

**TEKNOLOGINEN NIPUTTAMINEN JA MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN
VÄÄRINKÄYTTÖ GOOGLE V. EUROOPAN UNIONI -TAPAUKSEN VALOSSA**

Joona Lapinlampi 507118

Alustatalous ja EU:n digitaaliset sisämarkkinat

Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta

4.3.2019 / OTM-opinnäyte

Jätetty arvioitavaksi 14.3.2019

TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

LAPINLAMPI, JOONA: Teknologinen niputtaminen ja määrävän markkina-aseman väärinkäyttö Google v. Euroopan unioni -tapauksen valossa

Pro gradu -tutkielma, XII + 87 s.

Kilpailuoikeus

Maaliskuu 2019

Turun yliopiston laaturjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin OriginalityCheck -järjestelmällä.

Euroopan komission mukaan Google on käyttänyt väärin määrävää markkina-asemaansa mobiilikäyttöjärjestelmien ja mobiilisovellusten markkinoilla. Google on pakottanut Android-laitteiden valmistajia esiasentamaan laitteisiinsa Googlen oletussovelluksia. Googlen sovelluskaupan, Play Storen, lisenssin ehtona on, että sovelluskaupan lisäksi laitteeseen tulee asentaa oletuksena myös Google Search -hakukone sekä Google Chrome -internetselain. Komission mukaan sovellusten sitominen on vääristänyt kilpailua markkinoilla ja aiheuttanut kilpailijoille markkinoille tulon esteitä. Tässä tutkielmassa selvitetään Googlen tapaista esimerkkinä käyttäen, milloin teknologinen lisäominaisuuksien integroiminen käyttöjärjestelmään täyttää määrävän markkina-aseman väärinkäytön kynnyksen. Lisäksi tutkitaan, missä määrin määrävässä asemassa olevan yrityksen on mahdollista täysin itsenäisesti päättää käyttöjärjestelmänsä ominaisuuksista.

Määrävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle muodostuu erityinen velvollisuus suojella kilpailua. Tästä syystä niputtamiskäytännöt, jotka muussa tapauksessa voitaisiin katsoa objektiivisesti sallituiksi, ovat Googlen tapauksessa kiellettyjä ensinnäkin siksi, että sovellusten asentamiselle asetetut ehdot rajaavat laitevalmistajien ja kuluttajien valinnanvapautta. Toisaalta tutkimusten mukaan iso osa kuluttajista tyytyy käyttämään laitteeseen esiasennettuja sovelluksia. Play Storen lisensoinnille asetetut ehdot estävät tehokkaan kilpailun markkinoilla, koska kilpailijoilla ei ole tosiasiallisesti mahdollisuuksia kilpailla Googlen esiasennettuja oletussovelluksia vastaan.

Tutkielmassa esitetään hypoteettinen tilanne, jossa Apple olisi Googlen sijasta määrävissä asemassa markkinoilla. Näyttäisi siltä, että määrävään asemaan päätynyt yritys ei voi tällaisessa tilanteessa samalla tavalla itsenäisesti hallinnoida päätuotettaan pienempiin kilpailijoihinsa verrattuna. Tässä tilanteessa Applen tulisi siis avata käyttöjärjestelmäänsä siten, että myös kilpailijoiden olisi mahdollista esiasentaa sovelluksiaan oletussovelluksiksi iOS-laitteisiin.

Asiasanat: kilpailuoikeus, määrävään markkina-aseman väärinkäyttö, niputtaminen, käyttöjärjestelmä, sovellus, Google

SISÄLLYS

Lähteet	V
Lyhenteet	XII
1 Johdanto	1
1.1 Taustaa	1
1.2 Tutkimuskysymykset, -metodit ja lähteet	3
1.3 Rajaus.....	6
1.4 Tutkielman rakenne.....	7
2 Relevantit tapaukset	8
2.1 Google v. Euroopan komissio	8
2.1.1 Väitteet väärinkäytöstä.....	8
2.1.2 Argumentteja puolesta ja vastaan	12
2.2 Windows Media Player -tapaus	20
2.2.1 Kieltäytyminen tietojen luovutuksesta	20
2.2.2 Windows Media Player.....	22
3 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö	27
3.1 Määräävä markkina-asema.....	27
3.1.1 Merkitykselliset markkinat.....	27
3.1.2 Markkinavoima, riippuvuus ja markkinoille tulo	28
3.2 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.....	33
3.2.1 Määritelmä	33
3.2.2 Valvonta ja seuraamukset.....	39
3.2.3 Immateriaalioikeudet.....	44
3.2.4 Erityinen velvollisuus ja objektiivinen välttämättömyys	48
4 Niputus	53
4.1 Niputtamisen ja sitomisen ero	53
4.2 Teknologinen niputus	59
4.3 Niputtamisen vaikutukset.....	62
5 Google, Android ja niputtaminen	65
5.1 Ovatko käyttöjärjestelmä ja sovellukset toisistaan erillisiä tuotteita?.....	65
5.1.1 Android käyttöjärjestelmänä	65
5.1.2 Niputtaminen ja sovellusten suhde käyttöjärjestelmään	67
5.2 Määräävän markkina-aseman merkitys Googlen kannalta	70
5.2.1 Google Play Store.....	70
5.2.2 Google Search	73
5.2.3 Google ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttö	77
5.3 Päätuotteen autonominen hallinta	80
5.3.1 Ovatko Google ja Apple kilpailijoita?.....	80
5.3.2 Applen hypoteettinen määräävä markkina-asema	82
6 Loppupäätelmät ja pohdintaa	85

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri – Piekkala, Henriikka – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti: Kilpailunrajoitukset, Lainsäädäntö käytännössä. 5., uudistettu laitos vuonna 1999 ensimmäisen kerran ilmestyneestä teoksesta *Kilpailulait ja julkiset hankinnat*, Tietosanoma Oy, Tallinna 2016.
- Aine, Antti: Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys. Alma Talent Oy ja Lakimiesliiton Kustannus, 2013.
- Aine, Antti: Kilpailunrajoitusvahinko. Alma Talent Oy, 2016.
- Alkio, Mikko – Wik, Christian: Kilpailuoikeus. 2., uudistettu painos. Talentum Media Oy, 2009.
- Arezzo, Emanuela: Intellectual Property Rights at the Crossroad between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared. 24 J. Marshall J. Computer & Info. S. 455-506, 2006.
- Ashton, David – Henry, David: Competition Damages Actions in the EU. Maier-Rigaud, Frank – Schwalbe, Ulrich: Quantification of Antitrust Damages, s. 210-259. Edward Elgar Publishing Limited, 2013.
- Bakos, Yannis – Brynjolfsson, Erik: Bundling and Competition on the Internet. *Marketing Science* 19(1) s. 63-82, 2000. Saatavilla <https://doi.org/10.1287/mksc.19.1.63.15182> (avattu 5.2.2019).
- Barents, René: Directory of EU Case Law on Competition. Second edition. Kluwer Law International, 2017.
- Benkler, Yochai: The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom. Yale University Press, 2006.
- Bishop, Simon – Walker, Mike: The Economics of EC Competition Law. 3rd Edition. Thomson Reuters (Legal) Limited, 2010.
- Björkroth, Tom – Mylly, Tuomas – Vuorinen, Jarkko: Alustatalous, kilpailuoikeus ja kilpailun taloustiede – hienosäätöä vai paradigman muutos? *Lakimies* 3-4/2018 s. 311-342, 2018.
- Bork, Robert H.: The Antitrust Paradox: a Policy at War With Itself. Basic Books Inc., 1993.
- Brookshear, J. Glenn: Computer Science: An Overview. 9th Edition. Pearson Education Inc., 2007.
- Cho, Jung Wook: Innovation and Competition in the Digital Network Economy: A Legal and Economic Assessment on Multi-tying Practice and Network Effects. Kluwer Law International, 2007.
- Craig, Paul – de Búrca, Gráinne: EU Law: Text, Cases and Materials. 6th Edition. Oxford University Press, 2015.
- Edelman, Benjamin – Geradin, Damien: Android and competition law: exploring and assessing Google's practices in mobile. *European Competition Journal*, 12:2-3, s. 159-194, 2016.

- Edlin, Aaron S. – Harris, Robert G: The Role of Switching Costs in Antitrust Analysis: A Comparison of Microsoft and Google. 15 Yale J.L. & Tech. 169, 2012.
- Evans, David S. – Salinger, Michael: Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law. 22 Yale Journal on Regulation, 2005.
- Ezrachi, Ariel – Stucke, Maurice E.: Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-driven Economy. Harvard University Press, 2016.
- Goyder, D. G. – Goyder, Joanna – Albors-Llorens, Albertina: EC Competition Law. 5th Edition. Oxford University Press Inc., 2009.
- Haarmann, Pirkko-Liisa – Mansala, Marja-Leena: Immateriaalioikeuden perusteet. Alma Talent Oy, 2012.
- Haukka, Sari: Consumer Protection and EU Competition Law. Teoksessa Kanninen, Heikki – Korjus, Nina – Rosas, Allan: EU Competition Law in Context, s. 131-148. Hart Publishing, 2009.
- Havu, Katri: Oikeus kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen EU:n ja Suomen oikeudessa. Väitöskirja, Helsingin yliopisto 2013. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2013.
- Hoppu, Kari – Hoppu, Esko: Kauppa- ja varallisuus oikeuden pääpiirteet. 16., uudistettu painos. Alma Talent Oy, Helsinki 2016.
- Kaunisto, Kari – Rainio – Kalle, Sääksjärvi, Ilari: Ekosysteemit ja verkostojen parviäly, Tulevaisuuden liiketoiminnan suuntaviivoja. Luku 4.1.: Parvikäyttäytyminen ja parviäly, s. 41-43. VTT Technology 152, Espoo 2014.
- Keeling, David T.: Intellectual Property Rights in EU Law. Volume 1. Free Movement and Competition Law. Oxford University Press, 2003.
- Kha, Lina M.: Amazon's Antitrust Paradox. The Yale Law Journal, Volume 126 Number 3, s. 710-805, 2017.
- Korah, Valentine: An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice. 9th Edition. Hart Publishing, 2007.
- Van den Bergh, Roger: The More Economic Approach in European Competition Law: Is More Too Much or Not Enough? s. 13-42. Teoksessa Kovač, Mitja – Vandenberghe, Ann-Sophie (toim.): Economic Evidence in EU Competition Law. Intersentia Ltd, 2016.
- Kuoppamäki, Petri: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Väitöskirja, Helsingin yliopisto 2003. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2003.
- Kuoppamäki, Petri: Määräävän aseman väärinkäyttö digitaalisilla markkinoilla – mikä muuttuu? Lakimies 7-8/2018, s. 996-1023. (Kuoppamäki 2018)
- Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus. 3., uudistettu painos. Alma Talent Oy, Helsinki 2018. (Kuoppamäki 2018 (2))
- Kühn, Kai-Uwe – Stillman, Robert – Caffarra, Christina: Economic Theories of Bundling and their Policy Implications in Abuse Cases: An Assessment in Light of the Microsoft Case. Law & Economics Working Papers Archive 2003-2009, Art. 33 [2004]. University of Michigan Law School, 2004.

- Körber, Torsten: Let's Talk About Android – Observations on Competition in the Field of Mobile Operating Systems, 2014. Saatavilla osoitteessa <https://ssrn.com/abstract=2462393> (avattu 28.1.2019).
- Monti, Giorgio: EU Competition Law. Cambridge University Press, 2007.
- Mylly, Tuomas: Kilpailuoikeuden sitoumuspäätökset: ongelmia, rajoituksia, riskejä, mahdollisuuksia. Lakimies 3/2006, s. 363-389, 2006.
- Oesch, Rainer – Eloranta, Mikko – Heino, Mari – Kokko, Mira: Immateriaalioikeudet ja yleinen etu. Alma Talent Oy, 2017.
- Oinonen, Mika: EU:n ja Suomen kilpailuvalvonta. Alma Talent Oy, 2016.
- Ojala, Marjo: EU-kilpailuoikeus. 2., uudistettu painos. Edita Publishing Oy, 2006.
- Posner, Richard A.: Exclusionary Practices (II): The New Economy. Teoksessa Carrier, Michael A. (toim.): Intellectual Property and Competition, s. 41-52. Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- Raitio, Juha: Euroopan unionin oikeus. Alma Talent Oy, 2016.
- Rautio, Tarja – Anttila, Mai – Tuominen, Matti: Bundling of information goods: a value driver for new mobile TV services. Int. J. Revenue Management, Vol. 1, No.1, s. 45-64, 2007.
- Riis, Thomas: User Generated Law: Re-Constructing Intellectual Property Law in a Knowledge Society. Edward Elgar Publishing Inc. 2016.
- Sheikhzadeh, Mehdi – Elahi, Ehsan: Product Bundling: Impacts of Product Heterogeneity and Risk Considerations. Management Science and Information Systems Faculty Publication Series, Paper 27, 2013.
- Sidak, J. Gregory: Do Free Mobile Apps Harm Consumers? 52 San Diego Law Review, s. 619-694, 2015.
- Solomon, Hogg – Bamossy, Gary – Askegaard, Søren – Hogg, Margaret K: Consumer Behaviour, a European Perspective. 3rd Edition. Pearson Education Limited, 2006.
- Van der Woude, Marc – Jones, Christopher: EU Competition Law Handbook 2018 Edition. Thomson Reuters, 2017.
- Virtanen, Pertti: Määräävän markkina-aseman kontrollointi. Väitöskirja, Lapin yliopisto 2001. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2001.
- Vrcek, Bojana: Overview of Europe. Teoksessa Foer, Albert A. – Cuneo, Jonathan W. (toim.): The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law. Edward Elgar Publishing Limited, s. 277-295, 2010.
- Whish, Richard – Bailey, David: Competition Law. 7th Edition. Oxford University Press Inc., 2012.
- Whitman, James Q.: Consumerism Versus Producerism: A Study in Comparative Law. Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series. Paper 644, s. 340-406, 2007.
- Wikberg, Olli: Johdatus kilpailuoikeuteen. Alma Talent Oy, 2011.
- Wils, Wouter P.J.: The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years. World Competition, Volume 39, Issue 3, s. 327-388, 2016.

Virallislähteet

- Euroopan komission julkaisu: Valokeilassa Euroopan unionin politiikka: Kilpailu, Tavoitteena markkinoiden toiminnan parantaminen. Euroopan unionin julkaisutoimisto, 2014. Saatavilla <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9f857b2e-e25a-4fc3-9550-81a9de3b0429> (avattu 7.1.2019).
- Euroopan komission kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, 2017. Saatavilla <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0482&from=FI> (avattu 15.11.2018).
- Euroopan komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, 9.12.1997. Saatavilla [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/ALL/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/ALL/?uri=CELEX:31997Y1209(01)) (avattu 26.2.2019).
- Euroopan komission tiedonanto: Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. 9.2.2009. Saatavilla <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2009/FI/3-2009-864-FI-F-0.Pdf> (avattu 26.2.2019).
- Euroopan komission tiedonanto 2011/C 11/01, Suuntaviivat Euroopan Unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin, 14.1.2011. Saatavilla <https://www.edilex.fi/eu-lainsaadanto/32011X0114#H2> (avattu 14.1.2019).
- Kilpailu- ja kuluttajavirasto: Päätös yrityskaupan hyväksymisestä YIT Oyj:n ja Lemminkäinen Oyj:n sulautumista koskevassa asiassa. Dnro 660/14.00.10/2017, 26.1.2018. Saatavilla <https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/ratkaisut-aloitteet-lausunnot/ratkaisut/kilpailuasiat/2018/yk---hyvaksytyt/r-2017-10-0660.pdf> (avattu 26.2.2019).
- Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003, perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta, 16.12.2002. Saatavilla <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN> (avattu 7.3.2019).
- Sopimus Euroopan unionin toiminnasta, Virallinen lehti nro C 326, 26/10/2012 s. 0001 – 0390.

Oikeustapaukset

- AKZO Chemie BV v. Commission, asia C-62/86, 3.7.1991. Tuomio luettavissa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:61986CJ0062&from=EN> (avattu 15.1.2019).
- British Airways v. Commission, asia T-219/99, 12.6.2003. Tuomio luettavissa <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-219/99> (avattu 9.1.2019).
- Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland v. Commission, asia T-151/01, 24.5.2007. Tuomio luettavissa <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-151/01> (avattu 16.1.2019).

- France v. Commission, asia C-23/99, 26.9.2000. Tuomio luettavissa <https://urly.fi/17JD> (avattu 7.1.2019).
- France Télécom v. Commission, asia T-340/03, 30.1.2007. Tuomio luettavissa <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-340/03> (avattu 15.1.2019).
- General Electric v. Commission, asia T-210/01, 14.12.2005. Tuomio luettavissa <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-210/01#> (avattu 9.1.2019).
- Google hakutoiminnot (hintavertailu). Tiivistelmä komission päätöksestä 2018/C 9/08, annettu 27.6.2017. Saatavilla [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN) (avattu 15.11.2018).
- Hilti AG v. Commission, asia T-30/89, 12.12.1991. Tuomio luettavissa <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=T-30/89&td=ALL> (avattu 11.1.2019).
- Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, asia 85/76, 13.2.1979. Tuomio luettavissa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0085&from=EN> (avattu 26.2.2019).
- Huawei Technologies, asia C-170/13, 16.7.2015. Tuomio luettavissa <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-170/13#> (avattu 9.1.2019).
- Intel v. Commission, asia T-286/09, 12.6.2014. Tuomio luettavissa <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-286/09#> (avattu 9.1.2019).
- International Business Machines v. Commission, asia 60/81, 11.11.1981. Tuomio luettavissa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:61981CJ0060&from=EN> (avattu 23.1.2019).
- Valio, korkeimman hallinto-oikeuden päätös, dnro 2553/3/14, 29.12.2016. Tuomio luettavissa http://www.kho.fi/material/attachments/kho/rekisterit/vuosikirjat/14LnWEHFH/Korkeimman_hallinto-oikeuden_paatos.pdf (avattu 26.2.2019).
- Magill v. Radio Telefis Eireann (RTE), yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P, 6.4.1995. Tuomio luettavissa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:61991CJ0241&from=EN> (avattu 10.1.2019).
- Microsoft Corp. v. Commission, asia C-3/37.792, 24.3.2004. Tuomio luettavissa http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf (avattu 10.1.2019).
- Microsoft Corp. v. Commission, asia T-201/04, 17.9.2007. Tuomion tiivistelmä saatavilla <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004TJ0201&from=EN> (avattu 7.1.2019).
- Microsoft/Skype, asia COMP/M.6281, 7.10.2011. Päätös luettavissa http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf (avattu 29.1.2019).
- Microsoft Corp. v. U.S., Civil Action No. 98-1232 (TPJ), Court's finding of facts, 1999. Saatavilla <https://www.justice.gov/atr/us-v-microsoft-courts-findingsfact> (avattu 27.2.2019).

- Telefónica and Telefónica de España v. Commission, case T-336/07, 29.3.2012. Tuomio luettavissa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62007TJ0336> (avattu 8.1.2019).
- TeliaSonera Sverige, asia C-52/09, 17.2.2011. Tuomio luettavissa <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-52/09#> (avattu 9.1.2019).
- Tetra Pak v. Commission, asia T-51/89, 10.7.1990. Tuomio luettavissa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61989TJ0051&from=GA> (avattu 9.1.2019).
- Tetra Pak v. Commission, asia T-83/91, 6.10.1994. Tuomio luettavissa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:61991TJ0083&from=EN> (avattu 21.1.2019).
- Tetra Pak v. Commission, asia C-333/94 P, 14.11.1996. Tuomio luettavissa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0333> (avattu 9.1.2019).
- United Brands v. komissio, asia 27/76, 14.2.1978. Tuomio luettavissa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN> (avattu 26.2.2019).

Internetlähteet

- Android.com: Content License. Saatavilla <https://source.android.com/setup/start/licenses> (avattu 14.1.2019).
- Apache Software License, Version 2.0 -lisenssin ehdot. Saatavilla <http://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0> (avattu 14.1.2019).
- Burtsov, Petri: EU päätti: Netflixin, HBO:n ja Amazonin tarjonnasta vähintään kolmanneksen tulee olla eurooppalaista. Yle, 2.10.2018. Saatavilla <https://yle.fi/uutiset/3-10435471> (avattu 28.2.2019).
- Business Jargons: Oligopoly Market. Saatavilla <https://businessjargons.com/oligopoly-market.html> (avattu 14.1.2019).
- Blumenthal, Richard – Wu, Tim: Opinion: What the Microsoft Antitrust Case Taught Us. The New York Times, 18.5.2018. Saatavilla <https://www.nytimes.com/2018/05/18/opinion/microsoft-antitrust-case.html> (avattu 26.2.2019).
- Euroopan komission tiedonanto 18.7.2018: Kilpailunrajoitukset: Komissio määrää Googlelle 4.34 miljardin euron sakon yhtiön hakukoneen määräävää markkina-asemaa vahvistavien Android-mobiililaitteita koskevien laittomien käytäntöjen vuoksi. Saatavilla http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm (avattu 15.11.2018).
- European Commission Press release 27.6.2017. Saatavilla http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm (avattu 15.11.2018).

- Fines for breaking EU Competition Law. European Commission – Competition policy website, 2011. Saatavilla http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_en.pdf (avattu 6.3.2019).
- Fletcher, Nick: Faang-tastic five: can US tech giants continue their stellar rise? The Guardian, 29.6.2018. Saatavilla <https://www.theguardian.com/business/2018/jun/29/faanga-us-tech-giants-facebook-amazon-apple-netflix-google> (avattu 7.3.2019).
- Gibbs, Samuel: Google to European commission: Android is key to mobile competition, 10.11.2016. Saatavilla <https://www.theguardian.com/technology/2016/nov/10/google-european-commission-android> (avattu 24.1.2019).
- Hern, Alex: German regulator orders Facebook to restrict data collection. The Guardian, 7.2.2019. Saatavilla <https://www.theguardian.com/technology/2019/feb/07/german-regulator-orders-facebook-to-restrict-data-collection> (avattu 7.3.2019).
- ICN, 2015. Saatavilla <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/2014-15/icn%20unilateral%20conduct%20workbook%20-%20chapter%206%20tying%20and%20bundling.pdf> (avattu 15.11.2018).
- Kauppalehti: Facebookin käyttäjämäärä kasvoi laimeasti, tulos yli odotusten. 31.1.2018. Saatavilla <https://www.kauppalehti.fi/uutiset/facebookin-kayttajamaara-kasvoi-laimeasti-tulos-yli-odotusten/161b88f0-cb02-3a53-9f68-c9855e204a2a> (avattu 4.2.2019).
- Kilpailu- ja kuluttajavirasto, Muut määrävän markkina-aseman väärinkäytön muodot. Saatavilla <https://www.kkv.fi/Tietoa-ja-ohjeita/kilpailuasiat/kilpailunrajoitukset/maaraavan-markkina-aseman-vaarinkaytto/vaarinkayton-muodot/muut-vaarinkayton-muodot/> (avattu 11.1.2019).
- Macron, Emmanuel: Eurooppa on suuremmassa vaarassa kuin koskaan sitten toisen maailmansodan, kirjoittaa Ranskan presidentti Emmanuel Macron HS:n Vieraskynäkirjoituksessa. Helsingin Sanomat 4.3.2019. Saatavilla <https://www.hs.fi/ulkomaat/art-2000006023600.html> (avattu 5.3.2019).
- Matikainen, Jenny: Analyysi: Huaweiin liittyy ristiriita, jota on vaikea sovittaa – yhtiö löi pöytään länsimaisen kortin, mutta Kiina pelaa eri säännöillä. Yle, 7.3.2019. Saatavilla <https://yle.fi/uutiset/3-10677731> (avattu 7.3.2019).
- Mobile Action, Apple App Store vs Google Play Store: Who is Winning? Saatavilla <https://www.mobileaction.co/blog/app-news-analysis/apple-app-store-vs-google-play-store/> (avattu 21.1.2019).
- Nurminen, Tapio: EU:n kilpailulinjaan tivataan joustoa – Alstomin ja Siemensin fuusion torppaaminen herätti kriitikot. Kauppalehti 22.2.2019. Saatavilla <https://www.kauppalehti.fi/uutiset/eun-kilpailulinjaan-tivataan-joustoa-alstomin-ja-siemensin-fuusion-torppaaminen-heratti-kriitikot/194b2bde-7ff9-4f29-86c4-37fb4879763b> (avattu 22.2.2019).
- Pichai, Sundar: Blogi: Android has created more choice, not less, 18.7.2018. Saatavilla <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/android-has-created-more-choice-not-less/> (avattu 15.11.2018).
- Statcounter: Mobile Operating System Market Share EU – January – December 2018. Saatavilla <http://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/europe> (avattu 21.1.2019).

Statcounter: Mobile Browser Market Share Europe – Jan – Dec 2018. Saatavilla osoitteessa <http://gs.statcounter.com/browser-market-share/mobile/europe/#monthly-201801-201812-bar> (avattu 11.2.2019).

Tammilehto, Pirkko: Pääjohtaja haluaa suitsia koronkiskontaa: ”Pikavippitoiminnan sääntelyä on kiristettävä kiireesti”. Kauppalehti, 15.10.2018. Saatavilla <https://www.kauppalehti.fi/uutiset/paajohtaja-haluaa-suitsia-koronkiskontaa-pikavippitoiminnan-saantelya-on-kiristettava-kiireesti/c5bd2abf-ec5d-3030-ae6b-a11e99f82fcc> (avattu 27.2.2019).

The Vergecast: Amazon HQ2 cancelled and Apple’s rumoured March 25th event, 15.2.2019. Saatavilla <https://www.theverge.com/2019/2/15/18217372/amazon-hq2-canceled-apple-event-march-vergecast-341> (avattu 7.3.2019).

Wu, Tim: The Curse of Bigness, with Rep. David Cicilline’s opening remarks. Luento, Politics and Prose, 17.11.2018. Saatavilla <https://www.youtube.com/watch?v=Yc9g8RPcyEg> (avattu 27.2.2019).

Kuvat

Kuva 1. Mobiilikäyttöjärjestelmien markkinaosuudet (%) Euroopassa vuosina 2014-2018, s. 5.

LYHENTEET

EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
PC	henkilökohtainen tietokone

1 JOHDANTO

1.1 Taustaa

Digitaaliset palvelualustat ovat aivan lähivuosina kehittyneet valtaviksi ekosysteemeiksi, joilla on jopa satoja miljoonia käyttäjiä.¹ Alustojen ollessa osa monen ihmisen arkielämää on perin luonnollista, että myös näitä alustoja koskeva sääntely ja sitä myötä oikeustapausten määrä on kasvanut. Myös määrävän markkina-aseman väärinkäytön osalta oikeuskäytännössä on viime aikoina keskitytty suurelta osin digitaalisiin alustoihin.² Kun yhä useammalla on mahdollisuus käyttää älypuhelinia, on tärkeäksi kysymykseksi kilpailuoikeuden saralla noussut muun muassa se, missä määrin teknologiayritysten on mahdollista laillisesti ohjata asiakkaitensa kulutus-ikäyttyymistä muun muassa algoritmipohjaisten mobiilisovellusten avulla.

Euroopan komission antamasta päätöksestä käy ilmi erinomainen ja ajankohtainen esimerkki tällaisesta kilpailuoikeudellisesta ongelmasta. Komissio määräsi *Googelle* ja sen emoyhtiölle *Alphabetille* yli neljän miljardin euron sakot päätöksellä, jonka mukaan Google on käyttänyt väärin määrävää markkina-asemaansa. Komission mukaan Google on väärinkäyttänyt asemaansa lisäämällä laitevalmistajien kanssa tehtyihin sopimuksiin ehdon, jonka mukaan jokaiseen Googlen *Android-käyttöjärjestelmällä* toimivaan laitteeseen tulee asentaa ennalta määrätty Googlen luomat ohjelmat, kuten internet-selain (*Google Chrome*) ja hakukone (*Google Search*), sekä Googlen oma sovelluskauppa, *Play Store*.³ Google on ilmoittanut valittavansa päätöksestä. Yhtiö on ollut määrävässä markkina-asemassa EU:n talousalueella muun muassa internetin hakupalveluiden osalta jo vuodesta 2008 alkaen.⁴

Tämä ei suinkaan ole lähivuosien ensimmäinen Googlen määrävää markkina-asemaa koskeva tapaus. Euroopan komissio määräsi vuoden 2017 kesäkuussa Googelle ja Alphabetille 2,42

¹ Esimerkiksi Facebook-yhteisöpalvelulla oli vuoden 2018 alussa miltei puolitoista miljardia käyttäjää. Lähde: Kauppalehti 31.1.2018, Saatavilla <https://www.kauppalehti.fi/uutiset/facebookin-kayttajamaara-kasvoi-laikeasti-tulos-yli-odotusten/161b88f0-cb02-3a53-9f68-c9855e204a2a> (avattu 4.2.2019).

² Kuoppamäki 2018, s. 999.

³ European komission lehdistötiedote 18.7.2018.

⁴ European Commission Press release, 27.6.2017.

miljardin euron sakot, kun yhtiö rikkoi määräävää markkina-asemaansa niin sanotulla *Google Shopping* tuotteellaan. Google rajasi hakupalvelussaan käytetyn algoritmin ulkopuolelle oman palvelunsa, Google Shoppingin, joka on hintavertailupalvelu. Tällöin Googlen oma palvelu näkyi hakutuloksissa ensimmäisenä, kun taas kilpailevat hintavertailupalvelut jäivät kauas taakse osumien kärjestä. Komission mukaan Google esti näin uusien palveluiden pääsyn markkinoille ja kavensi kuluttajien vaihtoehtoja.⁵

Euroopan unionin tuomioistuimen (EUT) oikeuskäytännöstä löytyy materiaalia määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskien myös *Microsoftin* osalta.⁶ Microsoft myi *Windows-käyttäjärjestelmänsä* lisenssiä laitevalmistajille sisällyttämällä kaikkiin käyttäjärjestelmänsä eri versioihin oman mediasoittimensa, *Windows Media Playerin*. Henkilökohtaisten tietokoneiden markkinoilla määräävässä asemassa oleva Microsoft käytti komission mukaan väärin asemaansa, ja yritykselle määrättiin miltei 500 miljoonan euron sakot. Vaikka tämä tapaus on asiallisesti hyvinkin samankaltainen kuin Android-tapaus, on niissä tiettyjä eroavaisuuksia, mistä syystä Windows Media Player –tapaus on erinomainen vertailukohta tätä esitystä ajatellen.

Googlen Android-tapaus on ajankohtainen myös siksi, että siihen liittyvät suoraan myös laajemmat yhteiskunnalliset kysymykset siitä, mikä Euroopan unionin kilpailuoikeuden tarkoitus nykypäivänä on. Ranskan presidentti *Emmanuel Macron* kirjoitti *Helsingin Sanomissa* julkaisussa artikkelissa siitä, miten Euroopan unionin tulisi taata *oikeudenmukainen kilpailu*. Macron ehdotti alustataloustoimijoiden eurooppalaisen valvontaelimen perustamista, joka takaisi muun muassa algoritmien läpinäkyvyyden valvomisen sekä nopeammat sanktiot kilpailun rajoittamisesta. Lisäksi hän peräänkuulutti innovaatioiden rahoittamisen kasvattamista, jotta Eurooppa voisi saavuttaa johtoaseman teknologia-alalla.⁷ Vuonna 2018 Euroopan parlamentti päätti, että

⁵ Euroopan komission kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, 2017, s. 4-5. Päätöksen tiivistelmään voi tutustua Euroopan unionin virallisesta lehdestä 12.1.2018. Saatavilla [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN) (avattu 15.11.2018).

⁶ Microsoft Corp. v Commission, asia T-201/04, 17.9.2007.

⁷ Macron 4.3.2019.

kolmasosan kaikista suoratoistopalveluissa toistetuista sarjoista ja elokuvista tulee olla alkupe-
rältään eurooppalaisia.⁸ Yritetäänkö kilpailuoikeudella turvata kilpailun rakenteita, demokra-
tiaa tai kuluttajien oikeuksia? Vai onko EU:n kilpailuoikeuden tavoitteena suojella nimen-
omaan eurooppalaisia yrityksiä esimerkiksi yhdysvaltalaisia ja kiinalaisia kilpailijoita vastaan?
Muun muassa *Whitman* on kirjoittanut aiheesta: hänen mukaansa amerikkalainen kilpailuo-
ikeuden periaatteet, joiden tehtävänä on suojella kuluttajia (*consumerism*), sotii eurooppalaista
tuottajien ja sitä kautta myös kilpailijoiden suojan periaatetta (*producerism*) vastaan.⁹ Myös
*Wu*¹⁰ ja *Kha*¹¹ ovat esittäneet kilpailuoikeuden työkaluna, joka ei ole pystynyt vastaamaan tu-
loerojen kasvamiseen ja varallisuuden keskittymiseen suurille yrityksille. Toisaalta voidaan ky-
syä, onko juuri kilpailuoikeus alun perinkään oikea työkalu tällaisten päämäärien saavutta-
miseksi? Lisäksi voidaan esittää kysymys siitä, rajoittaako EU:n kilpailuoikeus yritysten oi-
keutta innovointiin tai hidastaako se teknologista kehitystä.

1.2 Tutkimuskysymykset, -metodit ja lähteet

Googlen Android-tapausta silmällä pitäen on tämän tutkielman tarkoituksena selventää niitä
rajoja joiden lomassa digitaalisen alustan tarjoaja voisi mahdollisesti operoida ilman, että tämä
väärinkäyttää määräävää markkina-asemaansa lisäämällä omatekoisia sovelluksiaan käyttöjär-
jestelmäänsä. Tutkimuskysymys onkin siis, *milloin lisäominaisuuksien teknologinen integ-
rointi (technological bundling eli teknologinen niputus) päätuotteeseen täyttää määräävän
markkina-aseman väärinkäytön kynnyksen?* Kysymystä käsitellään tässä esityksessä Android-
tapauksen kautta erityisesti sen ajankohtaisuuden vuoksi.

Erityisesti niputtamiseen on syytä keskittyä juuri Googlen tapauksen luonteen vuoksi. Sitomi-
sen tilanteessa myyjä on voinut vaatia, että päätuotteen lisäksi asiakkaan täytyy ostaa myös
olennaisesti päätuotteen käyttöön liittyvän tuotteen, vaikka näitä sivutuotteita olisi tarjolla myös

⁸ Burtsov 2018.

⁹ Whitman 2007.

¹⁰ Wu 2018.

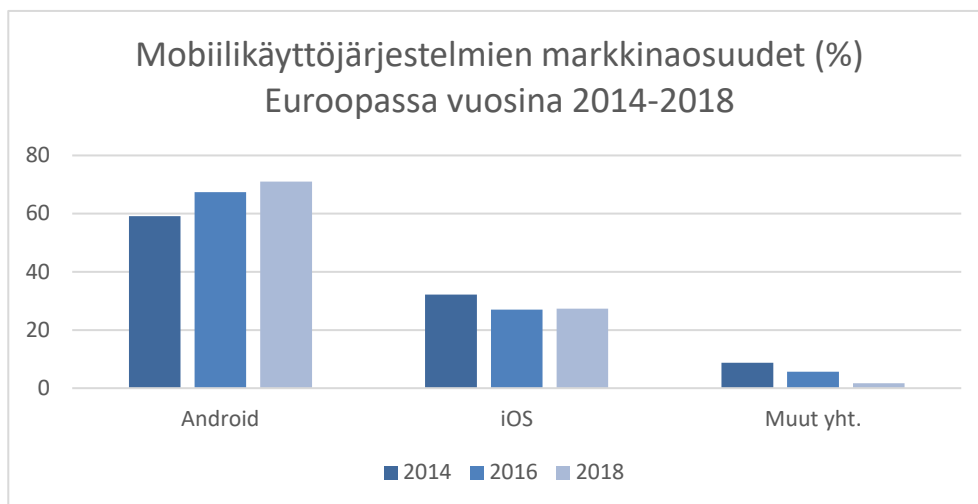
¹¹ Kha 2017.

muiden myyjien toimesta. Klassisena esimerkkinä tästä voidaan pitää *Hilti AG v komissio*¹² -tapausta, jossa naulapyssyjä myyvä Hilti sitoi kauppaan myös Hiltin omavalmisteiset naulat. Android-tapauksessa Google puolestaan antoi kaikki tuotteet Android-käyttöjärjestelmää myöten laitevalmistajien käyttöön ilmaiseksi, kuitenkin sillä ehdolla, että laitevalmistajat suostuivat esiasentamaan tietyt Googlen omat sovellukset puhelimiinsa. Jos sitominen ja niputtaminen halutaan erottaa toisistaan, on Googlen tapauksessa selkeästi kyse teknologisesta niputtamisesta, jossa päätuotteeseen (käyttöjärjestelmä) on integroitu lisäominaisuuksia (sovellukset). Kyse näyttäisi siis äkkiseltään katsottuna olevan päätuotteen muokkaamisesta ja päivittämisestä käyttöä ajatellen varsin olennaisilla, käyttöjärjestelmää kokonaisvaltaisesti tukevilla sovelluksilla, eikä niinkään lisätuotteiden myymisestä, kuten sitomisen tilanteessa. Sovellukset, esimerkiksi hakukone, voitaisiin nähdä erottamattomana osana käyttöjärjestelmää, sillä ne muodostavat koko järjestelmän toimivuuden ytimen: ilman sovelluksien mahdollistamia toimintoja käyttöjärjestelmän toiminnallisuudet olisivat varsin rajatut. Vaikka tämä erottelu voidaankin nähdä keinotekoisena, on ero merkityksellinen, kun otetaan huomioon, että laitevalmistajien on mahdollista sisällyttää tuotteeseensa Androidin versio, joka ei sisällä Googlen sovelluksia: esimerkiksi Windows Media Player -tapauksessa tällainen ei ollut mahdollista, vaan Microsoftin mediasoitin sisältyi jokaiseen hankittuun käyttöjärjestelmään. Windows-käyttöjärjestelmän lisenssi on lisäksi maksullinen, toisin kuin Googlen Android.

Tarkasteltava kysymyksestä voidaan johtaa myös hypoteettinen tapaus: mikäli Google menettäisi EU:n lainsäädännön ja rangaistuskäytännön myötä määräävän markkina-asemansa, voidaan loogisesti olettaa, että jokin toinen iso kilpailija saisi suuremman osan markkinoista. Tällöin määräävään markkina-asemaan voisi päätyä Apple, joka tunnetusti varjelee tuotteitaan vimmaisesti ja kehittää sekä laitteet että niiden käyttöjärjestelmän itse. Tämä oletus ei ole perusteeton, sillä joulukuussa 2018 Applen iOS-käyttöjärjestelmän, jota Applen iPhone käyttää, osuus EU:n markkinoista oli toiseksi suurin, yli 27 %, kun loput kilpailijat yhteensä pitivät vain

¹² Hilti AG v komissio T-30/89, 12.12.1991.

alle 2 % markkinaosuuden. Vastaava luku Androidilla oli tilastojen eroavaisuuksista huolimatta yli 70 %.¹³



Kuva 1. Mobiilikäyttöjärjestelmien markkinaosuudet (%) Euroopassa vuosina 2014-2018. Googlen Android-käyttöjärjestelmän markkinaosuus on ollut selkeässä kasvussa vuodesta 2014 lähtien, kun taas Applen iOS-käyttöjärjestelmän sekä muiden osuus on vastaavasti ollut laskussa. Lähde: Statcounter, Mobile Operating System Market Share EU. Saatavilla <http://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/europe> (avattu 21.1.2019).

Applen vakiosovelluksia ei ole mahdollista poistaa esimerkiksi iOS-käyttöjärjestelmistä. iOS-järjestelmää ei toistaiseksi ole myyty ulkopuolisiin laitteisiin käytettäväksi. Tällöin olisikin syytä kysyä, *onko valmistajan oman päätuotteen täysin autonominen hallinta sallittua siinä tilanteessa, jossa tuotteen tarjoaja saa määräävän markkina-aseman?* Toisin sanoen kysymys on siitä, tulisiko Applen avata käyttöjärjestelmänsä kehittäjille siten, että ulkopuoliset voisivat muokata sitä. Tällä hetkellä Google myy omavalmisteisia *Pixel*-puhelimia, jotka ovat Android-pohjaisia ja joihin on asennettuna kaikki edellä mainitut Googlen vakiosovellukset. Näiden sovelluksien poistaminen on kyseisissä Android-puhelimeissa kuitenkin mahdollista.

¹³ Statcounter, Mobile Operating System Market Share EU – January - December 2018. Saatavilla <http://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/europe> (avattu 21.1.2019).

Tutkielman lähestymistapana ja metodina on oikeusdogmaattinen eli lainopillinen metodi. Tutkielmassa vertaillaan EU:n sisäistä oikeuskäytäntöä niin komission kuin unionin tuomioistuinten päätösten avulla määräävän markkina-aseman ja sen väärinkäytön osalta. Tarkoituksena ei ole tehdä oikeusvertailevaa tutkimusta, vaan keskittyä tiukasti juuri EU:n sisäisiin kysymyksiin tällä kilpailuoikeuden osa-alueella. Tutkielman tavoitteena on nimenomaan tulkita unionin oikeusjärjestystä määräävän markkina-aseman väärinkäytön rajoja koskien. Lähteinä käytetään muun muassa komission tiedonantoja, EUT:n tuomioita sekä aiheesta kirjoitettua kotimaista ja ulkomaista oikeuskirjallisuutta ja artikkeleita.

1.3 *Rajaus*

Tässä esityksessä keskitytään ennen kaikkea niputtamiseen, mistä syystä *tying* eli *sitominen*, joka joskus samastetaan niputtamiseen, jätetään tarkoituksella vähemmälle huomiolle. Sitominen perustuu pääosin sopimukseen, kun taas teknologinen niputtaminen on tuoteintegraatiota, mistä syystä sitominen rajataan pois siltä osin, kuin sillä ei taustoiteta niputtamisen vaikutuksia.¹⁴

Tutkimuksesta rajataan myös ulos Euroopan unionin ulkopuolinen oikeuskäytäntö, sillä esityksen tarkoituksena on tutkia ainoastaan Euroopan komission ja EUT:n ratkaisukäytäntöä määräävän markkina-aseman väärinkäytön rajoja koskien.¹⁵

Google on myös suorittanut laitevalmistajille lisämaksuja sitä vastaan, että ne esiasentavat Google Search -hakukoneen laitteidensa oletushakukoneeksi. Vaikka tämä liittyykin välillisesti myös niputtamiseen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä arvioitaessa, jätetään tämä osuus komission tutkinnasta vähemmälle huomiolle. Lisäksi esityksestä rajataan ulos komission väite, jonka mukaan Google on estänyt laitevalmistajia myymästä Android-puhelimia,

¹⁴ ICN, 2015.

¹⁵ Euroopan unionin ulkopuolisella oikeuskäytännöllä on toisaalta arvoa silloin, kun esimerkiksi yhdysvaltalaisista oikeustapauksista on löydettävissä samankaltaisia tilanteita, joista voidaan poimia uusia periaatteita ja näkökulmia EU:n oikeuskäytännön objektiiviseen arviointiin. Tästä syystä EU:n ulkopuolista oikeuskäytäntöä voidaan ohimennen tarkastella tässäkin esityksessä, kuitenkin vain silkan vertailun ja kiinnostuneisuuden vuoksi.

joissa käytetään vaihtoehtoisia versioita käyttöjärjestelmästä, joita Google ei ole hyväksynyt. Samoin Windows Media Player –tapauksessa komission tutkima väite määräävän aseman väärinkäytöstä työryhmäpalvelimille tarkoitettujen käyttöjärjestelmien markkinoilla jätetään huomiotta siltä osin, kuin se ei anna olennaisia komission perusteluita muun muassa määräävän markkina-aseman määrittelystä.

1.4 Tutkielman rakenne

Tutkielman alussa käydään läpi Googlen ja Microsoftin tapausten pääpiirteet, jotta tutkielmassa käsiteltävästä ongelmasta saataisiin mahdollisimman hyvä kokonaiskuva. Luvussa kolme käsitellään määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, siihen liittyvää oikeuskäytäntöä ja kirjallisuutta. Luvussa neljä puolestaan käydään läpi niputtamisen määritelmää, teoriaa ja oikeuskäytäntöä. Tämän jälkeen sovelletaan tietoa Googlen tapaukseen. Kuhunkin lukuun on pyritty ottamaan mukaan olennaisimpia Euroopan unionin tuomioistuimen oikeustapauksia ja linjauksia vallitsevan oikeustilan havainnollistamiseksi. Ennen johtopäätöksiä käydään vielä läpi hypoteettista tilannetta, jossa Apple saavuttaisi määräävän markkina-aseman älypuhelinien käyttöjärjestelmien markkinoilla, ja tämän yrityksen tuotteisiin ei olisi mahdollista esiasentaa kilpailijoiden sovelluksia. Lopuksi käydään luonnollisesti läpi johtopäätökset.

2 RELEVANTIT TAPAUKSET

2.1 *Google v. Euroopan komissio*

2.1.1 Väitteet väärinkäytöstä

Euroopan komissio aloitti tutkintansa Googlen tapauksesta jo vuonna 2015 ja antoi lopulta päätöksensä vuoden 2018 heinäkuussa, mutta päätöksen julkista versiota ei vielä tätä esitystä kirjoittaessa – vuoden 2019 alkukeväänä – ole julkaistu. Määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä nimenomaan niputtamisen näkökulmasta on kuitenkin mahdollista käsitellä yleisesti kyseisen tapauksen kautta, ja tutkia Googlen toimien sallittavuutta hieman eri suunnasta kuin komissio. Oman, unionin tuomioistuimen perusteluista ”vapaaan” näkemyksen esittäminen onkin yksi tämän esityksen mielenkiintoisimmista kulmista.

*Euroopan komission lehdistötiedotteesta*¹⁶ ilmenee, että komissio määräsi Googlle ja Googlen emoyhtiö Alphabetille 4.34 miljardin euron sakot väitetystä määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Sakon suuruus laskettiin Googlen Euroopan talousalueen Android-laitteiden hakumainontapalveluiden tulojen perusteella. Komission mukaan Google on vuodesta 2011 lukien asettanut Android-käyttöjärjestelmää käyttävien laitteiden valmistajille ja matkapuhelinoperaattoreille laittomia rajoituksia vakiinnuttaakseen asemansa hakukonemarkkinoilla. Komissio määräsi Google lopettamaan kilpailua rajoittavat toimet 90 päivän kuluessa päätöksen antamisesta, tai muussa tapauksessa maksettavaksi tulisi uhkasakko, joka on enintään 5 prosenttia Alphabetin päivittäisestä keskimääräisestä liikevaihdosta.

Komission tiedonannon mukaan Google on:

- 1) edellyttänyt, että laitevalmistajat esiasentavat laitteeseensa Googlen hakukoneen (Google Search) ja selainsovelluksen (Chrome), jotta ne saavat lisenssin Googlen sovelluskauppaan (Play Store);
- 2) suorittanut maksuja tietyille suurille valmistajille, ja matkaviestinoperaattoreille sillä ehdolla, että ne esiasentavat laitteisiinsa yksinomaan Google Search –sovelluksen; ja

¹⁶ Euroopan komission lehdistötiedote 18.7.2018.

- 3) estänyt valmistajia, jotka haluavat esiasentaa laitteisiinsa Googlen sovelluksia, myymästä yhtään älylaitetta, jossa käytetään vaihtoehtoisia Android-versioita, joita Google ei ole hyväksynyt (ns. Android-haarat).

Komission mukaan Googlen tuloista suurin osa tulee nimenomaan yhtiön hakukoneesta. Google on komission mukaan osannut jo aikaisessa vaiheessa ennakoida langattoman internetin tuomat muutokset hakukoneen kannalta, mistä syystä Google osti Android-käyttöliittymän kehittäjän vuonna 2005, siirtäen näin toimintaansa mobiilimarkkinoille. Komission mukaan koko maailman markkinoilla Android-käyttöjärjestelmällä on nykyään noin 80 prosentin markkinaosuus.

Google jakaa Android-käyttöjärjestelmää ilmaisen lisenssin kautta laitevalmistajille. Android sisältää vain mobiilikäyttöjärjestelmän perusominaisuudet, eli siihen ei automaattisesti sisälly Googlen omia sovelluksia, kuten Google Search -hakukonetta tai Chrome -internetselainta. Ne laitevalmistajat, jotka haluavat ladata ohjelmistoon Googlen sovelluksia, joutuvat tekemään Googlen kanssa sopimuksia, jotka komission mukaan sisältävät useita rajoituksia ohjelmistoa koskien. Lisäksi Google on tehnyt sopimuksia myös matkapuhelinoperaattorien kanssa, ja näihin sopimuksiin on sisällytetty osin samoja rajoituksia.

Google on komission mukaan määräävässä markkina-asemassa niin yleisten verkkohakupalvelujen kuin myös älylaitteiden lisensoitavien mobiilialustojen ja Android -mobiilialustan sovel-luskauppojen markkinoilla. Komissio on arvioinut, että Googlen markkinaosuus hakukone-markkinoilla on Euroopan talousalueella yli 90 prosenttia, mistä johtuen kilpailijoiden markkinoille tulolla on esteitä. Google on maailmanlaajuisilla markkinoilla Kiinaa lukuun ottamatta määräävässä asemassa myös älylaitteiden lisensoitavien mobiilialustojen osalta yli 95 prosentin markkinaosuudella. Komissio selittää tilannetta verkostovaikutuksilla, joiden seurauksena suosituille mobiilialustalle kehitetään enemmän sovelluksia, mitä kautta kyseiselle mobiilialustalle saadaan lisää käyttäjiä, ja näin kasvu ruokkii itse itseään. Lisäksi komissio huomauttaa, että menestyvän lisensoitavan alustan kehittäminen vaatii yrityksiltä suuren määrän resursseja. Komissio toteaa myös, ettei määräävä markkina-asema ole sinällään kilpailuoikeuden vastaista, mutta että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen vastuu huolehtia kilpailusta markkinoilla ja olla käyttämättä määräävää asemaansa väärin.

Komission mukaan Android eroaa esimerkiksi Applen iOS-käyttöjärjestelmästä siinä, että toisin kuin Androidin, ulkopuoliset laitevalmistajat eivät voi hankkia iOS-järjestelmää laitteisiinsa. Komission mukaan Applen tuotteet eivät kilpaile Android-puhelimien kanssa seuraavista syistä:

- 1) Kuluttajien ostopäätöksiin vaikuttavat monet eri tekijät (kuten laitteen ominaisuudet ja tuotenimi), jotka ovat riippumattomia mobiilialustasta;
- 2) Applen laitteet ovat tavallisesti kalliimpia kuin Android-laitteet, eikä suuri osa Android-laitteiden käyttäjäkunnasta luultavasti pysty ostamaan niitä;
- 3) Android-laitteen käyttäjille aiheutuu vaihtamiskustannuksia, jos he siirtyvät käyttämään Applen laitteita. Esimerkiksi sovellukset, yhteystiedot ja muut tiedot katoavat, ja uusi käyttöjärjestelmä vaatii opettelua; ja
- 4) loppukäyttäjien siirtymisellä Androidista Applen laitteisiin olisi vain vähäinen vaikutus Googlen ydinliiketoimintaan. Tämä johtuu siitä, että Google Search asennetaan Applen laitteisiin oletushakukoneeksi, ja Applen käyttäjät todennäköisesti jatkavat sen käyttöä hakukyselyissään.

Komission tiedonannosta käy ilmi, että myös sovelluskauppojen markkinoilla Googlen Play Store on määräävässä asemassa yli 90 prosentin markkinaosuudella, mistä syystä myös näille markkinoille on komission mukaan vaikea tulla uutena kilpailijana. Komission mielestä myös tämä on syy sille, miksi Applen iOS ja erityisesti iOS-järjestelmään sisältyvä App Store -sovelluskauppa ei kilpaile Androidin kanssa.

Komission näkemys Applen ja Googlen välisestä kilpailusta on mielenkiintoinen, eikä Googlelakaan asiaa nielty noin vain: Googlen *Kent Walkerin* mukaan se, ettei komissio kokenut iOS-käyttöjärjestelmää Androidin suorana kilpailijana, on matkapuhelimien markkinoiden kilpailullisten avainelementtien jättämistä vaille huomiota. Lisäksi ITIF-ajatushautomon *Daniel Castron* mukaan Google voisi halutessaan myydä vain omatekoisia puhelimiaan, jolloin se hallitsisi koko Android-ekosysteemiä ja sen sisältämiä sovelluksia. Hän huomautti, että esimerkiksi Apple ja *Blackberry* ovat tehneet samaa jo kauan, mutta tätä ei olla koettu kilpailua rajoittavana toimintana.¹⁷

¹⁷ Gibbs 2016.

Komission mukaan Google on laittomasti sitonut vuodesta 2011 lähtien hakukoneensa, Google Searchin, ja selainsovelluksensa, Google Chromen, osaksi Android-käyttöjärjestelmää tarjoamalla näitä sovelluksia laitevalmistajille yhtenä pakettina. Googlen lisenssiehtojen mukaan vain tiettyjen sovellusten esiasentaminen on kiellettyä. Googlen sovelluskaupan, Play Storen, esiasentamisen ehtona on ollut, että edellä mainitut Googlen omat sovellukset asennetaan Android-puhelimeen. Laitevalmistajien mukaan Play Store on pakollinen sovellus Android-käyttöjärjestelmässä, koska sitä kautta kuluttajat pystyvät lataamaan puhelimeensa uusia sovelluksia. Lisäksi kuluttajien ei ole mahdollista ladata Play Storea itsenäisesti. Google Search -sovelluksen asentaminen puolestaan on sidottu Play Storeen siten, etteivät laitevalmistajat ole voineet hankkia yhtä sovellusta ilman toista. Näin Googlen hakukone ja sovelluskauppa ovat olleet ladattuina käytännössä kaikissa Euroopan talousalueella myytävissä Android-puhelimeissa. Lisäksi Google Chrome -internetselain on sidottu muihin Googlen sovelluksiin, mistä johtuen myös kyseinen selain on ollut esiasennettuna käytännössä kaikkiin Android-puhelimiin. Tämä puolestaan on komission mukaan haitallista siksi, että kuluttajilla on taipumusta tyytyä käyttämään oletussovelluksia, jotka on esiasennettu puhelimeen, jolloin muiden kehittäjien sovelluksilla voi olla vaikeuksia kilpailla Googlen esiasennettujen sovellusten kanssa. Googlen käytäntö on myös vähentänyt laitevalmistajien innokkuutta ladata muita haku- tai selainsovelluksia puhelimiinsa. Lisäksi komissio teilasi Googlen perustelut, joiden mukaan sovellusten sitominen oli tarpeellista Androidiin käytettävien investointien kattamiseksi. Komission mukaan Google saa pelkästä Play Storesta miljardien dollarien vuositulot, minkä lisäksi Android kerää käyttäjiensä dataa, jota Google voi käyttää hyödyksi hakukone- ja mainosmarkkinoilla.

Tiedonannon mukaan komissio katsoi päätöksessään myös, että Googlen laitevalmistajille ja matkapuhelinoperaattoreille maksamat kannustinmaksut, joiden ehtona oli Google Search -hakukoneen yksinomaisen lataaminen kaikkiin Android-tuotteisiin, haittasivat kilpailua. Kilpailevat hakukoneet eivät olisi pystyneet korvaamaan laitevalmistajille niitä tuloja, jotka laitevalmistaja menettäisi Googlen kannustinmaksujen myötä, ja tekemään samalla voittoa. Komissio ei hyväksynyt Googlen väitettä siitä, että kannustinmaksuja tarvittiin, jotta laitevalmistajat tuottaisivat laitteita Androidin ekosysteemiin. Tältä osin komissio totesi Googlen menettelyn olleen laitonta vuosien 2011-2014 ajan. Lisäksi Google esti laitevalmistajia käyttämästä Androidin versioita, joita Google ei ollut etukäteen hyväksynyt. Laitevalmistajat saivat esiasentaa

Googlen sovelluksia, muun muassa Google Searchin ja Play Storen, sillä ehdolla, että ne luopuivat ”hyväksymättömien” Android-laitteiden kehittämisestä ja myymisestä. Käytännössä Google sai näin itse määritellä, mitkä käyttöjärjestelmät saivat menestyä kyseisillä markkinoilla. Google itse perusteli menettelyään Androidin yhteneväisyydellä eli käyttöjärjestelmien teknisten vaatimusten takaamisella, mutta komissio ei pitänyt tätä väitettä uskottavana. *Kuoppamäen* mukaan on toisaalta ymmärrettävää, että alustan kehittäjän intressissä on estää alustan niin sanottu pirstaloituminen, jotta käyttöjärjestelmä ja sen palveluiden laatu ei heikkene.¹⁸ Tältä osin komissio kuitenkin katsoi päätöksessään toiminnan olleen laitonta vuodesta 2011 alkaen, kun Google saavutti määräävän markkina-aseman sovelluskauppojen markkinoilla.

Komissio tiedonannossa todetaan, että näiden väärinkäytösten seurauksena kilpailevien hakukoneiden on ollut erittäin vaikeaa kilpailla markkinoilla omilla ansioillaan. Lisäksi Googlen käyttäytyminen on komission mukaan haitannut innovointia ja kilpailua laajemmin – ei pelkästään hakukoneiden osalta – vaan älypuhelinmarkkinoilla yleisesti, mikä johtui Google Chrome -internetselaimen ylivoimaisuudesta markkinoilla, kun se esiasennettiin Android-puhelimiin laitevalmistajien toimesta.

2.1.2 Argumentteja puolesta ja vastaan

Google on päättänyt valittaa päätöksestä Euroopan unionin tuomioistuimeen. Googlen toimitusjohtajan, *Sundar Pichain*, mukaan Android on luonut enemmän mahdollisuuksia kuin sulkenut niitä, ja että ilmaisesta alustasta ovat hyötäneet laitevalmistajat sekä kuluttajat ympäri Eurooppaa. Googlen sovellukset on Pichainin mukaan asiakkaan niin halutessa helppo poistaa tai kytkeä pois päältä, ja muiden valmistajien sovelluksia, kuten internetselaimia, on ladattu Googlen Play Storesta kymmeniä miljoonia kertoja.¹⁹

¹⁸ Kuoppamäki 2018, s. 1009.

¹⁹ Pichai, 2018.

Googlen mukaan sen menettely on ollut perusteltavissa muun muassa siksi, että Android on avoimen lähdekoodin käyttöjärjestelmä, jota se jakaa ilmaiseksi kaikille laitevalmistajille. Laitevalmistajat saavat myös itse muokata käyttöjärjestelmää ja rakentaa sille sopivan puhelimen. Google on painottanut, ettei laitevalmistajien ole pakko suostua Googlen asettamiin ehtoihin, sillä käyttöjärjestelmä on mahdollista ladata myös ilman Googlen ohjelmia. Tämä kuitenkin tarkoittaisi myös Googlen Play Storen puuttumista käyttöjärjestelmästä, mistä syystä laitevalmistajat ja lopulta kuluttajat eivät saisi asennettua laitteeseensa Googlen omia sovelluksia. *Edelmanin* ja *Geradinin* mukaan Google ei anna aidosti vaihtoehtoa laitevalmistajille, vaan painostaa ne sopimusehdoillaan esiasentamaan Googlen sovellukset laitteisiinsa. Lisäksi Google on perustellut toimiaan sillä, että laitevalmistajien on mahdollista esiasentaa myös muita sovelluksia puhelimiinsa, mikä on lopulta suhteellisen tehoton keino edistää kilpailua, kun otetaan huomioon, että Googlen sovelluksien tulisi lisenssiehtojen mukaan olla oletussovelluksena muun muassa hakukoneen, paikannuksen ja ääniohjauksen osalta. Google ei myöskään allekirjoita väitettä sen toimien haitallisuudesta kuluttajille, sillä kuluttajien on mahdollista poistaa sen sovelluksia ja ladata uusia tilalle. Tämä ei kuitenkaan poista sitä seikkaa, että esiasennettujen oletussovellusten suosio ja käyttöaste ovat suurempia, eikä yksittäisesti ladatuilla sovelluksilla ole todellisia lähtökohtaisia mahdollisuuksia kilpailla tällaisten sovellusten kanssa. *Edelman* ja *Geradin* toteavat myös, ettei Googlen perustelu Androidin investointikustannusten kattamisesta oletussovelluksilla ole riittäviä sille, että kilpailua markkinoilla olisi syytä rajata: kirjoittajat huomauttavat, että Googlen logiikkaa noudattaen jokaisella yrityksellä olisi samanlainen oikeus rajoittaa kilpailua kulujensa kattamiseksi liikevoitoilla.²⁰

Edelman ja *Geradin* viittaavat myös *Sidakin* ja *Körberin* artikkeleihin vuosilta 2015 ja 2014.²¹ Molemmat artikkelit on kirjoitettu Googlen toimeksiantona, mistä syystä niiden objektiivisuus on vähintäänkin kyseenalainen. On joka tapauksessa mielenkiintoista tutkia näiden artikkelien väitteitä, sillä ne tarjoavat hyvää vastapainoa komission tiukalle kilpailuoikeuden linjalle.

²⁰ *Edelman – Geradin* 2016, s. 173-174.

²¹ Sama kuin yllä, s. 174-175. Ks. myös *Sidak* 2015 ja *Körber* 2014.

Sidak listaa artikkelissaan Googlen kolme hyvää syytä tarjota sovelluksiaan niputettuna. Ensinnäkin niputtaminen estää Androidin pirstaloitumisen; Googlen tarjoama käyttökokemus voidaan taata vain niputtamalla; minkä lisäksi laitevalmistajat eivät pysty hyödyntämään Googlen omaisuutta täysin ilman vastapalvelusta.²²

Sidak huomauttaa, että Google on vuodesta 2005 lähtien kehittänyt Androidia tarkoituksenaan luoda avoin mobiilikäyttöjärjestelmä, joka mahdollistaisi laitevalmistajien ja puhelinoperaattoreiden yhteistyön. Tätä tarkoitusta ajavan yritysten yhteenliittymän, Open Handset Alliancen jäseniin kuuluu 84 operaattoria, ohjelmistokehittäjää ja laitevalmistajaa, mikä on selkeä osoitus siitä, ettei Google ollut asiansa kanssa yksin.²³ Tämän lisäksi Körber toteaa, että ilmainen Android-käyttöjärjestelmä ja Googlen ilmaiset sovellukset mahdollistavat myös sen, että laitevalmistajat voivat myydä Android-laitteita halvemmalla hinnalla kuluttajille. Google ei ole koskaan perinyt Androidin lisenssistä tai sovellusten käytöstä maksua, kuten esimerkiksi Microsoft, mikä olisi myös Googlen strategian vastaista, kun suuri osa Googlen tuloista tulee nimenomaan mainostajilta, jotka maksavat sitä enemmän, mitä enemmän käyttäjiä ne tavoittavat. Toisaalta esimerkiksi Apple ei edes lisensoi ohjelmistojaan muille laitteille, vaan pitää ne tiukasti omassa hallinnassaan. Tästä johtuen Applen iOS-käyttöjärjestelmällä ei myöskään ole samanlaista pirstaloitumisen riskiä kuin Androidilla, jota jokainen laitevalmistaja voi muokata haluamallaan tavalla, jolloin ohjelmiston laatu ja turvallisuus voivat vaarantua. Esiasennetut Googlen sovellukset antavat kuluttajalle myös kokonaisvaltaisen ”Google kokemuksen”, eivätkä laitevalmistajat voi tätä tarkoitusta varten niin sanotusti poimia kirsikoita kakusta, vaan ne joutuvat esiasentamaan kaikki Googlen määräämät sovellukset halutun käyttäjäkokemuksen takaamiseksi. Körber vertaa tilannetta esimerkiksi Windows-puhelimiin, joiden ehdoissa todetaan, että hakukoneista vain Microsoftin *Bing* -hakukone saa olla esiasennettuna puhelimeen. Android-puhelimeissa tällaista rajoitetta ei ole. Edelman ja Geradin toteavat kuitenkin, ettei Körber esitä ”Google käyttökokemukselle” vakuuttavia perusteluja ja että kilpailulliset haitat ylittävät tällaisen kokemuksen tuomat mahdolliset edut kilpailijoille ja kuluttajille.²⁴ Kuitenkin

²² Sidak 2015, s. 671.

²³ Sama kuin yllä, s. 657.

²⁴ Körber 2014, s. 4-10. Ks. myös Edelman – Geradin 2016, s. 174.

myös Sidak kokee, että käyttökokemus on tärkeä osa tuotteen laatua, joka voidaan parhaiten varmistaa tuotteita sitomalla.²⁵ Sidakin mukaan pirstaloitumisesta johtuva sovellusten epäva-
kaus ja sitä kautta sovellusten ylläpidon ja kehittämisen kustannusten nousu tekee Androidista
alustana epähaluttavan sekä kuluttajien että sovellusten kehittäjien mielissä, kun käyttökoke-
mus huononee.²⁶

Körberin mukaan Etelä-Korean kilpailuviraston vuonna 2013 aloittama tutkinta päättyi lopulta
siihen, ettei Googlen hakukoneella ollut Android-laitteiden määräävästä markkina-
asemasta huolimatta yliotetta markkinoihin, kun Google Searchin markkinaosuus oli 10 prosenttia ja
muiden hakukoneiden osuus puolestaan 90 prosenttia. Näin ollen Androidin määräävä asema
ei Körberin mukaan ole suoraan verrannollinen Googlen hakukoneen asemaan markkinoilla.²⁷
Hän argumentoi myös, että Androidin suuri markkinaosuus ei tarkoita, että Google olisi tästä
suoraan vastuussa, sillä Google ei itse valmista suurinta osaa Android-laitteista, vaan markki-
noita hallitsevat muut laitevalmistajat.²⁸ Lisäksi hän vertaa tapausta Microsoftin Windows Me-
dia Player –tapaukseen väittämällä, että toisin kuin Microsoftin vuosikausia vakaa markkina-
osuus, mobiilimarkkinat ovat yhä tuoreita ja muutoksille alttiita. Hän väittää myös, etteivät ver-
kostovaikutukset ole samanlaisia näissä tapauksissa, sillä siinä missä Windows-sovelluksien
kehittäjien pitää nähdä suhteellisen paljon vaivaa uuden sovelluksen luomiseksi, on mobiili-
käyttäjärjestelmälle Androidin avoimuuden vuoksi helppo kirjoittaa uusia sovelluksia.²⁹ Kör-
ber toteaa myös, että komission tarkoituksena Microsoftin Media Player –tapauksessa oli saada
Microsoft tarjoamaan silloisen ohjelmiston lisäksi versiota, joka ei sisältänyt Windows Media

²⁵ Sidak 2015, s. 629.

²⁶ Sama kuin yllä, s. 672-673.

²⁷ Körber 2014, s. 1-2.

²⁸ Sama kuin yllä, s. 14. Tämä tapaus ei kuitenkaan koske itse laitteita, vaan Android-käyttäjärjestelmää. Tällöin ei ole merkitystä sillä, kuka laitteet on valmistanut, kun kilpailuhaitat ovat ilmenneet nimenomaan käyttäjärjestelmien markkinoilla.

²⁹ Sama kuin yllä, s. 18-19.

Playeriä. Tämä toteutuu Körberin mukaan nyt, kun laitevalmistajat voivat ottaa Androidin käyttöönsä myös ilman Googlen sovelluksia.³⁰

Lisäksi Körber kritisoi viidestä syystä väitettä Googlen sovellusten välttämättömyydestä. Ensimmäkin laitevalmistaja saa itse päättää mihin tuotteisiin se asentaa Googlen vaatimat sovellukset: osa laitteista voi ”Google käyttökokemuksen” tarkoittamalla tavalla sisältää nämä sovellukset, kun taas osa laitteista voidaan jättää niin sanotusti puhtaiksi Android-puhelimiksi.³¹ Edelman ja Geradin teilaavat Körberin argumentin toteamalla, että komission tutkimusten mukaan Googlen sopimusehdot rajoittavat itseasiassa kaikkia valmistettuja Android-puhelimia, jolloin valmistaja ei voi hyväksyä sopimusehtoja vain joidenkin laitteidensa osalta ja jättää loput laitteensa puhtaasti Androidin tilaan.³² Toisekseen sovellukset eivät ole välttämättömiä palvelun käyttämiseksi: esimerkiksi *YouTube* -palvelua voidaan käyttää myös älylaitteen internet-selaimen kautta. Kolmanneksi: jokaiselle Googlen tarjoamalle sovellukselle löytyy Körberin mukaan vaihtoehtoinen, kolmannen osapuolen kehittämä sovellus. Körberin neljäs peruste koskee Play Storea, jolle hänen mukaansa löytyy miltei 30 vaihtoehtoa, joista laitevalmistajat voivat valita mieleisensä Android-laitteeseensa. Lopuksi Körber toteaa, ettei Play Store todellisudessa sisälly jokaiseen Android-laitteeseen, ja että esimerkiksi Kiinassa 70 prosenttia myydyistä Android-puhelimista ei sisältänyt kyseistä sovelluskauppaa. Tällöin on Körberin mukaan selvää, etteivät kuluttajat ole riippuvaisia Googlen sovelluksista.³³ Samaa mieltä on myös Sidak, joka muistuttaa, että Kiinassa Android-laitteiden valmistajat esiasentavat omat sovelluksensa puhelimiinsa.³⁴

Körber myös väittää, että yksittäisten sovellusten markkinoiden sijaan kyseessä ovatkin sovellus-nippujen markkinat: esimerkiksi *Amazonin* ja *Nokian* laitteet sisältävät joukon valmistajien omia sovelluksia.³⁵ Jotkin valmistajat saattavat nimenomaisesti haluta esiasentaa laitteeseensa

³⁰ Sama kuin yllä, s. 34.

³¹ Sama kuin yllä, s. 22.

³² Edelman – Geradin 2016, s. 176.

³³ Körber 2014, s. 22-24.

³⁴ Sidak 2015, s. 661.

³⁵ Körber 2014, s. 28.

yhden kokonaisen sovelluspaketin, minkä ovat Googlen lisäksi huomanneet muutkin kehittäjät ja laitevalmistajat. Myös Sidakin tulkinnan mukaan Google on luonut uudet markkinat, joissa tuotteena tarkastellaan nimenomaan sovellusnippua, ei yksittäisiä sovelluksia. Sidak väittää myös, että sovellusnippujen tarjoaminen on koko Googlen liiketoiminnan avain: ilman sovellusten laajamittaista esiasennusta Googllella ei välttämättä olisi nykyisenlaisia resursseja, jotka mahdollistavat ilmaisten sovellusten tarjoamisen.³⁶ Körber lisää, että vaikka kyseessä olisivatkin yksittäisten sovellusten markkinat, Google kohtaa tältä osin kilpailua joka puolelta: *Google Maps* ja YouTube ovat suosittuja, mutta eivät käyttäjän kannalta välttämättömiä sovelluksia.³⁷ Sidakin mukaan kuluttajat ovat todistetusti ladanneet ja käyttäneet innokkaasti Googlen sovelluksia siitäkin huolimatta, ettei niitä olisi esiasennettu puhelimeen: vuonna 2014 Google Maps ja YouTube päätyivät kumpikin kolmenkymmenen ladatuimman iOS-sovelluksen listalle.³⁸ Sidak huomauttaa myös, että kuluttajien on koska tahansa mahdollista vaihtaa sovellusta ilmaiseksi, tai ainakin erittäin pienin kustannuksin, mistä syystä Googlen on jatkuvasti investoitava tuotteidensa houkuttelevuuteen ja kehittämiseen.³⁹ Lisäksi on Sidakin mukaan kysyttävä, miten Google voi ilmaisten sovellusten avulla pakottaa laitevalmistajat tai kuluttajat ostamaan sen sovelluksia – varsinkin, kun sovellukset on mahdollista poistaa tai jättää ainakin kokonaan käyttämättä. Tällöin Googlen toiminnan voidaan katsoa antavan kuluttajille ainoastaan hyötyä.⁴⁰ Sidak järkeilee myös, että Googlen ilmaiset lisenssit ja sovellukset ovat mahdollistaneet monen yrityksen, kuten esimerkiksi *Samsungin*, kaupallisen menestyksen älypuhelinmarkkinoilla, kun kustannukset on pystytty pitämään suhteellisen matalina.⁴¹ Toisaalta puhelin, jossa on mahdollisimman monia kuluttajien suosimia sovelluksia, menee paremmin kaupaksi, ja mitä enemmän tällaisella puhelimella on käyttäjiä, sitä enemmän myös Google hyötyy ilmaiseksi jakamista sovelluksistaan. Tällöin on Googlen intresseissä, että myös kilpailevat sovellukset pääsevät markkinoille ja samoihin puhelimiin, kuin Googlen sovellukset. Google myös itse

³⁶ Sidak 2015, s. 680-681.

³⁷ Körber 2014, s. 28.

³⁸ Sidak 2015, s. 663.

³⁹ Sama kuin yllä, s. 660.

⁴⁰ Sama kuin yllä, s. 682.

⁴¹ Sama kuin yllä, s. 687.

opastaa Android-puhelimien käyttäjiä siinä, miten sovelluksia voidaan ladata Play Storesta. Pienenkin muistikapasiteetin puhelimiin mahtuu helposti kymmeniä sovelluksia, joten esiasennetut Googlen sovellukset eivät myöskään vie sanottavammin tilaa.⁴² Myös muiden sovelluskehittäjien on mahdollista neuvotella laitevalmistajien kanssa sovellusten esiasentamisesta ja sovelluksen sijainnista laitteen aloitusruudulla, minkä lisäksi HTML5-teknologiaa käyttävät sovellukset toimivat myös suoraan puhelimen internetselaimen kautta.⁴³ Tämä olisi Edelmanin ja Geradinin mukaan tehotonta, sillä puhelimissa olisi yhä Googlen esiasennetut oletussovellukset, eikä kilpailijalla ole välttämättä resursseja tarjota yhtä hyvää sopimusta, kuin Google, joka maksaa laitevalmistajille korvausta siitä, että ne esiasentavat Google Searchin oletushakukoneeksi.⁴⁴

Körber huomauttaa myös, ettei Google vaadi hakukoneensa esiasentamista esimerkiksi Androidin nettiselaimen. Tämän lisäksi Android nostaa esiin valintaikkunan, josta käyttäjä voi valita haluamansa sovelluksen käyttöönsä, jos samaa toimintoa suorittavia sovelluksia on ladattuna puhelimeen useampia. Sama valintaikkuna nousee esiin aina, kun uusi saman kategorian sovellus on ladattu laitteeseen.⁴⁵ Myös Körber toteaa, että laitevalmistajien on mahdollista myydä esiasennuksia kolmansille sovelluskehittäjille, joten Google ei tässä tapauksessa ole yksin näillä markkinoilla. Koska Androidin ilmainen lisenssi laskee laitteiden hintoja, on myös matalatuloisten asiakkaiden mahdollista hyödyntää älypuhelimia, mistä syystä Googlen voidaan katsoa tuoneen hyötyä kuluttajille.⁴⁶ Myös kolmannen osapuolen sovellusten kehittäjät ovat hyötäneet Androidin ilmaisesta lisenssistä: ohjelmistojen kehittäjät, kuten Apple ja Google, kilpailevat siitä, kuka saa parhaat sovellukset käyttäjärjestelmiinsä. Tämän tavoitteen saavuttaakseen ne

⁴² Sama kuin yllä, s. 689-691.

⁴³ Sama kuin yllä, s. 692.

⁴⁴ Edelman – Geradin 2016, s. 179.

⁴⁵ Körber 2014, s. 38-39.

⁴⁶ Sama kuin yllä, s. 43.

luovat yhä parempia työkaluja sovelluskehittäjien käyttöön, jotta sovellukset saataisiin mahdollisimman yhteensopiviksi kuhunkin järjestelmään. Tämä lisää väistämättä kilpailua myös sovelluskehittäjien välillä, mikä johtaa uusiin innovaatioihin ja parempiin sovelluksiin.⁴⁷

Kiinnostavaa kyllä, myös Yhdysvalloissa on käsitelty hyvinkin samankaltaista tapausta. Niin kutsutussa *Internet Explorer -tapauksessa*⁴⁸ oli kyse Microsoftin menettelystä, jossa yhtiö integroi internetselaimensa, *Internet Explorerin*, oletusselaimeksi myymiinsä Windows-käyttöjärjestelmiin. Yhdysvaltain liittovaltio haastoi Microsoftin oikeuteen väittäen, että yhtiö rikkoi *Sherman Actin* kilpailunrajoituskiltoja. Tuomioistuimien katsoi, että Microsoft oli käyttänyt väärin määräävää asemaansa ja vääristänyt kilpailua toiminnallaan. Microsoft ei tarjonnut laitevalmistajille käyttöjärjestelmästänsä sellaista versiota, jossa ei olisi ollut Internet Exploreria. Internet Exploreria ei myöskään ollut mahdollista poistaa laitteista. Tapaus päättyi lopulta sovintoon liittovaltion kanssa.

Päätös Microsoftin haastamisesta ei aikanaan ollut aivan riidaton: monen mukaan kilpailuoikeudellinen väliintulo vahingoitti innovaatiota ja hidasti teknologia-alan kasvua. *Blumenthalin* ja *Wun* mukaan nämä pelot osoittautuivat kuitenkin aiheettomiksi, sillä Yhdysvaltojen teknologiasektori jatkoi kasvuaan uhkakuvista huolimatta. Heidän mukaansa tapaus osoitti, että kilpailuviranomaisilla täytyy olla rohkeutta puuttua suosittujenkin monopolistien kyseenalaiseen toimintaan. Lisäksi kirjoittajat huomauttavat, että kilpailuoikeus on liialti keskittynyt huomioimaan kuluttajille koituneen haitan vain hintojen kasvuna; myös Internet Explorer tarjottiin kuluttajille ilmaisena osana käyttöjärjestelmää.⁴⁹ Tässä tapauksessa tosin Microsoft peri käyttöjärjestelmästänsä lisenssimaksuja, jolloin internetselaimen kehittämisen ja ylläpidon kustannukset voitiin sisällyttää tähän hintaan.

⁴⁷ Sidak 2015, s. 689-690.

⁴⁸ Microsoft v U.S., Civil Action No. 98-1232 (TPJ), 1999.

⁴⁹ Blumenthal – Wu, the New York Times, 2018.

2.2 *Windows Media Player -tapaus*

Tapaus *Microsoft v. komissio*⁵⁰ on EU:n oikeuskäytännön klassikkoesimerkki määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettelytavasta, jota niin Euroopan komissio kuin Euroopan unionin tuomioistuin piti kiellettyinä sidontana, eli määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Tapauksessa oli kyse Microsoftin menettelytavasta sisällyttää kaikkiin Windows-käyttöjärjestelmiin Windows Media Player –mediasoitin. Komission mukaan Microsoft oli asettanut Windows-käyttöjärjestelmän toimittamisen edellytykseksi, että käyttöjärjestelmän lisäksi hankitaan myös Windows Media Player. Lisäksi Sun Microsystems, Inc. -niminen yhtiö teki komissiolle kantelun, jonka mukaan Microsoft ei ole toimittanut tarvittavia tietoja ja teknologiaa, jotta Sun Microsystemsin valmistamat työryhmäpalvelimille tarkoitetut käyttöjärjestelmät saataisiin yhteensopiviksi Windows-järjestelmää käyttävien henkilökohtaisten tietokoneiden (PC) kanssa. 24.3.2004 komissio teki päätöksen 2007/53/EY, jonka mukaan Microsoft on väärinkäyttänyt määräävää markkina-asemaansa, ja määräsi Microsoftille 497 196 304 euron sakot. Microsoft valitti tästä päätöksestä unionin tuomioistuimeen.

2.2.1 Kieltäytyminen tietojen luovutuksesta

EUT erotteli kyseisestä tapauksesta kolmet erilliset markkinat: PC-käyttöjärjestelmien markkinat (Windows), työryhmäpalvelimille tarkoitettujen käyttöjärjestelmien markkinat (Sun Microsystems) ja virtausmediasoitimien markkinat (Windows Media Player). Komissio on todennut, että Microsoftilla on ollut määräävä markkina-asema sekä PC-käyttöjärjestelmien, että työryhmäpalvelimien käyttöjärjestelmien markkinoilla. Komissio oli perustellut tulkintaansa sillä, että PC-käyttöjärjestelmien osalta Microsoftin markkinaosuus oli yli 90 prosenttia; sen markkinavoima on ollut *keskeytyksettä vakaa ja jatkuva*; välilliset verkostovaikutukset ovat aiheuttaneet erittäin merkittäviä esteitä kilpailijoiden markkinoille tulolle; ja verkostovaikutukset ovat johtuneet siitä, että käyttäjät arvostavat eniten alustoja, joilla voi käyttää useampia sovelluksia,

⁵⁰ T-201/04 Microsoft/Commission, 17.9.2007.

mistä johtuen sovellusten tekijät ovat valmistaneet paljon sovelluksia juuri PC-käyttäjärjestelmille.⁵¹ Työryhmäpalvelimien osalta komissio arvioi Microsoftin markkinaosuudeksi 60 prosenttia, minkä Microsoft kiisti ja väitti komission arvioineen markkinaosuuden liian suureksi ja ettei komission menetelmän perusteella saada lainkaan ”merkityksellistä tietoa määräävästä markkina-asemasta”.⁵² Tältä osin komissio vastasi, ettei markkinaosuuden laskutavalla ole arvioinnissa merkitystä, vaan sillä, että Microsoft on jo saavuttanut määräävän aseman markkinoilla asemaansa väärinkäyttäen ja tästä on seurannut riski kilpailun poistumisesta markkinoilta.⁵³ Komissio teki myös väitteen siitä, että tietojen luovuttamisesta kieltäytyminen on johtanut siihen, että markkinoille tulolle on syntynyt huomattavia esteitä. Lisäksi komissio katsoi, että näiden markkinoiden ja PC-käyttäjärjestelmien markkinoiden välillä on *vahvoja kaupallisia ja teknisiä yhteyksiä*.⁵⁴

Työryhmäpalvelimia koskevan kiistan osalta Microsoft väitti valituksessaan, ettei kieltäytyminen teknisten tietojen luovuttamisesta johtanut kilpailun poistumiseen markkinoilla, sillä vielä kuusi vuotta väitetyn kieltäytymisen jälkeen työryhmäpalvelimien käyttäjärjestelmien markkinoilla on toiminut useita kilpailijoita.⁵⁵ Komissio näpäytti Microsoftia vastauksessaan huomauttamalla, että EUT:n oikeuskäytännössä termeillä ”riski”, ”mahdollisuus” ja ”todennäköisyys” on sama merkitys, ja että Microsoftin tulkinta siitä, että määräävää asemaa käytettäisiin väärin vain, jos kilpailu on poistunut markkinoilta tai ainakin sen poistuminen uhkaisi välittömästi, on virheellinen.⁵⁶ Komissio oli tutkinnassaan tullut siihen tulokseen, että työryhmäpalvelimien markkinoilla toimineet kilpailijat olivat pystyneet säilyttämään vain marginaalisen markkina-aseman.⁵⁷

⁵¹ T-201/04 Microsoft/Commission, 17.9.2007, § 31.

⁵² Sama kuin yllä, § 450 ja 533.

⁵³ Sama kuin yllä, § 475.

⁵⁴ Sama kuin yllä, § 33.

⁵⁵ Sama kuin yllä, § 442.

⁵⁶ Sama kuin yllä, § 454-457.

⁵⁷ Sama kuin yllä, § 580.

2.2.2 Windows Media Player

Windows Media Playerin osalta komissio totesi, että mediasoittimien jakelukanavia loppukäyttäjille on monia: laitevalmistajat voivat asentaa nämä ohjelmat PC-koneisiin sopimusten nojalla; loppukäyttäjät voivat ladata mediasoittimen itse internetin kautta; minkä lisäksi mediasoittimia voi ostaa vähittäiskaupassa ja niitä voidaan myös markkinoida yhdessä muiden tuotteiden kanssa.⁵⁸ Tämä osoitti, että mediasoittimen sisällyttäminen valmiina Windows-käyttöjärjestelmään ei ollut ainoa mahdollinen ratkaisu tuotteen tuomiseksi markkinoille, ja että loppukäyttäjien oli mahdollista esimerkiksi ladata myös muita mediasoittimia internetistä, mistä syystä mediasoittimilla voitaisiin katsoa olevan omat, käyttöjärjestelmistä erilliset markkinansa. EUT katsoikin, että komissio oli perustellusti todennut, että ilman sidotun tuotteen itsenäistä kysyntää kysymyksessä ei voi olla erillinen tuote, eikä tällöin olisi kyse määrään markkina-aseman väärinkäytöstä ja kielletystä sidonnasta.⁵⁹ EUT totesi myös, että oikeuskäytännön mukaan markkinoilla toimivat itsenäiset yhtiöt, jotka valmistavat ja myyvät sidottua tuotetta, ovat vahva osoitus siitä, että tuotteelle on olemassa erilliset markkinat.⁶⁰ EUT totesi myös, että vaikka mediasoittimen lataaminen internetistä onkin yksi jakelukeino, on se keinona tehoton verrattuna laitevalmistajien suorittamaan mediasoittimen esiasennukseen nähden.⁶¹ Kilpailijoiden on muun muassa käytettävä huomattavia resursseja saadakseen käyttäjät hylkäämään esiasennetun oletusmediasoittimen.⁶²

Microsoft itse väitti, että Windows Media Player on yksi ”Windows-käyttöjärjestelmän pitkäaikaisimmista ominaisuuksista” ja että myös muut tärkeimmät henkilökohtaisiin tietokoneisiin tarkoitetut käyttöjärjestelmät sisältävät ”internetin välityksellä virtaustoistona vastaanotettavien sisältöjen mahdollistavan multimediatoinnin”, mistä voidaan tehdä johtopäätös, että tällaisen toiminnon sisällyttäminen käyttöjärjestelmään on yleinen kaupallinen käytäntö, ja että

⁵⁸ Sama kuin yllä, § 827-831.

⁵⁹ Sama kuin yllä, § 918.

⁶⁰ Sama kuin yllä, § 927.

⁶¹ Sama kuin yllä, § 1050.

⁶² Sama kuin yllä, § 1052.

kyseessä on käyttöjärjestelmälle ”luontainen ominaisuus” eikä erillinen tuote. Microsoftin näkemyksen mukaan komissio rankaisi määräävässä markkina-asemassa olevia yrityksiä tuotteiden parantelevasta uusien toimintojen lisäämisestä, edellyttäessään, että ne on voitava poistaa heti kun kolmas yritys saattaa markkinoille samankaltaiset toiminnot sisältävän tuotteen.⁶³ Komission mukaan Microsoft teki itse jaon käyttöjärjestelmän taustalla toimivan multimediarakenteen, joka toimii alustana multimediasovelluksille, sekä käyttöjärjestelmään sidotun mediasoitimen välillä.⁶⁴ EUT puolestaan katsoi, että Microsoftin väite siitä, ettei PC-käyttöjärjestelmälle, jonka mukana ei olisi valmiina tarjottu mediasoitinta, ollut kysyntää, olisi johtanut siihen, etteivät tällaiset mediasoitimen kaltaiset lisätuotteet muodostaisikaan omaa erillistä tuotetta, mikä oli vastoin EUT:n oikeuskäytäntöä.⁶⁵ EUT totesikin, että ”useat seikat, jotka liittyvät kyseisten tuotteiden luonteeseen ja teknisiin ominaisuuksiin, markkinoilla tehtyihin havaintoihin, kyseisten tuotteiden kehityshistoriaan sekä Microsoftin kaupalliseen käytäntöön, osoittavat virtausmediasoitimille olevan erillistä kulutuskysyntää”.⁶⁶ EUT totesi lopulta, että tuotteilla oli erilliset markkinat ja että mediasoitin ja käyttöjärjestelmä olivat kaksi erillistä tuotetta.⁶⁷ Lisäksi tuomioistuin totesi, ettei tuotteiden sisällyttäminen teknisesti toiseen tuotteeseen tarkoita, ettei tätä voitaisi pitää kahden erillisen tuotteen sidontana.⁶⁸ EUT huomautti myös, että vaikka tuotteiden sidonta olisi kauppatavan mukaista, voi sidonta tästä huolimatta täyttää väärinkäytön tunnusmerkit, jos sitä ei voida objektiivisin syin perustella.⁶⁹ Toisaalta EUT myös toteaa, että alalla, jolla Microsoftilla on 95 prosentin markkinaosuus, on vaikeaa puhua kauppatavasta.⁷⁰

Komissio arvioi määräävän markkina-aseman väärinkäytön rajaa sitomisen osalta neljän seikan perusteella, joiden kaikkien tulee täytyä väärinkäytön toteamiseksi: sitova ja sidottu tuote ovat kaksi erillistä tuotetta; kysymyksessä olevalla yrityksellä on määräävä asema sitovan tuotteen

⁶³ Sama kuin yllä, § 886-890.

⁶⁴ Sama kuin yllä, § 900.

⁶⁵ Sama kuin yllä, § 921.

⁶⁶ Sama kuin yllä, § 925.

⁶⁷ Sama kuin yllä, § 933.

⁶⁸ Sama kuin yllä, § 935.

⁶⁹ Sama kuin yllä, § 942.

⁷⁰ Sama kuin yllä, § 940.

markkinoilla; kyseinen yritys ei anna kuluttajille mahdollisuutta hankkia sitovaa tuotetta ilman sidottua tuotetta; kyseinen menettelytapa rajoittaa kilpailua. Lisäksi kyseisessä tapauksessa ei komission mukaan ollut objektiivisesti perusteltua sitoa tuotteita.⁷¹ Näihin arviointikriteereihin myös EUT yhtyi.⁷² EUT:n mukaan EY 82 artiklan lista määräävän markkina-aseman väärinkäytön tavoista ei ole tyhjentävä, joten sidonta voi olla kyseisen artiklan vastaista myös silloin, kun se ei vastaa listattuja esimerkkejä.⁷³

Komission mukaan Microsoft pakotti loppukäyttäjät hankkimaan Windows Media Playerin, koska Windows-käyttöjärjestelmää ei voinut hankkia ilman mediasoitinta. Lisäksi mediasoitinta ei ollut mahdollista poistaa. Laitevalmistajien oli komission täsmennyksen mukaan otettava Windowsin lisenssi, joka sisälsi Windows Media Playerin, ja toisaalta Microsoft ei myöntänyt lisenssiä ilman kyseistä mediasoitinta. Myöskään soittimen ilmaisuuteen ei komission mukaan voitu vedota, sillä mediasoitimen hinta oli todennäköisesti sisällytetty Windows-käyttöjärjestelmän kokonaishintaan. EY 82 artiklan sanamuotoa ei myöskään voitu komission mukaan tulkita siten, että kuluttajat tulisi pakottaa käyttämään tuotetta: riittää, että tuotteiden sidonta saattaa rajoittaa kilpailua.⁷⁴ Tuotteiden sidontaa koskevasta oikeuskäytännöstä ei EUT:n mukaan seuraa se, että kuluttajan olisi maksettava tietty hinta sidotusta tuotteesta, jotta lisäsuoritus velvoittaisi heitä EY 82 artiklan mukaisella tavalla. EUT oli komission kanssa yhtä mieltä siitä, että tuotteiden sidonnan sallittavuutta arvioitaessa ei merkitystä ole sillä, että kuluttajat voivat asentaa ja käyttää muiden sovelluskehittäjien mediasoitimia tietokoneellaan.⁷⁵

EUT totesi, että Windows Media Playerin asentaminen kaikkiin Windows-käyttöjärjestelmiin, joka on esiasennettuna valtaosassa myydyistä PC-tietokoneista, ilman mahdollisuutta poistaa tätä mediasoitinta, tarkoittaa käytännössä sitä, etteivät muut mediasoitimien jakelukeinot riitä vastapainoksi näin suurelle kattavuudelle ja kilpailun ylläpitämiselle.⁷⁶ Lisäksi tuomioistuin

⁷¹ Sama kuin yllä, § 842-843.

⁷² Sama kuin yllä, § 859.

⁷³ Sama kuin yllä, § 860-861.

⁷⁴ Sama kuin yllä, § 945-949.

⁷⁵ Sama kuin yllä, § 969-970.

⁷⁶ Sama kuin yllä, § 1036.

katsoi, ettei Microsoft voinut vedota siihen, että sidonta oli tarpeellista tuotteiden yhdenmukaisuuden vuoksi, sillä juuri tämä seikka, jonka perusteella Windows Media Player oli lähes kaikissa maailman PC-koneissa, oli nimenomaisesti yksi tärkeimmistä syistä sille, miksi tuotteiden sidonta on johtanut rajoittuneen kilpailun tilanteeseen ja kilpailijoiden markkinoilta syrjäyttämiseen. EUT ei myöskään voinut poissulkea sitä vaihtoehtoa, että kuluttajat saattoivat mieluummin haluta eri alustojen kilpailemista, mistä seuraisi innovaatioita ja näiden alustojen kehittymistä kuluttajien hyväksi.⁷⁷

Komissio oli tehnyt johtopäätöksensä sidonnan kilpailua rajoittavista vaikutuksista, johon myös EUT yhtyi. Komissio oli perustellut näkökantaansa seuraavasti:

- 1) Microsoft käytti henkilökohtaisiin tietokoneisiin tarkoitettua Windows-käyttöjärjestelmää jakelukanavana varmistaakseen merkittävän kilpailuedun mediasoittimien markkinoilla;
- 2) kyseisen tuotteiden sidonnan vuoksi Microsoftin kilpailijat ovat lähtökohtaisesti epäedullisessa kilpailuasemassa siinäkin tapauksessa, että niiden tuotteet olisivat ominaispiirteiltään Windows Media Playeria parempia;
- 3) Microsoft vääristää kuluttajia hyödyttävää tavanomaista kilpailumenettelyä, jossa voitaisiin varmistaa nopeammat innovaatiokierrot käymällä rajoittamatonta laatukilpailua;
- 4) kyseinen tuotteiden sidonta vahvistaa Windowsia suojaavia markkinoille pääsyn esteitä sisällön ja sovellusten osalta ja helpottaa vastaavien markkinoille pääsyn esteiden ilmenemistä Windows Media Playerin hyväksi;
- 5) Microsoft suojautuu mahdollisesti tehokkaampien mediasoittimien valmistajien aiheuttamalta toimivalta kilpailulta ja pienentää näin mediasoittimia koskevaan innovaatioon käytettyä työpainosta ja pääomaa;
- 6) Microsoft voi kyseisellä tuotteiden sidonnalla laajentaa vaikutusvaltaansa multimediaohjelmistojen lähimarkkinoilla ja heikentää näillä markkinoilla toimivaa kilpailua kuluttajien vahingoksi;
- 7) Microsoft antaa kyseisellä tuotteiden sidonnalla viestejä, jotka jarruttavat innovaatiotoimintaa kaiken sellaisen teknologian osalta, josta se voisi mahdollisesti kiinnostua ja jonka se voisi tulevaisuudessa sitoa Windowsiin.⁷⁸

Komissio arvosteli Microsoftia erityisesti siitä syystä, ettei Microsoft tarjonnut Windows-käyttöjärjestelmästänsä versiota, johon ei sisältynyt Windows Media Playeria. Microsoftilla oli siis edelleen mahdollisuus tarjota myös versiota, joka sisälsi kyseisen mediasoittimen.⁷⁹ Microsoft

⁷⁷ Sama kuin yllä, § 1151-1153.

⁷⁸ Sama kuin yllä, § 1088.

⁷⁹ Sama kuin yllä, § 1149.

itse vetosi ongelmiin, muun muassa Windowsin hidastumiseen, mikäli sen omaa mediasoitinta ei lisättäisi käyttöjärjestelmään, minkä osalta EUT totesi, ettei väitettä oltu näytetty toteen.⁸⁰

EUT hylkäsi Microsoftin väitteen määrätyn sakon kohtuuttomuudesta ja suhteettomuudesta, ja hylkäsi kanteen tältä osin perusteettomana.⁸¹ Vaikka tapauksessa onkin käsitelty erityisesti sitomista, joka on tarkoituksella jätetty tässä esityksessä pienemmälle huomiolle, on tapaus silti merkittävä lähde ja esimerkki EUT:n oikeuskäytännöstä, mistä syystä tuomiota voidaan käyttää hyödyksi myös Googlen tapauksen ja sitä kautta kielletyn niputtamisen arvioinnissa.

Tämän esityksen kannalta on kiinnostavaa seurata, kuinka komissio tulkitsee tapausta nimenomaan sitomisen kautta. Tapauksessa komissio näki, etteivät Windows-käyttöjärjestelmä ja siihen kuulunut Windows Media Player olisi yksi ja sama kokonaisuus, vaan ne nähtiin selkeästi kahtena eri tuotteena. Microsoftin näkökanta puolestaan oli, että kyseeseen tuli arvioitavaksi nimenomaan niputus, jossa kahta tuotetta ei voida irrottaa toisistaan: Windows Media Player oli yrityksen käsityksen mukaan käyttöjärjestelmään sisällytetty täysin olennainen osa kokonaisuutta, mikä sisältyi myös kilpaileviin käyttöjärjestelmiin. Komissio ei toisaalta missään vaiheessa väittänyt, ettei mediasoitin olisi olennainen ja tärkeä osa käyttöjärjestelmien toiminnallisuutta ja käyttökokemusta. Android ja Windows Media Player -tapauksien – ja tämän esityksen – kannalta on hedelmällistä vertailla niitä sekä sitomisen että niputtamisen kannalta, kuitenkin niin, että niputtamiselle annetaan etusija.

⁸⁰ Sama kuin yllä, § 1160.

⁸¹ Sama kuin yllä, § 1366-1367.

3 MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖ

3.1 Määräävä markkina-asema

3.1.1 Merkitykselliset markkinat

Määräävällä markkina-asemalla tarkoitetaan EU:n oikeuskäytännössä ”yrityksen taloudellista valta-asemaa, jonka perusteella se voi estää todellisen kilpailun relevanteilla markkinoilla, koska se voi toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaihinsa ja lopulta kuluttajiin”.⁸² Suomen kilpailulain (12.8.2011/948) 4 §:ssä määräävä markkina-asema on määriteltä ”yhden tai useamman elinkeinonharjoittajan taikka elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän koko maan tai tietyn alueen kattavaa yksinoikeutta tai muuta sellaista määräävää asemaa tietyillä hyödykemarkkinoilla, joka merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehdoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla”. Määräävää asemaa tai tällaisen aseman tavoittelua ei ole lailla kielletty, mutta määräävän aseman saavuttanut yritys joutuu kilpailuviranomaisen valvonnan alaiseksi.⁸³

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä arvioitaessa on keskeistä määrittää, millä markkinoilla yritys on tosiasiallisesti määräävässä asemassa. Tällöin kyseeseen tulee nimenomaan *merkityksellisten markkinoiden* määrittely. Merkityksellisiä markkinoita tarkasteltaessa otetaan huomioon muun muassa maantieteellisten ja tuotekohtaisten markkinoiden määrittely joiden kautta voidaan arvioida yrityksen markkinaosuus.⁸⁴ Merkityksellisiä markkinoita määritellesään komissio kiinnittää huomiota tuotteiden vastaavuuteen eli siihen, ovatko tuotteet keskenään vaihtokelpoisia (*interchangeability*). Tällöin vertaillaan tuotteiden kysyntää ja tarjontaa markkinoilla. Lisäksi komissio kiinnittää huomiota *tarjonnan korvattavuuteen*, jolla tarkoitetaan tavarantoimittajien mahdollisuutta vaihtaa tuotantonsa merkityksellisten tuotteiden tuotan-

⁸² 27/76 United Brands v komissio, 14.2.1978, § 65.

⁸³ Kuoppamäki 2018 (2), s. 251.

⁸⁴ Ojala 2006, s. 262.

toon ja saattaa nämä tuotteet markkinoille lyhyelläkin aikavälillä ilman merkittävien lisäkustannusten riskiä.⁸⁵ Tuotekohtaisilla markkinoilla komissio arvioi tuotteiden samankaltaisuutta, kun taas maantieteellisten markkinoiden osalta komission arviointi keskittyy sen alueen määrittelyyn, jolla kilpailevat yritykset operoivat tuotteiden ja palveluiden kannalta samankaltaisissa markkinaolosuhteissa. Määräävässä asemassa olevat yritykset pitävät kuitenkin komission tulkintaa merkityksellisten markkinoiden osalta usein liian suppeana.⁸⁶ Vaikka markkinaosuuden määrittelyllä on keskeinen osuus määräävää asemaa määrittäessä, ei määräävää asemaa pystytä todentamaan pelkän markkinaosuuden avulla.⁸⁷

3.1.2 Markkinavoima, riippuvuus ja markkinoille tulo

Määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on huomattava määrä *markkinavoimaa*. Taloustieteilijät eivät ole yksimielisiä siitä, mikä huomattavan markkinavoiman määritelmä on. Markkinavoimaa kun ei voi mitata matemaattisin keinoin. On kuitenkin olemassa tekijöitä, jotka mahdollistavat jonkinlaisen arvioinnin markkinavoiman suuruudesta.⁸⁸ Määräävä markkina-asema ei yleensä perustu monopoliasemaan, vaan pikemminkin tosiasialliseen markkinoiden hallintaan esimerkiksi kilpailijoihin nähden taloudellisen tai teknologisen ylivoimaisuuden vuoksi. Määräävän markkina-aseman ja markkinavoiman määrittelyssä tulee ottaa huomioon muun muassa kilpailijoiden lukumäärä markkinoilla, mutta myös markkinaosuuksien, alalle pääsyn esteiden, kilpailullisten etujen ja yrityksen käyttäytymisen selvittämistä sekä alalla käytävän kilpailun sisäisten rakenteiden, logiikan ja niiden kehitykseen vaikuttavien tekijöiden selvittämistä. Kun kilpailulain mukaisessa määritelmässä korostetaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen mahdollisuutta vaikuttaa oman alansa kilpailuolosuhteisiin, on EUT määritellyt määräävän markkina-aseman siten, että se on tuomioistuimen mukaan yritykselle

⁸⁵ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, 9.12.1997, § 20.

⁸⁶ Craig – de Búrca 2015, s. 1056-1060.

⁸⁷ Ojala 2006, s. 262.

⁸⁸ Goyder – Albors-Llorens 2009, s. 13.

taloudellisen vallan tuoma asema, jonka johdosta yritys voi estää tehokkaan kilpailun markkinoilla ja pystyy näin käyttäytymään riippumattomana kilpailijoista, asiakkaista ja viime kädessä myös kuluttajista.⁸⁹ *Kuoppamäen* mukaan kielletyn ja sallitun markkinavoiman hyödyntämisen sekä liiallisen markkinavoiman raja on arvostuskysymys, johon saadaan käytännössä ratkaisu vain tuomioistuinten päätöksillä. Tuomioistuimien päätöksillä tulkitsee kilpailuoikeudellisia kieltoja, joilla pyritään luomaan sääntelyn yleiset puitteet.⁹⁰

Myös asiakkaiden huomattava ostovoima voi vaikuttaa siihen, kuinka paljon yrityksellä tosiasiallisesti on markkinavoimaa. Tällöin siis korkeatkaan markkinaosuudet eivät välttämättä tarkoita automaattisesti sitä, että näennäisesti määräävässä asemassa olevalla yrityksellä olisi aidosti markkinavoimaa. Tätä asiakkaiden vaikutusta kilpailutilanteeseen kutsutaan komission tiedonannossa *tasapainottavaksi neuvotteluvoimaksi*.⁹¹ Tällainen neuvotteluvoima voi olla seurausta asiakkaiden koosta tai niiden merkityksestä määräävässä asemassa olevalle yritykselle. *Alkio* ja *Wik* mainitsevat esimerkkinä Suomen vähittäiskaupan markkinat, joissa tuotteen myyntimenestys voi riippua täysin siitä, pääseekö se myyntiin suurimpiin kauppaketjuihin valikoimiin vai ei.⁹²

(Kilpailu- ja kuluttajavirasto, Dnro 660/14.00.10/2017, 2018, § 182, 391-394) Tapauksessa oli kyse rakennusyhtiöiden YIT Oyj:n ja Lemminkäinen Oyj:n sulautumisesta. Yhtiöiden markkinaosuus yli 50 miljoonan euron arvoisista infrahankkeista oli yhteensä 58 prosenttia. Kilpailu- ja kuluttajavirasto katsoi, että asiakkailla voi olla niin vahva asema suhteessa keskittymään, että ne voivat käyttää neuvotteluvoimaansa tasapainottamaan kilpailulle haitallisia vaikutuksia. Rakentamisen markkinoilla tällaista neuvotteluvoimaa on erityisesti merkittävillä julkisilla tahoilla, kuten valtiolla. Suuretkin yritykset joutuvat hyväksymään hankintalakien mukaiset ehdot, jolloin kyseessä on niin sanottu ota tai jätä -tilanne. Lisäksi merkittävä osa asiakkaista tilaa suuria rakennushankkeita hyvin harvoin.⁹³

⁸⁹ *Kuoppamäki* 2018 (2), s. 255-256. Ks. oikeuskäytännöstä myös *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* 85/76, 1979.

⁹⁰ *Kuoppamäki* 2003, s. 90-91.

⁹¹ Komission tiedonanto: Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, 9.2.2009, § 18.

⁹² *Alkio – Wik* 2009, s. 317.

⁹³ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 26.1.2018.

Määräavältä markkina-asemalta edellytetään lisäksi ainakin jonkinasteista pysyvyyttä. Vahvasti dynaamisilla ja muuttuvilla markkinoilla markkina-asemien nopeakin vaihtuminen on todennäköisempää kuin vasta kypsävillä markkinoilla, ja uudet innovaatiot voivat merkittävästi vaikuttaa yritysten markkina-asemiin. Erityisesti älypuhelin teknologia on esimerkki tällaisesta nopean muutoksen alasta, jolla määrävän aseman voi menettää nopeastikin.⁹⁴ Hyvänä esimerkkinä tästä toimivat Nokian matkapuhelimet, joiden markkinaosuus oli parhaimmillaan noin 40 prosenttia.⁹⁵ Nykyään Nokialla ei ole omaa matkapuhelintoimintaa, joskin suomalainen *HMD Global Oy* valmistaa lisenssillä Nokia-merkkisiä älypuhelimia.

(COMP/M.6281-Microsoft/Skype, 2011, § 83) The innovation cycles in these [communication services] markets are short. As a result, software and platforms are constantly being developed. Innovators generally enjoy a short lead in the market.

Oikeuskäytännön mukaan yrityksen voidaan lähtökohtaisesti olettaa olevan määrävässä asemassa markkinoilla, jos yrityksen markkinaosuus ylittää 50 prosenttia. Määrävää markkina-asemaa voidaan puolestaan pitää erityisen vahvana, jos markkinaosuus ylittää 80 prosenttia. Tätä suuremmat markkinaosuudet viittaavat jo miltei monopoliasemaan.⁹⁶ Määrävä markkina-asema voidaan kuitenkin saavuttaa oikeuskäytännön mukaan myös jo alle 40 prosentin markkinaosuudella. Käytännössä markkinaosuuden täytyy siis olla suhteellisesti huomattavasti suurempi kilpailijoihin nähden.⁹⁷ Esimerkiksi 50 prosentin markkinaosuus voi vaikuttaa aivan erilaiselta, jos lähimmän kilpailijan markkinaosuus on 35 prosenttia, verrattuna tilanteeseen, jossa pienten kilpailijoiden markkinaosuus olisi vain 5-10 prosenttia. EUT onkin oikeuskäytännössään todennut, että markkinaosuus mittaa kilpailijoiden mahdollisuutta haastaa määrävässä asemassa oleva yritys.⁹⁸ Määrävässä markkina-asemassa olevan yrityksen haastamisen mahdollisuutta on EUT:n oikeuskäytännössä korostettu.

⁹⁴ Oinonen 2016, s. 160.

⁹⁵ Aalto-Setälä – Virtanen 2016, s. 350-351.

⁹⁶ Wikberg 2011, s. 257.

⁹⁷ Whish – Bailey 2012, s. 183.

⁹⁸ Aalto-Setälä – Virtanen 2016, s. 350.

(85/76 Hoffman-La Roche/Commission, 1979, § 89-90) Tuomioistuimen mukaan yksinomaista hankintaa koskevat sitoumukset ovat yhteensopimattomia sen kanssa, että kilpailun yhteismarkkinoilla tulisi olla vääristymätöntä, riippumatta siitä, saadaanko sitoumusten vastineena alennuksia tai uskollisuusalennuksia, joiden tarkoitus on kannustaa ostajaa hankkimaan tuotteensa yksinomaisesti kyseiseltä määräävässä asemassa olevalta yritykseltä, koska nämä sitoumukset eivät perustu mainitun haitan tai edun oikeuttavan vastasuorituksen saantiin, vaan niiden tarkoituksena on poistaa hankintalähteitä koskeva ostajan valinnanmahdollisuus tai rajoittaa sitä sekä estää toisten tuottajien markkinoille pääsy, sellaisia poikkeustapauksia lukuun ottamatta, joiden perusteella yritykset saattavat tehdä sopimuksia ottaen huomioon perustamissopimuksen 85 artiklan ja erityisesti sen 3 kohdan.

(T-210/01 General Electric/Commission, 2005, § 86-87) Tuomioistuimen mukaan määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä voi olla kyse, kun yritys, jolla on määrävä markkina-asema, vahvistaa tätä asemaansa niin paljon, että siten saavutetun määrävyyden aste rajoittaa olennaisesti kilpailua, jolloin markkinoilla voisivat pysyä ainoastaan sellaiset yritykset, jotka toiminnassaan ovat riippuvaisia määrävässä asemassa olevasta yrityksestä.⁹⁹

(C-3/37.792 Microsoft/Commission, 2004, § 435) Very large market shares, of over 50%, are considered in themselves, and but for exceptional circumstances, evidence of a dominant market position. Market shares between 70% and 80% have been held to warrant such a presumption of dominance. Microsoft, with its market shares of over 90%, occupies almost the whole market – it therefore approaches a position of complete monopoly, and can be said to hold an overwhelmingly dominant position.

Määrävän markkina-aseman merkityssisältö voidaan nähdä kiistanalaisena: yhtäältä kauppakumppanin näkökulmasta määrävä markkina-asema ilmenee riippuvuutena määrävässä asemassa olevasta yrityksestä, kun määrävässä asemassa oleva yritys voi vaikuttaa markkinoiden hintatasoon ja tuotteiden toimitusehtoihin. Toisaalta kilpailevien yritysten näkökulmasta määrävässä asemassa olevan yrityksen on mahdollista sulkea ne ulos markkinoilta tai ainakin olennaisesti vaikeuttaa niiden toimintaa.¹⁰⁰ Määrävän markkina-aseman perustaminen riippuvuuteen voidaan niin ikään asettaa periaatteena suurennuslasin alle, sillä ainakaan kilpailulain 4 §:stä tai EU:n kilpailuoikeudesta tämän periaatteen perustaa ei suoraan ilmene. Elinkeinonharjoittaja voi olla riippuvainen toisesta elinkeinonharjoittajasta myös muusta syystä kuin toisen

⁹⁹ Ks. Barents 2017, s. 451.

¹⁰⁰ Kuoppamäki 2018 (2), s. 247.

määrävästä asemasta markkinoilla, esimerkiksi kuluttajien mieltymyksestä, tiedollisten ja taidollisten erojen tai immateriaalioikeuksien vuoksi. Riippuvuutta liittyy kuitenkin aina jossain määrin määrävän markkina-aseman väärinkäyttötilanteisiin.¹⁰¹

(T-219/99 British Airways, 2003, § 214-216) BA liikennöi vuonna 1995 kaiken kaikkiaan 92:ta Heathrow'n lentokentältä lähtevistä 151 kansainvälisestä lentoreitistä ja 43:a Gatwickistä lähtevistä 92 reitistä eli moninkertaisesti niiden yhteyksien määrän, joita sen kolme tai neljä varteenotettavinta kilpailijaa liikennöi näiltä kahdelta lentokentältä. Tuomioistuimen mukaan BA:n liikennöimien reittien kokonaisuudesta lennoilla, jotka suuntautuivat Yhdistyneiden kuningaskuntien lentokentille ja lähtivät niiltä, seurasi se päällekkäisvaikutus, että matkustajat ostivat suurimaksi osaksi BA-lentolippuja Yhdistyneessä kuningaskunnassa toimivien matkatoimistojen välityksellä ja vastaavasti syntyi ainakin yhtä monta liiketoimea BA:n ja näiden matkatoimistojen välille lentoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen suorittamista ja erityisesti BA-lentolippujen myyntiä varten. Tästä seurasi tuomioistuimen mukaan väistämättä se, että nämä toimistot ovat huomattavalta osin riippuvaisia tuloista, joita ne saavat BA:lta vastineeksi suorittamistaan lentomatkoihin liittyvistä matkatoimistopalveluista.¹⁰²

Taloustieteen näkökulmasta katsottuna määrävässä asemassa olevan yrityksen riippumattomuudella ei *Bishopin* ja *Walkerin* mukaan ole merkitystä jaotellaessa yrityksiä dominantteihin ja ei-dominantteihin yrityksiin, sillä mikään yritys ei ole aidosti riippumaton asiakkaistaan ja kuluttajista: yleensä yritykset voivat hinnoitella tuotteensa huomattavan korkeaksi vain silloin, jos se samalla tyytyy pienempiin myyntimääriin. Kirjoittajien mukaan yritys on taloudellisesta näkökulmasta riippuvainen myös kilpailijoistaan – pois lukien monopolit – sillä kilpailijat markkinoilla syövät yrityksen myyntimääriä. Tämä pätee myös määrävässä asemassa olevaan yritykseen, oli markkinoilla kilpailua tai ei, sillä jossain vaiheessa liian korkeat hinnat syövät väistämättä myyntimääriä, jolloin huomattavan korkeat hinnat eivät ole enää kannattavia. Siinä määrin yrityksen kykyä hinnoitella tuotteensa tavanomaista korkeammalle tai säädellä tuotteiden määrää markkinoilla on seurausta tietynlaisesta riippumattomuudesta, mutta tarkemmin riippumattomuuden voisi tällöin ilmaista vapautena kilpailullisista rajoituksista.¹⁰³

Kilpailevien yritysten markkinoille tulon ja niiden toiminnan laajentamisen mahdollisuus ovat myös keskeinen osa määrävän markkina-aseman arviointia. Mikäli kilpailevan yrityksen

¹⁰¹ Sama kuin yllä, s. 259-260.

¹⁰² Ks. van der Woude – Jones 2017, s. 155.

¹⁰³ Bishop – Walker 2010, s. 228.

markkinoille tulo estyy, pystyy määräävässä asemassa oleva yritys käyttämään markkinavoimaansa hyödyksi täydellä potentiaalillaan, mikä puolestaan mahdollistaa rahastamisen korkeammilla hinnoilla kuin aidon kilpailun tilanteessa olisi mahdollista. Jos kilpailijoilla on mahdollisuus päästä markkinoille, on määräävässä asemassa olevan yrityksen oltava tarkkana hintojensa korottamisen suhteen, jotta kilpailijoiden laajennetun tuotannon ja sitä kautta halvempien hintojen houkuttelemat asiakkaat eivät karkaisi, mikä näin ollen pienentäisi myös määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinaosuutta. Markkinoille tulon on oltava tarpeeksi nopeaa, kestävää, laajaa ja voimakasta, jotta sillä olisi hillitsevä vaikutus määräävässä asemassa olevan yrityksen markkinavoiman hyväksikäyttöön. Markkinoille tulon helppous rajoittaakin määräävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuuksia käyttää asemaansa liialti omaksi edukseen. Markkinoille tulon hidasteita tai jopa suoranaisia esteitä ovat muun muassa tiettyjen markkinoiden laajan tuotannon vaatimukset, jakelujärjestelmiin pääsy sekä asiakkaille uuteen toimittajaan ja tuotantovälineistöön vaihtamisesta ja sitä kautta henkilöstön kouluttamisesta ja investoinneista koituvat kustannukset.¹⁰⁴

3.2 *Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö*

3.2.1 Määritelmä

Suomessa määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä säädetään Suomen kilpailulain 7 §:ssä, jonka sanamuoto on otettu Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (2012/C 326/1 SEUT) 102 artiklasta, ja tässä pykälässä on määritelty määräävän markkina-aseman väärinkäyttö. Sen mukaan yhden tai useamman elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kielletty. Tällaista väärinkäyttöä voi lain mukaan olla esimerkiksi kohtuuttomien osto- ja myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen; tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi; tai sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppataivan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen. Googlen Android –tapauksessa

¹⁰⁴ Oinonen 2016, s. 163-164.

sekä sitomista ja niputtamista koskevissa tapauksissa yleisesti kyseeseen tulee sovellettavaksi juurikin kyseisen lainkohdan viimeinen kohta, jolla kielletään sopimuksen kohteeseen liittyvät lisäsuoritukset. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon perustana on Suomen lainsäädännössä kilpailulle haitallisten menettelytapojen toteaminen tai ainakin niiden vahingolliseksi oletaminen, kun yritys, jolla on verraten paljon markkinavoimaa, noudattaa tällaisia menettelytapoja.¹⁰⁵ Määräävän markkina-aseman väärinkäyttäminen on objektiivinen käsite, eikä väärinkäytön toteaminen edellytä moraalista tuomittavuutta. Väärinkäytön toteaminen ei siis käytännössä edellytä tarkoituksellista määräävän aseman väärinkäyttöä, vaan jo pelkkä yrityksen käyttäytymisestä aiheutuneiden tosiasiallisten vaikutusten toteennäyttö riittää.¹⁰⁶

Määräävää markkina-asemaa voidaan käyttää väärin monella tavalla, ja väärinkäytön eri muodot on oikeuskirjallisuudessa yleensä tiivistetty *markkinavoiman hyväksikäyttötilanteisiin* sekä *markkinoita sulkeviin menettelyihin*. Markkinavoimaa käytetään pääasiallisesti hyväksi tuotteiden hinnoittelun avulla muun muassa kohtuuttoman hinnoittelun, hintaruuvien ja hintasyrjinnän muodossa.

Kohtuutonta hinnoittelua ovat muun muassa kohtuuttoman korkeiden tai alhaisten hintojen asettaminen, mitä kutsutaan myös *saalistushinnoitteluksi*. Alhaisten hintojen tarkoituksena voi olla pienempien kilpailijoiden karkottaminen markkinoilta, kun nämä kilpailijat eivät riittämättömien resurssiansa takia pysty vastaamaan hintakilpailuun. Koska saalistushinnoittelu tulee luonnollisesti sitä käyttävälle yritykselle erittäin kalliiksi, tarvitaan tällaiseen toimenpiteeseen yleensä huomattavaa markkinavoimaa.¹⁰⁷ On lisäksi epävarmaa, voiko yritys paikata saalistushinnoittelun aiheuttamia tulonmenetyksiä myöhemmällä hinnankorotuksella.¹⁰⁸ Toisaalta saalistushinnoittelu on epävarma keino kilpailun vähentämiseksi myös siitä syystä, että hintojen korottaminen voi ajaa asiakkaat uusien kilpailijoiden tuotteiden käyttäjiksi. Määräävässä ase-

¹⁰⁵ Kuoppamäki 2018 (2), s. 292.

¹⁰⁶ Oinonen 2016, s. 166.

¹⁰⁷ Aine 2016, s. 526-527.

¹⁰⁸ Craig – de Búrca 2015, s. 1083.

massa olevalle yritykselle ideaalissa tilanteessa saalistushinnoittelulla pyritään vain rankaisemaan pienempää kilpailijaa, joka on koittanut kilpailla markkinoilla alhaisilla hinnoillaan. *Kuoppamäen* mukaan kyseessä voi siis olla muistutus kilpailijalle siitä, ettei isommalleen kannata ryppyillä.¹⁰⁹

Komissio puuttuu määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaan, jos on olemassa todisteita siitä, että yritys harjoittaa saalistushinnoittelua siten, että se tekee tarkoituksellisesti tappiota tai ainakin luopuu voitoista lyhyellä aikavälillä sulkeakseen kilpailijoita markkinoilta ja vahvistaakseen määräävää asemaansa. Useimmissa tapauksissa kyse on saalistushinnoittelusta, jos yritys myy tuotteitaan keskimääräisiä vältettävissä olevia kustannuksia halvemmalla. Komissio tutkii myös, vähentääkö yrityksen menettelytapa kilpailuun ryhtymisen todennäköisyyttä. Tämä ei edellytä kilpailijoiden poistumista markkinoilta, vaan jo kovan kilpailun estäminen ja yhdenmukaiseen hinnoitteluun pakottaminen riittävät komission väliintulon syyksi. Kuluttajille aiheutuvaa haittaa komissio arvioi sen perusteella, voiko yritys olettaa markkina-voimansa olevan saalistushinnoittelukäytännön jälkeen suurempi kuin ilman tällaista menettelyä, eli onko yritys hyötynyt tappiollisesta myynnistä. Riittävää on, että menettely todennäköisesti estäisi tai viivyttäisi hintojen halpenemista, joka olisi toteutunut ilman saalistushinnoittelua. Komissio voi kuitenkin ottaa arviossaan huomioon tällaisesta hinnoittelukäytännöstä johtuvat väitetyt tehokkuusedut.¹¹⁰

Saalistushinnoittelun tunnusmerkkeihin kuuluvat siis selektiivinen hinnanalennus; hintojen laskeminen tasolle, joka on yritykselle kannattamatonta; toimenpiteiden kohdistaminen tiettyyn kilpailijaan; ja hinnanalennuksen kompensoituminen kilpailun rajoittamisesta saatavalla hyödyllä. Saalistushinnoittelulle ei kuitenkaan ole oikeuskirjallisuudessa löydetty yhtä oikeaa, tarkkaa määritelmää, mutta edellä mainitut tunnusmerkit pätevät yleisesti. EUT:n ratkaisukäytän-

¹⁰⁹ *Kuoppamäki* 2018 (2), s. 343-344.

¹¹⁰ Komission tiedonanto: Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, § 64-74.

nössä ei määritelmässä ole myöskään otettu huomioon Amerikkalaisen oikeuskäytännön tunnusmerkistössä esiintyvää saalistushinnoittelusta koituvien kustannusten takaisinsaantia, mikä *Kuoppamäen* mukaan lienee järkevää.¹¹¹

Aineen mukaan saalistushinnoittelu on taloustieteellisestä näkökulmasta katsoen haasteellinen ilmiö käsiteltäväksi, ja sitä on taloustieteessä jäsennelly monella eri tapaa. On ristiriitaista kiellettyä alhainen hinnoittelu, josta kuluttajat hyötyisivät, mutta josta samalla pienemmät kilpailijat kärsivät.¹¹² Sinänsä hinnalla kilpaileminen on sallittua, mistä syystä sallitun ja kielletyn hintakilpailun välillä tehtävä vertailu on haastavaa. EUT:n mukaan kiellettyä on hinnoittelu alle keskimääräisten muuttuvien kustannusten.¹¹³

(C-62/86 AKZO/Commission, 1991, § 70) Tuomioistuimen mukaan perustamissopimuksen 86 artiklassa kielletään määräävässä asemassa olevaa yritystä syrjäyttämästä kilpailijaa ja vahvistamasta siten asemaansa muilla kuin laatukilpailussa käytettävillä keinoilla. Tältä kannalta tarkastellen kaikkea hintakilpailua ei kuitenkaan voida pitää laillisena.

(C-333/94 Tetra Pak/Commission, 1995, § 44) Tuomioistuimen mukaan ei ollut tarkoituksenmukaista vaatia lisänäyttönä sen osoittamista, että Tetra Pakilla oli todellinen mahdollisuus saada tappionsa takaisin. Saalistushinnoittelu on voitava sanktioida heti, kun on olemassa kilpailijoiden syrjäyttämisen vaara.

(T-340/03 France Télécom/Commission, 2007, § 266) Tuomioistuimen mukaan sen väitteen osalta, jonka mukaan kuluttajille ei aiheutunut sen hinnoittelukäytännöstä haittaa vaan päinvastoin hyötyä, on aiheellista muistuttaa, että yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että EY 82 artiklassa tarkoitetaan paitsi sellaisia menettelytapoja, jotka ovat omiaan aiheuttamaan välitöntä vahinkoa kuluttajille, myös sellaisia menettelytapoja, jotka aiheuttavat kuluttajille vahinkoa vaikuttamalla haitallisesti toimivan kilpailun rakenteeseen.¹¹⁴

(Valio, korkeimman hallinto-oikeuden päätös, Dnro 2553/3/14, 2016, § 869-870) Tapauksessa oli kyse siitä, onko Valio Oy:n hinnoittelukäytäntö ollut EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti saalistushinnoitteluna pidettävää määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä tilanteessa, jossa Valion valmistamien perusmaitojen keskimääräiset hinnat olivat olleet keskimääräisiä kustannuksia alemmat. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan EUT:n oikeuskäytännöstä ei ole löydettävissä tukea sille, että saalistushinnoittelun toteamiseksi tulisi tarkastella sellaisia vaihtoehtoisia kustannuksia tai sellaisia tuottoja, jotka merkitsevissä määrin perustuvat tai liittyvät yhtiön toimintaan

¹¹¹ Sama kuin yllä, s. 344-345.

¹¹² *Aine* 2016, s. 527.

¹¹³ *Aine* 2013, s. 231.

¹¹⁴ Ks. *Barents* 2017, s. 474-476.

asian kannalta merkityksellisten markkinoiden ulkopuolella. Oikeuskäytännön mukaan saalistushinnoittelu on itsenäinen määräävän markkina-aseman väärinkäytön muoto. Korkein hallinto-oikeus hylkäsi Valion valituksen.¹¹⁵

Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi käyttää myös alennusjärjestelmiä, joiden ehtona on tietynlainen ostokäyttäytyminen. Asiakas voi tällöin saada alennuksen esimerkiksi siinä tapauksessa, että sen ostot ylittävät tietyn rajan tietyn ajanjakson sisällä. Myös toimituksista tai liikesuhteista kieltäytyminen ilman hyväksyttävää syytä voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, sillä kieltäytyminen liikesuhteista on vahingollista sellaisille yrityksille, joilla ei ole käytössään korvaavaa vaihtoehtoa määräävässä asemassa olevan yhtiön tarjoamalle hyödykkeelle.¹¹⁶

Koska Euroopan markkinat ovat älypuhelimien käyttöjärjestelmien osalta jaettu pääosin Googlen Android- ja Applen iOS-järjestelmien kesken, voitaisiin markkinoita kutsua jopa *oligopolistisiksi*. Oligopolilla tarkoitetaan markkinoita, joilla toimii vain muutama myyjä, ja jossa näillä myyjillä on keskenään valta määrätä tuotteiden hinnoista.¹¹⁷ Toisin sanoen näillä yrityksillä on luonnollisesti suuri markkinaosuus.¹¹⁸ Tiukat oligopolit johtavat herkästi terveen kilpailun häiriöön, kun kilpailevien yritysten markkinoille tulo estyy. Myös tietojen vaihto tiukoissa oligopoleissa johtaa todennäköisemmin kilpailua rajoittaviin vaikutuksiin, sillä avoimuus tiukan oligopolin sisällä lisää yritysten mahdollisuuksia yhteen sovittaa toimintaansa ja pitää näin määräävä asema itsellään.¹¹⁹ Valtaosa asiantuntijoista on sitä mieltä, että markkinat eivät voi kilpailun näkökulmasta toimia oikein, jos markkinoilla on vain muutama yritys, sillä nämä yritykset tulevat huomaamaan yhteiset intressinsä ja sovittavat toimintansa niin, että ny-

¹¹⁵ Valio, korkeimman hallinto-oikeuden päätös, Dnro 2553/3/14, 2016.

¹¹⁶ Raitio 2016, s. 734.

¹¹⁷ Business Jargon: Oligopoly Market.

¹¹⁸ Ojala 2006, s. 13.

¹¹⁹ Komission tiedonanto 2011/C 11/01, § 79.

kyinen markkinatilanne säilyisi, eikä uusien kilpailijoiden olisi mahdollista tulla markkinoille.¹²⁰ Osa asiantuntijoista on kuitenkin sitä mieltä, että myös oligopolistisilla markkinoilla voi olla toimivaa kilpailua.¹²¹

Markkinoita sulkevilla menettelyillä viitataan tilanteisiin, joissa yrityksen tai yritysten toiminta sulkee kilpailevia yrityksiä markkinoilta. Tämä voi olla täysin normaalin kilpailun tulos, jossa vähemmän tehokkaat yritykset joutuvat poistumaan markkinoilta.¹²² Lisäksi on huomattava, että määräävässä asemassa markkinoilla X oleva yritys ei saa pyrkiä laajentamaan määräävää asemaansa markkinoille Y esimerkiksi tuotteiden sitomisen avulla, jolloin kyseessä olisi markkinoilla X olevan markkinavoiman kielletystä hyödyntämisestä. Muussa tapauksessa kilpailuviranomainen ei kuitenkaan voi puuttua tilanteeseen, jossa yritys on määräävässä asemassa vain markkinoilla X, muttei markkinoilla Y.¹²³ Niin kutsuttu *ristisubventointi*, jossa määräävässä asemassa oleva yritys siirtää varojaan toisilla markkinoilla toimivalle omalle yritykselle, jotta tällä olisi varaa hinnoitella tuotteensa erityisen alhaiseksi näillä markkinoilla, on myös kielletty.¹²⁴

Tiivistetysti sanoen määräävän markkina-aseman väärinkäytön arvioinnissa otetaan muun kilpailulainsäädännön mukaisesti huomioon nimenomaisesti tehokkaalle kilpailulle aiheutettu haitta: yksittäisille kilpailijoille aiheutunut haitta ei vielä ylitä väärinkäytön kynnystä.¹²⁵ Toisaalta voidaan ajatella, että sitomisesta voivat hyötyä sekä yritys että asiakkaat, kun liiketoimien kustannukset laskevat ostettaessa kaikki asiakkaan tarpeen kannalta relevantit tuotteet samalla kertaa. Toisaalta *Maier-Rigaud* ja *Schwalbe* ovat sitä mieltä, että määräävää markkina-asemaa väärinkäyttävän sitomisen hyödyt saavutettaisiin myös sallitulla niputtamisella.¹²⁶

¹²⁰ Bork 1993, s. 102

¹²¹ Monti 2007, s. 309.

¹²² Oinonen 2016, s. 172-173.

¹²³ Aalto-Setälä – Virtanen 2016, s. 361-362.

¹²⁴ Kuoppamäki 2018 (2), s. 347-348.

¹²⁵ Oinonen 2016, s. 167.

¹²⁶ Ashton – Henry 2013, s.233.

3.2.2 Valvonta ja seuraamukset

Tehokas kilpailu näkyy kuluttajan arjessa selkeimmin alhaisena hintatasona, mutta myös laadukkaina tuotteina ja laajana tuotevalikoimana. Kilpailevan yrityksen näkökulmasta kilpailu markkinoilla tehostaa toimintaa ja painostaa kehittämään yhä parempia tuotteita ja suurempaa valikoimaa. Ideaalissa kilpailutilanteessa on siis kyettävä vastaamaan kilpailevien yritysten tarjontaan tekemällä itse vielä parempi tarjous. Yrityksen voiton maksimoinnin tavoittelu voi kuitenkin herkästi johtaa kilpailua vääristävien keinojen käyttämiseen. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö houkuttaaakin yrityksiä juuri siksi, että väärinkäyttämällä asemaansa yritys voi saavuttaa etuja, joita se ei ideaalin kilpailun tilanteessa saavuttaisi. Väärinkäytön seuraukset ulottuvat aina kuluttajaan, joka joutuu maksamaan tuotteesta korkeamman hinnan.¹²⁷ Toisaalta säädöksiin on alun perin ollut tarkoitus suojella jo kilpailua itseään, sillä terve kilpailu heijastuu luonnollisesti positiivisesti myös kuluttajien arkeen.

(T-219/99 British Airways/Commission, 2003, § 311) Koska EY 82 artiklassa kielletään jo pelkkä kilpailurakenteiden vahingoittaminen, British Airwaysin perustelua, jonka mukaan asiassa ei ole esitetty näyttöä sen palkkiojärjestelmästä kuluttajille aiheutuneista vahingoista, ei voida hyväksyä.¹²⁸

EU-tasolla kilpailun valvontaa ja tutkintaa hoitaa Euroopan komissio yhdessä kansallisten kilpailuviranomaisten kanssa. Tämä valta komissiolla on ollut vuodesta 1962 lähtien.¹²⁹ Suomessa kilpailunrajoituksia selvittävä viranomaisena on kilpailu- ja kuluttajavirasto, joka voi määrätä seuraamuksia kielletyn kilpailunrajoituksen soveltamisesta. Elinkeinonharjoittajalle tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymälle voidaan määrätä seuraamusmaksu, jonka suuruus perustuu kokonaisarviointiin, jossa otetaan huomioon kilpailunrajoituksen laatu, laajuus, rikkomuksen moitittavuuden aste ja kestoaika. Maksu on enintään 10 prosenttia kunkin kilpailunrajoitukseen osallistuneen elinkeinonharjoittajan liikevaihdosta siltä vuodelta, jona elinkeinonharjoittaja

¹²⁷ Oinonen 2016, s. 167-168.

¹²⁸ Ks. Barents 2017, s. 451.

¹²⁹ Euroopan komission julkaisu 2014, s. 3.

syöllistyi rikkomukseen.¹³⁰ Markkinaoikeus määrää seuraamusmaksun kilpailu- ja kuluttajaviraston esityksestä, ja seuraamusmaksu maksetaan valtiolle.¹³¹

Komission määräämät sakot Googlelle ovat ennätyskellisen suuret. Seuraamusmaksujen suuruudesta puhuttaessa on kysyttävä, ovatko tällaiset maksut ennakoitavissa? Mikäli yrityksen ei ole tosiasiallisesti mahdollista arvioida ja ennakoida seuraamusmaksujen suuruutta, tällaiset maksut herättävät luonnollisesti kysymyksiä niiden oikeellisuudesta. Seuraamusmaksun suuruutta määriteltäessä komissio ottaakin huomioon muun muassa kilpailurikkomuksen piiriin kuuluvien tuotteiden myyntimäärät ja rikkomuksen ajallisen keston. Seuraamusmaksua voidaan myös alentaa tai korottaa rikkomuksen laadusta ja vakavuudesta riippuen.¹³² Ennakoitavuus oli yksi syys sille, miksi komissio otti käyttöön sakkosuuntaviivat.¹³³

Komission on myös mahdollista tehdä asiassa päätös, jolla se velvoittaa kilpailusääntöjä rikkoen yrityksen sitoutumaan rikkomisen lopettamiseen ja toteuttamaan keinoja, joilla kyseiset kilpailua rikkovat menettelyt voitaisiin jatkossa ehkäistä (*sitoumuspäätös*). Komissio voi aloittaa tutkinnan uudelleen, mikäli yritys rikkoo sitoumusta, tai jokin tapauksen tosiseikka muuttuu olennaisesti.¹³⁴

Komission tiedonannosta¹³⁵ selviävät ne tekijät, joita komissio tarkastelee arvioitaessa sitä, sulkeeko väitetty määräävän markkina-aseman väärinkäyttö markkinoita. Arvioinnissa otetaan

¹³⁰ Kilpailu- ja kuluttajaviraston pääjohtaja *Kirsi Leivo* on kritisoinut kilpailurikkomuksista määrättäviä sakkoja Suomessa. Hänen mukaansa nykyinen sakkokäytäntö ei toimi pelotteena suomalaisille yrityksille, koska sakkojen määrää ei voida arvioida ennalta, ja toisaalta ne eivät ole riittävän suuret. Leivon mukaan Suomessakin tulisi ottaa käyttöön EU:n komission kilpailurikkomuksissa käyttämät sakkosuuntaviivat, joissa sakkojen määräytyminen on selkeämpää. Ks. Tammilehto: Pääjohtaja haluaa suitsia koronkiskontaa: ”Pikavippitoiminnan sääntelyä on kiristettävä kiireesti”. Kauppalehti, 15.10.2018.

¹³¹ Hoppu – Hoppu 2016, s. 448.

¹³² Fines for breaking EU Competition Law 2011.

¹³³ Wils 2016, s. 330.

¹³⁴ Mylly 2006, s. 367. Ks. myös Neuvoston asetus N:o 1/2003, 16.12.2002, § 9. Sitä, miten sitoumuspäätökset ja muut korjaustoimenpiteet ovat toimineet kilpailua tervehdyttävänä keinoina, ei käsitellä tässä esityksessä. Yleisesti ottaen prosessit ovat joka tapauksessa kaikkien osapuolien kannalta todella pitkiä ja kalliita.

¹³⁵ Komission tiedonanto: Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, § 20-21.

huomioon määrävssä asemassa olevan yrityksen asema; olosuhteet merkityksellisillä markkinoilla; määrävssä asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden asema; asiakkaiden tai tuotantopanosia toimittavien asema; väitetyn määrävän aseman väärinkäytön laajuus; mahdolliset todisteet todellisesta markkinoiden sulkemisesta; sekä välittömät todisteet markkinoiden sulkemiseen tähtäävästä strategiasta. Komissio tutkii tapausta ottaen huomioon sekä edellä esitetyt tekijät sekä muut asianmukaiseksi katsomansa tekijät ja vertaa nykyistä ja todennäköistä tulevaa tilaa markkinoilla, sekä tilannetta, jossa yritys olisi toiminut vaihtoehtoisesti, esimerkiksi jättänyt toteuttamatta tutkittavana olevan menettelytapansa.

Komission ei tarvitse tehdä yksityiskohtaista arviointia ennen kuin voidaan todeta, että menettelytapa todennäköisesti aiheuttaa haittaa kuluttajille. Menettelyllä todetaan olevan kilpailuvastaisia vaikutuksia, jos sen tehokkuusetuja ei voida todistaa, esimerkiksi tilanteessa, jossa määrävssä asemassa oleva yritys estää asiakkaita kokeilemasta kilpailijoiden tuotteita tai tarjoaa kannustimia sillä ehdolla, että asiakas jättää kokeilematta kilpailevaa tuotetta tai viivyttää kilpailevan tuotteen markkinoille tuloa.¹³⁶

Määrävän markkina-aseman väärinkäytöllä voi olla myös sopimusoikeudellisia vaikutuksia. SEUT 102 artiklasta ei samalla tavalla johdu varsinaista pätemättömyyssäännöstä, kuin EU-oikeudessa on tulkittu artiklan 101 osalta. Koska määrävän markkina-aseman väärinkäyttö on kielletty jo kiellon itsensä vuoksi, voidaan väärinkäytön osalta *Havun* mukaan todeta suoraan, ettei tästä johtuvia toimia voida toimeenpanna tuomioistuimessa, ja näin ollen määrävän markkina-aseman väärinkäytöstä johtuen teko tai sopimus on itsessään pätemätön. Sopimusehdon pätemättömyyteen on siis mahdollista vedota.¹³⁷ Tämä todetaan myös Suomen kilpailulain 8 §:ssä. On kuitenkin huomattava, että määrävää markkina-asemaa voidaan käyttää väärin myös ilman nimenomaisia sopimusjärjestelyjä, mistä syystä kilpailuoikeudellisten pätemättömyysseuraamusten määrittelyssä on EU:n oikeuskäytännössä omaksuttu toisistaan poikkeavia ratkaisuja. Systemaattisen pätemättömyysseurauksen kohdentaminen vaatii *Aineen* mukaan katta-

¹³⁶ Sama kuin yllä, § 22.

¹³⁷ Havu 2013, s. 119.

van arviointikehikon, jossa otetaan huomioon pätemättömyysseurauksen merkitys lainsäädännössä olevan kiellon tarkoituksen toteutumisen kannalta; pätemättömyysseuraamuksen merkitys määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon tehokkuuden kannalta; otetaan kantaa pätemättömyysseurauksen kohtuullisuuteen sopimusosapuolten kannalta; sekä tarkastellaan vilpittömän mielen asemaa seuraamusharkinnassa.¹³⁸ Myös vahingonkorvaukset voivat tulla kyseeseen yksityisten osapuolten välillä, jos määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on aiheuttanut kilpailijalle konkreettista vahinkoa.¹³⁹

(T-219/99 *British Airways/Commission*, 2003, § 243) Tuomioistuimen mukaan määräävän markkina-aseman olemassaolo ei voi viedä tällaisessa asemassa olevalta yritykseltä oikeutta suojella kaupallisia intressejään silloin, kun niitä uhataan, ja että tällaiselle yritykselle on kohtuullisessa määrin myönnettävä mahdollisuus toteuttaa kyseisten intressien suojaamiseksi aiheelliseksi katsomiaan toimenpiteitä, tällaista käyttäytymistä ei kuitenkaan voida hyväksyä silloin, kun sen nimenomaisena tarkoituksena on tämän määräävän markkina-aseman vahvistaminen ja sen väärinkäyttö.¹⁴⁰

EU:n kilpailuoikeuden täytäntöönpanouudistuksen jälkeen elinkeinonharjoittajilla itsellään on ollut suurempi vastuu olla itse tietoisena kilpailuoikeuden tuntemuksestaan ja soveltamiskäytännöstä omaan toimintaansa. Elinkeinonharjoittajat eivät Havun mukaan ole kuitenkaan aina tietoisia kilpailuoikeudellisesta merkityksestä yksittäisessä tilanteessa siitäkin huolimatta, että selvitystyöhön olisi käytetty merkittävä määrä resursseja, sillä kilpailuoikeus on ikään kuin harmaata aluetta, josta ei ole säädetty tyhjentävästi ja jota tulkitaan nimenomaisesti oikeuskäytännön kautta. Tietämättömyys ei kuitenkaan ole syy jättää kielletyksi katsottua tekoa sanktioimatta.¹⁴¹

Kilpailua tehostavien mekanismien puolestapuhujat ovat sitä mieltä, että taloudellisten resursien ja liiallinen markkinoiden keskittyminen muutamien suuryritysten käsiin johtaa epätervee-

¹³⁸ Aine 2013, s. 199-206.

¹³⁹ Vrcek 2010, s. 288.

¹⁴⁰ Ks. Barents 2017, s. 457.

¹⁴¹ Havu 2013, s. 87.

seen vallan tavoitteluun: yrityksen johtoporras voi koittaa vaikuttaa poliittiseen päätöksenteoon saadakseen aikaiseksi yritystään hyödyttävää lainsäädäntöä.¹⁴² Esimerkiksi *Wu* luennoi kirjansa *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* pohjalta suurten monopolististen yritysten markkinavoimasta, joka uhkaa erityisesti Yhdysvaltojen demokratiaa ja poliittisia prosesseja. Wun mukaan yrityksillä ja teollisuudella on liikaa valtaa yhteiskunnallisessa päätöksenteossa ilman todellisia rangaistuksia kyseenalaisen toiminnan seurauksena. Hänen mukaansa on selvää, että markkinoiden keskittyessä ja tuloerojen kasvaessa perinteinen kilpailuoikeus ei enää pysty puuttumaan tällaiseen kehitykseen. Kilpailuoikeuden tavoite on ollut liiallisen taloudellisen keskittymisen ehkäiseminen, mutta kilpailuoikeutta on itsessään tarkasteltu liian suppeasti, eikä se siksi ole enää tehokas työkalu monopolistisia yrityksiä vastaan.¹⁴³ Myös *Kha* esittää huolensa erityisesti *Amazonin* markkinavoimasta ja siitä, miten kilpailuoikeus ei ole pystynyt suojelemaan kuluttajia ja pureutumaan yhtiön kyseenalaisiin toimiin ja laajemmin modernin talouden rakenteellisiin ongelmiin. Hän esittää, että kuluttajien suojelemisen sijaan kilpailuoikeuden tulisi suojella itse kilpailun rakenteita ja prosesseja.¹⁴⁴ Niin kutsuttujen *FAANG-yhtiöiden* (*Facebook*, *Apple*, *Amazon*, *Netflix* ja *Google*)¹⁴⁵ kasvava valta on pelottanut myös Eurooppalaisia kansallisia viranomaisia. Muun muassa Saksassa kilpailuviranomainen määräsi Facebookia muuttamaan toimintatapojaan kuluttajien yksityisyyden ja tietosuojan varmistamiseksi.¹⁴⁶

Toisen näkemyksen mukaan laajan tuotannon edut, taloudelliset resurssit tutkimuksen tekemiseksi sekä kansainvälisen kilpailun haasteet vaativat yleensä myös suuren yrityskoon. Tällöin määräävästä markkina-asemasta voi olla hyötyäkin.¹⁴⁷ Kilpailuoikeuden nykyhaasteisiin kuuluukin eron tekeminen hyödyllisen ja haitallisen kilpailua rajoittavan toiminnan poissulkemisen

¹⁴² Kuoppamäki 2018 (2), s. 249.

¹⁴³ Wu 2018.

¹⁴⁴ Kha 2017.

¹⁴⁵ Nimitystä on käytetty yleisesti muun muassa eri medioissa. Ks. esimerkiksi Fletcher 2018.

¹⁴⁶ Hern 2019. Yhdysvaltalaiset yhtiöt eivät kuitenkaan ole ainoita, jotka maailmalla on koettu uhaksi. Esimerkiksi kiinalainen *Huawei* on noussut otsikoihin, kun muun muassa Yhdysvallat on syyttänyt yhtiötä vakoilusta. Huawei onkin erinomainen esimerkki Kiinan kasvavasta mahdista suurten teknologiayhtiöiden markkinoilla. Ks. esim. Matikainen 2019.

¹⁴⁷ Kuoppamäki 2018 (2), s. 249.

välillä.¹⁴⁸ Koska kilpailuoikeuden tarkoituksena on kuluttajien hyvinvointi, ei pelkällä pienemmän kilpailijan markkinoiden ulkopuolelle sulkemisella voida päätellä, että määräävällä markkina-asemalla olisi itsessään negatiivinen vaikutus: kuluttajien mieltymykset ja asenteet vaikuttavat tutkitusti heidän ostopäätöksiinsä, joilla luonnollisesti on markkinoita vahvasti ohjaava vaikutus.¹⁴⁹ Myös tehokkaan toiminnan mielekkyys vähentyisi, jos dominanssin saavuttamisesta markkinoilla rangaistaisiin liikaa.¹⁵⁰ Myös SEUT 102 artiklaan on suhtauduttu skeptisesti, sillä sen on katsottu suojaavan kilpailijoita, eikä itse kilpailua. Komission ja EUT:n ratkaisukäytännössä voidaan kuitenkin nähdä selkeä linja itse kilpailun rakenteiden suojelemiseksi.¹⁵¹

Kilpailijoiden väheneminen ei myöskään aina tarkoita kilpailun tehokkuuden vähentymistä. *Bishop* ja *Walker* mainitsevat tästä esimerkkinä tilanteen, jossa kilpailijat päättävät tehdä yhteistyötä tutkimus- ja kehitystyössä, jolloin yhdistettyjen immateriaalioikeuksien ansiosta nämä entiset kilpailijat pystyvät tuomaan markkinoille uusia, laadukkaita tuotteita, joita nämä eivät olisi voineet tuottaa yhdessä. Tästä menettelytavasta hyötyvät lopulta kuluttajat, ja sitä kautta menettelyllä voidaan katsoa olevan kilpailulle suotuisia vaikutuksia. Kirjoittajat ovat yhtä mieltä *Borkin* kanssa siitä, ettei ”tehokas kilpailu” (*effective competition*) ole terminä sopiva kilpailuoikeudellisiin tarkoituksiin, sillä mikään yritys tai kaupallinen yksikkö ei voisi olla olemassa ilman jonkin asteista kilpailijoiden karsimista.¹⁵²

3.2.3 Immateriaalioikeudet

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö voi vaikuttaa myös immateriaalioikeuksiin, ja näihin oikeuksiin liittyvät kysymykset ovat olleet aina vain ajankohtaisempia nopean teknologisen kehityksen seurauksena – hyvänä esimerkkinä Microsoftin Windows Media Player -tapaus.

¹⁴⁸ Sama kuin yllä, s. 294.

¹⁴⁹ Ks. esim. Solomon – Hogg 2006, s.137-163.

¹⁵⁰ Kuoppamäki 2018 (2), s. 293-294.

¹⁵¹ Whish – Bailey 2012, s. 196-197.

¹⁵² Bishop – Walker 2010, s. 17-18. Ks. myös Bork 1993.

Immateriaalioikeuksien väärinkäyttötilanteet liittyvätkin usein sidontaan ja niputtamiseen¹⁵³, mutta myös patentteihin. Patentin luoma yksinoikeus tiettyyn keksintöön tai tuotteeseen ei automaattisesti johda määräävän markkina-aseman toteamiseen, mutta määräävä asema saattaa syntyä tällaisen yksinoikeuden seurauksena. Pelkkä patentin tarkoittama yksinoikeus ei sellaisenaan ole kilpailunrajoitus kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta katsottuna, mutta yksinoikeuden hyväksikäyttö voi johtaa kilpailuoikeudelliseen väliintuloon siitäkin huolimatta, että käyttö tapahtuisi yksinoikeuden puitteissa. Kuitenkin, mikäli määräävää asemaa ei voitaisi todistaa, ei väärinkäyttötilanteisiin voida puuttua EU:n kilpailuoikeudellisin keinoin.¹⁵⁴

Yksi varhaisimpia immateriaalioikeuksiin ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön liittyviä olennaisia tapauksia on *International Business Machines (IBM) v. komissio*¹⁵⁵, joka päättyi sovintoon ja josta ei koskaan tehty virallista päätöstä. Syytteen alla olivat erityisesti kaksi koh-
taa: määräävässä markkina-asemassa olevan IBM:n käytäntö sisällyttää muistitoiminto tietokoneen keskusprosessorin hintaan ja muistin erikseen myymisestä kieltäytyminen, mikä tunnettiin käytäntönä nimeltä *memory bundling (muistiniputus)*; sekä IBM:n käytäntö olla antamatta tietoa IBM:n tietokoneiden käyttöliittymästä ennen koneiden markkinoille tuloa, mikä asetti IBM:n laitteiden kanssa yhteensopivien laitteiden valmistajat epäedulliseen asemaan. Sovinnon ehtona oli, että IBM muuttaa toimintatapojaan kyseisten kohtien osalta. Komissio myös pidatti oikeuden avata juttu uudelleen, mikäli IBM:n käytös ei vastaisi sovinnon ehtoja. Tapauksen myötä kävi selväksi komission intressi valvoa määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintaa, kun tällainen yritys kieltäytyy myymästä kahta toisiinsa liittyvää tuotetta erikseen, tai kun pienemmät alan yritykset ovat mukauttaneet tuotteensa siten, että ne ovat yhteensopivia määräävässä asemassa olevan yrityksen tuotteiden kanssa, mikä tekee näistä yrityksistä riippuvaisia määräävässä asemassa olevan yrityksen teoista ja tuotteista.¹⁵⁶

¹⁵³ Wikberg 2011, s. 306-307.

¹⁵⁴ Oesch – Kokko 2017, s. 263-265.

¹⁵⁵ IBM v. Commission, asia 60/81, 1981.

¹⁵⁶ Goyder – Albors-Llorens 2009, s. 341-343.

Erinomainen esimerkki immateriaalioikeuksiin liittyvästä sidonnasta on myös *Hilti AG v. Commission*, jossa työkaluja valmistava Hilti oli sitonut valmistamansa naulapysyn kauppaan myös yrityksensä valmistamia nauloja. Hilti perusteli sitomista muun muassa turvallisuussyillä, sillä muiden valmistajien naulat olisivat Hiltin mukaan saattaneet aiheuttaa vaaratilanteen nau-lapysyissä käytettäessä. Hilti myös kritisoi komission näkemystä siitä, että naulapysyjen ja nau-lojen markkinat olisivat erilliset. Muiden valmistajien naulat eivät kuitenkaan todistettavasti olleet aiheuttaneet sen enempää vaaraa naulainta käytettäessä, kuin Hiltin omatkaan naulat, mistä syystä Hilti tuomittiin lopulta sakkoihin.¹⁵⁷

(C-170/13 Huawei Technologies, 2015, § 47) Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on kuitenkin myös niin, että immateriaalioikeuden haltija voi käyttää yksinoikeuttaan siten, että poikkeuk-sellisissa olosuhteissa sitä voidaan pitää SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä.¹⁵⁸

Immateriaalioikeuden haltijan voidaan katsoa rikkoneen määräävän markkina-aseman väärin-käytön kieltoa EUT:n oikeuskäytännöstä syntyneen niin kutsutun *Magil*-testin arvion perus-teella:

The legitimate owner of an IPR who finds himself in a dominant position on the market is said to abuse such position if: a) he is found to be the exclusive holder of raw material or input *essential* to run a certain business on the market and such input is not *duplicable*; b) his behaviour prevents the coming into the market of a product for which there is potential consumer demand; c) the refusal to license has no legitimate business justification; d) his behaviors had deliberately pur-sued the goal of reserving to himself a *downstream* market by foreclosing competition to other potential rivals.¹⁵⁹

Väärinkäytön raja kulkee siis oikeuskäytännön mukaan siinä, onko immateriaalioikeuden koh-teena oleva tuotantopanos (*input*) *välttämätön* markkinoilla toimimisen kannalta. Lisäehtona on, ettei tällaista tuotantopanosista ole mahdollista *toisintaa*, vaan ainoastaan oikeuden haltijalla

¹⁵⁷ KKV, Muut määräävän markkina-aseman väärinkäytön muodot. Ks oikeuskäytännöstä myös *Hilti AG v Commission* T-30/89, 12.12.1991.

¹⁵⁸ Ks. Barents 2017, s. 545.

¹⁵⁹ *Arezzo* 2006, s. 486. Ks oikeuskäytännöstä myös *Magill v. Radio Telefís Eireann (RTE)* C-241/91 P ja C-242/91 P, 6.4.1995.

on mahdollisuus luoda immateriaalioikeuden alainen tuote ja määrätä siitä markkinoilla relevantilla tavalla. Esimerkkinä tästä voidaan pitää Googlen Android -alustalla toimivaa Play Storea, jonka kautta kaikki Android-puhelimen sovellukset tulee ladata.

Asiassa *Ranska v. komissio*¹⁶⁰ EUT totesi, että oikeudenhaltijan oikeus määrätä oikeuden käytöstä ja kieltää kolmansia osapuolia valmistamasta, myymästä tai maahantuomasta oikeudella suojattuja hyödykkeitä muodostaa immateriaalioikeuden ydinsisällön, mistä syystä lisensioinnista kieltäytymistä ei itsessään voida pitää määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Mielivaltaiset toimituksista kieltäytymiset tai kohtuuton hinnoittelu ovat tuomion mukaan määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä.¹⁶¹ Määrävässä asemassa olevalla yrityksellä on velvollisuus noudattaa hinnoittelussaan johdonmukaista, läpinäkyvää ja kohtuullista menettelytapaa, jolla varmistetaan, ettei laadultaan ja määrältään samoja hyödykkeitä hankkivien asiakkaiden maksamien hintojen välille muodostu perusteettomia hintaeroja.¹⁶² Kiellettyä ei siis edelleenkään ole määrävä markkina-asema, vaan tuotannon tai tarjonnan rajoittaminen niin, että siitä koituisi vahinkoa kuluttajille.¹⁶³

(T51/89 Tetra Pak/Commission, 1990, § 23) Tuomioistuimen mukaan pelkkä määrävässä markkina-asemassa olevan yrityksen eksklusiivinen lisenssi ei *per se* tarkoita SEUT 102 artiklan mukaista väärinkäyttöä. SEUT 102 artiklan soveltamista arvioitaessa tulee ottaa huomioon lisenssin hankinnassa vallinneet olosuhteet ja erityisesti hankinnan vaikutukset kilpailurakenteisiin relevantilla markkinoilla, esimerkiksi se, että eksklusiivisen lisenssin hankinta ei vain vahvista määrävää markkina-asemaa vaan sillä on myös estävä tai ainakin huomattavan viivyttävä vaikutus kilpailijoiden tuloon markkinoille, joilla kilpailua ei sanottavammin ole.¹⁶⁴

Virtanen toteaa väitöskirjassaan, että määrävä markkina-asema on voitu saavuttaa historiallisen kehityksen kautta syntyneestä tehokkuuteen ja muihin kilpailuetuihin perustuen. Tämä saattaa *Virtasen* mukaan kuitenkin mahdollistaa kilpailun kannalta epäterveen määrävän aseman

¹⁶⁰ Komissio v. Ranska C-23/99, 26.9.2000.

¹⁶¹ Wikberg 2011, s. 307.

¹⁶² Haarmann – Mansala 2012, s. 182.

¹⁶³ Wikberg 2011, s. 307.

¹⁶⁴ Ks. Barents 2017, s. 554-555.

pysyvyyden. Toisaalta yksittäisiin tuote- tai markkinakohtaisiin tapauksiin liittyen ei taloustieteellä ole antaa vastausta siihen, missä menee raja ohimenevän ja pysyvän kauden välillä. Määrävässä asemassa oleva yritys voi vahvistaa asemaansa jatkuvalla tuotekehityksellä siten, että se pystyy lopulta hallitsemaan kaikkia potentiaalisia kehityslinjoja markkinoilla olevien tuotteiden osalta. Tällöin pidempiaikainen patenttien hallinta voi antaa määrävässä asemassa olevalle yritykselle suojan kilpailua vastaan, mikä varmistaa yrityksen määrävän aseman jatkosakin. Kysymys kuuluu, tulisiko yritystä rangaista määrävästä asemasta, vaikka se ei etukäteen olisikaan osannut ennakoida toimiensa synnyttävän määrävän markkina-aseman? Määrävän aseman haitallisuudesta ei ole taloustieteellä suoraa vastausta, ja tätä kysymystä tulisikin Virtasen mukaan ratkoa aina erikseen jokaisen tapauksen kohdalla.¹⁶⁵ Toisaalta esimerkiksi patenttien osalta on ongelmallista, ettei määrävässä asemassa oleva yritys saisi käyttää immateriaalioikeuksiaan täysimääräisesti hyödyksi: koko immateriaalioikeuksien idea kun on taata yksinoikeus käyttää tiettyä oikeutta hyväkseen. Näin palkitaan hyödyllisen idean keksijä luovuudesta ja tutkimukseen käyttämästä resurssien määrästä.¹⁶⁶

3.2.4 Erityinen velvollisuus ja objektiivinen välttämättömyys

Oikeuskäytännön mukaan määrävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta tai vääristää kilpailua. Tarkkaa sisältöä tälle velvollisuudelle ei kuitenkaan ole määritelty oikeuskäytännössä tai lainsäädännössä, vaan sen määrittelemine on aina tapauskohtaista punnintaa. Käytännössä tämä voi tarkoittaa esimerkiksi määrävässä asemassa olevan yhtiön velvollisuutta olla kieltäytymättä tekemästä sopimusta kolmannen osapuolen kanssa, tai estää sen pääsyä tuotannon kannalta tärkeisiin tulonlähteisiin. Haastavan arvioinnista tekee tilanne, jossa määrävässä asemassa oleva yritys joutuu vastaamaan kohtaamaansa kilpailuun, mutta jolla on samaan aikaan erityinen velvollisuus olla haittaamatta kilpailua. Oikeuskäytännön valossa määrävässä markkina-asemassa oleva yhtiö voi vastata tällaiseen kilpailuun ja puolustaa omia kaupallisia intressejään *kohtuullisessa määrin*. Kohtuullisuuden arviointi on tapauskohtaista. Kiellettyä on kuitenkin suoraan käyttää väärin määrävää

¹⁶⁵ Virtanen 2001, s. 222-223.

¹⁶⁶ Keeling 2003, s. 376-377.

markkina-asemaa: ainoastaan kilpailuun vastaaminen on sallittua.¹⁶⁷ Erityinen velvollisuus olla rajoittamatta markkinoita voisi tarkoittaa sitä, ettei määräävässä asemassa oleva yritys saisi millään tavoin haitata pienempien kilpailijoiden toimintaa. Tällainen tulkinta on lainsäädännönkin osalta mahdollinen, sillä kilpailulain 7 §:ssä ja SEUT 102 artiklassa on todettu tiettyjen menettelytapojen olevan ”erityisesti” määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Lista näistä menettelytavoista ei ole tyhjentävä.¹⁶⁸

(T-201/04 Microsoft/Commission, 2007, § 229) Tuomioistuimen mukaan on muistettava, että vaikka yrityksen määräävän markkina-aseman toteaminen ei sellaisenaan ole kyseisen yrityksen kannalta syytös, sillä on kuitenkin erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla, riippumatta siitä, mihin tämä asema perustuu. Mikäli esillä olevassa asiassa näytetään, että nykyisellä yhteentoimivuuden asteella Microsoftin kanssa kilpailevat palvelimille tarkoitettujen käyttöjärjestelmien suunnittelijat eivät voi pysyä elinkelpoisina näiden käyttöjärjestelmien markkinoilla, tästä seuraa, että toimivan kilpailun säilymistä näillä markkinoilla on haitattu.

(C-52/09 TeliaSonera Sverige, 2011, § 24) SEUT 102 artiklaa on tulkittava niin, että sillä ei tarkoiteta ainoastaan menettelyjä, jotka voivat aiheuttaa välitöntä vahinkoa kuluttajille... vaan myös menettelyjä, jotka aiheuttavat vahinkoa kuluttajille kilpailua rajoittamalla. Vaikka SEUT 102 artiklassa ei näet kielletä yritystä hankkimasta omilla ansioillaan määräävää asemaa markkinoilla ja sitäkin suuremmalla syyllä tällaisen aseman olemassaolon toteaminen ei sinänsä merkitse minäänlaista moitetta asianomaista yritystä kohtaan...tällaisessa asemassa olevalla yrityksellä on kuitenkin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua sisämarkkinoilla.¹⁶⁹

Joskus määräävässä asemassa olevan yhtiön kielletyiltä vaikuttavalle toiminnalle voidaan katsoa löytyvän *oikeuttamisperusteita*. Tällöin säännösten kieltämä menettely onkin voinut olla laillista: objektiivisesti tarkasteltuna perustellut toimet ovat sallittuja, jos ne ovat olleet välttämättömiä ja oikeassa suhteessa asetettuun tavoitteeseen nähden. Lisäksi menettelystä on voinut seurata huomattavaa toiminnan tehostamista. Objektiivista välttämättömyyttä tarkasteltaessa ja arvioitaessa on otettava huomioon erityisesti määräävässä asemassa olevan yrityksen ulkopuoliset tekijät. Välttämättömyys voikin johtua esimerkiksi terveys- tai turvallisuussyistä.¹⁷⁰ Tosin

¹⁶⁷ Oinonen 2016, s. 169-170.

¹⁶⁸ Aalto-Setälä – Virtanen 2016, s. 360-361.

¹⁶⁹ Ks. Barents 2017, s. 448-449.

¹⁷⁰ Oinonen 2016, s. 170-171.

komission tiedonannon mukaan yritys ei voi kuitenkaan itse linjata, mitkä tuotteet ovat vaarallisia turvallisuudelle tai kansanterveydelle, ja sulkea tuotteita markkinoilta näillä perusteilla, vaan tämä tehtävä kuuluu viranomaisille.¹⁷¹ EUT ei hyväksynyt *Hiltin*¹⁷² ja *Tetra Pakin*¹⁷³ tapauksissa väitteitä tuotteen turvallisuusriskeistä arvioitaessa sitomisen sallittavuutta, koska kuluttajia olisi voinut informoida vaarasta tai yritys olisi voinut vaatia lainsäätäjää laatimaan uusia lakeja turvallisuutta koskien. Näillä argumentein näyttäisi *Korahin* mukaan siltä, että mikä tahansa muu keino olisi vähemmän kilpailua rajoittavampi kuin pelkkä vetoaminen turvallisuustai terveysyihin.¹⁷⁴ Myös *Monti* kiinnittää huomiota siihen, kuinka objektiivista välttämättömyyttä arvioitaessa komissio kääntää tästä todistustaakan yrityksille. Lisäksi yritysten mahdollisuudet puolustaa menettelyään onnistuneesti ovat oikeuskäytännön perusteella olleet vähäiset.¹⁷⁵

(C-52/09 *TeliaSonera Sverige*, 2011, § 75-76) Tapauksessa oli kyse SEUT 102 artiklan tulkinnaasta siltä osin, oliko TeliaSoneran ADSL-jälleenmyyntituotteiden myynnissä tukkumarkkinoille sekä loppukäyttäjien markkinoille myynnissä soveltama erilainen hinnoittelu määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Tuomioistuimen mukaan yritys voi vapaasti osoittaa, että sen hinnoittelukäytäntö on taloudellisesti perusteltu, vaikka sillä onkin syrjäyttävä vaikutus. Tuomioistuin totesi myös, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttöön ottama hinnoittelukäytäntö, jolla voi olla markkinoilta syrjäyttävä vaikutus, taloudellista perustetta arvioitaessa on otettava huomioon kyseiseen erityistapaukseen liittyvät olosuhteet kokonaisuudessaan. Tässä yhteydessä on määritettävä, voidaanko tällaisesta käytännöstä seuraava kilpailulle haitallinen syrjäyttävä vaikutus tasoittaa tai jopa poistaa tehokkuuseduilla, jotka koituvat myös kuluttajan eduksi. Mikäli kyseisen käytännön syrjäyttävällä vaikutuksella ei ole mitään yhteyttä markkinoille ja kuluttajille koituviin etuihin tai se ylittää sen, mitä näiden etujen saavuttamiseen tarvitaan, mainittua käytäntöä on pidettävä [määräävän markkina-aseman] väärinkäyttönä.

(C-333/94 P *Tetra Pak/Commission*, 1996, § 37) Tuomioistuimen mukaan [perustamissopimuksen] lista määräävän markkina-aseman väärinkäyttötilanteista ei ole tyhjentävä. Vaikka kahden

¹⁷¹ Komission tiedonanto: Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, § 29.

¹⁷² *Hilti v. Commission* T-30/89, § 118.

¹⁷³ *Tetra Pak v. Commission* C-333/94P, § 36 & T-83/91, § 138-141.

¹⁷⁴ *Korah* 2007, s. 165.

¹⁷⁵ *Monti* 2007, s. 203.

tuotteen sidonta olisi kauppataivan mukaista, tai kun näiden kahden tuotteen välillä on luonnollinen yhteys, tällainen myynti voi silti täyttää [perustamissopimuksen] 86 artiklassa tarkoitetun väärinkäytön tunnusmerkit, jollei sitä voida perustella objektiivisilla syillä.¹⁷⁶

(T-336/07 Telefónica and Telefónica de España/Commission, 2012, § 366) Tuomioistuimen mukaan nopeasti kasvavat markkinat eivät ole syy jättää soveltamatta kilpailuoikeudellisia sääntöjä, kun arvioidaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.

(T-286/09 Intel/Commission, 2014, § 186) Silloin kun määräävässä asemassa oleva yritys panee käytännössä täytäntöön menettelytavan, jolla kilpailua pystytään rajoittamaan, se, että konkreettisia vaikutuksia ei ole saavutettu, ei ole riittävä peruste katsoa, että EY 82 artiklaa ei ole sovellettava.¹⁷⁷

Komissio katsoo tiedonannossaan, että voidakseen objektiivisesti perustella markkinoilta sulkevia menettelytapoja tehokkuusetiihin vedoten, tulee tiettyjen edellytysten täytyä:

- 1) tehokkuusetuudet ovat toteutuneet tai todennäköisesti toteutuvat menettelytavan tuloksena. Niitä voivat olla esimerkiksi hyödykkeiden laadun tekniset parannukset tai tuotanto- tai jakelukustannukset;
- 2) menettelytapa on välttämätön tehokkuusetujen toteuttamiseksi: menettelytavalle ei saa olla vähemmän kilpailunvastaisia vaihtoehtoja, joilla voitaisiin saavuttaa samat tehokkuusedut;
- 3) kyseisen menettelytavan johdosta saavutetut tehokkuusedut ovat suuremmat kuin kilpailuun ja kuluttajien hyvinvointiin kohdistuvat todennäköiset kielteiset vaikutukset merkityksellisillä markkinoilla.

Viimeistä edellytystä komissio avaa vielä siten, että menettelytapa ei saa hävittää tehokasta kilpailua poistamalla kaikki todelliset tai mahdolliset kilpailun lähteet, tai edes osan niistä. Komission mukaan *yritysten välinen kilpailu on olennaista taloudellisen tehokkuuden motivoijana, mukaan lukien innovointina ilmenevät dynaamiset tehokkuusedut*. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä ei muutoin ole intressiä luoda tehokkuusetuja ja siirtää niitä eteenpäin. Tästä

¹⁷⁶ Ks. Barents 2017, s. 446-447.

¹⁷⁷ Sama kuin yllä, s. 452.

johtuen komissio katsoo, ettei markkinoita sulkevia menettelytapoja, joilla säilytetään tai saavutetaan monopolia lähenevä markkina-asema tai vahvistetaan tällaista asemaa, ei voida perustella tehokkuusetiin nojaten.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Komission tiedonanto: Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, § 30.

4 NIPUTUS

4.1 Niputtamisen ja sitomisen ero

Jotta niputtaminen voidaan määritellä mahdollisimman havainnollistavasti, on hyvä käsitellä ensin päällisin puolin sitomisen teoriaa, sekä miten sitominen eroaa niputtamisesta. Pääpaino tässä esityksessä on kuitenkin nimenomaisesti niputtamisessa.

*Sitominen on Evansin ja Salingerin mukaan niputtamisen erikoismuoto, jossa ostajalle ei anneta vaihtoehtoa ostaa kauppaan liittyvä tuote muualta.*¹⁷⁹ Sitominen on lähtökohtaisesti kilpailuolueuden näkökulmasta kiellettyä. Tämä ilmenee EU-tasolla SEUT 101 ja 102 artikloista, joiden mukaan *sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppataavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen*, on sisämarkkinoille soveltumaton määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Sidonnassa yritys sitoo kaksi eri hyödykettä yhteen ja myy ne yhtenä pakettina. Kaupan ehtona on siis se, että ostaja ostaa myös toisen, erillisen hyödykkeen samalta myyjältä. Sitomisessa ensimmäistä tuotetta kutsutaan sitovaksi hyödykkeeksi ja toista tuotetta sidotuksi hyödykkeeksi.¹⁸⁰ Vaikka sitominen tapahtuu yleensä sopimuksin, on myös mahdollista, että määrävässä asemassa oleva myyjä on suunnitellut tuotteensa siten, että tuote ei ole yhteensopiva kilpailijoiden tuotteiden kanssa, jolloin asiakkaan on ostettava myös ainoa yhteensopiva tuote samalta valmistajalta.¹⁸¹

(T-151/01 Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commission, 2007, § 120-122) Määrävässä asemassa oleva yritys voi syyllistyä kohtuuttomien rajoitusten asettamiseen kilpailijoille, jos se sitoo palvelujensa ostajat oikeudellisesti tosiasiallisesti ja siten estää niitä tekemästä hankintoja kilpailevilta tarjoajilta.

(85/76 Hoffman-La Roche/Commission, 1979, § 89, 120) Tuomioistuimen mukaan se, että määrävässä markkina-asemassa oleva yritys sitoo ostajia – vaikka näiden pyynnöstäkin – niin, että ne sitoutuvat hankkimaan tai lupaavat hankkivansa kyseiseltä yritykseltä kaikki tarvitsemansa

¹⁷⁹ Evans - Salinger 2005, s. 41.

¹⁸⁰ KKV, Muut määrävän markkina-aseman väärinkäytön muodot.

¹⁸¹ Aine 2013, s. 233-234.

tuotteet tai huomattavan osan niistä, on perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä riippumatta siitä, asettaako kyseinen velvoite sellaisenaan vai saako sen vastineena alennuksia. Sillä, että Rochen sopimuskumppani oli itsekin suuri, ja sillä, että sopimus ei selvästikään ollut seurausta Rochen painostuksesta kumppaniaan kohtaan, ei tuomioistuimen mukaan sulkenut pois sitä, että kyse voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä.¹⁸²

EU:n kilpailuoikeudessa sitomiseen on suhtauduttu hyvinkin jyrkästi.¹⁸³ Sitominen voi kuitenkin olla sallittua, jos lisäominaisuudet tai –tuotteet ovat objektiivisesti arvioituna luonteeltaan samankaltaisia kuin päätuote. Tällaista sallittua sitomista voivat olla esimerkiksi mahdollisuus päivittää tuotteen ohjelmisto tai asennuspalvelu.¹⁸⁴ Toisaalta esimerkiksi tuotteen kannalta välttämättömän huoltotyön sitominen kauppaan on katsottu olevan kiellettyä sitomista.¹⁸⁵ Aiemmin sallituksi katsottu sitominen voidaan kuitenkin myöhemmin nähdä kiellettyinä, jos markkinoiden kauppatapaa ei enää noudateta. Kiinnostavaa onkin *Virtasen ja Stenborgin* esittämä kysymys siitä, voiko markkinoille koskaan syntyä uutta kauppatapaa, jos määräävässä asemassa olevan yrityksen toimintatavat sitoa tuotteita tai palveluita toisiinsa määräävät tosiasiallisesti alalla vallitsevia käytänteitä, mutta jotka voivat samalla olla myös määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.

Kirjoittajat esittävät tilanteen, jossa määräävässä asemassa oleva yritys on voinut kehittää tuotteeseensa oheispalvelun tehostukseksi itse päätuotteen käyttöä. Saman palvelun voisi tässä esimerkissä suorittaa myös ulkopuolinen palveluntarjoaja. Kirjoittajat kysyvät, saako määräävässä asemassa oleva yritys tällöin tarjota lisäpalvelua sitomalla sen päätuotteeseen. Tähän ei kirjoittajien mukaan voi antaa täsmällistä vastausta, mutta sitomisesta ei heidän mukaansa ole kysymys, jos tällaisella lisäpalvelulla ei ole ennestään jonkinlaisia markkinoita.¹⁸⁶

Mikäli sidotut tai niputetut tuotteet ovat objektiivisesti katsoen erillisiä, on kyseessä määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ja kielletty sitominen. Tuotteiden erillisyyttä arvioitaessa voidaan tarkastella esimerkiksi sitä todennäköisyyttä, millä asiakas hankkisi sidotut tuotteet eri myyjiltä, jos markkinat olisivat aidosti vapaat. Myös markkinoilla toimivat sidotun tai niputetun

¹⁸² Ks. Barents 2017, s. 525-526.

¹⁸³ Aine 2013, s. 234.

¹⁸⁴ Raitio 2016, s. 740.

¹⁸⁵ Aine 2013, s. 235.

¹⁸⁶ Aalto-Setälä – Virtanen 2016, s. 451-452.

tuotteen muut valmistajat voivat viitata sidottujen tuotteiden erillisyyteen. Nämä todisteet voivat *Wikbergin* mukaan osoittaa sen, että vähäisemmän markkinavoiman yritykset eivät yleensä sido tai niputa näitä tuotteita.¹⁸⁷

Sitomisen arvioinnissa kiinnitetään huomiota niin myyjän kuin ostajankin asemaan markkinoilla. On epätodennäköisempää, että kilpailulle haitallisia seuraamuksia syntyy, jos kilpailijoiden markkina-asetat ovat pienet ja kilpailu markkinoilla on aitoa. Määräävässä asemassa oleva yritys pystyy puolestaan sulkemaan markkinat uusilta toimijoilta sitomalla pienemmät yritykset kauppaan. Tuotteiden sitominen voi *Oinosen* mukaan tuoda myös tehokkuusetuja yhteisen tuotannon ja jakelun ansiosta, ja tuotteiden yhdenmukaisuus ja tasainen laatu ovat eduksi niin ostajille kuin myyjillekin. Tällaiset myönteiset vaikutukset tulee määräävässä asemassa olevan yrityksen kuitenkin pystyä tarvittaessa osoittamaan, kun sidonnan sallittavuutta arvioidaan.¹⁸⁸ Sidontaa ei *Kuoppamäenkään* mukaan voida pitää automaattisesti vahingollisena kilpailulle ja ostajalle, sillä tuotteen kokonaishinta voi tämän seurauksena laskea. Sidontaa voidaan puolustaa myös esimerkiksi sillä, että tuotteen toiminnallisuus tai asiakkaan turvallisuus saattaisi kärsiä, mikäli sidottuja tuotteita ei ostettaisi samalta tuottajalta.¹⁸⁹

Niputtaminen puolestaan rinnastetaan oikeuskirjallisuudessa usein sitomiseen, mutta näille kahdelle voidaan tehdä merkitysero.¹⁹⁰ *Komission tiedonannossa*¹⁹¹ niputtaminen määritellään kohdassa 48 seuraavasti:

'Niputtamisella' tarkoitetaan yleensä tapaa, jolla määräävässä asemassa oleva yritys tarjoaa ja hinnoittelee tuotteitaan. Varsinaisen niputtamisen tapauksessa tuotteita myydään vain yhtenä kokonaisuutena, josta kukin tuote muodostaa määrätyn osuuden. Kun on kyse sekaniputtamisesta

¹⁸⁷ Wikberg 2011, s. 275-276.

¹⁸⁸ Oinonen 2016, s. 124-125.

¹⁸⁹ Kuoppamäki 2018 (2), s. 318.

¹⁹⁰ Esimerkiksi Aine (2013), Aalto-Setälä ym. (2016) sekä Edelman & Geradin (2016) rinnastavat sitomisen ja niputtamisen esityksissään, kun taas Wikberg (2011), Oinonen (2016) ja Kuoppamäki (2018) tekevät näiden välille ainakin jonkin asteisen erotuksen. Evans ja Salinger (2005) puolestaan pitävät sitomista niputtamisen erityismuotona.

¹⁹¹ Komission tiedonanto: Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, 9.2.2009.

(usein puhutaan myös pakettialennuksesta), tuotteet ovat saatavilla myös yksittäin, mutta yksittäin myytävien tuotteiden yhteenlaskettu hinta on korkeampi kuin niputettuina myytyjen tuotteiden yhteishinta.

Samaisen tiedonannon 59 kohdassa määritellään myös kielletty niputtaminen. Sen mukaan *pakettialennus voi olla kilpailunvastainen sidotun tai sitovan tuotteen markkinoilla, jos se on niin suuri, että yhtä tehokkaat kilpailijat, jotka tarjoavat vain joitakin tuotteista, eivät pysty kilpailemaan alennettua nippua vastaan*. Erityisesti silloin, jos yrityksellä on useamman kuin yhden niputetun tuotteen markkinoilla määräävä asema, voidaan niputtamisella arvioida olevan kilpailulle haitallisia vaikutuksia, varsinkin jos kilpailijoiden on vaikeaa tai mahdotonta tuottaa samanlaista nippukokonaisuutta.¹⁹² Niputtamalla yritys voi myös pyrkiä ulottamaan määräävän asemansa päätuotteensa markkinoilta integroidun tuotteen markkinoille.¹⁹³ Kuitenkin, kuten sitomisenkin kohdalla, myös niputtaminen voi olla sallittua, jos asiakkaat hyötyvät niputtamisen kautta saaduista tehokkuuseduista ja hinnanalennuksesta. Mikäli sitomiselle tai niputtamiselle ei löydy objektiivisia perusteita, tai tämän käytännön ainoa tarkoitus on määräävän aseman säilyttäminen, on kyse määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä.¹⁹⁴

Yksi varsinaisen niputtamisen muoto, joka voidaan erottaa sekaniputtamisesta, on *tekninen niputtaminen*, jossa kaksi tuotetta on yhdistetty niin, että kuluttajan on mahdotonta erottaa niitä fyysisesti toisistaan. Tällainen niputtamisen muoto sisältää aina jonkin asteista pysyviä tuotesuunnittelullisia ratkaisuja. Kyseessä voi olla aikaisemman esimerkin mukaisesti auto, joka koostuu erilaisista autolle tyypillisistä osasista, kuten moottorista ja renkaista.¹⁹⁵

Komissio puolestaan arvioi tuotteiden erillisyyttä sen perusteella, millainen tuotteiden asiakaskysyntä on. Tuotteet ovat komission mukaan toisistaan erilliset, jos sidonnan ja niputtamisen puuttuessa merkittävä osa kuluttajista olisi ostanut sidotun tuotteen joltain toiselta myyjältä, tai

¹⁹² Ojala 2006, s. 291.

¹⁹³ Bakos – Brynjolfssons 2000, s. 65.

¹⁹⁴ Aalto-Setälä – Virtanen 2016, s. 453-454.

¹⁹⁵ Kühn – Caffarra 2004, s. 4.

vaihtoehtoisesti jättänyt tuotteen kokonaan ostamatta. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että tuotteet on mahdollista ostaa myös yksittäin.¹⁹⁶

Kun sitomisen seurauksena asiakas veloitetaan ostamaan jokin tuote alkuperäisen päätuotteen lisäksi, annetaan niputtamisessa lisätuote ilmaiseksi. Tällä tavoin niputtaminen voitaisiin rinnastaa saalistushinnoitteluun, koska tässä esityksessä käsitellyssä Googlen tapauksessa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys (Google) tarjoaa ilmaisen tuotteensa (Android) kylkiäisenä omia oletussovelluksiaan (Play Store, Google-hakukone). *Kuoppamäki* kyseenalaistaa tällaisen toiminnan rangaistavuuden, sillä kuluttajat hyötyvät toimenpiteistä, joilla yritys parantee päätuotetta lisäämällä siihen uusia ominaisuuksia.¹⁹⁷ *Körberin* mukaan tapauksessa ei kuitenkaan olisi kyse saalistushinnoittelusta, sillä Google toimii kaksipuolisilla markkinoilla (*two-sided markets*) jossa yhtäältä kuluttajat määräävät ostokäyttäytymisellään tuotteen menestyksestä, mutta jossa toisaalta mainostajat antavat Googlle tuloja tuotteen käytöstä, jolloin Googlen liiketoimintaa voisi verrata vaikkapa ilmaislehtiin tai ilmaisiin TV-kanaviin.¹⁹⁸ *Sidak* vertaa tilannetta myös pelikonsoleihin, kuten *Sonyn Play Stationiin* tai Microsoftin *Xboxiin*, jotka joutuvat miellyttämään sekä pelaajia että pelien tekijöitä pärjätäkseen markkinoilla.¹⁹⁹ *Körberin* mukaan on myös epätodennäköistä, että Google vaihtaisi tulevaisuudessa toimintamalliaan Androidin hinnoittelun osalta, sillä tämä olisi Googlen periaatteiden vastaista, ja toisaalta myös kannattamatonta, kun otetaan huomioon, että Androidin suosio on *Körberin* mukaan perustunut juuri sen ilmaisuuteen. Googlen toimintamalli, joka vastaa digitaalisten markkinoiden yleistä tapaa, on hänen mukaansa linjassa EU:n oikeuskäytännön asettaman erityisen velvollisuuden kanssa huolehtia kilpailun toimivuudesta. Lisäksi Android-lisenssin maksulli-

¹⁹⁶ Ojala 2006, s. 291.

¹⁹⁷ *Kuoppamäki* 2018 (2) s. 316-317.

¹⁹⁸ *Körber* 2014, s. 15.

¹⁹⁹ *Sidak* 2014, s. 662.

suus nostaisi lopulta laitteiden hintoja, eivätkä Googlen sovellukset ole pysyvä osa käyttöliittymää, vaan käyttäjä voi halutessaan poistaa ne ja vaihtaa oletussovellukset uusiin. Tätä mahdollisuutta esimerkiksi Apple ei tarjoa.²⁰⁰

Niputtamista voidaan siis tarkemmin kuvata hinnoittelutaktiikkana, jota määräävässä asemassa oleva yritys käyttää. Tällöin yritys myy tuotteita yhtenä ”nippuna” jossa kukin tuote on oma kokonaisuutensa.²⁰¹ Koska sekä määräävässä asemassa olevat, että pienemmätkin yritykset käyttävät niputtamista ja sitomista, on selvää, että molemmilla menettelytavoilla on kilpailulliselta kannalta hyödyllisiä vaikutuksia. Asiakkaat voivat suosia niputettuja tuotteita, sillä niputetut tuotteet voidaan nähdä arvokkaana etuna. *Bishop* ja *Walker* antavat tästä arvoa nostattavasta nippukaupasta esimerkkinä auton, joka koostuu renkaista, moottorista ja joissain tapauksissa myös navigaattorista ja mukitelineestä. Tämä on asiakkaalle kätevä ja edukas tarjous, sillä se säästää asiakkaalta vaivan koota kaikki tuotteet yhteen, minkä lisäksi tuotteet voisivat erikseen maksaa enemmän kuin niputettuna. Tästä näkökulmasta katsottuna niputtaminen ei aina ole negatiivinen, kilpailua rajoittava seuraus edes määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttämänä menettelytapana.²⁰²

Niputtamisella voi olla muitakin kilpailulle suotuisia vaikutuksia, mistä *Bishop* ja *Walker* antavat esimerkkinä tilanteen, jossa myyjä hinnoittelee niputtamansa tuotteet siten, että yksin sekä tuote A ja B maksaisivat kumpikin 10 euroa, mutta yhdessä ostettuna niiden hinnaksi muodostuisi vain 15 euroa 20 euron sijaan. Asiakas, joka ei haluaisi maksaa vain yhdestä tuotteesta 10 euroa, mutta joka olisi halukas maksamaan molemmista tuotteista samassa nipussa 15 euroa, hyötyy tästä kaupasta. Lisäksi hyötyy tuotteen myyjä, joka saa niputtamisella aikaan lisämyyntiä eikä hän samalla menetä aikaisempia myyntejään. Lisäksi niputtamisesta voi olla apua yrityksen maineen ja brändin hallinnassa: tuotteiden yhteensopivuuden ja turvallisuuden takaa-

²⁰⁰ Körber 2014, s. 24.

²⁰¹ Wikberg 2011, s. 275.

²⁰² Bishop – Walker 2010, s. 277-278.

miseksi voi olla hyödyllistä niputtaa saman valmistajan yhteensopivat tuotteet samaan kauppaan. Näin voi olla esimerkiksi ohjelmistojen kaupassa.²⁰³ Myös *Sidak* puhuu niputtamisen puolesta ja esittää, että sitomisella ja niputtamisella olisi taloustieteilijöiden keskuudessa vallitsevan käsityksen mukaan yleensä kilpailua edistäviä ja kuluttajan etua ajavia vaikutuksia. Koska tuote voi niputettuna olla houkuttelevampi sen uusien ominaisuuksien ja laadun vuoksi, tuotteen kysyntä kuluttajien keskuudessa kasvaa, minkä lisäksi niputtaminen on myös kustannustehokasta. Viimekädessä niputtaminen parantaa *Sidak*in mukaan kuluttajien käyttökoke-
musta, minkä yritys voi tuotteitaan niputtamalla parhaiten taata asiakkailleen. Luonnollisesti paranneltu käyttökokemus on kuluttajille hyödyksi.²⁰⁴

Niputtamisen arvioinnissa ei *Kühnin*, *Stillmanin* ja *Caffarran* mukaan ole kysymys siitä, voiko niputtamisella ylipäätään olla kilpailua rajoittava vaikutus, vaan sillä, missä tilanteissa niputtamisella voi olla tällaisia vaikutuksia ja mitä kriteerejä tällaiseen tilanteeseen puuttumiselle tulisi noudattaa.²⁰⁵ *Sidak*in huomauttaa, että taloustieteilijöiden mukaan jokaisen sitomisen ja niputtamisen laillisuutta tulisi arvioida tapauskohtaisesti.²⁰⁶

4.2 Teknologinen niputus

Teknologisella niputtamisella tarkoitetaan tässä esityksessä niputusta, jossa päätuotteeseen integroidaan teknologisesti lisäominaisuuksia. Esimerkkinä tästä voidaan pitää Googlen Android-tapausta sekä Microsoftin Windows Media Player -tapausta. Teknologinen niputtaminen on ollut yleinen käytäntö jo vuosikausia, kun teknologian kehittyminen on mahdollistanut esimer-

²⁰³ Sama kuin yllä, s. 280-281.

²⁰⁴ *Sidak* 2015, s. 626-629.

²⁰⁵ *Kühn – Caffarra* 2004, s. 4.

²⁰⁶ *Sidak* 2016, s. 632-633.

kiksi internetin välityksellä vuokrattavat elokuvat ja virtaustoistolla kuunneltavat musiikkipalvelut. Tältä osin digitaalisuus on vähentänyt muun muassa tuotanto ja jakelukustannuksia fyysisten DVD- ja CD-levyjen osalta.²⁰⁷

Teknologisen niputtamisen hyötynä on myös muun muassa se, että tuotteita on mahdollista muokata ja niistä voi suhteellisen vaivattomasti tehdä erilaisia versioita, joissa on vaihtelevia sovelluksia ja ominaisuuksia. Lisäksi teknologinen niputtaminen mahdollistaa tuotteen nopean markkinoille tuonnin, kun yritys voi käyttää tuotteensa jakeluun jo valmiiksi luotuja kanavia ja käyttää hyväkseen aikaisempaa markkinointimateriaalia ja jo luotua brändiä.²⁰⁸

Tilanteessa, jossa yritys tarjoaa ilmaisia sovelluksia (sivutuote), jotka on esiasennettu eli integroitu käyttöjärjestelmään (päätuotteeseen), voitaisiin äkkiseltään todeta, että kuluttajat hyötyvät tästä toimesta – kuitenkin sillä oletuksella, ettei ostetun laitteen hintaan ole sisällytetty näistä sovelluksista mitään välittömiä tai välillisiä kustannuksia. Erityisesti esiasennuksesta hyötyvät ne kuluttajat, jotka eivät ole täysin perillä tuotteen teknologisista ominaisuuksista, hyötyvät tästä valmiiksi asennetusta kokonaisuudesta, jota yritys heille tarjoaa.²⁰⁹ Esimerkiksi Androidin osalta asia vaikuttaa pääisin puolin juuri tältä: Google tarjoaa Androidia laitevalmistajille ilmaiseksi, mikä Googlen mukaan mahdollistaa laitteiden halvemmat hinnat. Halpojen laitteiden lisäksi kuluttajille ei koidu suoria kustannuksia siitä, että sovelluksia tarjotaan ilmaiseksi esiasennettuna – päinvastoin kuluttajalta säästyy vaivaa, kun hänen ei tarvitse tehdä vertailua löytääkseen tarpeeksi halvan, mutta tehokkaan sovelluksen tarpeisiinsa. Androidin tilanne eroaa Microsoftin Windows Media Player -tapauksesta siinä, ettei käyttöjärjestelmästä aiheudu suoranaisia kustannuksia kuluttajalle, jolloin he eivät myöskään maksa turhaan sovelluksista, jotka laitteeseen on esiasennettu, mikäli he eivät halua käyttää Googlen sovelluksia.²¹⁰ Toisaalta juuri näiden oletussovelluksien massiivinen esiasentaminen käytännössä jokaiseen Android-puhelimeen ja sitä kautta niiden laajamittainen käyttö voi johtaa lopulta siihen, ettei todellista

²⁰⁷ Sheikhzadeh – Elahi 2013, s. 5.

²⁰⁸ Rautio – Tuominen 2007, s. 49.

²⁰⁹ Cho 2007, s. 116-117.

²¹⁰ Vertaa esim. Cho 2007, s. 123.

innovaatiota tuotteissa enää synny, kun aidosti potentiaalisia kilpailevia tuotteita ei lopulta ole muun muassa niiden käyttäjäkannan pienuuden vuoksi.²¹¹ *Chon* mukaan niin kutsuttu pakotettu tehokkuus kääntyy tehottomuudeksi, jos jokin menettelytapa tuottaa hyötyä toisille, mutta haittaa toisille. Tällöin olisi syytä antaa kuluttajan päättää valinnoillaan, mitä palvelua hän haluaa käyttää ja kannattaa.²¹² Vaikka lyhyellä aikavälillä katsottuna kuluttajat saattaisivatkin hyötyä ilmaisista sovelluksista, pitkällä aikavälillä kilpailun suojeleminen voi kuitenkin olla kuluttajille edullisempi ratkaisu, sillä vain terve kilpailu takaa sen, että markkinoilla on riittävästi valinnanvaraa, kohtuullista hinnoittelua ja innovaatiota.²¹³

Teknologista niputtamista voidaan perustellusti tarkastella *teknologisen sidonnan* kautta, sillä myös oikeuskirjallisuuden mukaan nämä usein rinnastetaan toisiinsa. Teknologiseen sidontaan on komission mukaan ratkaisun perusteella sovellettava *rule of reason -periaatetta*, jossa tuotteen teknologisia hyötyjä verrataan kilpailua rajoittavien toimenpiteiden haittavaikutuksiin. Kielletty sidonta kiteytyy *Kuoppamäen* mukaan siihen, ettei myyjä suostu myymään tuotteestaan versiota, jota ei olisi sidottu. Näin ollen Microsoftilla on EUT:n päätöksestä huolimatta oikeus myydä Windows -käyttöjärjestelmää myös Windows Media Playerin kanssa, koska Windowsista on myynnissä myös versio, johon Windows Media Playeria ei ole sidottu.²¹⁴

Samaa periaatetta voitaisiin tulkita noudattavan myös teknologisen niputtamisen kanssa: niputtamiselle voidaan löytää objektiivinen peruste, jos päätuotteeseen integroitu lisäominaisuus on olennainen, luonteva osa tuotetta, ja tämä integraatio tuottaa tehokkuus- ja kustannusetuja kuluttajille. Lisäominaisuuden tai -tuotteen täytyy siis olla luonteeltaan samanlainen kuin päätuot-

²¹¹ Cho 2007, s. 177-178.

²¹² Sama kuin yllä, s. 173-174.

²¹³ Haukka 2009, s. 143. *The Vergecast* –podcastissa keskusteltiin osuvasti siitä, kuinka mikään FAANG-yritys ei omista deittailusovelluksia, ja kuinka näiden sovellusten alalla tapahtuu tästä syystä nopeita innovaatioita vuosittain. Juontajien mukaan kuluttajat näyttävät hyötävän aina, kun markkinoilla on riittävästi kilpailua. Ks. *The Vergecast*, 15.2.2019.

²¹⁴ Kuoppamäki 2018 (2), s. 317-318.

teen. Lisäksi niputtamista ei saisi tehdä vain määräävän markkina-aseman ylläpitämiseksi. Teknologista kehityksen ennakoimattomuus tekee kuitenkin sidonnan ja niputtamisen vaikutuksien arvioinnista haasteellista.²¹⁵

4.3 Niputtamisen vaikutukset

Wikbergin mukaan sekä niputtaminen että sitominen ovat usein yrityksen tietoista toimintaa, jolla pyritään tarjoamaan asiakkaille parempia, laadukkaita tuotteita kustannustehokkaasti. Molemmat käytänteet voivat kuitenkin myös sulkea markkinoita uusilta kilpailijoilta, ja karkottaa vanhoja, pienempiä markkinoilla toimivia yrityksiä. Samalla markkinoilta suljetaan ulos kilpailevat tuotteet. Niputtamisen vaikutukset voivat ilmetä sekä päätuotteen, että sivutuotteen markkinoilla samanaikaisesti tai erikseen.²¹⁶

Teknologisen niputtamisen markkinoilla, kuten internet-palveluiden markkinoilla, voi ilmetä kilpailulle haitallisia vaikutuksia siitäkkin huolimatta, etteivät tuotteet maksaisi mitään. Määräävässä asemassa oleva yritys voi tuotteita integroimalla pyrkiä sen selkeästi hallitsemilta markkinoilta, esimerkiksi käyttöjärjestelmien markkinoilta, sivutuotteen, esimerkiksi hakukoneen, markkinoille. Tätä kautta yritys voi rahastaa ilmaisella hakukoneellaan mainostajien kautta, joiden maksujen suuruus määräytyy käyttäjäkunnan suuruuden mukaan. Jos yrityksellä on jo valmiiksi määräävä asema molemmilla markkinoilla, pystyy se suojaamaan ja vahvistamaan asemaansa niputtamisen menettelyllään. Käyttöjärjestelmää tai hakukonetta hallitseva yritys voi myös suunnata käyttäjän huomion omiin palveluihinsa ja näyttää käyttäjälle tuotteensa kautta yrityksen kannalta hyödyllisiä hakutuloksia. Ilmiö voimistuu, jos kyseinen hakukone on käyttöjärjestelmän oletussovelluksena, sillä kuluttajilla on taipumusta tyytyä käyttämään esiasennettuja sovelluksia.²¹⁷

²¹⁵ Sama kuin yllä, s. 317.

²¹⁶ Wikberg 2011, s. 275-278.

²¹⁷ Edelman – Geradin 2016, s. 182.

Bishopin ja Walkerin mukaan sitomisella ja niputtamisella voidaan nähdä olevan kilpailua rajoittavia vaikutuksia, jos arvioinnissa todetaan kolmen kohdan täyttyvän: yrityksellä on määrävä asema markkinoilla; tuotteilla on vastavuoroista kysyntää (*complementary demand*); ja kilpailevien yritysten tuotevalikoima (*product line*) on huomattavasti suppeampi.²¹⁸ Edelman ja Geradin puolestaan ehdottavat kuuden kysymyksen testiä, jolla sitomisen sallittavuutta voidaan arvioida. Vaikka Edelman ja Geradin tarkastelevatkin Android -tapausta juuri sitomisen näkökulmasta, voidaan heidän testiään perustellusti käyttää soveltavin osin myös niputtamisen haitallisuutta arvioitaessa:

- 1) Onko yrityksellä markkinavoimaa sitovan tuotteen markkinoilla;
- 2) ovatko sitova ja sidottu tuote erilaisia;
- 3) onko sitova ja sidottu tuote sidottu yhdessä;
- 4) sulkeeko sitominen kilpailijoita markkinoilta;
- 5) luoko sitominen haittaa kuluttajille; ja
- 6) onko olemassa tasapainottavia tehokkuusetuja (*countervailing efficiencies*)?²¹⁹

Chicagon koulukunnan mukaan yritykset kasvavat, kun ne ovat kilpailijoitaan tehokkaampia.²²⁰ Chicagon koulukunta väittää myös, että yritykset käyttävät sitomista ja niputtamista pelkkänä keinona tehostaa liiketoimiaan, ja että tällaisissa toimissa ei ole kyse tarkoituksesta rajoittaa kilpailua. Heidän mukaansa yrityksen koko markkinavoimaa voidaan hyödyntää ilman niputtamista ja sitomistakin, mistä syystä nämä menettelytavat eivät ole kilpailua vääristäviä.²²¹ Chicagon koulukunnalla on skeptinen suhtautuminen yritysten yksipuolisiin, kilpailulle haitalliseksi väitettyihin menettelytapoihin. Näillä menettelytavoilla on Chicagon koulukunnan mukaan vaikeaa rajoittaa kilpailua täysin ja kun otetaan huomioon, että liian tiukat rankaisutoimet voivat tukahduttaa menettelyt, jotka vaikuttavat kilpailua rajoittavilta mutta jotka todellisuudessa ovat tehokkaita ja kilpailua edistäviä.²²² Valtion ja kilpailuviranomaisten puuttuminen

²¹⁸ Bishop – Walker 2010, s. 287.

²¹⁹ Edelman – Geradin 2016, s. 184.

²²⁰ Van den Bergh 2016, s. 31.

²²¹ Bishop – Walker 2010, s. 281-283.

²²² Posner 2011, s. 47.

aiheuttaa usein siis enemmän haittaa kuin hyötyä.²²³ Chicagon koulukunnan näkemykset eivät kuitenkaan ole saavuttaneet suosiota EU:n kilpailuoikeudessa.²²⁴

²²³ Ezrachi – Stucke 2016, s. 24.

²²⁴ Van den Bergh 2016, s. 31.

5 GOOGLE, ANDROID JA NIPUTTAMINEN

5.1 Ovatko käyttöjärjestelmä ja sovellukset toisistaan erillisiä tuotteita?

5.1.1 Android käyttöjärjestelmänä

Android-käyttöjärjestelmä on virtuaalinen alusta. Alustoista ei ole yleisesti yhtä hyväksyttyä määritelmää, mutta alustalla voidaan terminä viitata niin online-mainontaan, kuten Googlen tai Facebookin tarjoamaan mainostilaan, mutta myös esimerkiksi käyttöjärjestelmiin (Android, iOS), hakukoneisiin (Google, Bing) ja sosiaaliseen mediaan (*Twitter*, Facebook).²²⁵ Googlen kohdalla voidaan sen koon puolesta puhua *superalustasta*.²²⁶

Google luovuttaa Android-käyttöjärjestelmän laitevalmistajille ilmaiseksi. Tämä puolestaan mahdollistetaan Androidin *avoimella lähdekoodilla (open source)*, jonka avulla Androidia pystyy hyödyntämään ja muokkaamaan mikä tahansa taho.²²⁷ Lähdekoodia tarjotaan käyttäjille lisenssin kautta. Avoimen lähdekoodin lisenssillä käyttäjä saa laajat valtuudet kopioida ohjelmaa; muokata sitä ja tehdä korjauksia; ja saa pääsyn ohjelman lähdekoodiin.²²⁸ Benklerin mukaan niin yritykset kuin julkisetkin toimijat ovat siirtyneet käyttämään avoimen lähdekoodin ohjelmia, sillä niiden avulla näille toimijoille jää enemmän resursseja ja aikaa suorittaa tehtäviään, tarjota ja myydä parempaa palvelua ja rakentaa parempia työkaluja, vaikka ne eivät kontrolloisikaan ohjelmistoa itse tai pidättäisi siihen tehtyjen muutoksien täysiä oikeuksia.²²⁹

Avoimen lähdekoodin lisenssiin voi kuitenkin kuulua *copyleft clause (käyttäjän oikeus)*, mikä velvoittaa lisensoimaan kaikki ohjelmistoon tehdyt muutokset saman lisenssin alle, kuin alkuperäinen ohjelmisto. Näin ollen ohjelmaa ei ole mahdollista muuttaa ja lisensoida sitä sitten

²²⁵ Björkroth – Vuorinen 2018, s. 314.

²²⁶ Sama kuin yllä, s. 327.

²²⁷ Android.com: Content License. Saatavilla <https://source.android.com/setup/start/licenses> .

²²⁸ Riis 2016, s. 106.

²²⁹ Benkler 2006, s. 63.

suljetun lisenssin kautta. Käyttäjän oikeus ei ole välttämätön ehto lisenssissä, vaan sen lisääminen lisenssiin on ohjelmiston kehittäjän päätettävissä.²³⁰ Apache 2.0 -lisenssi, jota Android käyttää, ei sisällä käyttäjän oikeus -ehtoa, vaikkakin tekijänoikeuksien säilyttämisen osalta siinä on huomautuksensa.²³¹ Avoin lähdekoodi ei ole este levittää ohjelmistoja, jotka eivät ole avoimia, yhdessä avoimen lähdekoodin ohjelman kanssa.²³² Näin ollen esimerkiksi Googlen Play Storen käytölle on mahdollista asettaa ehtoja. Jos käyttäjä ei noudata lisenssin ehtoja, lisenssi on mitätön, ja käyttäjä menettää lisenssin myötä saamansa oikeudet käyttää ohjelmistoa.²³³

Androidin menestyksen salaisuus perustuu sen ilmaisuuteen ja siihen, että sille kehitetään huomattavia määriä sovelluksia.²³⁴ Tästä syystä myös Android-pohjaisia laitteita valmistetaan paljon. Android-laitteet voidaan puolestaan jakaa kahteen ryhmään käyttöjärjestelmän sisällön perusteella. Niin sanotuissa puhtaissa ja pelkistetyissä Android-laitteissa ainoana edellytyksenä on, että laite läpäisee Androidin lisenssisopimuksen mukaisen teknisen testin, minkä johdosta puhtaan Androidin on voitu katsoa luovan laitevalmistajille joustavuutta laitteen asetuksien määrittämisessä. Tällaisessa Android-laitteessa Googlen omat sovellukset ovat kuitenkin kiellettyjä. Myöskään Googlen Play Store ei ole käytettävissä tällaisissa Android-laitteissa, mistä johtuen käyttäjät eivät pääse käsiksi Googlen ohjelmiin, muun muassa YouTube -videosuoratoistopalvelimeen, jolla on lähes täydellinen monopoli alansa markkinoilla. *Edelmanin* ja *Geradinin* mukaan tällainen Androidin versio ei ole kuluttajien mieleen.²³⁵ Tästä syystä tämän Android-version kaupallinen menestyminen markkinoilla on haasteellista: esimerkiksi kolmannen osapuolen Android-sovelluskaupat eivät sisällä läheskään yhtä monta sovellusta kuin Play Store, minkä lisäksi näistä kaupoista puuttuu miltei säännönmukaisesti markkinoiden suosituimpia sovelluksia.²³⁶

²³⁰ Sama kuin yllä, s. 105.

²³¹ Apache Software License, Version 2.0 -lisenssin ehdot: <http://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0> .

²³² Riis 2016, s. 104.

²³³ Sama kuin yllä, s. 108.

²³⁴ Edelman – Geradin 2016, s. 162-163.

²³⁵ Sama kuin yllä, s. 164-165.

²³⁶ Sama kuin yllä, s. 167-168.

Laitevalmistajat saavat käyttää ”normaalia” Android-käyttöjärjestelmää, mikäli he suostuvat kahteen lisäehtoon. Ensimmäisen ehdon mukaan valmistajien tulee esiasentaa Googlen omia ohjelmia näihin laitteisiin, minkä lisäksi näiden sovelluksien tulee löytyä – jos ei käyttöliittymän etusivulta – niin enintään yhden painalluksen päästä etusivusta. Google Search -hakukoneen on myös oltava jokaisen internethakuja tekevän sovelluksen oletushakukoneena.²³⁷

5.1.2 Niputtaminen ja sovellusten suhde käyttöjärjestelmään

Kun kysymys on pohjimmillaan siitä, onko Googella oikeutta säädellä omistamiensa tuotteiden sisältöä, täytyy myös arvioida sitä, onko tämä tuote vain yksi kokonaisuus, vai koostuuko se monista eri osista. Eurooppalaisen oikeuskäytännön näkökulmasta katsottuna jokainen sovellus on käyttöjärjestelmästä erillinen ominaisuus. Googlen tapauksessa kyseeseen tulee siis niputtaminen, jossa päätuotteeseen eli käyttöjärjestelmään on teknologisesti integroitu lisäominaisuuksia, sovelluksia.

Käyttöjärjestelmän ja sovellusten ero on tiivistetysti se, että käyttöjärjestelmällä on digitaalinen alusta, jolla sovellukset toimivat.²³⁸ Tästä voitaisiin vetää johtopäätös, että käyttöjärjestelmä ja sovellukset ovat toisistaan erillisiä tuotteita. Asia ei kuitenkaan ole aivan niin yksinkertainen. Käyttöjärjestelmän voitaisiin lähtökohtaisesti olettaa pitävän sisällään tiettyjä perustoiminnallisuuksia, jotka tekevät käyttöjärjestelmästä ”käytettävää”: tällainen toiminto voisi olla esimerkiksi kansiointi-ominaisuus, jonka avulla käyttäjä voi löytää ja tallentaa haluamiaan tiedostoja laitteensa muistiin. Kyseinen toiminnallisuus löytyy kaikista tietokoneiden käyttöjärjestelmistä. Käyttäjän on mahdollista säilyttää myös valokuvia tällaisissa kansioissa. Valokuvakansio löytyy myös Android- ja iOS-mobiilijärjestelmistä: Applen iPhoneissa valokuvien säilytystoiminto on oletusarvoisesti Applen oman *Valokuvat* -sovelluksen harteilla; Androidilla valokuvasovellukset vaihtelevat. Internet-yhteyteen liitetty laite, esimerkiksi älypuhelin, voi sisältää monia muitakin toiminnallisuuksia, kuten sääpalvelun, kartta- ja navigointipalvelun sekä laitteen kameraan integroidun LED-valoa hyödyntävän taskulampun. Näihin kaikkiin toimintoihin

²³⁷ Sama kuin yllä, s. 165-166.

²³⁸ Cho 2007, s. 6.

on nykyään olemassa kolmansien osapuolten valmistamia kilpailevia sovelluksia. Huomionarvoista on, että siinä missä Androidia tarjotaan lähtökohtaisesti kaikille sovelluksille avoimena kokonaisuutena, ei Applen iOS-ekosysteemiin voida esiasentaa kilpailevia sovelluksia. Applen sää- ja valokuvasovellukset sekä *Safari*-internetselain ovat ikään kuin käyttöjärjestelmän erottamaton osa – siitäkin huolimatta, että markkinoilla jokaiselle tällaiselle ominaisuudelle on kilpaileva vaihtoehto. Komissio ei ole vaatinut Applea avaamaan ekosysteemiään kilpailijoille tai poistamaan esiasennettuja sovelluksia. Tähän problematiikkaan kiinnitetään lähemmin huomiota tämän esityksen 5.3 kappaleessa.

Sinällään voitaisiin katsoa, että koska Google tarjoaa sovelluksiaan vain yhtenä nippuna, on kyseessä varsinainen niputtaminen. Tämä siksi, että vaikka Googlen sovelluksia on mahdollista ladata yksitellen Play Storesta, eivät Googlen sovellukset ole saatavilla ilman Googlen sovel-luskauppaa. Sekaniputtamisesta ja pakettialennuksesta puhuminen olisi tässä kohtaa hieman harhaanjohtavaa, sillä tuotteet annetaan ilmaiseksi, joten tuotteiden hankkiminen yhdessä tai erikseen ei lisää tai laske tuotteen hintaa.

Kuten todettu, on teknologisella niputtamisella hyötyjä sekä valmistajille että kuluttajille. Tarjoamalla Androidia ja sovelluksiaan ilmaiseksi laitevalmistajille Google mahdollistaa sen, että Android-laitteita voidaan valmistaa ja myydä halvemmalla, jolloin yhä useammalla on mahdollisuus ostaa älypuhelin. Sinällään pirstaloitumisen riski on huomioon otettava seikka: Google pystyy tekemään käyttöjärjestelmästäan vakaamman ja turvallisemman, jos se pystyy itse määrittelemään alustalleen tietyt standardit. On myös mahdollista, että osa Googlen omista sovelluksista toimisi Androidissa kilpailijoiden sovelluksia sujuvammin – joskaan ei voida olla varmoja, etteivät kilpailijat pystyisi luomaan avoimeen Android-alustaan yhtä lailla sopivia sovelluksia. Turvallisuuden voisi taata myös kolmas osapuoli, kuten jokin tietoturvyhtiö. EUT on myös Windows Media Player tapauksessa todennut, ettei yhdenmukainen tuote ole riittävä syy, kun juuri tällainen laaja sovellusten levittäminen on pääsyy sille, miksi kilpailu on rajoittunut. Tämä ei sulje pois sitä, että mahdollisuus päivittää päätuotteen teknologisia ominaisuuksia etänä lisää paitsi turvallisuutta ja käyttöjärjestelmän toimivuutta, myös kustannustehokkuutta muun muassa alhaisten jakelu- ja markkinointikustannusten muodossa. Myös kuluttajat hyötывät näistä päivityksistä, halvoista hinnoista ja jopa ilmaisista sovelluksista. Tältä osin niputtaminen voisi siis olla perusteltua. EUT huomautti kuitenkin tältä osin, etteivät kaikki kuluttajat

halua esiasennettuja sovelluksia, jotka kilpailua rajoittamalla rajoittavat lopulta myös innovaatioita.

Googlen perustelut voisivat olla hyvinkin samanlaisia kuin aikanaan Microsoftin Windows Media Player -tapauksessa. Muun muassa Play Store ja Google Chrome -internetselain voisivat olla käyttöjärjestelmän kiinteä osa ja luontainen ominaisuus, ja että tällaisten ominaisuuksien integroiminen käyttöjärjestelmään on kauppataivan mukaista. Käyttöjärjestelmän ja sovellusten suhdetta voitaisiin siis verrata aiemmin esitettyyn auto-esimerkkiin: kuten auto, joka toimiakseen tarvitsee moottorin ja renkaat, tarvitsee käyttöjärjestelmä internetselaimen, sovelluskaupan ja hakukoneen. Tiedossa kuitenkin on, ettei EUT hyväksynyt tällaista väitettä mediasoitinten osalta, ja totesi mediasoitinten markkinoiden olevan erilliset käyttöjärjestelmien markkinoista. EUT lisäsi myös, ettei tuotteiden sisällyttäminen teknisesti toiseen tuotteeseen tarkoita, että tämä sulkisi pois mahdollisuuden pitää tätä integraatiota kahden tuotteen sidontana.

Esimerkiksi Googlen internetselaimella, Google Chromella, oli vuonna 2018 keskimäärin miltei 61 prosentin markkinaosuus mobiililaitteiden selainmarkkinoilla. Seuraavaksi tulleella Applen Safari-selaimella oli noin 26 prosentin markkinaosuus. Loput mobiilikäyttöjärjestelmien selaimet jäivät yhteensä alle 13 prosentin osuuteen.²³⁹ Chromen osuus kaikista mobiiliselaimista on siis suuri, muttei se kuitenkaan ole yhtä suuri kuin koko Androidin markkinaosuus. Chrome, kuten muutkin Googlen sovellukset, on mahdollista poistaa älypuhelimesta tarvittaessa, jolloin se ei luonnollisesti ole erottamaton osa käyttöjärjestelmää. Jos seuraa EUT:n linjaa, voidaan Chromen ja Androidin välille tehdä selkeä ero: tuotteet ovat erillisiä erityisesti siksi, että kummallakin on omat markkinansa: markkinoilla on yrityksiä, jotka valmistavat kilpailevia, samankaltaisia tuotteita. Tilanne ei muutu, vaikka kyseessä olisivatkin *Körberin* ja *Sidakin* tulkinnan mukaiset sovellusnippujen markkinat, kun käytännössä kaikkiin Android-laitteisiin on esiasennettuna oletuksena Googlen sovellusnippu.

²³⁹ Statcounter: Mobile Browser Market Share Europe – Jan – Dec 2018. Saatavilla osoitteessa <http://gs.statcounter.com/browser-market-share/mobile/europe/#monthly-201801-201812-bar> (avattu 11.2.2019).

5.2 Määräävän markkina-aseman merkitys Googlen kannalta

5.2.1 Google Play Store

Alustat hyötyvät tuotannon suuresta volyymista ja niin kutsutuista verkostovaikutuksista, missä alustan uusi käyttäjä lisää verkoston arvoa muille alustan käyttäjille. Verkoston kasvaessa on todennäköistä, että siihen liittyy yhä uusia käyttäjiä. Tällöin verkosto alkaa ylläpitää itse omaa kasvuaan. Tuotannon kasvaessa yksikkökustannukset laskevat samalla.²⁴⁰ Kuluttajat suuntaavat luontevasti sen palvelun pariin, joka tarjoaa heille eniten sovelluksia. Eniten sovelluksia puolestaan kirjoitetaan niille alustoille, jolla on eniten käyttäjiä, ja eniten käyttäjiä on luonnollisesti määräävässä asemassa olevalla yrityksellä. Tätä ilmiötä kutsutaan yleisesti sovellusten verkostovaikutukseksi (*applications network effect*), mistä käyttöjärjestelmien, tässä tapauksessa Androidin, määräävä asema markkinoilla johtuu, ja mistä syystä pienempien kilpailijoiden markkinoille tulo hankaloituu.²⁴¹

Toisaalta monet sovellusten kehittäjät kirjoittavat sovelluksiaan siten, että ne toimivat monella eri käyttöjärjestelmällä. Tilanteessa, jossa kaikilla käyttöjärjestelmillä pyörisi yhtä monta sovellusta, olisivat nämä käyttöjärjestelmät toisilleen kilpailijoita samoilla markkinoilla. Näin on esimerkiksi Googlen ja Applen tapauksessa, joiden molempien mobiilikäyttöjärjestelmissä on huomattavan suuri sovelluskauppa: Googlen Play Store ja Applen App Store. Vuoden 2018 ensimmäisellä puoliskolla App Store teki 22.6 miljardin dollarin liikevaihdon, kun taas Play Store ylsi 11.8 miljardin dollarin liikevaihtoon, mikä on yllättävää, kun ottaa huomioon Androidin ja iOS:n huiman kokoeron markkinaosuuksien suhteen. Google Play kasvoi saman ajanjakson aikana 29,7 %, kun Applen App Store puolestaan kasvoi 26,8 %. Play Storesta oli vuoden 2018 heinäkuussa mahdollista ladata 2,8 miljoonaa sovellusta, kun taas App Storesta oli mahdollista ladata 2,2 miljoonaa sovellusta. Näyttäisi siltä, että sovellusten kehittäjien on mahdollista saada suurempi tuotto Applen sovelluskaupasta, kuin Googlen vastaavasta, mistä syystä sovellusten tekijöiden on loogisesti ajateltuna kannattavampaa tehdä sovelluksensa Applen

²⁴⁰ Björkroth – Vuorinen 2018, s. 323.

²⁴¹ Kühn – Caffarra 2004, s. 13.

käyttöjärjestelmään sopivaksi.²⁴² Käytännössä nykyisellään näille kahdelle sovelluskaupalle ei ole mobiilimarkkinoilla vastusta. Sovelluskauppojen markkinoilla Play Storella on yli 90 prosentin markkinaosuus.

Suurempi sovelluskauppa ei siis automaattisesti tarkoita kilpailijoihin verrattuna suurempia voittoja sovellusten kehittäjille tai alustojen ylläpitäjille. Tässä mielessä myös määräävän markkina-aseman merkitys näyttää Googlen Android-tapauksessa pienentyvän. Tapauksessa ei kuitenkaan ole suoraan kyse Androidin markkinaosuuden ja Play Storen kannattavuuden korrelaation selvittämisestä, vaan siitä, onko Googella ollut oikeus asettaa Play Storen lisensoinnin ehdoksi se, että laitevalmistajat esiasentavat Googlen sovelluksia Android-puhelimiin. Tätä kysymystä vasten arvioitavaksi tulee, mikä merkitys Googlen määräävällä asemalla mobiilikäyttöjärjestelmien markkinoilla on suhteessa siihen, millaisia mahdollisuuksia muilla käyttöjärjestelmien kehittäjillä on ollut markkinoille tuloon. Kun Androidin Play Store -sovelluskauppa on sovelluksien määrässä mitattuna selkeästi suurin, ja Androidin markkinaosuus mobiilisovelluksista ylivoimainen, näyttäisi ensisilmäyksellä olevan selvää, ettei Google voi kilpailuoikeuden näkökulmasta katsottuna rajoittaa Play Storen lisenssin kautta kilpailevien hakukoneiden ja internetselainten pääsyä tällaiseen käyttöjärjestelmään, johon suurin osa sovellusten kehittäjistä kirjoittaa sovelluksiaan.

Play Store on tällä hetkellä todistetusti miltei välttämätön Euroopan markkinoilla, koska Android-laite ei lähtökohtaisesti näytä myyvän ilman Googlen sovelluksia. Lisäksi vain Googella on mahdollisuus tuottaa sen immateriaalioikeuden alaisia tuotteita, tässä tapauksessa Play Storea. Määräämällä Play Storen lisensoinnille ehtoja, joilla se pyrkii ulottamaan Androidin sovelluskauppojen markkinoiden määräävän asemansa muiden sovellustensa markkinoille, näyttäytyy yritys varsin kyseenalaisena, kun menettelyyn sovelletaan komission Magil-testiä. Google siis käytännössä väärinkäyttää määräävää asemaansa immateriaalioikeuksiensa varjolla.

²⁴² Mobile Action, Apple App Store vs Google Play Store: Who is Winning? Saatavilla <https://www.mobileaction.co/blog/app-news-analysis/apple-app-store-vs-google-play-store/> (avattu 21.1.2019).

Samalla Google näyttäisi tulleen rikkoneeksi erityistä velvollisuuttaan suojella kilpailua alan markkinoilla, koska Google ei luovuta Play Storea laitevalmistajien käyttöön ilman sopimusta, jolla laitevalmistaja suostuu esiasentamaan Googlen muutkin sovellukset puhelimeensa. Käytännössä laitevalmistajien on suostuttava Googlen ehtoihin, jos ne haluavat käyttää Androidia menestyksekkäästi liiketoiminnassaan. Sinällään voisi kuvitella, että sovelluspaketilla olisi luonteensa vuoksi yhteys kaupan kohteeseen, jolloin kyseeseen ei tulisi kielletty niputtaminen. Voitaisiin myös ajatella, että Play Store on Androidin olennainen, kiinteä ja irrottamaton osa, jolloin kyseessä olisi kahden tuotteen teknologinen integraatio. Jos kuitenkin hyväksytään, että sekä käyttöjärjestelmä, että sovellukset, mukaan lukien Play Store, ovat erillisiä tuotteita ja näiden markkinat ovat erilliset, täytyy tällaisen niputtamisen sallittavuutta arvioida tarkasti oikeuskäytäntöön nojaten. Googlen tietoinen menettely sisällyttää sen tuottavimmat sovellukset markkinaosuuksiltaan ylivoimaiseen käyttöjärjestelmään näyttäisi kaiken järjen mukaan rajaavan aidon kilpailun mahdollisuutta: ainakin Play Storen osalta voidaan väittää, että Googlen sovelluskauppa näyttäisi Euroopan markkinoilla olevan ylivoimainen, sillä vain sitä kautta kuluttajat saavat ladattua Googlen sovelluksia, joita he Android-tuotteelta saattavat vaatia. Suuri markkinaosuus ei tietenkään tarkoita, että kuluttajat rakastaisivat Googlen sovelluksia, sillä markkinaosuus voi johtua pikemminkin siitä, että nämä sovellukset sisältyvät miltei jokaiseen Android-puhelimeen ja kuluttajat eivät ole jaksaneet vaihtaa oletussovelluksiaan. Ei kuitenkaan voida kiistää, että Googlen sovellukset ovat menestyneet hyvin myös iOS-laitteilla, joihin Googlen sovelluksia ei – Google Searchia lukuun ottamatta – ole esiasennettu. Play Storen kautta Google ulottaa määräävän asemansa myös muihin sovelluksiin, tai ainakin entisestään vahvistaa näiden sovellusten asemaa markkinoilla. Samalla laitevalmistajat tulevat entistä riippuvaisemmaksi Googlesta. Myös sovellusten kehittäjät ovat riippuvaisia Googlesta ja Play Storesta: vain suurimmille alustoille on kannattavaa luova sovelluksia, jolloin Play Store on Androidin suurimpana sovelluskauppana luontaisesti tuottavin myyntialusta. Tällöin Android-puhelinta on turha yrittää myydä ilman Play Storea, koska asiakkaat suosivat laitteita, joihin on mahdollista asentaa mahdollisimman monta erilaisia sovellusta. Pienemmistä sovelluskaupoista puuttuvat myös suosituimmat sovellukset, muun muassa Googlen YouTube -palvelu.

Näyttäisi sille, että niputtamisen tekee ongelmalliseksi vain Googlen käytäntö, jolla se kiristää laitevalmistajat Play Storen piiriin. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön voisi siis välttää, jos Google antaisi laitevalmistajille aidon vaihtoehdon olla esiasentamatta kaikkia Googlen

sovelluksia. Tämä kävisi järkeen myös niin kutsutun ”Google kokemuksen” kannalta: mikäli kuluttajat aidosti odottavat, että Android laitteessa on tietyt Googlen sovellukset, he voisivat tarvittaessa ladata nämä sovellukset sovelluskaupasta tai ostaa Googlen valmistaman laitteen, johon on esiasennettu oletuksena kaikki Googlen olennaiset sovellukset. Googlen sovellukset ovat menestyneet myös iOS-laitteilla ilman esiasennusta, joten luultavasti niiden suosio pysyisi korkeana ilman, että ne olisivat oletuksena jokaisessa Android-puhelimessa. Play Store tulisi joka tapauksessa olla mahdollista asentaa ehdoitta mihin tahansa Android-puhelimeen.

5.2.2 Google Search

Hakukoneessa Google käyttää hyödyksi parviälyä, joka tarkoittaa yksilöiden yksilöjen vuorovaikutuksesta syntyviä älykkäitä käyttäytymismalleja. Hakukone pystyy parviällyn ansiosta löytämään sitä parempia tuloksia, mitä enemmän käyttäjiä tähän hakutulokseen on päätynt. ²⁴³ *Algoritmit* puolestaan käyttävät hyödyksi sitä dataa, jonka ne saavat kuluttajien käyttäytymistä havainnoimalla, ja näin sovelluksen toiminnot optimoituvat. Algoritmit ovat siis ohjeita sille, miten jonkin ohjelmiston tulee toimia. ²⁴⁴ Mitä enemmän algoritmi voi havainnoida käyttäjiensä käytösmalleja, sitä enemmän se oppii ja mukauttaa toimintojaan. Google hyötyy hakukoneensa asentamisesta Android-puhelimiin, koska tällöin hakukoneen käyttäjämäärä on mahdollisimman suuri. Suuri käyttäjämäärä puolestaan houkuttelee mainostajia, joista Googlen hakukoneen tulot muodostuvat. Googlen onkin järkevää panostaa tuotteensa laatuun, kuten relevantteihin hakutuloksiin, jotta mahdollisimman moni kuluttaja haluasi käyttää sen hakukonetta. Täsmälliset hakutulokset saavat asiakkaat yhä todennäköisemmin klikkaamaan mainoksia, jolloin Google saa enemmän mainostuloja, ja kykenee näin tarjoamaan lisää ilmaisia palveluja, mikä puolestaan saa asiakkaat käyttämään Googlen tuotteita entistä enemmän, ja näin Google saa enenevässä määrin lisää dataa käyttöönsä. Toisaalta: koska hakukoneen tuotot tulevat nimenomaan mainostajilta, olisi Googlen kannattavaa vaikuttaa algoritmiin siten, että eniten maksaneet mainostajat saavat eniten ja näkyvintä mainostilaa, jolloin hakutulokset eivät ole täysin

²⁴³ Kaunisto – Sääksjärvi 2014, s. 41-44.

²⁴⁴ Brookshear 2007, s. 213.

objektiivisia.²⁴⁵ Joka tapauksessa algoritmien vaikutus kilpailuun on kiistaton, kun asiakkaista ja heidän tuottamastaan datasta kilpaillaan mobiilimarkkinoilla. Se, joka omistaa eniten dataa, pärjää parhaiten. Siksi Googlen on järkevää suojata selustansa ja pitää yllä määräävää markkina-asemaansa mahdollisimman suuren datamäärän keräämiseksi.

Google on ollut määräävässä asemassa hakukonemarkkinoilla vuodesta 2008 alkaen, ja komission arvion mukaan Googlen osuus Euroopan talousalueen hakukonemarkkinoista on yli 90 prosenttia. On totta, ettei Androidin ja Google Searchin markkinaosuuksien vertailu ole itsessään hedelmällistä, mutta koska kummankin tuotteen osuus on selkeästi kilpailijoitaan korkeampi, on näiden tuotteiden niputtamisella varmasti vaikutusta ainakin Google Searchin markkinaosuuteen. Tämä siitä syystä, että Google Search toimii niin internetselaimella kuin myös kilpailijoiden älylaitteissa, kuten Applen iPhoneissa, kun taas Android on käytössä vain ennalta määrätyissä tietyissä laitteissa, eikä se luonnollisestikaan voi olla yhtä ketterä kuin yksittäinen sovellus.

Ennen kaikkea Google Searchin kohdalla verkostovaikutukset ovat mittavat. Hakukoneen algoritmit toimivat sitä paremmin, mitä enemmän sovelluksella on käyttäjiä. Koska Androidin markkinaosuus on valtava, ja miltei jokaiseen Android-laitteeseen on esiasennettu oletushakukoneeksi Googlen hakukone, on Google Searchilla väistämättä huomattavan suuri käyttäjäkunta – puhumattakaan niistä maksuista, joita Google on suorittanut esimerkiksi Applelle, jotta myös iOS-laitteiden tehdasasetuksissa olisi esiasennettuna Google Search. Näin ollen maailman kahden suurimman käyttöjärjestelmän oletushakukoneena on Googlen hakukone. Kilpailijoiden on käytännössä mahdotonta kasvattaa markkina-asemaansa tilanteessa, jossa myös alan toiseksi suurin käyttöjärjestelmä suosii Google Searchia oletushakukoneenaan: Applella ei edes ole omatekoista hakukonetta, joten käytännössä Google on ainakin Euroopan markkinoilla aivan yksin. Vaikka laitevalmistajat saavatkin esiasentaa puhelimiinsa muitakin sovelluksia, on Googlen sovellusten oltava oletuksina. Kuluttajat tyytyvät tutkitusti oletussovelluksiin, mistä

²⁴⁵ Ezrachi – Stucke 2016, s. 135-136.

johtuen kilpailevien sovellusten on vaikea tulla markkinoille.²⁴⁶ Tällöin on ilmeistä, että hakukoneen esiasentaminen oletussovellukseksi käytännössä sementoi Googlen määräävän markkina-aseman. Google Searchin liittäminen osaksi Android-käyttöjärjestelmää on Googlen yritys siirtää markkinavoimaansa markkinoilta toiselle, tai tarkemmin sanottuna vakiinnuttaa markkina-asemansa. Näyttäisi siltä, että kyseessä on kielletty niputtaminen ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.

Sillä, että käyttäjä voi halutessaan vaihtaa oletussovelluksia mieleisempään lataamalla kilpailevia hakukoneita sovelluskaupasta tai käyttämällä laitevalmistajien esiasentamia hakusovelluksia, on toki merkitystä: tiedostavia kuluttajia on markkinoilla varmasti paljon, ja osa on valmis näkemään vaivan oletussovellusten muuttamiseksi. Asiakkaan vaihtokustannuksetkaan eivät ole hakukoneiden kohdalla mainittavan suuret, sillä esimerkiksi lähes kaikki internetselaimet pyörittävät myös kilpailevia hakukoneita.²⁴⁷ Älypuhelimet toimivat kuitenkin käytännössä sovellusten varassa, ja sovellukset ovat puolestaan oikoreittejä ja korvaavuuksia internetselaimen käytön korvaamiseksi. Tällöin tulee mobiilikäyttöjärjestelmien osalta ottaa jälleen huomioon Androidin sovelluskauppojen tilanne, joiden markkinoiden osalta Googlen Play Store on ylivoimainen. Vaikka kilpailevista sovelluskaupoista olisikin mahdollista ladata hakukonesovelluksia, ei asialla ole käytännössä merkitystä, kun kuluttajat näyttävät suosivan nimenomaan Play Storea sen kattavan sovellusvalikoiman vuoksi. Toisaalta Play Storen suosion syynä on nimenomaan sen laaja levinneisyys Android-ekosysteemissä. Kuluttajat eivät itse voi asentaa Play Storea puhelimeensa, eikä Play Storea puolestaan voi olla esiasennettuna laitteeseen ilman Googlen vakiosovelluksia, joiden käytön ehtona on Google Searchin paikka oletushakukoneena. Oravanpyörä on valmis.

Tilanne ei ole voinut jäädä Googelta huomaamatta. Googlen markkinaosuuksien osalta voitaisiin sanoa, ettei laitevalmistajien pakottaminen Googlen sovellusten esiasentamiseen ole enää kohtuullista kaupallisten intressien puolustamista, olkoonkin, että Google saa suuren osan tu-

²⁴⁶ Edelman – Geradi 2016, s. 172.

²⁴⁷ Edlin – Harris 2012, s. 172-173.

loistaan nimenomaan hakukone- ja mainostoiminastaan, koska potentiaalisia ja merkittäviä kilpailijoita ei enää ole markkinoilla. Toisaalta kilpailijoiden on myös todennäköisesti mahdotonta kilpailla Googlen resursseja vastaan: Google jakaa sovelluksiaan ilmaiseksi omistamaansa käyttöjärjestelmään, kun taas kilpailijoiden on luultavasti maksettava erillisiä maksuja laitevalmistajille, jotta heidän sovelluksensa esiasennettaisiin laitteeseen. Lisäksi Google Search on nykyisellään aina oletushakukoneena, jolloin tätä paikkaa ei voida esiasentamalla saavuttaa suuriakaan summia maksamalla. Kuten EUT on todennut, saadakseen kuluttajat vaihtamaan oletussovelluksen kilpailevaan tuotteeseen, on yrityksen käytettävä verraten huomattava määrä resursseja tuotteen markkinointiin, jakeluun ja kehittämiseen. Se, että Androidille on helppo luoda uusia sovelluksia, ei poista sitä seikkaa, että moni muu pystyy siihen myös. Kun kilpaillevien sovellusten määrä on valtava ja kuluttajan keinot ja resurssit arvioida tuotteiden laatua ja toimivuutta rajalliset, on esiasennettujen oletussovellusten asema ylivoimainen.

Sinäällään Googlen sovellusten esiasentamista ei voida nähdä moitittavana: hypoteettisesti katsoen määräävän aseman väärinkäyttö voitaisiin välttää esimerkiksi tarjoamalla sovelluksia edelleen ilmaiseksi laitevalmistajille, ja laitevalmistajat saisivat itse päättää, mitkä sovellukset ne esiasentaisivat ja laittaisivat tuotteidensa oletussovelluksiksi. Niputtamisen kannalta Google Searchin esiasentaminen ei myöskään näyttäisi olevan ongelma, jos vasta ostettu laite antaisi kuluttajan valita ensimmäisellä käyttökerralla, minkä sovelluksen käyttäjä haluaisi oletussovellukseksi. Mikäli laitevalmistaja on omasta tahdostaan valinnut esiasennettavaksi Googlen hakukoneen, pitäisi tämän olla kilpailuoikeuden näkökulmasta sallittua: yhtä hyvin laitevalmistaja saattaisi esiasentaa jonkin toisen sovelluksen, ja jättää Googlen hakukoneen kokonaan ulos sovellusvalikoimasta. Parhaassa tapauksessa laitevalmistaja olisi esiasentanut useita kilpailevia sovelluksia, tai antaisi kuluttajalle sovelluskaupan kautta listan kaikista vaihtoehtoisista hakukoneista, joista kuluttaja voisi ladata itselleen mieluisan. Tässä listassa sovellusten järjestys voisi määräytyä esimerkiksi käyttäjien antaman arvosanan perusteella, tai täysin satunnaisesti – tosin satunnaisuus saattaisi tuhлата käyttäjän aikaa ja vaivaa, sillä hyvän ja toimivan sovelluksen etsiminen voisi olla haasteellista. Tässä kuvitteellisessa tilanteessa oletuksena on myös, että Play Store olisi saatavissa ilman pakkoa asentaa kaikkia Googlen sovelluksia, ja laitevalmistaja saisi jälleen itse valita, minkä sovelluskaupan se laitteeseensa asentaa. Olisi myös tärkeää, että laitevalmistaja saisi käyttää vaihtelevia Androidin versioita eri laitteissaan.

5.2.3 Google ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttö

Tapauksen mukaisen niputtamisen objektiivista sallittavuutta arvioitaessa tulee kiinnittää huomiota siihen, onko käyttöjärjestelmään integroitu lisäominaisuus olennainen ja luonteva osa tuotetta sekä tuottaako tämä integraatio tehokkuus- ja kustannusetuja kuluttajille. Lisäksi niputtamisella ei saisi yrittää ainoastaan ylläpitää määräävää markkina-asemaa.

*Edelmanin ja Geradinin testiä*²⁴⁸ voidaan soveltaa Googlen tapaukseen seuraavasti: kysymykseen siitä, onko Googlella markkinavoimaa niputettujen tuotteiden markkinoilla, voidaan vastata myöntävästi. Googlen Euroopan talousalueen markkinaosuus mobiilikäyttöjärjestelmien markkinoilla oli vuonna 2018 yli 70 prosenttia. Toiseksi tulevan iOS-järjestelmän markkinaosuus oli vuonna 2018 yli 27 prosenttia, ja loppu jaettiin muiden kilpailijoiden kesken. Näiden markkinaosuuksien suhdetta tarkasteltaessa voidaan todeta, että Googlen osuus kilpailijoihinsa nähden on ylivoimainen. Markkinoiden alttius muutokselle ei ainakaan tällä hetkellä ole vakuuttava perustelu Googlen puolesta, kun sen markkinaosuus on vuosi toisensa perään kasvanut. Googlen markkinavoiman puolesta puhuu siis se, ettei Androidilla ole käytännössä kilpailijoita Applen iOS-käyttöjärjestelmän lisäksi. Tältä osin komission on tosin todennut, etteivät Apple ja Google ole tosiasiallisesti kilpailijoita. Tätä käsitellään myöhemmin esityksen 5.3.1 kappaleessa. Androidin markkinaosuus on pysynyt suurena jo useamman vuoden ajan, eikä se ole osoittanut merkkejä laskusta.

Koska EUT on tulkinnut, että käyttöjärjestelmä ja sovellukset ovat erillisiä tuotteita, on vastaus kysymykseen, ovatko niputetut tuotteet erilaisia, myöntävä. Niputtaminen on myös sulkenut markkinoita, sillä ilman Play Storea Android-puhelimen myynnissä on ollut Euroopan markkinoilla vaikeuksia. Toisaalta Play Storen lisenssi on mahdollista saada vain muiden Googlen sovellusten esiasennusta vastaan. Tämä on selkeästi sulkenut kilpailijoita markkinoilta, joilla ei ole ollut mahdollista saada sovelluksiaan esiasennettua laitteen oletussovellukseksi. Niputtamisesta on ollut näkökulmasta riippuen hyötyä tai haittaa kuluttajille. Toisaalta kuluttajat hyötyvät

²⁴⁸ Ks. tämän esityksen kappale 4.3.

sovellusten ilmaisuudesta ja etsintäkustannusten sekä laitteiden hintojen pienentymisestä; toisaalta nämä sovellukset saattavat pitkällä aikavälillä hidastaa innovaatiota ja johtaa lopulta korkeampiin hintoihin. Myös laitevalmistajat ovat hyötynet ilmaisesta käyttöjärjestelmästä ja sovelluksista, vaikkakin Googlen käytänteet ovat rajanneet niiden liikkumavaraa. *Bishopin* ja *Walkerin* mukaan kilpailevien yritysten tuotevalikoiman koko voi vaikuttaa siihen, onko niputtamisella kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Käytännössä muilla yrityksillä ei Applea lukuun ottamatta ole verrattavissa olevia tuotelinjoja. Koska komissio on itse todennut, ettei Apple kilpaile Googlen kanssa, voidaan todeta, etteivät muut yritykset voi vastata haasteeseen ja kilpailla Googlen nippua vastaan, jolloin niputtamisella on ollut kielteisiä vaikutuksia. Myös komission määräävän markkina-aseman väärinkäytön rajan arviointia voidaan soveltaa tähän tapaukseen. Niputetuilla tuotteilla on erilliset markkinat; Googella on määräävä asema kaikilla näillä markkinoilla; Google ei anna mahdollisuutta ladata sovelluksia ilman Play Storea; ja tämä rajoittaa kilpailua.

Laitteessa on joka tapauksessa oltava jokin oletussovellus. Ratkaisevaa on se, miten eri sovellukset arvotetaan, jotta juuri ”oikea” sovellus saa oikeuden tulla esiasennetuksi laitteeseen. Siinä olisi hyväksyttävää, jos laitevalmistaja itse päättäisi esiasentaa tuotteisiinsa tietyt valitsemansa Googlen sovellukset. Niputtamisen ongelma tässä tapauksessa on siinä, että Google pakottaa laitevalmistajat valitsemaan kaiken tai ei mitään. Tuotteita ei ole tosiasiallisesti mahdollista hankkia yksittäin, koska se ei ole mahdollista ilman Play Storea, jonka lisenssin saamisen ehtona on Googlen yksittäisten sovellusten lataaminen. Jos Google ei hivutakaan määräävää asemaansa markkinoilta toiselle, niin ainakin se vahvistaa asemaansa kaikilla kyseessä olevilla markkinoilla. Niputtaminen pelkän määräävän aseman säilyttämiseksi on oikeuskäytännössä katsottu kielletyksi.

Googlen tapaus eroaa jonkin verran Windows Media Player -tapauksesta: Androidin kun voi nimittäin hankkia myös ilman Googlen sovelluksia, joskin tällöin käyttäjällä ei ole pääsyä Androidin laajimpaan sovelluskauppaan, Play Storeen. Lisäksi, toisin kuin Windows, myös Googlen tarjoama Android-käyttöjärjestelmä on ilmainen kaikille laitevalmistajille. Tällöin sovellusten hintaa ei käytännössä ole voitu sisällyttää käyttöjärjestelmän kokonaishintaan.

Kuten todettu, Googlen sovellukset on mahdollista poistaa ja oletussovellukset mahdollista vaihtaa. Vaikka Google ei ole suoranaisesti rajoittanut muiden sovellusten esiasennusta, on sen

dominanssi mobiilimarkkinoilla niin huomattava, ettei kilpailijoilla ole aitoa mahdollisuutta haastaa Googlea. Oletussovellusten vaihtamisen ongelmallisuutta on jo käsitelty, mutta ilmaisen hinnan osalta Googlea voitaisiin syyttää saalistushinnoittelusta. Googlen ei kuitenkaan ole järkevää asettaa palveluilleen hintaa, kun mainostulot ovat sen suurin tulonlähde. Suuret mainostulot saadaan puolestaan suurilla käyttäjämäärillä, jolloin ilmaiset sovellukset ovat erinomainen keino käyttäjien houkuttelemiseksi. Lisäksi myös Googlen kilpailijat tarjoavat sovelluksiaan ilmaiseksi. Myös kuluttajat hyötyvät tästä ilmaisten tuotteiden muodossa esiintyvistä kauhun tasapainosta, eikä yrityksiä tulisi siksi suoraan rangaista tällaisen toiminnan perusteella. Kuitenkin se, että kilpailijat pystyvät säilyttämään markkinoilla vain marginaalisen aseman, ei ole EUT:n ratkaisukäytännön mukaan kilpailun rakenteen kannalta hyvä asia, jolloin Google käytännössä rikkoo erityistä velvollisuuttaan suojella kilpailua. Kilpailulainsäädännön tarkoituksena onkin suojella kilpailua itseään, eikä esimerkiksi kilpailijoita. Terve kilpailu tukee puolestaan kuluttajien etua, joka perustuu halpuihin hintoihin ja innovaatioon. Tosin: jos Google menettäisi suuren markkinaosuutensa ja määräävän asemansa, sen tulot pienenisivät. Tällöin ei olisi varmaa, että Google voisi yhä tarjota tuotteitaan ilmaiseksi kuluttajille, ja kuluttajien etua jouduttaisiin arvioimaan uudemman kerran.

Ottaen olosuhteet kokonaisuudessaan huomioon näyttäisi siltä, että komissio on ollut oikeassa väittäessään Googlen toiminnallaan väärinkäyttävän määräävää markkina-asemaansa. Kutsuttiinpa tätä kielletyksi sidonnaksi tai niputtamiseksi, on Googlen menettely ollut omiaan rajoittamaan kilpailua markkinoilla. Ymmärrettävästi tapausta voidaan tutkia kiellettyinä sidontana: Googlen ei suostu luovuttamaan Play Storen lisenssiä ilman muiden sovellusten asentamista, eikä Play Storea ole mahdollista saada muualta. Ongelmallisuuksia Play Storen ympärillä on käsitelty aiemmin. Koska EUT on ratkaisukäytännössään todennut, että sovellukset ovat käyttöjärjestelmästä erillisiä tuotteita, joilla on omat markkinansa, ei kyseessä voi olla sallittu niputtaminen. *Ongelmalliseksi muodostuikin sovellusten niputtaminen Play Storen lisenssin kanssa*, eikä niinkään Play Storen niputtaminen Androidiin. Tiivistetysti ongelma voitaisiin kiteyttää siihen, ettei Google anna laitevalmistajille mahdollisuutta esiasentaa Play Storea laitteisiin ilman Googlen vaatimia lisäsovelluksia. Google on kaikkien niputtamiensa tuotteiden osalta määräävässä markkina-asemassa. On siis selvää, että niputtamisella on kilpailulle haitallisia vaikutuksia. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön välttämiseksi Googlen tulisi tarjota Play Storea kaikille laitevalmistajille ilman ennakkoehtoja, ja laitevalmistajat saisivat itse

päittää, mitä sovelluksia ne esiasentaisivat. Sinällään näyttäisi olevan hyväksyttyä tarjota Androidia ja Googlen sovelluksia myös valmiina nippuna laitevalmistajille, sillä laitteet tarvitsevat joka tapauksessa oletusohjelmia. Laitevalmistajat voisivat siis halutessaan tarjota asiakkailleen ”Google kokemuksen” ja antaa laitteensa Googlen turvallisuus- ja laadunvalvonnan alaiseksi. Tähän ei kuitenkaan saa edes välillisesti painostaa pakottamalla laitevalmistajia sitoutumaan Googlen kaupallisesti tärkeimpien sovellusten esiasentamiseen – siitäkkin huolimatta, että Google tarvitsee tuloja pitääkseen tuotteensa ilmaisina. Jo aiemmin on kuitenkin todettu, että Google saa pelkästään Play Storesta ostettujen sovellusten tuloista merkittävän osuuden itselleen, minkä lisäksi Google Chrome ja Google Search toimivat Android-laitteiden lisäksi myös iOS-laitteissa ja kaikissa internetselaimissa.

Sinällään väitteet ”Google kokemuksen” ylläpitämisestä ovat perusteltuja, koska myös markkinoiden toiseksi suurin toimija, Apple, säätelee itse iOS-käyttöjärjestelmän sisältöä: design ja tekniset ominaisuudet ovat tärkeässä osassa, kun kuluttajat tekevät ostopäätöstä. Äkkiseltään kuulostaisi järkevältä, että oman tuotteen ominaisuuksien hallinta olisi kohtuullista. Googella ei siis ole samanlaista otetta tuotteeseensa kuin Applella. Tällainen mahdollisuus kuitenkin olisi, jos Google päättäisi määrätä itsenäisesti koko Android-käyttöjärjestelmän sisällöstä Applen esimerkkiä noudattaen. Tällaista menettelyä komissio ei vielä ainakaan Applen osalta ole kokenut sopimattomaksi. Syy voi tosin olla siinä, ettei Apple ole määräävässä markkina-asemassa. Mutta tilanne voisi dynaamisilla markkinoilla olla toisenlainen. Seuraavaksi käsitelläänkin hypoteettista tilannetta, jossa Apple päätyisikin määräävän markkina-asemaan Euroopan markkinoilla.

5.3 *Päätuotteen autonominen hallinta*

5.3.1 Ovatko Google ja Apple kilpailijoita?

Komissio on tehnyt väitteen, jonka mukaan Applen tuotteet eivät kilpaile Googlen Android-laitteiden kanssa. Tätä väitettä voidaan perustellusti kritisoida. Ensinnäkin komission väite siitä, ettei mobiilialustalla olisi merkitystä kuluttajien ostopäätöksen kannalta, on väärä. Myös laitteen ominaisuudet ja tuotenimi vaikuttavat varmasti merkittävästi ostopäätökseen, mutta yksi

laitteen ominaisuuksista on kiistatta juuri sen käyttämä mobiilikäyttöjärjestelmä: ilman käyttöjärjestelmää laitteella ei ole kuluttajan kannalta merkityksellisiä toimintoja. Käyttöjärjestelmällä on suuri merkitys sille, millaisia käyttötarkoituksia ja -mahdollisuuksia kuluttaja voi laitteeltaan odottaa. Siksi ei ole yhdentekevää, onko kyseessä Android vai iOS – erityisesti siksi, ettei iOS ole samalla tavalla muokkailtavissa kuin Android: esimerkiksi sovellusten pikakuvakkeita ei ole iOS-järjestelmässä mahdollista muuttaa, toisin kuin Androidissa.

Väite Applen laitteiden korkeammasta hinnasta on myös osittain väärä. Myös Android-puhelimet voivat maksaa liki tuhat euroa, kuten Applenkin laitteet. Vaikka Androidia käyttää merkittävästi laajempi joukko erilaisia ja erihintaisia mobiililaitteita, on myös Applen iPhoneen vanhempia malleja tarjolla edullisempaan hintaan. Erityisesti Applen ja Android-laitteiden valmistajien lippulaivatuotteet näyttävät nykyään kilpailevan keskenään niin ominaisuuksien kuin hinnan kanssa, eikä selkeitä eroja näiden laitteiden välillä ole helppo tehdä.

Androidista Appleen vaihtamisesta koituu toki jonkin verran vaihtamiskustannuksia: erityisesti sovelluksia ei voi nykyisellään siirtää suoraan Android-puhelimesta iPhoneeseen. Komissio väittää, että esimerkiksi yhteystiedot ja kuvat eivät siirtyisi iPhoneeseen: tämä väittäjä on väärä, sillä iPhoneeseen on heti käytön alkaessa mahdollista syöttää Google-tili, jonka mukana Android-puhelimesta olleet yhteystiedot ja kuvat siirtyvät uuteen laitteeseen pilvipalvelun välityksellä. Kuvien katselu tosin vaatii erillisen sovelluksen, jolla pilveen pääsee käsiksi. Lisäksi erityisesti ensimmäistä älypuhelinta hankittaessa Applen ja Googlen ekosysteemit todella kilpailevat keskenään houkuttelevuudellaan. Ostopäätökseen vaikuttavat muun muassa design ja toiminnallisuudet, jolloin esimerkiksi sovellusten saatavuudella on merkitystä.

Lisäksi komission väite siitä, että Androidin käyttäjän siirtyminen Applen iPhoneen käyttäjäksi olisi Googlen ydinliiketoiminnan kannalta merkityksetöntä, on osittain epätosi. Esimerkiksi Play Storesta saadut tulot eivät luonnollisesti kasva iPhoneen käyttäjien osalta, koska Applen tuotteisiin ei ole mahdollista ladata toista sovelluskauppaa. Lisäksi, vaikka iPhoneen oletushakukoneena onkin Google Search, on käyttäjän mahdollista vaihtaa internetselaimen hakukone toiseen haluamaansa vaihtoehtoon, vaikkakin Applen käyttäjät jatkavatkin todennäköisesti oletussovelluksen käyttöä puhelimessaan. iPhoneeseen ei kuitenkaan ole esiasennettu oletukseksi Google Chromea, jolloin myös Applen Safari-selain on Googlen selaimen suora kilpailija.

Myös tähän tilanteeseen sopii aiemmin käytetty vertauskuva autoista: autot koostuvat erilaisista moottoreista, valoista, pyöristä ja navigointisovelluksista ja äänentoistolaitteista; Osassa on keppivaihteisto, osassa automaattivaihteisto; osa toimii bensiinillä ja osa dieselillä. Kuluttajan kannalta nämä erot varustelussa, ajokokemuksessa, turvallisuudessa ja ulkonäössä ovat varmasti kaikki tärkeitä seikkoja ostopäätöstä tehtäessä. Samoin on myös mobiilikäyttöjärjestelmien laita. Väite siitä, ettei Apple tosiasiallisesti kilpailisi Googlen kanssa olisi kuin väite siitä, etteivät *Audi* tai *Volvo* kilpailisi keskenään. Näin ollen voidaan todeta, että Google ja Apple todella toimivat samoilla markkinoilla, joilla Googlen Androidilla on tällä hetkellä määräävä markkina-asema.

5.3.2 Applen hypoteettinen määräävä markkina-asema

Kuten todettu, Applea ei ole rangaistu siitä, että se pitää käyttöjärjestelmänsä tiukasti omassa hallinnassaan ja sisällyttää iOS:n ainoastaan omiin tuotteisiinsa. Myös Googlen olisi siis käytännössä mahdollista tehdä samoin. Applen tilanne eroaa kuitenkin Googlen tilanteesta siinä, ettei Apple ole määräävässä markkina-asemassa. Seuraavassa hypoteettisessa tilanteessa Apple ja iOS ovat saavuttaneet määräävän aseman mobiilikäyttöjärjestelmien markkinoilla.

Komissio näyttää rankaisevan Googlea siitä, että se on koittanut hallita alusta alkaen avoimuuteen perustuvaa Android-käyttöjärjestelmää ylimääräisillä sovelluksilla. Tilanne eroaa iOS:n osalta siinä, ettei iOS ole alun perinkään ollut avoin kilpaileville oletussovelluksille, toisin kuin puhtaan Androidin tapauksessa. Komissio on kiinnittänyt Googlen toimintaa huomiota, kun yritys on määräävässä asemassa ollessaan tarjonnut Play Storea ja Googlen sovelluksia yhtenä nippuna. Applen iOS-käyttöjärjestelmän joustamattomuus ei ole ollut ongelma, koska Apple ei ole ollut määräävässä asemassa mobiilikäyttöjärjestelmien markkinoilla, jolloin sillä ei ole ollut samanlaista erityistä velvollisuutta taata terve kilpailu, kuin Googllella on. Lisäksi, koska iOS on aina ollut muilta valmistajilta suljettu käyttöjärjestelmä, ei kilpaileville laitevalmistajille ole luultavasti syntynyt Googlen tilanteeseen verrattavaa riippuvuutta Applesta. Määräävään asemaan päätyessään Applen tilanne olisi kuitenkin toinen, sillä erityisesti sovellusten valmistajat – Google mukaan lukien – olisivat käytännössä Applen hyvän tahdon armoilla koittaessaan saada sovelluksensa myyntiin App Storeen tai esiasennetuksi iOS-laitteisiin. Se, voisiko jokin

muu taho valmistaa iOS-pohjaisia laitteita, olisi myös erittäin epävarmaa. Määrävä asema luosis väistämättä jonkinasteisen riippuvuussuhteen Applen ja kilpailijoiden välille.

Tilanteeseen, jossa iOS olisi määrävässä markkina-asemassa, sovellettaisiin myös EUT:n mielipidettä sovellusten ja käyttöjärjestelmän erillisyydestä. Tällöin esimerkiksi Applen Safari-selaimen niputtaminen käyttöjärjestelmään saattaisi olla kyseenalaista, kun esimerkiksi Google Chrome –selaimen voi ladata App Storesta. Voitaisiin olettaa, että iOS:n saavuttaessa määrävän aseman mobiilikäyttöjärjestelmien markkinoilla, myös Safari saavuttaisi määrävän aseman mobiiliselainten markkinoilla, kun kuluttajat tyytyisivät käyttämään sitä oletussovellukseensa. Tällöin Chrome jäisi Safarin jalkoihin, kun sitä ei lähtökohtaisesti voitaisi asentaa iPhoneen oletussovellukseksi.

Olisikin ongelmallista, jos Applen annettaisiin edelleen hallinnoida täysin autonomisesti käyttöjärjestelmäänsä tilanteessa, jossa se saavuttaisi määrävän markkina-aseman. Tästä voitaisiin vetää johtopäätös, että Applen olisi avattava järjestelmänsä Androidin tapaan kilpailijoiden sovelluksille. Sinällään iOS:n muokkausmahdollisuuksia ei tarvitsisi lisätä: sen sijaan Applen pitäisi avata kilpailijoilleen mahdollisuus esiasennuttaa oletussovelluksiaan iPhoneihin. Toisaalta Apple ei jaa iOS-järjestelmää ulkopuolisille laitevalmistajille, jolloin voitaisiinkin kysyä, tulisiko Applen asentaa oma valmistamiin tuotteisiinsa kilpailevia sovelluksia. Tilanne eroaa Androidin tapauksesta myös siinä, ettei Apple ainakaan toistaiseksi velvoittaisi laitevalmistajia mihinkään, sillä tässä hypoteettisessa tapauksessa se valmistaisi edelleen kaikki iOS-laitteensa itse. Kyse onkin siitä, missä määrin Applen olisi sallittua hallita omaa käyttöjärjestelmäänsä oletussovelluksia myöten. iPhoneissa on esimerkiksi Applen oma karttasovellus: mitä kävisi Google Mapsille – puhumattakaan pienemmistä karttasovelluksista – jos Apple pitäisi oman karttasovelluksensa oletuksena kaikissa tuotteissaan ollessaan määrävässä asemassa markkinoilla. Android-tapauksen logiikkaa seuraten on siis selvää, että myös Applen oletussovellukset haittaisivat kilpailua. Kuitenkin, jos Applen sovellukset eivät olisi määrävässä asemassa, ei tuotteiden niputtamisella olisi suoranaisesti kilpailuoikeudellista haittaa.

Kysymys on hankala: komissio ei esimerkiksi ole puuttunut Googlen omavalmistamien Android-puhelimien oletussovellusten kokoonpanoon millään tavalla. Androidin suuren markkinaosuuden taustalla on sen kirjaimellisesti olematon hinta laitevalmistajille, sekä valmistajien

suuri määrä. Tästä huolimatta Apple on kuitenkin saavuttanut pelkästään omavalmisteisilla laitteilla jo nyt yli 27 prosentin markkinaosuuden Euroopassa. Siksi skenaario Applen mahdollisesta määräävästä asemasta ei ole aivan tuulesta temmattu: jos Android menettäisi asemansa komission ja EUT:n rankaisukäytännön seurauksena, astuisi iOS miltei varmasti edeltäjänsä saappaisiin.

Yksi tulkinta on, että Applen tulisi määräävässä asemassa ollessaan avata iOS-järjestelmää niin, että kilpailevien sovelluskehittäjien olisi mahdollista ostaa paikkansa oletussovellusten joukosta. Toinen vaihtoehto olisi, että myös muut laitevalmistajat saisivat käyttää iOS-käyttöjärjestelmää. Toisaalta nämä vaihtoehdot eivät sopisi ”Apple kokemukseen”, jolloin määräävän aseman hankkiminen ei välttämättä olisi Applen kannalta ideaali päämäärä.²⁴⁹ Olisikin kiinnostavaa saada komission ja EUT:n näkemys tästä tilanteesta, kun tällä hetkellä EU:n kilpailuoikeus näyttää vain siirtävän Android-tutkinnan kautta yhtä suurta ongelmaa pois toisen ongelman tieltä.

²⁴⁹ Apple harjoittaa niin kutsuttua *selektiivistä* eli *valikoivaa jakelua*, jolloin se valitsee itse tietyin laadullisin kriteerein tuotteidensa jälleenmyyjät, joiden kanssa se lopulta ryhtyy liikesuhteisiin. Valtuutetut myyjät eivät saa antaa tuotteita myytäväksi jakeluverkkojen ulkopuolelle. Ks. Kuoppamäki 2018 (2), s. 240.

6 LOPPUPÄÄTELMÄT JA POHDINTAA

Tutkielman ensimmäisenä tutkimuskysymyksenä esitettiin, *milloin lisäominaisuuksien teknologinen integrointi päätuotteeseen täyttää määräävän markkina-aseman väärinkäytön kynnyksen?* Vastaus tähän kysymykseen on moniosainen. Määräävä asema luo yrityksille erityisen velvollisuuden turvata terve kilpailu markkinoilla. Googlen tapauksessa tämä tarkoittaa käytännössä sitä, ettei se voi edellyttää laitevalmistajilta sovellustensa, jotka ovat lisäksi kukin omilla markkinoillaan määräävässä asemassa, niputtamista jokaiseen Android-laitteeseen. Tällainen käytäntö vääristää kilpailua markkinoilla luomalla muun muassa huomattavia markkinoille tulon esteitä uusille kilpailijoille. Tästä syystä kilpailijoiden osuudet markkinoilla ovat viime vuosina pysyneet hyvinkin marginaalisina.

Sovellusnippujen tarjoaminen sinällään ei ole määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, sillä osa laitevalmistajista voi haluta tällaisia ilmaisista sovelluksista koostuvia paketteja, joista myös kuluttajat hyötyvät laitteiden halvempien hintojen muodossa. Ongelmaksi niputtaminen muodostuu siis silloin, kun laitevalmistajien valinnanvapautta rajoitetaan: Googlen Play Storelle asettamat lisensoinnin ehdot eivät tässä suhteessa näytä kestävän lähempää tarkastelua. Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä on katsottu, että käyttöjärjestelmä ja sovellukset ovat erillisiä tuotteita joilla on omat markkinansa. Kielletty niputtaminen ja sidonta kiteytyvät puolestaan siihen, onko tuotteita tarjolla nippujen lisäksi myös erikseen. Koska Googlen sovelluksia ei tosiasiallisesti voi esiasentaa laitteeseen ilman Play Storea, voidaan tällaisen teknologisen niputtamisen menettelyn katsoa olevan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Käytännössä laitevalmistajien on asennettava Play Store ja Googlen sovellukset laitteidensa oletussovelluksiksi, jotta tuotteilla olisi kysyntää markkinoilla. Kun Googlen sovellukset ovat käytännössä kaikissa Android-laitteissa Euroopan unionin markkinoilla, ovat myös verkostovaikutukset massiiviset. Tämä sekä lujittaa Googlen ennestään vahvaa määräävää asemaa markkinoilla, mutta rajaa lisäksi jo entisestään vähäistä kilpailua käyttöjärjestelmien markkinoilla. Niputtamalla tuotteita käyttöjärjestelmään Google on hivuttanut markkinavoimaansa käyttöjärjestelmien markkinoilta sovellusten markkinoille.

Tiivistetysti voidaan todeta, että lisäominaisuuksien teknologinen integrointi päätuotteeseen on sallittua silloin, kun määräävässä asemassa oleva yritys ei aseta tällaiselle integroinnille kilpai-

lua rajoittavia lisäehtoja. Tuotteita tulee siis olla mahdollista hankkia myös ilman nippua – toisin sanoen laitevalmistajien tulee voida esiasentaa Android-järjestelmään juuri ne sovellukset, jotka ne itse kokevat tarpeellisiksi. Tällöin tulisi olla mahdollista asentaa Googlen Play Store ilman muita Googlen sovelluksia. Toisaalta teknologinen lisäominaisuuksien integrointi olisi sallittua määräävästä markkina-asemasta huolimatta, jos niputetut tuotteet olisivat samankaltaisia ja täydentäisivät luonnollisesti toisiaan, minkä lisäksi se toisi tehokkuusetuja niin valmistajille kuin kuluttajillekin. Näillä lisäominaisuuksilla ei siis saisi olla erillisiä markkinoita, vaan ne pystyttäisiin käytännössä tarjoamaan vain osana päätuotetta. Tässä tapauksessa tällainen lisäominaisuus olisi siis käyttöjärjestelmän erottamaton osa, joka takaisi ohjelmiston toiminnan ja käytettävyyden.

Googlen tapauksessa sovellusten esiasentamista suurempi ongelma on se, että nämä sovellukset ovat kaikki oletussovelluksia, joita käytännössä minkään kilpailijan on mahdotonta syrjäyttää muun muassa riittämättömien markkinointiresurssien ja kuluttajien kulutuskäyttäytymisen vuoksi. Toisaalta edes riittävät resurssit eivät tässä tapauksessa parantaisi kilpailijoiden asemaa, sillä Googlen esiasennetut sovellukset ovat johdonmukaisesti oletuksena kaikissa myytävissä Android-tuotteissa juuri siitä syystä, että tämä on kirjattu sopimukseen Play Storen lisenssin ehdoksi.

Toisena tutkimuskysymyksenä tässä tutkielmassa esitettiin, *onko valmistajan oman päätuotteen täysin autonominen hallinta sallittua siinä tilanteessa, jossa tuotteen tarjoaja saa määräävän markkina-aseman?* Tätä kysymystä käsiteltiin esityksessä hypoteettisen Apple -tapauksen valossa. Android -tapauksen valossa näyttäisi siltä, ettei Apple – tai mikään muukaan mobiilikäyttöjärjestelmien valmistaja – voisi itsenäisesti päättää käyttöjärjestelmän sisällöstä, kuten oletussovelluksista, jos se päätyisi määräävään asemaan markkinoilla. Käyttöjärjestelmää olisi siis luultavasti avattava kilpailijoille ainakin jollain tasolla. iOS-järjestelmää voitaisiin esimerkiksi käyttää kilpailevien laitevalmistajien laitteissa. Joka tapauksessa Applen oletussovellusten asema olisi määräävän markkina-aseman tilanteessa uhattuna. Vähimmilläänkin Applen sovellukset tulisi olla mahdollista poistaa laitteesta, kuten Androidissa.

Määräävä markkina-asema on yritykselle ikään kuin kaksiteräinen miekka: toisaalta yhtiöt tavoittelevat mahdollisimman suurta voittoa ja markkinaosuutta; toisaalta määräävä asema luo yritykselle paineita ja sitoo niitä tiukemmilla säännöillä, kuin pienempiä kilpailijoita. Tällaiset

säännöt saattavat pitkällä aikavälillä hidastaa innovaatioita teknologia-alalla – joskin Yhdysvaltojen teknologiateollisuus selviytyi esimerkiksi Internet Explorer -tapauksesta mallikkaasti. On kuitenkin totta, että Android on lisännyt kuluttajien mahdollisuuksia hankkia ja käyttää älypuhelimia laitteiden halvan hinnan ja monipuolisen tarjonnan vuoksi: liika sääntely voisi vaikeuttaa tällaista suotuisaa kehitystä. Toisaalta sääntöjä tarvitaan suojelemaan demokratiaa ja ihmisten yksityisyyttä suurien yhtiöiden vallankäytöltä. Markkinoiden keskittyminen ja tuuloerojen kasvaminen eivät ole terveen kilpailun kannalta hyvä asia. Terve kilpailu puolestaan takaa sen, että kuluttajilla on aidosti vaihtoehtoja ja valtaa päättää itse millaisia tuotteita he haluavat käyttää. Aidon kilpailun tilassa syntyvät todelliset innovaatiot, jotka hyödyttävät niin kilpailun rakenteita kuin kuluttajiaakin. Kilpailuoikeuden funktio työkaluna, joka voisi korjata demokratiaan liittyviä ongelmia, voidaan kuitenkin kyseenalaistaa: tilalle olisi ehkä keksittävä muita keinoja.

Euroopan unionin kilpailupolitiikassa on noussut esiin tarve suojella eurooppalaisia yrityksiä ulkomaisilta kilpailijoilta – erityisesti yhdysvaltalaisilta ja kiinalaisilta yhtiöiltä. FAANG -yhtiöiden suuri valta Yhdysvalloissa on ymmärrettävästi pelottanut myös eurooppalaisia päättäjiä. Voi olla, että Googlen toimintaa tulkitaan tällaisten lasien läpi huomattavasti ankarammin, kuin jos kyseessä olisi eurooppalainen yhtiö. Jatkossa olisikin kiinnostavaa tutkia tarkemmin EU:n kilpailupolitiikan tarkoitusperiä esimerkiksi suhteessa Yhdysvaltoihin ja Kiinaan, joissa kilpailupolitiikan päämäärät poikkeavat eurooppalaisesta näkemyksestä, sekä EU:n yleistä suhtautumista ulkoeurooppalaisiin yrityksiin.