiakkaiden pihoidilla. Siitä huolimatta hovioikeus päätyi lopputulokseen, että asiakastiedot olivat yrityssalaisuuksia, vaikka tietoja olikin mahdollista kerätä myös asiakasyritysten pihoilta.⁹²

⁸⁹ HE 49/2018 vp, s. 58.

⁹⁰ Ks. esim. Vapaavuori 2019, s. 62–93.

⁹¹ Helsingin hovioikeus R 09/2900, tuomio 7.6.2010 nro 1593 (lainvoimainen), s. 4–5.

⁹² Helsingin hovioikeus R 16/1956, tuomio 16.2.2018 nro 106349 (lainvoimainen), s. 6. Tulkinnan on katsottu muissa tapauksessa kattavan myös internetistä ja julkisista lähteistä löytyvät tiedot. Ks. esim. Turun hovioikeus R 16/356, tuomio 6.7.2018 nro 129405 (lainvoimainen), s. 6 ja Vaasan hovioikeus R 18/1076, tuomio 12.5.2020 nro 117037 (lainvoimainen), s. 4.

Edellä jaksossa 3.1. tarkemmin käsitelty mainosalan tapaus käsittelee myös informaation julkisuutta. Vastaaja myi mainostilaa edellisen työnantajan asiakkaille. Mainostilan aiempi myynti automaattisesti johti siihen, että kyseiset mainospaikat ostaneet yritykset olivat helposti selvitettävissä edellisen vuoden mainosmateriaalista, eikä tapauksessa asiakastietoja mielletty yrityssalaisuudeksi.⁹³ Toiminnan tarkoitus oli nimenomaan levittää asiakasrekisterin sisältävää kirjoitusallustaa mahdollisimman laajasti.

Edellä käsiteltyihin tapauksiin viitaten myös informaation julkisuuden osalta keskeiseltä vaikuttaa, kuinka merkittäviä ajallisia ja resurssillisia säästöjä edellisen työnantajan informaation avulla on saavutettavissa. Vaikka näkökulma toistuu artikkelissa esitetyissä kannanotoissa useassa kohdassa, on tulkittavissa, että näkemys saattaa poiketa lainsäädännön alkuperäisestä tarkoituksesta. Kun vuonna 2002 tunnusmerkistö laajennettiin kattamaan palvelussuhdetta seuraavat kaksi vuotta, lain esitöissä todettiin, että tunnusmerkistön säätämistä kuluneen 13 vuoden aikana yritysten toimintaympäristö on muuttunut merkittävästi: yrityksen menestys saattaa pitkälti perustua johonkin tiedolliseen oivallukseen, ja yhtä lailla menestys saattaa katketa kyseisen tiedon joutuessa kilpailijan käsiin.⁹⁴ Lisäksi lain esitöiden mukaan sovellettavuuden ajallinen rajoitus kahteen vuoteen perustuu siihen, että usean vuoden kuluttua yrityssalaisuuden hankkimishetkestä teon merkitys tuskin on enää sama, kuin palvelussuhteen päättyessä.⁹⁵

Tältä osin on tulkittavissa, että tunnusmerkistön alkuperäinen tarkoitus on ollut suojella ensisijaisesti yritysten oletettavia tuottomahdollisuuksia salaisuuden muodostamiseen käytettyjen resurssien sijasta. Näkemystä vastaan kuitenkin puhuu, että lain esitöiden mukaan rajanvetokysymys ammattitaidon ja yrityssalaisuuksien välillä ei ole kyseisessä esityksessä muuttunut.⁹⁶ Jokseenkin liitännäisesti oikeuskirjallisuudessa on ollut paljon erimielisyyksiä siitä, tuleeko työsuhteen aikana yrityssalaisuuden suoja tulkita tiukemmin, kuin työsuhteen jälkeisenä aikana.⁹⁷ Konsensus asiassa kuitenkin vaikuttaa olevan, että suoja arvioidaan samalla tavalla työsuhteen aikana sekä sen jälkeen.⁹⁸

⁹³ Helsingin hovioikeus R 11/468, tuomio 28.3.2012 nro 855 (lainvoimainen), s. 11.

⁹⁴ HE 53/2002 vp, s. 16.

⁹⁵ Ibid., s. 33.

⁹⁶ Ibid., s. 17.

⁹⁷ Klaus Nyblin, Yrityssalaisuuksille dokumenttisuojaja? Defensor Legis 1/2001, s. 94; Viljanen 2001, s. 431; Nyblin 2003, s. 245; Vapaavuori 2019, s. 107.

⁹⁸ Pekka Viljanen, Vielä yritysvakoilusta ja yrityssalaisuuden rikkomisesta, Defensor Legis 3/2001, s. 431; Klaus Nyblin 2003, s. 245; Vapaavuori 2019, s. 107.

Yhdysvalloissa tehdyn tutkimuksen mukaan työnantajat kohtasivat tarkasteltujen kategorioiden osalta eniten haasteita tilanteissa, joissa he yrittivät saada tuomioistuimen antamaan asiakaslistalle yrityssalaisuuden suojan. Syy tälle oli, että Yhdysvalloissa – toisin kuin Suomessa – tuomioistuimet edellyttivät, että työnantajat selkeästi rajoittavat pääsyä informaatioon työntekijöille, joiden ei tarvinnut hyödyntää informaatiota tehtäviensä tekemisessä.⁹⁹ Huomionarvoista on myös, että Euroopan komissiolle tehdyssä tutkimuksessa aiheesta on todettu, että Suomen oikeuskäytännössä on tapauksia, joissa tuomioistuin on hyväksynyt subjektiivinen käsityksen siitä, mitä työnantaja mieltää yrityssalaisuudeksi, vaikka lain esitöiden mukaan tämän ei tulisi olla mahdollista.¹⁰⁰ Tämä huomio liittyi tutkimuksessa erityisesti kategoriaan, johon tutkimus on kategorisoinut asiakastiedot.¹⁰¹

Edellä käsitellyssä jätehuoltolaitteita käsittelevässä ratkaisussa hovioikeus on kommentoinut sekä informaation rajoittamista työyhteisössä että tiedon objektiivisuutta: Hovioikeus katsoi, ettei salassapitokriteerin täyttymisen kannalta ole merkitystä, onko yrityksen henkilöstöllä ollut laajasti ollut pääsy asiakastietojärjestelmän ja tarjouskanta-asiakirjan tietoihin, kun tiedot olivat olleet salassa pidettäviä ulkopuolisiin nähden.¹⁰² Tämä on selkeä poikkeus edellä käsitellystä Yhdysvaltojen oikeuskäytännön tulkinnasta. Samalla hovioikeus totesi, että yrityssalaisuutena pidettävän informaation arvioiminen on tehtävä yrityssalaisuuden haltijan näkökulmasta objektiivisin kriteerein.¹⁰³

Korkein oikeus on vahvistanut ennakkopäätöksessään, että informaation liityntä henkilön työtehtäviin vaikuttaa informaation arviointiin: vastaajat olivat kopioineet tietoja laajemmin kuin heidän tehtävänsä vuoksi olisi ollut tarpeellista tai tarkoituksenmukaista. Tämä seikka yhdistettynä kopioimisen ajankohtaan viittasi siihen, että kopiointivaiheessa heillä oli tarkoitus kerätä tietoja tulevan työpaikanvaihdoksen johdosta.¹⁰⁴ On kuitenkin tulkittavissa, että yrityssalaisuuden arvon on ainakin jollain tasolla korreloitava sen tosiasiallisen salassapidon tason kanssa. Tässä kontekstissa tosiasiallisen salassapidon tulkinta

⁹⁹ Saunders – Golden 2018, s. 91.

¹⁰⁰ De Martinis – Gaudino – Repress 2013, s. 73; HE 66/1988 vp, s. 92–93.

¹⁰¹ De Martinis – Gaudino – Repress 2013, s. 85.

¹⁰² Helsingin hovioikeus R 16/1956, tuomio 16.2.2018 nro 106349 (lainvoimainen), s. 7.

¹⁰³ Ibid., s. 6.

¹⁰⁴ KKO 2013:20, kohta 17. Vastaajat tuomittiin osin tämän perustelun vuoksi yritysvakoilun tunnusmerkistön sijasta yrityssalaisuuden rikkomisen yrityksestä.

on Suomessa edellä todetun perusteella varsin erilainen esimerkiksi Yhdysvaltoihin verrattuna. Tulkinnan ongelmallisuutta voi pohtia toisen korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen avulla.¹⁰⁵

Tapauksessa vastaaja on yritystoiminnassaan tilannut Pakistanista moottorikelkkapukuja. Tehdas on kuitenkin tavalla tai toisella saanut toiselta tehtaalta eri suomalaisen yrityksen tekemien moottorikelkkapukujen kaavat ja tarjonnut piirustusten mukaisia tuotteita vastaajalle. Korkein oikeus on päättänyt todistellun perusteella lopputulokseen, jossa vastaaja on tiennyt, että kyse on juuri kyseisen toisen yrityksen kaavoista.¹⁰⁶

Tapausta edeltäneessä Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa on nostettu esille, että Pakistanissa liikesalaisuuksien vuotaminen oli alalla yleisesti tunnettua.¹⁰⁷ Seikkaa ei ole suoraan mainittu ennakkopäätöksen perusteluissa, mutta ilman tarkempaa yksilöintiä korkein oikeus on todennut, että *”syytetyn tiedossa on – – ollut useita seikkoja, jotka ovat voimakkaasti viittanneet kaavojen ja kilpailevan yrityksen yrityssalaisuuksien oikeudettoman käytön todennäköisyyteen”*.¹⁰⁸ Tämän voi ainakin osin tulkita viittaavaan hovioikeudessa esitelyyn todisteluun siitä, että liikesalaisuuksien tiedettiin vuotavan kyseisessä paikassa.

Näin ollen, jos katsottiin, että vastaajan tahallisuuden arviointiin vaikutti yleinen tieto siitä, että liikesalaisuudet vuotivat Pakistanissa, niin miksei seikkaa arvioitu myös yrityssalaisuuden haltijana olleen yrityksen todellista salassapitoa kyseenalaistavana seikkana? Herää kysymys, että täyttääkö tämä toiminta liikesalaisuuslain 2.1 §:n c-kohdan mukaisen vaatimuksen kohtuullisesta tiedon suojaamisesta. Todistelun perusteella vaikuttaa selvältä, että lähettäessään haalarien kaavat Pakistaniin kyseisen yrityksen on täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että ne vuotavat muiden tietoon. Kysymyksen esittäminen ei itsessään edes edellytä liityntää edellä mainittuun vastaajan tietoisuuden arviointiin. On siis mahdollista, että yrityksen omalle toiminnalle tulisi asettaa suurempaa painoarvoa. Kyseisessä tilanteessa yritys on oletettavasti hyötynyt taloudellisesti alhaisemman hinnan muodossa käyttämällä tehdasta alueella, jolla yrityssalaisuuksien tiedetään leviävän. Yritys ei kuitenkaan ole joutunut kantamaan vastuuta siitä aiheutuneen riskin aktualisoitumisesta.

¹⁰⁵ KKO 2013:17.

¹⁰⁶ KKO 2013:17.

¹⁰⁷ Itä-Suomen hovioikeus R 09/380, tuomio 26.1.2010 nro 2010/67 (lainvoimainen), s. 3.

¹⁰⁸ KKO 2013:17, kohta 35.

3.3.2 Markkinoilla tiedetty informaatio yrityssalaisuutena

Markkinoilla muiden tiedossa olevan informaation osalta on lain esitöissä tulkintaohje:

*”Vaikka monet kilpailevat elinkeinonharjoittajat tuntisivatkin tiedon, se voisi silti säilyä yrityssalaisuutena, jos tiedon haltijan edun mukaista olisi estää tiedon välittyminen esimerkiksi pahimmalle kilpailijalleen, joka sitä ei vielä tuntisi. Yrityssalaisuus voisi lakata olemasta salaisuus sen jälkeen, kun se on tullut riittävän monen tietoon.”*¹⁰⁹

Tulkintaohjeen seurauksena asian oikeustila on lähtökohtaisesti varsin selkeä. Arvioinnissa kuitenkin tulisi huomioida kilpailevan yrityksen intressi ja kompetenssi informaation suhteen. Jos niin kutsutulla pahimmalla kilpailijalla ei ole kompetenssia tai intressiä vastaavan informaation kehittämiseen, ei tulisi myöskään antaa merkittävää painoarvoa sille, ettei kyseinen informaatio ole kilpailijan tiedossa. Tulkinnallisesti tämä antaa tuomioistuimelle kaksi vaihtoehtoa: Ensinnäkin tuomioistuin voi testiluontoisesti tulkita asiaa teoreettisen kiinnostuneen ja kohtuullisen kyvykkään yrityksen näkökulmasta. Tällöin asiaa tarkasteltaisiin siten, että kuinka todennäköisesti tällainen yritys pystyisi kehittämään vastaavan informaation tai kuinka todennäköisesti se löytyisi tämän hallusta. Vaihtoehtoisesti tuomioistuin voi tehdä punnintaa esitetyn näytön perusteella asianomistajan kanssa tosiasiaissa kilpailevien yritysten näkökulmasta. Tällöin arvioinnin merkitys tulee kuitenkin suhteuttaa yrityksen intresseihin ja kompetenssiin. Jälkimmäinen lähestymistapa voidaan nähdä ongelmallisena, koska täysin erillisen yrityksen kompetenssin tai intressin puute olisi omiaan johtamaan henkilön rikosoikeudelliseen vastuuseen. Tämä on perusteltavissa sanamuodosta huolimatta ikään kuin laillisuusperiaatteen vastaisena, sillä on tulkittavissa, ettei lain esitöissä pahimmalla kilpailijalla ole tarkoitettu yritystä, jonka intressi tai kompetenssi asiassa on näin alhainen. Vastavasti oikeuskirjallisuudessa on todettu, että tapauskohtaisten erityispiirteiden painottaminen yrityssalaisuuden alaa määritettäessä on mahdollista vain tekijän eduksi, ei hänen vahingokseen.¹¹⁰ Näin ollen on tulkittavissa, että jälkimmäistä tulkintavaihtoehtoa tulisi hyödyntää lähtökohtaisesti vain, kun oikean kilpailevan yrityksen kompetenssi tai intressi ylittää selkeästi teoreettisena testinä hyödynnetyn kohtalaisen kyvykkään ja tasokkaan yrityksen kompetenssin tai intressin tason.

¹⁰⁹ HE 1988 vp, s. 93.

¹¹⁰ Nyblin 2007, s. 241.

Yleisesti esitetystä voi esimerkin luontoisesti todeta *reductio ad absurdum* -argumentin avulla, että alalla toisen yrityksen yleisesti myydessä hypoteettisen asianomistajan salaisuutta vastaavaa tietoa yhden euron hintaan, ei kyseistä informaatiota tule pitää yrityssalaisuutena sen vuoksi, ettei se ole asianomistajan pahimman kilpailijan tiedossa. Syynä tulkinnalle ei tällaisessa tilanteessa tulisi olla pelkästään informaation julkista vastaava luonne alhaisen hinnan vuoksi, vaan myös se, ettei kilpailevalla yrityksellä selkeästi ole intressiä tai kompetenssia sen hankkimiseksi. Tällöin tulisi todeta, että kyvykäs ja kiinnostunut kilpailija olisi kyennyt hankkimaan informaation, eikä kyse näin ollen ole yrityssalaisuudesta.

4 Johtopäätökset

On selvää, ettei yksittäistä selkeää kaikenkattavaa rajanvetoa ammattitaidon ja yrityssalaisuuden välillä ole mahdollista eikä edes tavoiteltavaa tehdä. Kyse on aina tapauskohtaisesta punninnasta. Artikkelissa on näin ollen pyritty johtamaan yleisluontoisia tulkinnallisia ohjeita, joiden avulla on mahdollista selkeyttää ja kaventaa rajanvetoa.

Aineistoa tarkastelemalla tutkimuksessa on havaittu, että yrityssalaisuuden ja ammattitaidon rajanvetoa punnitessa tulee arviointi tehdä vastaajan osaamisen näkökulmasta. Entisen työntekijän näkökulmasta sallittua informaatiota arvioidessa voi mahdollisesti hyödyntää alkuperäistä työnantajan tarkoituspäättää hänen palkkaamisellensa ammattitaidon ja osaamisen osalta. Lisäksi kokeen ammattilaisen taitoja arvioitaessa sallituksi tulisi mieltää informaatio, joka työsuhteen poikkeuksellisen pitkän keston vuoksi on rinnastettavissa hypoteettiseen edelliseen työsuhteeseen. On myös kohtuullista ottaa huomioon, että esimerkiksi uusi yritys ymmärrettävästi muistuttaa toimintatavoiltaan perustajan entistä työpaikkaa, jos hän on työskennellyt siellä merkittävän osan urastaan.

Jako muistinvaraisen ja tallennetun informaation perusteella on pitkään mielletty ikään kuin rajanvedon pääsäännöksi, mutta siitä tulee luopua ensisijaisena lähtökohtana. Jatkossa sitä tulisi hyödyntää arviointia tukevana seikkana, jos esimerkiksi viedyn tallennetun informaation suuri määrä antaa tälle aiheita. Informaation muodon tuodessa lisäarvoa tai vaikuttaessa merkittävästi informaation käyttöarvoon, voi olla perusteltua mieltää eri muodossa oleva informaatio ikään kuin eri informaatioksi. Arvioinnin tulee kuitenkin olla oikea-

suhtainen verrattuna esimerkiksi ajalliseen säästöön, mikä taholle syntyy esimerkiksi käyttöarvoltaan rajoitetun tiedostomuodon muuntamisesta hyödyllisempään tiedostomuotoon.

Epäselvyyttä on selkeästi havaittavissa siltä osin, kuinka paljon työnantajan tulee rajoittaa palvelussuhteessa olevan pääsyä informaatioon, joka ei liity hänen työtehtäviinsä. Tältä osin Suomen oikeuskäytäntö vaikuttaa asettavan vähemmän vastuuta yrittäjälle ulkomaiseen oikeuskäytäntöön verrattuna. Vastaavasti työnantajan vastuu on epäselvä myös siltä osin, kuinka paljon työnantajan tulee painottaa informaation salaisuutta. Ennakoitavuuden näkökulmasta olisi perusteltua painottaa työnantajan vastuuta tosiasiallisen salassapitokriteerin osalta edellyttämällä selkeitä toimia esimerkiksi informaation käytön rajaamisessa tai sen yrityssalaisuusluonteen korostamisessa. Näin ollen rajat olisivat selkeämmät työntekijöiden näkökulmasta. Tämä saattaa kuitenkin johtaa siihen, että työnantajat korostavat salassapitoa kaiken informaation osalta. Tällöin tulee muistaa, ettei työnantaja voi itse päättää mikä tulkitaan yrityssalaisuudeksi.¹¹¹

Julkisen informaation osalta keskeinen merkitysarvo tulisi antaa sille, kuinka paljon aikaa kyseisen informaation kartuttaminen edellyttää. Alalla muiden tunteen informaation arvioinnissa tulisi antaa painoarvoa myös kilpailevien yritysten kompetenssille ja intressille kyseistä informaatiota kohtaan. Pelkän informaation puuttumisen kilpailijalta ei pitäisi merkittävästi vaikuttaa arviointiin. On tärkeää, ettei lain esitöissä mainittua esimerkkiä ”*pahimmasta kilpailijasta*”¹¹² tulkita laajentavasti siten, että mille tahansa kilpailijalle siirtynyttä informaatiota pidetään tämän vuoksi yrityssalaisuutena. Yleisesti rajanvetoa tehdessä tulisi punninta suhteuttaa lain tarkoitukseen suojella yrityksen tulevia voittoja, eikä niinkään informaation kehittämiseen käytettyjä resursseja.

Useita artikkelin kannalta keskeisiä seikkoja on käsitelty Turun hovioikeuden kohtalaisen tuoreessa ratkaisussa, jossa edellisen työnantajan sopimuksen hyödyntäminen sekä osin suoraan kopioiminen oli hyväksyttävää, kun sopimus pohjasta poistettiin edellistä työnantajaa koskeva informaatio.¹¹³ Syy perustelulle oli se, että alan ammattilaisiksi mielletyt vastaajat kykenevät luomaan vastaavan sopimuksen myös ilman mallia. Näin ollen ratkaisussa rajanvetoa ei ole tehty informaation muodon perusteella. Tulkinta on viety jopa niin pitkälle, että suora kopiointi kirjallisena olleesta informaatiosta on ollut hyväk-

¹¹¹ HE 66/1988 vp, s. 92–93. Ks. myös Nyblin 2003, s. 245.

¹¹² HE 66/1988 vp, s. 93.

¹¹³ Turun hovioikeus R 17/2000, tuomio 19.6.2019 nro 128404 (lainvoimainen), s. 34.

syttävää. Tämän ohella rajanveto on perustunut vastaajan kykyihin ammattilaisena. Lisäksi myös kokemuksen karttuminen pitkän uran osalta on vaikuttanut tulkintaan. Huomionarvoista on myös, että sopimusta ei ole tulkittu yritys-salaisuudeksi siksi, että sen hyödyntämisestä on aiheutunut ajallista säästöä. Korkein oikeus ei ole myöntänyt asiassa valituslupaa.¹¹⁴ Yksittäisestä hovioikeuden tuomiosta ei voi tehdä pitkälle vietyjä tulkintoja, mutta ratkaisu on artikkelissa esitettyjen tulkintojen näkökulmasta lupaava.

¹¹⁴ KKO R 2019/644, päätös 5.11.2019 nro 1887 (lainvoimainen).



Call for papers

Njls announces call for papers for the 1/2025 issue.

Deadline for submission 1st of December 2024.

More information and submissions: [njls.eu](https://www.njls.eu)



Nordic Journal of Legal Studies

University of Lapland

ISSN 2953-8572

www.njls.eu



LAPIN YLIOPISTO
UNIVERSITY OF LAPLAND