

Kerättyyn dataan perustuva profilointi –
kilpailuoikeudellinen arviointi ja vaihtoehtoiset sääntelykeinot

Pro gradu -tutkielma

Jani Mäkilä, 604445

Alustatalous ja EU:n digitaaliset sisämarkkinat

Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta

26.6.2019

TIIVISTELMÄ

TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

MÄKILÄ JANI: Kerättyyn dataan perustuva profilointi – kilpailuoikeudellinen arviointi ja vaihtoehtoiset sääntelykeinot

Pro gradu -tutkielma, 75 s.

Kilpailuoikeus

Kesäkuu 2019

Turun yliopiston laatujärjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

Kuluttajien profilointi on yleistynyt merkittävästi digitaalisten alustoiden kasvun ja kehityksen myötä. Algoritmit ja teknologia yleisesti ovat mahdollistaneet massiivisen datan keräämisen ja analysoimisen osana alustoiden liiketoimintaa. Alustoilla on näin ollen käytettävissään tarkkaa tietoa kuluttajien kulutustottumuksista ja mieltymyksistä, joiden perusteella ne voivat profiloida kuluttajia. Kuluttajat allokoidaan käytettävissä olevan datan avulla, ja näille kuluttajaryhmille tarjotaan erilaisia tuotteita ja palveluita. Kuluttajia asetetaan näin ollen eri asemiin riippuen siitä, mitä dataa alustoilla on.

Tutkielmassa perehdytään profiloinnista johtuvaan kuluttajien erilaiseen kohteluun. Vaikka profilointi on lisääntynyt merkittävästi alustoiden liiketoiminnassa, ei sitä kuitenkaan ole arvioitu EU:n tai sen toimielinten toimesta. Näin ollen on perusteltua pohtia mahdollisia sääntelykeinoja. Tutkielmassa arvioidaan profilointia ensinnäkin kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta, ja toisaalta yleisten syrjintäperiaatteiden sekä perusoikeuksien valossa. Tutkielman keskeisin tutkimuskysymys on ”Onko alustojen harjoittamaan profilointiin ja siitä johtuvaan kuluttajien erilaiseen kohteluun mahdollista soveltaa unionin kilpailuoikeusnormistoa?”. Profilointia harjoittaa tehokkaimmin kansainväliset superalustat, kuten Google ja Facebook, minkä takia tutkielma rajoittuu EU:n kilpailunormiston arviointiin, SEUT 102(c) artiklan johdolla. Tutkielmassa on vahvasti esillä myös EU:n syrjimättömyys- ja tasa-arvodirektiivit sekä EU:n perusoikeuskirja.

Profilointia koskevan sääntelyn puuttuessa, on tutkielma lähtökohtaisesti teoreettinen, ja sisältää näin ollen paljon pohdintaa. Tutkielmassa on käytetty oikeusdogmaattista lähestymistapaa, jolla on analysoitu voimassa olevia oikeussääntöjä, ja pyritty tulosten perusteella vetämään analogioita profilointiin. Tutkielma sisältää lisäksi hieman kriittistä ja taloustieteellistä lähestymistä. Tarkoituksena on ollut nostaa esille mahdollisia sääntelykeinoja, joista on pääluvuissa, ja tutkielman lopussa esitetty johtopäätöksiä ja pohdintaa tulevaisuuden kannalta. Lähteinä on pitkälti käytetty kansainvälistä kirjallisuutta ja artikkeleita sekä EU:n oikeuskäytäntöä.

Asiasanat: profilointi, kilpailuoikeus, datan kerääminen, digitaaliset alustat, SEUT 102(c), hintasyrjintä, yhdenvertainen kohtelu, syrjintä, perusoikeudet, henkilötietojen suoja

Sisällys

Sisällysluettelo

| | |
|--|------------|
| SISÄLLYS | III |
| LÄHTEET | V |
| LYHENTEET | XIV |
| 1. JOHDANTO | 1 |
| 1.1 TAUSTAA | 1 |
| 1.2 TUTKIMUSKYSYMYS | 4 |
| 1.3 RAJAUKSET | 5 |
| 1.4 LÄHESTYMISTAPA | 6 |
| 1.5 RAKENNE | 7 |
| 2. DATAN KERÄÄMINEN OSANA PROFILOINTIA | 8 |
| 2.1 DIGITAALISTEN ALUSTOIDEN MÄÄRITTÄMINEN JA DATAN KERÄÄMINEN TOIMINTANA | 8 |
| 2.1.1 <i>Big Datan ja Big Analyticsin merkitys datan keräämisessä</i> | 9 |
| 2.1.3 <i>Alustoiden kehitys ja nykytila</i> | 12 |
| 2.2 DATAN MERKITYS MARKKINOIDEN JA MARKKINAVOIMAN MÄÄRITTÄMISESSÄ | 13 |
| 2.2.1 <i>Relevanttien markkinoiden määrittäminen</i> | 14 |
| 2.2.2 <i>Data osana markkinavoiman määrittämistä</i> | 16 |
| 3. PROFILOINNIN KILPAILUOIKEUDELLINEN ARVIOINTI | 20 |
| 3.1 KERÄTTYYN DATAAN PERUSTUVA PROFILOINTI | 20 |
| 3.1.1 <i>Profiloinnin ilmeneminen käytännössä</i> | 21 |
| 3.1.2 <i>Profilointi alustoiden näkökulmasta</i> | 24 |
| 3.1.3 <i>Profiloinnin vaikutus kuluttajiin</i> | 25 |
| 3.1.4 <i>Vaikutus kilpailuun digitaalisilla markkinoilla</i> | 27 |
| 3.2 EU:N KILPAILUNORMISTON SOVELTAMINEN PROFILOINTIIN | 30 |
| 3.2.1 <i>Kilpailupolitiikan tavoitteiden heijastaminen profilointiin</i> | 32 |
| 3.2.2 <i>EUT:n ratkaisu United Brands</i> | 33 |
| 3.2.3 <i>Profiloinnin arvioiminen ratkaisun pohjalta</i> | 35 |
| 3.3 BUNDESKARTELLAMTIN FACEBOOK-RATKAISU | 39 |
| 3.3.1 <i>Ratkaisun merkitys profiloinnin kannalta</i> | 41 |
| 3.4 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ JA POHDINTAA | 43 |
| 4. YLEISTEN SYRJINTÄPERIAATTEIDEN JA PERUSOIKEUKSIEN SUHDE PROFILOINTIIN | 47 |
| 4.1 PROFILOINNIN ARVIOIMINEN EU:N SYRJIMÄTTÖMYYS DIREKTIIVIEN VALOSSA | 47 |
| 4.1.1 <i>Direktiivien tavoitteet</i> | 49 |
| 4.1.2 <i>Profiloinnin vertaaminen välittömään syrjintään</i> | 50 |
| 4.1.3 <i>Rotu tai etnisyyden profiloinnin syrjintäperusteena</i> | 55 |

| | |
|---|-----------|
| 4.1.4 Miesten ja naisten yhdenvertainen kohtelu sekä profilointi | 57 |
| 4.2 EU:N PERUSOIKEUSKIRJA JA PROFILOINTI | 59 |
| 4.2.1 Perusoikeudet oikeuskäytännössä ja niiden merkitys profiloinnin arvioinnissa..... | 62 |
| 4.3 KILPAILUOIKEUDEN JA PERUSOIKEUKSIEN KESKINÄINEN SUHDE | 66 |
| 4.4 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ JA POHDINTAA..... | 69 |
| 5. LOPUKSI: YHTEENVETOA JA LOPPUPÄÄTELMÄT | 73 |

Lähteet

Kirjallisuus

- Angwin, Julia – Mattu, Surya*, Amazon Says It Puts Customers First. But Its Pricing Algorithm Doesn't. ProPublica, 20.9.2016. Saatavilla osoitteessa: <https://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesnt>. Vierailtu 9.6.2019.
- Angwin, Julia – Parris Jr., Terry*, Facebook Lets Advertisers Exclude Users By Race. ProPublica, 28.10.2016. Saatavilla osoitteessa: <https://www.propublica.org/article/facebook-lets-advertisers-exclude-users-by-race>. Vierailtu 13.2.2019.
- Bania, Konstantina*, The role of consumer data in the enforcement of EU competition law. *European Competition Journal* 14 (1) 2018, 38 – 80.
- Björkroth, Tom – Mylly, Tuomas – Vuorinen, Jarkko*, Alustatalous, kilpailuoikeus ja kilpailun taloustiede – hienosäätöä vai paradigman muutos?. *Lakimies* 3 – 4/2018, s. 311 – 342.
- Charles, Vincent – Emrouznejad, Ali*, Big Data for the Greater Good: An Introduction. s. 1 – 18 teoksessa *Emrouznejad, Ali – Charles, Vincent* (ed.), *Big Data for the Greater Good*. *Studies in Big Data* 42. Springer 2019.
- Datta, Amit – Tschantz, Michael Carl – Datta, Anupam*, Automated Experiments on Ad Privacy Settings: A Tale of Opacity, Choice and Discrimination. *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies* 1 2015, 92 – 112.
- De Nijs, Romain*, Behavior-based price discrimination and customer information sharing. *International Journal of Industrial Organization* 50 2017, 319 – 334.
- Edelman, Benjamin – Geradin, Damien*, An Introduction to the Competition Law and Economics of “Free”, *CPI Antitrust Chronicle*, September 2018. Saatavilla osoitteessa: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/09/CPI-Edelman-Geradin.pdf>.
- Edelman, Benjamin – Luca, Michael – Svirsky, Dan*, Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment. *American Economic Journal: Applied Economics* 9 (2) 2017, s. 1 – 22. Saatavilla osoitteessa: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/app.20160213>.
- Ellis, Evelyn – Watson, Philippa*, *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford University Press, 2nd ed. 2013.
- Esteves, Rosa-Branca – Resende, Joana*, Competitive Targeted Advertising with Price Discrimination. *Marketing Science* 35 (4) 2016, 576 – 587.
- Evans, David S.*, Multisided platforms, dynamic competition, and the assessment of market power for internet-based firms. University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 753 2016. Saatavilla osoitteessa: <https://ssrn.com/abstract=2746095>

- Evans, David S. – Schmalensee, Richard*, The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623 2012. Saatavilla osoitteessa: <https://ssrn.com/abstract=2185373>
- Ezrachi, Ariel – Stucke, Maurice E.*, Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy. Harvard University Press 2016.
- Ezrachi, Ariel – Stucke, Maurice E.*, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. University of Illinois Law Review (5) 2017, s. 1775 – 1810.
- Fowler, Geoffrey A.*, It's the middle of the night. Do you know who your iPhone is talking to?, The Washington Post, 28.5.2019. Saatavilla osoitteessa: https://www.washingtonpost.com/technology/2019/05/28/its-middle-night-do-you-know-who-your-iphone-is-talking/?utm_term=.0fdb1879397a. Vierailtu 3.6.2019.
- Geradin, Damien*, What Should EU Competition policy do to Address the Concerns Raised by the Digital Platforms' Market Power? TILEC Discussion Paper No. 2018-041 2018. Saatavilla osoitteessa: https://pers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3299910.
- Ghosal, Vivek*, Resource Constraints and Competition Law Enforcement. Competition Law and Development 2013, s. 91 – 114.
- González Fuster, Gloria*, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU. Law, Governance and Technology Series 16. Springer 2014.
- Hardawar, Devindra*, Staples, Home Depot, and other online stores change prices based on your location. VentureBeat, 24.12.2014. Saatavilla osoitteessa: <https://venturebeat.com/2012/12/24/staples-online-stores-price-changes/>. Vierailtu 15.2.2019.
- Hern, Alex*, Facebook's 'ethnic affinity' advertising sparks concerns of racial profiling. The Guardian, 22.3.2016. Saatavilla osoitteessa: <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/22/facebooks-ethnic-affinity-advertising-concerns-racial-profiling>. Vierailtu 13.2.2019.
- Hern, Alex*, Facebook stops advertisers illegally discriminating by race. The Guardian, 9.2.2017. Saatavilla osoitteessa: <https://www.theguardian.com/technology/2017/feb/09/facebook-stops-advertisers-illegal-discriminating-race>. Vierailtu 13.2.2019.
- Just, Natascha*, Governing online platforms: Competition policy in times of platformization. Telecommunications Policy 42 2018, 386 – 394.
- Kujala, Tero*, Euroopan unionin perusoikeuskirja – perusoikeudet ja lainkäyttö. Helsingin hovioikeuden julkaisu: Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa 2012, 123 – 146. Saatavilla osoitteessa: <https://oikeus.fi/hovioikeudet/helsinginhovioikeus/fi/index/julkaisut/perus-jaihmisoikeudetrikosprosessissa.html>.

- Kuoppamäki, Petri*, Uusi kilpailuoikeus. 3., uudistettu painos. Alma Talent, Helsinki 2018.
- Lahuerta, Sara Benedi*, Ethnic discrimination, discrimination by association and the Roma community: CHEZ. *Common Market Law Review* 53 2016, 797 – 818.
- Lamadrid de Pablo, Alfonso*, The double duality of two-sided markets, s. 95 – 108 teoksessa Evans, David S. – Mariscal, Elisa V. – Ortiz, Aitor – Hoch, Nancy – Roth, Jan, *Internet Competition and Regulation Of Online Platforms, Competition Policy International (CPI)* 2016. Saatavilla osoitteessa: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/05/INTERNET-COMPETITION-LIBRO.pdf>.
- Lambrecht, Anja – Tucker, Catherine E.*, Can Big Data Protect a Firm from Competition?, s. 155 – 166 teoksessa Evans, David S. – Mariscal, Elisa V. – Ortiz, Aitor – Hoch, Nancy – Roth, Jan, *Internet Competition and Regulation Of Online Platforms, Competition Policy International (CPI)* 2016.
- Leivo, Kirsi – Leivo, Timo – Huimala, Hannele – Huimala, Mikko*, EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. 2. uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2012.
- Malgieri, Gianclaudio – Custers, Bart*, Pricing privacy – the right to know the value of your personal data. *Computer Law & Security Review* 34 2018, 289 – 303.
- Mäntylä, Juha-Matti*, Googlen, Amazonin ja Facebookin ylivoima on valtava ongelma ja yhdysvaltalaisprofessorin mukaan jätit on pilkottava – suomalaisyrittäjä: Isot jätit toimivat ihan miten niitä huvittaa. Yle, 12.10.2018. Saatavilla osoitteessa: <https://yle.fi/uutiset/3-10430076>. Vierailtu 13.10.2018.
- Nazzini, Renato*, Online Platforms and Antitrust: Where do we go from here? *Rivista Italiana di Antitrust/Italian Antitrust Review* 5 (1) 2018, s. 5 – 22.
- Newman, John M.*, Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review* 164 (1) 2015, 149 – 206.
- O'Connor, Daniel*, Understanding Online Platform Competition: Common Misunderstandings, s. 9 – 30 teoksessa Evans, David S. – Mariscal, Elisa V. – Ortiz, Aitor – Hoch, Nancy – Roth, Jan. *Internet Competition and Regulation Of Online Platforms, Competition Policy International (CPI)* 2016.
- Ojala, Marjo*, EU-kilpailuoikeus. 2. uudistettu painos. Edita, Helsinki 2011.
- Ojanen, Tuomas*, Perus- ja ihmisoikeudet - eurooppalaisen konstitutionalismin. Akilleen kantapää? *Lakimies* 7–8/2009, s. 1106–1124.
- Papandropoulos, Penelope*, How should price discrimination be dealt with by competition authorities. *Concurrences: Revue des droits de la concurrence* 3 2007, s. 34 – 38.
- Raito, Juha*, Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. 3. uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2013.
- Roosendal, Arnold*, We Are All Connected to Facebook... by Facebook!, s. 3 – 20 teoksessa Gutwirth, Serge – Leenes, Ronald – De Hert, Paul – Pouillet, Yves (ed.), *European Data Protection: In Good Health?*, Springer 2012.

- Rose, Michael – Rahman, Mohammed*, Who's Paying More to Tour These United States? Price Differences in International Travel Bookings. *Technology Science*, 11.8.2015. Saatavilla osoitteessa: <https://techscience.org/a/2015081105/>. Vierailtu 15.2.2019.
- Shaw, Genevieve*, Mac Users May See Pricier Options on Orbitz. *ABC News*, 26.6.2012. Saatavilla osoitteessa: <https://abcnews.go.com/Travel/mac-users-higher-hotel-prices-orbitz/story?id=16650014>. Vierailtu 16.2.2019.
- Shelanski, Howard A.*, Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Review* 161 (6) 2013, 1663 – 1706.
- Smith, Vincent*, Fundamental rights in the application of competition law in the EU. *Research Handbook on EU Law and Human Rights*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK 2017, s. 345 – 363.
- Stucke, Maurice E. – Grunes, Allen P.*, *Big Data and Competition Policy*. Oxford University Press 2016.
- Stucke, Maurice E – Ezrachi, Ariel*, How Digital Assistants Can Harm Our Economy Privacy and Democracy. *Berkeley Technology Law Journal* 32 (3) 2017, 1239 – 1300.
- Townley, Christopher – Morrison, Eric – Yeung, Karen*, Big Data and Personalized Price Discrimination in EU Competition Law. *Yearbook of European Law* 36 (1) 2017, 683 – 748.
- Whittington, Jan – Hoofnagle, Chris Jay*, Unpacking Privacy's Price. *North Carolina Law Review* 90 (5), *Social Networks and the Law* 2012, 1327 – 1370.
- Wikberg, Olli*, *Johdatus kilpailuoikeuteen*. Talentum cop, Helsinki 2011.
- Wilson, Christo*, If you use a Mac or an Android, e-commerce sites may be charging you more. *The Washington Post*, 3.11.2014. Saatavilla osoitteessa: https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2014/11/03/if-you-use-a-mac-or-an-android-e-commerce-sites-may-be-charging-youmore/?noredirect=on&utm_term=.6d568f187e10. Vierailtu 16.2.2019.
- Wladawsky-Berger, Irving*, *The Rise of Platform Economy*. Dow Jones Institutional News, New York, 12 Feb 2016.
- Yadron, Danny*, Google Assistant takes on Amazon and Apple to be the ultimate digital butler. *The Guardian*, 18.5.2016. Saatavilla osoitteessa: <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/18/google-home-assistant-amazon-echo-apple-siri>. Vierailtu 4.2.2019.
- Zuiderveen Borgesius, Frederik – Poort, Joost*, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law. *Journal of Consumer Policy* 40 (3) 2017, s. 347 – 366.

Virallislähteet ja viranomaisten julkaisut

Bundeskartellamt, Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding, 7.2.2019. Saatavilla osoitteessa: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

Bundeskartellamt, *Case Summary: B6-22/16, Facebook*, 15.2.2019. Saatavilla osoitteessa: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

COM(2016) 288 final, Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle, Digitaalisten sisämarkkinoiden verkkoalustat, Euroopan mahdollisuudet ja haasteet. (Komission tiedonanto 2016)

Competition & Markets Authority (UK), The commercial use of consumer data: Report on the CMA's call for information. CMA 38, June 2015. Saatavilla osoitteessa: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.

Euroopan komissio, Competition Policy for the digital era, 2019. (Komission kilpailupolitiikkaa koskeva raportti 2019). Saatavilla osoitteessa: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

Euroopan komission lehdistötiedote, 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 osoitteessa: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_fi.htm.

Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, 14.12.2007. (2007/C 303/02)

FRA – Council of Europe, Handbook on European non-discrimination law. 2018 edition. Saatavilla osoitteessa: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf.

FRA – Euroopan neuvosto, Euroopan syrjinnänvastaisen oikeuden käsikirja. 2013. Saatavilla osoitteessa: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/769c22cd-6fcd-4766-b031-f254dd5b718b/language-fi>.

K(2009) 864 lopullinen, Komission tiedonanto, Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määrävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. (Komission määrävää markkina-asemaa koskeva tiedonanto 2009)

Oikeustapaukset

Asia C-83/14, *CHEZ Razpredelne Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot discriminatsia*, Unionin tuomioistuimen tuomio 16.7.2015, EU:C:2015:480.

Asia C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp. ja ZTE Deutschland GmbH*, Unionin tuomioistuimen tuomio 16.7.2015, EU:C:2015:477.

Asia C-83/14, *CHEZ Razpredelne Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot discriminatsia*, Julkiasiamiehen ratkaisuehdotus, Juliane Kokott, 12.3.2015, EU:C:2015:170.

Asia C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, Unionin tuomioistuimen tuomio 13.5.2014, EU:C:2014:317.

Asia C-267/12, *Frédéric Hay v. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Unionin tuomioistuimen tuomio 12.12.2013, EU:C:2013:823.

Asia C-195/12, *Industrie du bois de Vielsalm & Cie (IBV) SA v. Région wallonne*, Unionin tuomioistuimen tuomio 26.9.2013, EU:C:2013:598.

Asia C-439/11 P, *Ziegler SA v. Euroopan komissio*, Unionin tuomioistuimen tuomio 11.7.2013, EU:C:2013:513.

Asia C-385/11, *Isabel Elbal Moreno v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ja Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, Unionin tuomioistuimen tuomio 22.11.2012, EU:C:2012:746.

Asia C-209/10, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet (Post Danmark I)*, Unionin tuomioistuimen tuomio 27.3.2012, EU:C:2012:172.

Asia C-70/10, *Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, Unionin tuomioistuimen tuomio 24.11.11, EU:C:2011:771.

Asia C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v. Komissio*, Unionin tuomioistuimen tuomio 14.10.2010, EU:C:2010:603.

Asia nro 42184/05, *Carson ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, EIT, 16.3.2010.

Yhdistetyt asiat C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Komissio*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 6.10.2009, EU:C:2009:610.

Asia C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV ym. v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 4.6.2009, EU:C:2009:343.

Asia C-202/07 P, *France Télécom SA v. Komissio*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 2.4.2009, EU:C:2009:214.

Yhdistetyt asiat C-468/06 – C-478/06, *Sot. Lélos v GlaxoSmithKline AEVE*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 16.9.2008, EU:C:2008:504.

Asia C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law ja Steve Law*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 17.7.2008, EU:C:2008:415.

Asia C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 10.7.2008, EU:C:2008:397.

Asia C-95/04 P, *British Airways plc v. Komissio*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 15.3.2007, EU:C:2007:166.

Asia C-13/05, *Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 11.7.2006, EU:C:2006:456.

Asia 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komissio (Michelin I)*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 9.11.1983, EU:C:1983:313.

Asia 27/76, *United Brands Co v. Komissio*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 14.2.1976, EU:C:1978:22.

Asia 43/75, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 8.4.1976, EU:C:1976:56.

Yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73, *Commercial Solvents v. Komissio*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 6.3.1974, EU:C:1974:18.

Asia 6/72, *Continental Can v. Komissio*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 21.2.1973, EU:C:1973:22.

Yrityskaupparatkaisut

Asia COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3.10.2014. C(2014) 7239 final.

Asia COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, 7.10.2011. C(2011)7279.

Muut verkkolähteet

Apple, Advertising & Privacy, 17.9.2018. Saatavilla osoitteessa: <https://support.apple.com/en-us/HT205223>.

BBC, Tracking tools found on EU government and health websites, 19.3.2019. Saatavilla osoitteessa: <https://www.bbc.com/news/technology-47624206>. Vierailtu 10.6.2019.

Business Insider Intelligence, Amazon Echo owners are spending more money on Amazon. Business Insider, 19.9.2016. Saatavilla osoitteessa: <https://www.businessinsider.com/amazon-echo-owners-are-spending-more-money-on-amazon-2016-9>. Vierailtu 21.2.2019.

Eggers, William D. – Hamill, Rob – Ali, Abed, Data as the New Currency: Government's role in facilitating the exchange. Deloitte Review 13, 2013. Saatavilla osoitteessa: https://deloitte.wsj.com/riskandcompliance/files/2013/11/Data_Currency_report.pdf.

- Ericsson Mobility Report, November 2018. Saatavilla osoitteessa: <https://www.ericsson.com/assets/local/mobility-report/documents/2018/ericsson-mobility-reportnovember-2018.pdf>. Vierailtu 30.1.2019.
- Facebook Business, <https://www.facebook.com/business>.
- Hannak, Aniko – Soeller, Gary – Lazer, David – Mislove, Alan – Wilson, Christo, Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites. Proceedings of the 2014 Conference on Internet Measurement Conference, 2014, 305 – 318. Saatavilla osoitteessa: <https://dl.acm.org/citation.cfm?doid=2663716.2663744>.
- Laney, Doug, 3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety. Application Delivery Strategies, META Group, 2001. Saatavilla osoitteessa: <https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>.
- McKinsey Global Institute, Big Data: The next frontier for innovation, competition and productivity. June 2011. Saatavilla osoitteessa: <https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation>.
- Mikians, Jakub – Gyarmati, László – Erramilli, Vijay – Laoutaris, Nikolaos, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet. Proceedings of the 11th ACM Workshop on Hot Topics in Networks, 2012. Saatavilla osoitteessa: <https://dl.acm.org/citation.cfm?id=2390237>.
- OECD, Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. OECD Digital Economy Papers, No. 220. OECD Publishing, Paris 2013. Saatavilla osoitteessa: <http://dx.doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>.
- OECD, Data-Driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synthesis Report. October 2014. Saatavilla osoitteessa: <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>.
- Ojanen, Tuomas, Euroopan unionin perusoikeudet – varjoista valokeilaan. Perustuslakiblogi, 28.10.2016. Saatavilla osoitteessa: <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2016/10/28/tuomas-ojanen-euroopan-unionin-perusoikeudet-varjoista-valokeilaan/>. Vierailtu 25.5.2019.
- Orbitz News Releases, Orbitz Unveils Powerful New Mobile Website and Introduces New "Mobile Steals" Program Offering Discounted Mobile-only Rates on Hotels, 12.12.2011. Saatavilla osoitteessa: <http://press.orbitz.com/phoenix.zhtml?c=251693&p=irol-newsArticle&ID=1796317>.
- Oxford Dictionaries: "Artificial Intelligence", https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence.
- Staples.com, Help Center – Shipping & Delivery. Saatavilla osoitteessa <https://www.staples.com/sbd/content/help-center/shipping-and-delivery.html>.

- StatCounter Global Stats, Social Media Stats Worldwide. Saatavilla osoitteessa <http://gs.statcounter.com/social-media-stats>. Vierailtu: 16.3.2019.
- Statista, Biggest companies in the world 2018. Saatavilla osoitteessa: <https://www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-value/>. Vierailtu 17.1.2019.
- Statista, Facebook: number of daily active users worldwide 2011 - 2019. Saatavilla osoitteessa: <https://www.statista.com/statistics/346167/facebook-global-dau/>. Vierailtu 9.6.2019.
- Statista, Facebook users worldwide 2008 - 2019. Saatavilla osoitteessa: <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>. Vierailtu 9.6.2019.
- van Eijk, Nico – Fahy, Ronan – van Til, Harry – Nooren, Pieter – Stokking, Hans – Gelevert, Hugo, Digital platforms: an analytical framework for identifying and evaluating policy options. TNO Report 2015. Saatavilla osoitteessa: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/1703.pdf>.
- van Gorp, Nicolai – Batura, Olga, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy. Study for the ECON Committee, European Parliament 2015. Saatavilla osoitteessa: http://www.europarl.europa.eu/ReData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf.

Lyhenteet

| | |
|------|--|
| EIT | Euroopan ihmisoikeustuomioistuin |
| ETA | Euroopan talousalue |
| EU | Euroopan unioni |
| EUT | Euroopan unionin tuomioistuin |
| EUVL | Euroopan unionin virallinen lehti |
| EYVL | Euroopan yhteisöjen virallinen lehti |
| GDPR | General Data Protection Regulation, Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2016/679 |
| SEU | Sopimus Euroopan unionista |
| SEUT | Sopimus Euroopan unionin toiminnasta |

1. Johdanto

1.1 Taustaa

Digitaalisista alustoista on tullut osa meidän arkipäiväämme. Olemme jatkuvassa yhteydessä alustojen, kuten esimerkiksi Googlen ja Applen, kanssa. Käytämme internetistä löytyviä hakukoneita, lataamme applikaatioita älypuhelimillemme ja ostimme tuotteita verkkokaupoista. Ei näin ollen ole ihme, että Google, Apple, Amazon ja Facebook ovat kaikki maailman arvokkaimpien yhtiöiden joukossa.¹ Pörssikurssien lisäksi kyseiset alustat dominoivat omia osiaan tämän päivän merkittävimmistä markkinoista. Google hallitsee hakukoneiden käyttöä sekä älypuhelisten käyttöjärjestelmiä, Amazon taas hallitsee verkkokauppaa sekä pilvitietojen käsittelyä, Facebook on sosiaalisen median ykkönen, ja Apple johtaa älypuhelisten myyntiä sekä voittoa.²

Näiden alustojen valtaa korostaa myös se, että miljardit käyttäjät käyttävät niitä päivittäin.³ Samalla kun kuluttajat käyttävät alustojen tarjoamia palveluita, oli se sitten hakukoneen käyttämisestä, verkkokaupasta ostamista tai kuvien tykkäämisestä, keräävät digitaaliset alustat dataa käyttäjistään. Alustat hyötyvät näin ollen kaikista käyttäjistään, vastavuoroisesti käyttäjät pääsevät käsiksi alustojen tarjoamiin palveluihin ja mahdollisuuksiin. Kerätyllä datalla alustat kehittävät ohjelmiaan sekä käyttäjille tarjoamiaan palveluita. Dataa käytetään esimerkiksi parempaan ja tarkempaan tuotteiden hinnoitteluun (esimerkiksi Amazon), tarkempien hakutulosten tarjoamiseen (esimerkiksi Google) tai yksilöidimpien applikaatioiden suositteluun (esimerkiksi Apple). Alustat käyttävät monimutkaisia algoritmeja kaiken käytettävillä olevan datan keräämiseen ja sen analysoimiseen, näistä prosesseista voidaan käyttää termejä Big Data ja Big Analytics. Mitä suurempi alusta on kyseessä, sitä enemmän dataa se saa kerättyä käyttäjistään. Koska datan käyttö muodostaa nykyään merkittävän osan digitaalisten alustoiden liiketoiminnasta, mahdollistetaan tehokkaalla tietojen keräämisellä ja analysoimisella kilpailuetu digitaalisilla markkinoilla, mikä merkitsee lähtökohtaisesti sitä, että suurilla alustoilla on kilpailuetu

¹ Apple on maailman arvokkain yhtiö lähes biljoonan dollarin markkina-arvolla, toisena on Amazon, kolmantena Googlen emoyhtiö Alphabet, viiden arvokkaimman joukkoon mahtuu myös Facebook. Perustuu vuoden 2018 markkina-arvoon. Tiedot noudettu 17.1.2019, <https://www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-value/>

² Mäntylä, Yle, 12.10.2018.

³ Pelkästään Facebookilla on yli 1,5 miljardia päivittäistä käyttäjää, per 1Q 2019. Tiedot noudettu 9.6.2019, <https://www.statista.com/statistics/346167/facebook-global-dau/>

pienempiin alustoihin nähden, sillä pienemmillä alustoilla ei samanlaiset mahdollisuudet ja resurssit kerätä dataa, tai kehittää tehokkaita algoritmeja kerätyn datan läpikäymiseen.

Alustat ovat omalla sisääntulollaan vaikuttaneet Euroopan unionin sisämarkkinoiden digitaaliseen kehitykseen. Markkinoiden kehityksestä huolimatta Euroopan unionin kilpailusäännöt ovat pysyneet nykymuodossaan siitä lähtien kun ne on otettu osaksi Rooman sopimusta.⁴ Unionin voimassaolevat kilpailusäännöt eivät sääntele millä tavalla yritykset tai alustat voivat hyödyntää käyttäjistään keräämäänsä dataa esimerkiksi kilpailuedun saamiseen tai osana määräävää markkina-asemaa. Ne voivat käyttää keräämäänsä dataa kilpailuoikeudellisena etuna markkinoilla, esimerkiksi jakamalla kuluttajia eri ryhmiin, riippuen siitä mitä tietoa kuluttajista on. Mitä enemmän dataa alustoilla on, sitä paremmin ne voivat allokoida kuluttajaryhmiä, ja tarjota ryhmille kohdistettuja tuotteita ja palveluita. Allokoimalla kuluttajat tällä tavalla ryhmiin, esimerkiksi kuluttajan paikkakunnan tai sukupuolen perusteella, alustat pyrkivät kaappaamaan enemmän kuluttajien ylijäämästä.⁵ Alustoiden liiketoiminta perustuu näin ollen pitkälti kuluttajien profilointiin, joka periaatteessa tarkoittaa kuluttajien ja kuluttajaryhmien erilaista kohtelua. Profiloinnista on tullut alustoiden räjähtävän kasvun myötä merkittävä ilmiö digitaalisilla sisämarkkinoilla. Datan keräämisellä mahdollistetaan tehokas ja tarkka profilointi. Alustoiden liiketoiminnan ollessa pitkälti riippuvainen kerätystä datasta, ja niiden perusteella harjoitetusta profiloinnista, voidaan näillä vaikuttaa sekä markkinoiden rakenteeseen että kuluttajiin ja kilpailuun, minkä takia on perusteltua tarkastella profilointia ja kilpailuoikeutta digitaalisessa ympäristössä unionin kilpailunormiston valossa.

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (jäljempänä SEUT) 102(c) artikla kieltää samantapaisten kauppakumppanien syrjimisen. Kilpailusäännöt eivät kuitenkaan nykyisellä sanamuodollaan estä yrityksiä kohtelemasta kuluttajia eri tavalla, vaikka tällainen syrjintä perustuu samoihin perusteisiin kuin 102(c) artiklan hintasyrjintä. Profiloinnissa on kuitenkin vahva kilpailuoikeudellinen ilme, ja koska unionin oikeuskäytännöstä ei löydy tapauksia, joissa on arvioitu profilointia, ei tällä hetkellä löydy ehdotonta vastausta sille, miten profilointiin tulisi suhtautua. Tämä antaa tilaa pohdinnalle ja analogiselle tulkinnalle. Henkilötietojen käsittelystä on säännelty heinäkuussa 2018 voimaan tullessa yleisessä tietosuojasetuksessa (jäljempänä GDPR). Profiloinnilla onkin läheinen yhteys GDPR:ään, ainakin käyttäjätietojen keräämistä ja käsittelyä koskevilta osilta. Asetus antaa mahdollisuuden puuttua profiloinnin perustana

⁴ Rooman sopimus solmittiin vuonna 1957, ks. *Kuoppamäki* 2018, s. 27. Rooman sopimuksen 86 artikla vastaa nykyistä SEUT 102 artiklaa.

⁵ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 234.

toimivaan datan keräämiseen, tarkemmin sanottuna, siihen millä keinoin henkilötietoja saadaan ylipäätään kerätä.

Kahden osapuolen erilaista kohtelua voidaan hyvin usein pitää syrjintänä, varsinkin jos kyseinen kohtelu asettaa toisen parempaan asemaan. Siinä määrin kuin profiloinnissa on samaa kilpailunormiston hintasyrjinnän kanssa, voidaan samaan hengenvetoon todeta, että profiloinnissa ilmenee myös Euroopan unionin yleisten syrjintäperiaatteiden mukaista syrjintää. Euroopan neuvoston direktiivit 2000/43/EY⁶ ja 2004/113/EY⁷ sekä EU:n perusoikeuskirja⁸ (jäljempänä perusoikeuskirja) sisältävät syrjintää koskevia säädöksiä. Ensiksi mainittu direktiivi sääntelee yhdenvertaisesta kohtelusta, riippumatta henkilön rodusta tai etnisestä alkuperästä (jäljempänä rotuja koskeva tasa-arvodirektiivi). Jäljempi direktiivi sääntelee miesten ja naisten yhdenvertaisesta kohtelusta tavaroiden ja palveluiden saatavuuden ja tarjonnan alalla (jäljempänä tavaroita ja palveluita koskeva tasa-arvodirektiivi). Koska profilointia ei ole yleisesti unionin tasolla vielä arvioitu, on syytä kilpailuoikeudellisen näkökulman ohella pohtia mahdollisia muita sääntelykeinoja. Syrjintä on hyvin yleinen käsite, minkä takia sitä voidaan soveltaa uusiin ja erilaisiin tilanteisiin ja tapauksiin, kuten profilointiin.

Tietoisuus profiloinnista on kasvanut digitalisoitumisen myötä merkittävästi, mutta terminä se ei kuitenkaan ole uusi. Profilointia on ollut ennenkin, esimerkiksi ruokakaupoista saadut alennuskuponit ovat alkeellisen profiloinnin tuote. Profiloinnista ei kuitenkaan ole kirjoitettu vielä hirveästi, mutta sekin on lisääntymässä. Kohdistetusta mainonnasta sekä käyttäytymiseen pohjautuvasta hintasyrjinnästä löytyy artikkeleita, jotka liittyvät läheisesti profilointiin, esimerkiksi *Rosa-Branca Esteven* ja *Joana Resenden* sekä *Romain De Nijsin* artikkelit.⁹ Kilpailuoikeudesta ja hintasyrjinnästä sen sijaan on kirjoitettu useaan otteeseen. *Petri Kuoppamäki* on muiden muassa kirjoittanut kilpailuoikeudesta oppikirjan, jossa perehdytään SEUT 102(c) artiklan mukaiseen hintasyrjintään.¹⁰ Tutkielma keskittyy kilpailuoikeuteen digitaalisessa ympäristössä, ja siihen miten alustat käyttävät keräämäänsä dataa. *Ariel Ezrachi* ja *Maurice E. Stucke* ovat useaan otteeseen arvioineet kilpailuoikeuden soveltuvuutta ja sen haasteita digitaalisessa ympäristössä.¹¹ He pohtivat alustoiden sekä Big Datan ja Big Analyticsin merkitystä kilpailuun digitaalisilla sisämarkkinoilla. Esille on nostettu myös kerättyyn käyttäjädataan perustuva

⁶ Euroopan unionin neuvoston direktiivi 2000/43/EY, rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta.

⁷ Euroopan neuvoston direktiivi 2004/113/EY, miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta tavaroiden ja palvelujen saatavuuden ja tarjonnan alalla.

⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union.

⁹ *Esteves – Resende* 2016 ja *De Nijs* 2017.

¹⁰ *Kuoppamäki* 2018.

¹¹ Esim. *Ezrachi – Stucke* 2016 ja *Stucke – Ezrachi* 2017.

profilointi tai hintasyrjintä, mikä tulee olemaan oman tutkielmani keskeinen osa. *Björkroth, Mylly ja Vuorinen* ovat artikkelissaan pohtineet käyttäjien profilointia ja alustojen harjoittamaa hintasyrjintää.¹² Tutkielmani tulee sisältämään samantapaista pohdintaa.

1.2 Tutkimuskysymys

Digitaaliset alustat ovat kasvaneet ja voimistuneet merkittävästi digitaalisilla sisämarkkinoilla. Ne pystyvät hallitsemaan markkinoita muun muassa keräämällä henkilötietoja käyttäjistään, joita ne sitten hyödyntävät toiminnassa, lähtökohtaisesti profiloinnin kautta. Kerättyä dataa myydään myös eteenpäin kolmansille, kuten mainostajille. Profiloinnin ja tietojenkeruun lisääntyessä markkinoita hallitsevin alustoiden keskuudessa on syytä pohtia kilpailuoikeuden roolia digitaalisessa ympäristössä. Unionin kilpailuoikeuden kehitys ei ole pysynyt digitalisoinnin taikka alustojen nopean kasvun vauhdissa. Aion tutkielmassani tarkastella voimassa olevan unionin kilpailuoikeuden merkitystä ja soveltuvuutta alustoiden harjoittamaan profilointiin. Tarkoituksena on tarkastella tapauksia, joissa alustat ovat kohdelleet kuluttajia erilaisesti allokoimalla heidät ryhmiin riippuen siitä, mitä dataa alustoilla on käytettävissään, ja sitten datan perusteella kohdistanut tuotteita ja palveluita heille. Tutkielman keskiössä on pohdintaa perinteisen kilpailuoikeudellisen hintasyrjinnän, tarkemmin SEUT 102(c) artiklan, soveltuvuudesta profilointiin.

Tutkielman keskeisimmän tutkimuskysymyksen voi kiteyttää seuraavasti: *onko alustojen harjoittamaan profilointiin ja siitä johtuvaan kuluttajien erilaiseen kohteluun mahdollista soveltaa unionin kilpailuoikeusnormistoa?*

Tutkimuskysymyksestä voidaan johtaa muutama tukikysymys, joiden avulla saadaan paremmin avattua tutkielman keskiössä olevia teemoja: *mikä on datan keruun merkitys profiloinnin arvioinnissa?, voiko kuluttajien erilaiseen kohteluun soveltaa myös yleisiä syrjintäperiaatteita? ja mikä on perusoikeuksien merkitys profiloinnin arvioinnissa?* Profiloinnissa on monta elementtiä, joita voidaan arvioida, joten erilaisten säännösten punnitseminen on mielestäni perusteltua, varsinkin ottaen huomioon se, että profilointia ei ainakaan vielä ole arvioitu Euroopan komission puolelta, eikä unionin oikeuskäytännöstäkään saada vastauksia, siihen miten profilointiin tulisi suhtautua. Kilpailuoikeuden soveltuvuutta arvioin, koska profilointia harjoittaa

¹² *Björkroth – Mylly – Vuorinen* Lakimies 2018, s. 311 – 342.

tehokkaimmin markkinoita hallitsevat superalustat, kuten Facebook ja Google. Nämä voivat toiminnallaan vaikuttaa digitaalisten markkinoiden toimivuuteen, ja kuuluvat näin ollen lähtökohtaisesti kilpailuoikeuden soveltamisalaan. Profiloinnin kohdistuessa pääasiassa kuluttajiin, on kilpailuoikeuden soveltamiselle kuitenkin omat haasteensa, minkä takia tutkielmassa on myös pohdittu yleisten syrjintäperiaatteiden soveltuvuutta, kuin myös perusoikeuksien merkitystä kilpailuoikeudellisessa kontekstissa. Datan keruun olleessa merkittävä osa profilointia, tulee tutkielmassa olemaan myös siihen liittyvää pohdintaa, ja sen huomioon ottamista profiloinnin arvioinnissa. Tutkimuskysymysten pohjalta on tarkoitus saada kokonaisvaltainen analyysi profiloinnista, ja siitä miten sitä tulisi oikeudellisesti arvioida.

1.3 Rajaukset

Tutkielman keskiössä on kerättyyn dataan perustuva profilointi, jonka seurauksena kuluttajia tai kuluttajaryhmiä kohdellaan keskenään erilaisesti. Otan tutkielmassa EU-oikeudellisen näkökulman, keskittyen lähtökohtaisesti unionin oikeuskäytäntöön. Saksan kilpailuviranomaisen (jäljempänä Bundeskartellamt) Facebook-ratkaisu¹³ helmikuulta 2019 on yksi analyysin kohde, kuitenkin peilaten sitä unionin oikeuteen. Unionin kilpailunormiston osalta rajaan tutkielmani koskemaan SEUT 102(c) artiklaa, joka sääntelee hintasyrjintää. Artiklan muut määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevat osat jäävät toisin sanoen tämän tutkielman ulkopuolelle. Unionin syrjimättömyys- ja tasa-arvodirektiivien osalta keskityn rotuja koskevan tasa-arvo direktiivin sekä tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvo direktiivin analysoimiseen yleisiä syrjintäperiaatteita koskevassa osassa. Kyseisten direktiivien soveltamisalaan kuuluu tavaroiden ja palveluiden ala, minkä takia niitä on tutkielman tematiikan kannalta tarkoituksenmukaista tarkastella. Tutkielma keskittyy digitaalisiin alustoihin, jotka hyödyntävät internetyhteyttä liiketoiminnassaan.¹⁴ Alustat, jotka eivät kerää dataa käyttäjistään internetyhteyden välityksellä, jäävät näin ollen tutkielman ulkopuolelle. Suurin huomio keskittyy niin sanottuihin superalustoihin, jotka hallitsevat digitaalisia markkinoita, kuten Facebook ja Google. Tämä yksinkertaisesti siksi, että SEUT 102 artiklan soveltaminen tiettyyn liiketoimintaan vaatii, että yrityksellä on määräävä markkina-asema. Alustoiden keräämän datan osalta tulen keskittymään ainoastaan henkilödataan, jota on kerätty alustoiden käyttäjiltä. Muu data kuten yritysdata sekä sensorien keräämä data on rajattu tutkielman ulkopuolelle.

¹³ Case summary: B6-22/16, Facebook. Ratkaisu annettu 6.2.2019. Ratkaisun englanninkielinen tiivistelmä.

¹⁴ Alustat ovat internetyhteyden avulla yhteydessä sekä kuluttajiin että mainostajiin, *van Eijk et al.* 2015, s. 11.

Tulen tutkielmassa lähtökohtaisesti käyttämään termejä *kuluttaja* ja *käyttäjä* toistensa synonyymeinä. Termillä *alusta* tarkoitan *digitaalista alustaa*. *Datalla* tarkoitan lähtökohtaisesti *henkilötietoja*, joita voidaan käyttää kuluttajan yksilöimiseen tai tunnistamiseen.

1.4 Lähestymistapa

Aion lähestyä tutkielman tematiikkaa oikeusdogmaattisesta näkökulmasta. Tarkoituksena on tulkita voimassa olevaa EU-lainsäädäntöä ja pyrkiä soveltamaan sitä analogisen analyysin kautta alustoiden harjoittamaan profilointiin. Pyrin pohtimaan unionin kilpailunormiston soveltuvuutta tukevia seikkoja, tulen kuitenkin myös huomioimaan mahdolliset haasteet sen soveltamiselle. Analyysin perustana toimii Euroopan unionin tuomioistuimen (jäljempänä EUT) oikeuskäytäntöä. Unionin kilpailuoikeuden osalta keskiössä tulee olemaan EUT:n ratkaisu *United Brands*¹⁵, jossa on arvioitu SEUT 102(c) artiklan mukaista hintasyrjintää. Ratkaisun kautta pyrin analysoimaan voimassa olevaa kilpailuoikeutta, ja analyysin perusteella nostamaan esiin vahvistettuja periaatteita, joita ainakin periaatteessa olisi mahdollista soveltaa myös alustoiden harjoittamaan profilointiin. Datan keräämisen ja käsittelyn merkitystä profiloinnin kannalta olen arvioinut Bundeskartellamtin Facebook-ratkaisun kautta. Ratkaisu on pohdinnan kohteena sekä kilpailuoikeutta että perusoikeuksia koskevassa osiossa.

Koska profiloinnissa ilmenne myös syrjintää muistuttavia elementtejä, tulen lähestymään sitä myös yleisten syrjintäperiaatteiden näkökulmasta. Syrjinnän osalta aion analysoida EUT:n syrjintätapauksia, joissa tulkinnan kohteena on ollut rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin sekä tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvo direktiivin mukaista syrjintää. Näiden osalta analyysini keskittyy yhdenvertaisen kohtelun ja välittömän syrjinnän määritelmiin, ja niiden heijastamiseen profilointiin. EU:n perusoikeuskirjasta löytyy myös syrjintää koskevaa normistoa, jota tulen hyödyntämään osana tutkielman analyysiä. Syrjintää sääntelevät artiklat ovat 21 artikla, joka koskee syrjintäkieltoa, ja 23 artikla, joka koskee naisten ja miesten tasa-arvoa. Perusoikeuksien osalta nostan esille myös perusoikeuskirjan 8 artiklan, joka sääntelee henkilötietojen suoja, joka liittyy läheisesti datan keräämiseen ja sen käsittelyyn. GDPR jää datan käsittelyn osalta maininnan tasolle, sen liittyessä Bundeskartellamtin ratkaisuun.

¹⁵ Asia 27/76, *United Brands Co v. Komissio*.

Tutkielma tulee sisältämään osittain taloustieteellistä pohdintaa, alustoiden taloudellisen merkityksen johdosta, etenkin markkina-asemaa ja -voimaa käsittelevissä osissa. Yleisesti otan tutkielmassani pohdiskelevan lähestymistavan alustoiden harjoittamaan profilointiin. Osa pohdinnasta on myös kriittistä. Tarkoituksena on demonstroida profiloinnin ilmenemistä, sekä nostaa esille perusteltuja lähestymistapoja, ensi kädessä kilpailuoikeuden kautta. Tarkoituksenani ei ole tuomita profilointia sellaisenaan, vaan pikemminkin nostaa esille siihen liittyviä kysymyksiä, ja nimenomaisesti keskittyä tilanteisiin, joista profiloinnista voi olla haittaa kuluttajille. Koska digitaalisten alustoiden harjoittamaa profilointia ei ole vielä arvoitu unionin tasolla, eikä nimenomaisesti ole selvillä, miten siihen tulisi oikeudellisesti suhtautua, katson, että on tarkoituksenmukaista pohtia omalta osaltaan myös vaihtoehtoisia lähestymistapoja. Haluan tutkielman avulla herättää tietoisuutta profiloinnista ja sen vaikutuksista, lähtökohtaisesti kuluttajiin. Tavoitteenani ei ole antaa ehdottomia vastauksia siihen, miten profilointiin tulisi suhtautua, vaan antaa lukijalle pohdittavaa, ja toivottavasti herättää kysymyksiä profilointiin liittyen.

1.5 Rakenne

Tutkielma tulee rakentumaan, johdantoluvun lisäksi, neljän luvun ympärille. Toinen luku käsittelee digitaalisia alustoita, ja profiloinnin perustana toimivaa datan keräämistä. Luvussa käyn läpi Big Datan ja Big Analyticsin määritelmät ja niiden merkityksen profiloinnin kannalta. Markkinoiden ja markkinavoiman määrittäminen digitaalisessa ympäristössä saa niin ikään oman osansa luvusta. Tutkielman keskeisin, kolmas luku koostuu profiloinnin kilpailuoikeudellisesta arvioinnista. Luvun ensimmäinen osa käsittelee profiloinnin ilmenemistä käytännössä, lähtökohtaisesti artikkelissa esiin tulleiden tapausten myötä. Tämän jälkeen arvioin profilointia SEUT 102(c) artiklan valossa, analysoimalla *United Brandsia*, ja vertaamalla sitä profilointitapauksiin. Luvussa perehdyn myös Bundeskartellamtin Facebook-ratkaisuun, ja siinä esiintyvin seikkojen arvioimiseen. Neljäs luku rakentuu yleisten syrjintäperiaatteiden ja perusoikeuksien ympärille. Ensin arvioin profilointia rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin sekä tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvodirektiivin pohjalta. Jatkan siitä perusoikeuksien arviointiin perusoikeuskirjan pohjalta. Bundeskartellamtin ratkaisu tulee henkilötietojen suojan osalta olemaan tarkastelun kohteena myös perusoikeuksia koskevassa osassa. Luvun lopussa pohdin vielä kilpailuoikeuden ja perusoikeuksien keskeistä suhdetta. Viides, ja samalla myös viimeinen luku sisältää perinteiseen tapaan yhteenvetoa tutkielmassa esitetystä pohdinnasta sekä johdopäätöksistä. Luvun lopussa pohdin hieman profiloinnin tulevaisuutta, ja pyrin samalla jättämään lukijalle jotakin mietittävää.

2. Datan kerääminen osana profilointia

Digitaalisten alustoiden liiketoiminta perustuu pitkälti datan keräämiseen ja sen analysoimiseen. Profilointi on yksi tapa hyödyntää kerättyä dataa. Pyrin ensiksi määrittelemään digitaalisen alustan. Siirryn sen jälkeen käymään läpi Big Datan ja Big Analyticsin merkitystä alustoiden harjoittaman datan keräämisen osalta. Luvussa käyn lyhyesti myös läpi alustoiden kehitystä ja niiden nykytilaa. Lisäksi keskityn luvussa relevanttien markkinoiden ja markkinavoiman määrittämiseen digitaalisilla sisämarkkinoilla, ottaen erityisesti huomioon datan merkitys.

2.1 Digitaalisten alustoiden määrittäminen ja datan kerääminen toimintana

Yhteisen määritelmän löytäminen, millä voitaisiin määritellä alustoja, on osoittautunut hankalaksi.¹⁶ Hankaluus johtuneen digitaalisten alustoiden kattavasta määrästä toimintoja, joita ne tarjoavat käyttäjilleen, kuten verkkomainontaa, markkinapaikkoja, hakukoneita, sosiaalisen median kauppoja, erilaisten sovellusten jakelualustoja, viestintäpalveluja, maksujärjestelmiä sekä jakamistaloutta.¹⁷ Yksi määritelmä, jota on käytetty digitaalisista alustoista on ”digitaalinen alusta tarjoaa teknologisen perustan palveluiden tai sisällön jakamiseen tai keräämiseen palveluntarjoajilta ja sisällöntuottajilta loppukäyttäjille”.¹⁸ Googlea, Applea, Amazonia ja Facebookia voidaan kutsua superalustoiksi, jotka tarjoavat muille toimijoille kasvuympäristön digitaalisilla sisämarkkinoilla.¹⁹ Ne hallitsevat ja käytännössä määräävät miten muiden toimijoiden, kuten esimerkiksi sovellusten, tulisi toimia, jotta ne saavat käyttää hyväkseen superalustoiden tarjoamia mahdollisuuksia, mikä omalta osaltaan tarkoittaa sitä, että superalustat voivat määrätä mitkä toimijat suljetaan alustan ulkopuolelle.²⁰

Internetin ja digitaalisten sisämarkkinoiden suosion kasvaessa on havaittavissa kasvava trendi, monet alustat tarjoavat palveluitaan käyttäjilleen ilman rahallista vastiketta.²¹ Googlen

¹⁶ *van Eijk et al.* 2015, s. 11

¹⁷ Komission tiedonanto 2016, COM(2016) 288 final, s. 2.

¹⁸ Alkuperäinen määritelmä, ”A digital platform provides a (technological) basis for delivering or aggregating services/content from service/content providers to end-users.”, *van Eijk et al.* 2015, s. 11, ks. myös Euroopan parlamentille tehty tutkimus; *van Gorp – Batura* 2015, s. 20 – 21. Käännös kirjoittajan toimesta.

¹⁹ *Björkroth – Mylly – Vuorinen* Lakimies 2018, s. 327.

²⁰ Periaatteessa sovellus voidaan sulkea alustalta, mikäli sen tavoitteet eivät ole linjassa superalustan tavoitteiden kanssa, *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 178 – 179. Ks. myös sivut 179 – 189, Disconnet-sovellus toimi Google Play Storen periaatteitten vastaisesti, minkä takia se poistettiin Google Play Storesta. Käytännössä se poistettiin sovel-luskaupasta koska se antoi käyttäjille mahdollisuuden estää Googlea keräämästä dataa, mikä taas estää Googlea myymästä dataa mainostajille.

²¹ *Nazzini* 2018, s. 6.

hakukone, YouTuben viihdepalvelut sekä sosiaalisen median jättiläiset, kuten esimerkiksi Facebook ja Instagram, ovat esimerkkejä ”ilmaisista” palveluista. Käytän heittomerkkejä sillä ”ilmaisella” on oma hintansa, nimittäin alustoiden keräämä data.²² Ei näin ollen ole ihme, että alustat ovat riippuvaisia käyttäjistään ja datasta, jota käyttäjät jakavat, olkoon sitten tietoisesti taikka ei.²³ Alustat käyttävät keräämänsä dataa kehittääkseen liiketoimintaansa, jotta käyttäjille voidaan tarjota parempia tuotteita ja palveluita. Datan keräämiselle on myös toinenkin tarkoitus, nimittäin kilpailuedun saaminen markkinoilla. Koska alustat eivät välttämättä saa rahallista vastinetta tarjoamistaan tuotteista tai palveluista, on käyttäjädatalla erityisen suuri merkitys alustoiden tulonlähteenä. Verraten tavanomaisiin yrityksiin, digitaalisilla alustoilla on pääsy huomattavasti suurempaan määrään dataan, ja ne ovat myös soveltuneempia käsittelemään ja käyttämään tätä dataa.²⁴ Tämän massiivisen datan keruun ja sen analysoimisen mahdollistaa alustoiden kehittämät algoritmit, kuten Big Data ja Big Analytics, joita aion avata seuraavaksi.

2.1.1 Big Datan ja Big Analyticsin merkitys datan keräämisessä

Big Data ei ole millään tavalla uusi käsite, mutta sen merkitys on kasvanut teknologian ja tekniikan kehityksen myötä. Mahdollisuus tuottaa dataa on moninkertaistunut, verrattuna 1990-luvun loppuun ja 2000-luvun alkuun, minkä ansioista käytettävissä on enemmän dataa kuin koskaan aikaisemmin.²⁵ Big Dataksi voidaan kutsua sitä tietoteknologiaa, lähtökohtaisesti algoritmeja, jotka mahdollistavat suuren datamäärän keräämisen sekä säilyttämisen, ja lopuksi sen käyttämisen alustoiden liiketoiminnassa Big Analyticsin avulla.²⁶ Big Dataa on luonnehdittu kirjallisuudessa vaihtelevasti, mutta lähtökohtaisesti perustana on käytetty kolmea V:tä, jotka viittaavat sen luonteeseen ja toimintaan: *volume*, *velocity* ja *variety*.²⁷ Näillä viitataan tuotetun datan määrään (*volume*), nopeuteen, jolla dataa kerätään, käsitellään ja levitetään (*velocity*), sekä kerätyn datan moninaisuuteen (*variety*). Datan määrä on kasvanut huomattavasti, siihen on ensinnäkin vaikuttanut teknologian kehitys, jonka ansiosta datan kerääminen ja käsitteleminen on halventunut.²⁸ Älypuhelimien kasvava suosio on myös vaikuttanut datan määrään;

²² Data toimii vastikkeena, voidaan jopa puhua datasta valuuttana, näille ”ilmaisille” palveluille, *Ezrachi – Stucke* 2016, s.28. Ks. myös esim. *Eggers – Hamill – Ali* 2013.

²³ *Newman* 2015, s. 166. Datan kerääminen ei kuitenkaan ole mikään uusi ilmiö, vähittäismyyjät ovat esimerkiksi käyttäneet kanta-asiakaskortteja oppiakseen paremmin asiakkaiden käyttäytymistä ja ostotottumuksia, ks. *Bania* 2018, 38 – 39.

²⁴ *Shelanski* 2013, s. 1678.

²⁵ *Charles – Emrouznejad* 2019, s. 5.

²⁶ *OECD* 2014, s. 23.

²⁷ Big Datan luonnehdinta kolmella V:llä perustuu META Groupin (nykyinen Gartner) määritelmään, *Laney* 2001.

²⁸ *McKinsey Global Institute* 2011, s. 2.

kuluttajat pääsevät käsiksi dataan älypuhelimellaan, he voivat jakaa sitä muille ja vastaanottaa sitä muiden verkkoyhteydessä olevien laitteiden kautta.²⁹ Tätä kautta alustatkin pääsevät käsiksi dataan, jota ne pystyvät käyttämään liiketoiminnassaan. Kehitys on vaikuttanut myös keräämisen ja käsittelyn nopeuteen, lähestymme parhaillaan reaaliaikaa, mikä tarkoittaa sitä, että alustat pääsevät käsiksi dataan lähestulkoon heti kun se on saatavilla.³⁰ Datan moninaisuus viittaa kerätyn datan eri lajeihin ja lähteisiin, kuten esimerkiksi verkosta ja sosiaalisesta mediasta kerätty data, ääni- ja videodata sekä GPS-data. Yllä mainittujen kolmen V:n lisäksi on myös käytetty neljättä V:tä, *value*, mikä viittaa kerätyn datan arvoon.³¹ Datan arvo perustuu edellä mainittuihin tekijöihin, eli sen määrään, käsittelyn nopeuteen ja moninaisuuteen.³² Mitä enemmän erilaista dataa, mahdollisimman monesta lähteestä, sitä enemmän arvoa sillä on alustoille. Datan arvoon vaikuttaa myös se nopeus, jolla sitä voidaan käsitellä ja analysoida. Big Analyticsin avulla voidaan nopeasti analysoida Big Dataa, alustoiden näkökulmasta käyttökelpoiseen muotoon.³³

Big Data on ainoastaan yksi osa, joka liittyy alustoiden toimintaan käyttäen dataa hyväkseen toiminnassaan. Big Analytics mahdollistaa massiivisen datamäärän läpikäymisen ja analysoimisen algoritmien avulla.³⁴ Big Analyticsin avulla alustat saavat muunnettua keräämäänsä käyttäjädataa tiedoiksi, joita ne voivat käyttää toiminnassaan. Analysoimalla kerättyä dataa, alustat saavat arvokasta tietoa kuluttajista ja heidän tottumuksistaan, ja näiden tietojen perusteella ne voivat parantaa palveluitaan.³⁵ Kerätyn datan maksimaalinen arvo saadaan vasta sitten kun se on analysoitu ja muunnettu.

Digitaaliset alustat luottavat yhä enemmän algoritmeihin, kuten Big Analyticsiin, jotka osaavat hyödyntää kerättyä dataa.³⁶ Alustat pyrkivät algoritmien avulla maksimoimaan voittojaan.³⁷ Algoritmeja käytetään erityisesti tuotteiden hinnoittelussa, jossa algoritmit mahdollistavat nopeita hinnanmuutoksia markkinatilanteen mukaan.³⁸ Algoritmeja käytetään myös kohdistuessa

²⁹ *McKinsey Global Institute* 2011, 2; Ericssonin raportin mukaan maailmassa on 7,9 miljardia puhelinliittymää (Q3 2018). Maailmanlaajuinen kuukausittainen mobiilidataaliikenteen määrä on tällä hetkellä noin 30 – 40 eksatavua, joka vastaa reilua miljardia gigatavua, *Ericsson Mobility Report* 2018.

³⁰ *OECD* 2014, s. 11.

³¹ Esim. *Stucke* luonnehtii Big Dataa käyttämällä *volume*, *velocity*, *variety* ja *value*, ks. *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 15, sekä *Stucke – Grunes* 2016, s. 22 – 28.

³² *Stucke – Grunes* 2016, s. 23.

³³ *OECD* 2014, s. 23. Ks. myös *Stucke – Grunes* 2016, s. 23.

³⁴ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 15.

³⁵ *Bania* 2018, s. 39.

³⁶ *Ezrachi – Stucke* 2017, s. 1778.

³⁷ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 78.

³⁸ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 13 – 14. Muun muassa Amazon hyödyntää algoritmista hinnoittelua, ks. esim. *Angwin – Mattu*, ProPublica, 20.9.2016.

mainontaa, hintoja sekä tuotteita kuluttajille.³⁹ Alustat voivat näin ollen profiloida käyttäjiä ja käyttäjäryhmiä kerätyn ja analysoidun datan perusteella.⁴⁰ Algoritmit eivät vain analysoi dataa, vaan ne myös oppivat siitä, ja pystyvät itsenäisesti hyödyntämään sitä tulevaisuudessa.⁴¹ Mitä enemmän dataa algoritmeilla on käytettävissä, sitä enemmän ne voivat kokeilla erilaisia vaihtoehtoja ja lopputuloksia, joiden kautta ne oppivat.⁴² Ei näin ollen ole ihme, että alustat pyrkivät jatkuvasti kehittämään algoritmejaan ja saada niiden avulla etulyöntiasema markkinoilla. Kaikki data, jota saadaan kerättyä kuluttajilta, parantaa alustoiden mahdollisuuksia hinnoitella tuotteita ja palveluita sekä lisää mainonnan tarkkuutta, joka taas auttaa alustoita profiloimaan käyttäjiään ja kohdistamaan yksilöityjä mainoksia.

Big Data ja algoritmien keräämä data viittaa henkilötietoihin, jota kerätään alustoiden käyttäjiltä. Kyse on lähtökohtaisesti sellaisista henkilötiedoista, joilla voidaan identifioida henkilöitä.⁴³ Henkilötietoihin voidaan luokitella: käyttäjien tuottama sisältö, esimerkiksi blogitekstit ja kuvat; käyttäytymiseen liitettävä data, esimerkiksi verkkohaut sekä verkko-ostot; sosiaalisen median data, mukaan lukien yhteystiedot sosiaalisen median sivuilta; paikannusdata, esimerkiksi osoitetiedot ja GPS; demografinen data, kuten ikä, sukupuoli ja alkuperä; sekä virallista dataa, mukaan lukien nimi, taloudelliset tiedot sekä terveystiedot.⁴⁴ Myös GDPR:n 4 artiklasta voidaan johtaa vastaavanlainen määritelmä henkilötiedoista. Kuten esimerkeistä huomaa, on alustoilla valtava määrä lähteitä, joista ne voivat kerätä dataa. Dataa saadaan kerättyä evästeiden sekä muiden verkkotyökalujen avulla lähtökohtaisesti miltä tahansa verkkosivulta, datan keruu ei näin ollen ole rajattu kaupallisille sivustoille, vaan myös esimerkiksi valtiollisilta sivuilta on mahdollista kerätä käyttäjädataa.⁴⁵ Samassa voidaan todeta, että yllä edellä mainituista lähteistä kerätty data voi olla käyttäjän vapaaehtoisesti tai tietoisesti tarjoamaa (esimerkiksi käyttäjätilin luomisen yhteydessä), tahattomasti tai tietämättä jakamaa (esimerkiksi laitteen IP-osoite) tai kolmansilta saatua dataa (esimerkiksi muilta verkkosivuilta, verkkokäyttäytymisen perusteella).⁴⁶ Kaikkien lähteiden käyttäminen voi kuitenkin osoittautua hankalaksi, varsinkin pienemmillä alustoilla, joilla ei välttämättä ole resursseja hyödyntää niitä.

³⁹ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 83.

⁴⁰ *Björkroth – Mylly – Vuorinen* Lakimies 2018, s. 332.

⁴¹ *OECD* 2014, s. 4.

⁴² *Stucke – Grunes* 2016, s. 45. Suuremmilla alustoilla on lähtökohtaisesti paremmat mahdollisuudet hyödyntää itseoppivia algoritmeja, sillä heillä on enemmän dataa käyttäjistään, ks. *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 135.

⁴³ *OECD* 2013, s. 7.

⁴⁴ *Ibid*, s. 8. Lista ei ole tyhjentävä, sen on yksinkertaisesti tarkoitus antaa osviittaa siitä, millainen tieto voidaan katsoa henkilötietoksi.

⁴⁵ *BBC*, 19.3.2019.

⁴⁶ *Zuiderveen Borgesius – Poort* 2017, s. 350.

Superalustoilla, kuten Googlella ja Facebookilla, on lähtökohtaisesti mahdollisuus kerätä kaikkea yllä mainittua dataa. Google voi esimerkiksi yhdistää kaikkien palveluidensa keräämän datan, hakutuloksista sähköposteihin. Tällä tavalla Google saa kokonaisvaltaisen kuvan käyttäjistään, sekä heidän tottumuksistaan. Käyttäjän profilointi on huomattavasti tarkempaa, verrattuna sellaiseen toimijaan, jolla ei ole samanlaiset resurssit tai mahdollisuudet kerätä dataa käyttäjistään. Facebook taas kerää dataa käyttäjiltään esimerkiksi ”tykkäys”-napin kautta sekä selaimelle asennettavien evästeiden avulla.⁴⁷ Näiden käyttäjien seurantatoimintojen avulla Facebook saa tietoja siitä, mistä käyttäjät pitävät. Kolmannet osapuolet pääsevät käsiksi kyseisiin tietoihin käyttämällä Facebookia markkinointikanavanaan.⁴⁸ Tästä lisää seuraavassa luvussa Bundeskartellamtin ratkaisun yhteydessä.

2.1.3 Alustoiden kehitys ja nykytila

Alustat ovat olleet pitkään tärkeä osa IT-alan, ja teknologian kehitystä.⁴⁹ Tähän asti suurin kehitys tapahtui internetin tulon myötä, mikä johti myös alustatalouden syntymiseen.⁵⁰ Digitaaliset alustat ovat saaneet alkunsa internetin yleistymisen myötä. Nykypäivän suurten digitaalisten alustoiden juuret ovat 1990-luvulla (kuten Google ja Amazon).⁵¹ Muita digitaalisia alustoita on kehitetty 2000-luvulla, kuten sosiaalisen median edelläkävijä, Facebook.⁵² Digitaaliset alustat ovat kehittyneet suhteellisen nopeasti, ja ovat tänään tärkeä osa yhteiskuntaa. Varsinkin Big Datan esiinmarssi ja algoritmien kehitys on vauhdittanut digitaalisten alustoiden kehitystä. Alustat lanseeraavat jatkuvasti uusia palveluita, joilla pyritään vahvistamaan omaa jalansijaa digitaalisilla sisämarkkinoilla.⁵³ Älypuhelimien kehitys on myös vaikuttanut digitaalisten alustoiden kasvavaan merkitykseen. Älypuhelimet ovat mahdollistaneet yrityksille ja alustoille uuden kanavan suoraan loppukäyttäjien luo.

Uusia teknologioita ja palveluita kehitellään parhaillaan. Alustat ovat siirtyneet ääniohjattaviin laitteisiin, joilla pyritään helpottamaan käyttäjien arkea, voidaan puhua digitaalisista

⁴⁷ *Roosendal* 2012, s. 4 – 6. Monet verkkosivut käyttävät evästeitä parantaakseen käyttäjäkokemusta. Evästeiden avulla verkkosivut voivat seurata millä sivuilla käyttäjä vierailee.

⁴⁸ *Ibid*, s. 3 – 5.

⁴⁹ *Wladawsky-Berger*, 12.2.2016. IBM kehitti System 360-ohjelman vuonna 1964, mikä mahdollisti käyttäjien järjestelmän päivityksen, se toimi johtavana tietojenkäsittelyalustana 25 vuoden ajan.

⁵⁰ *van Eijk et al* 2015, s. 6.

⁵¹ Google on perustettu 1998 ja Amazon 1994.

⁵² Facebook perustettiin vuonna 2004.

⁵³ *Shelanski* 2013, s. 1676.

henkilökohtaisista avustajista.⁵⁴ Applella on Siri-ääniohjaus, Amazon on kehittänyt Alexan, Facebookilla on M, myös Googlella on tarjota oma vastineensa, nimittäin Google Assistant.⁵⁵ Nämä avustajat ovat tulevaisuutemme, ja osa kehittyvää tekoälyä (AI). Tekoäly voidaan määrittellä ohjelmaksi tai koneeksi, joka matkii ihmisen tajuntaa, suorittamalla ihmiselle tarkoitettuja tehtäviä.⁵⁶ Tällaiset henkilökohtaiset avustajat oppivat kaikesta mitä niille sanotaan tai käsketään tekemään, musiikin soittamisesta noutoruoan tilaamiseen. Opittua tuntemaan käyttäjensä, avustaja voi ehdottaa asioita, käyttäjän tottumusten perusteella, esimerkiksi voidaan nostaa musiikin ja elokuvien suoratoistopalvelut Spotify ja Netflix. Ne suosittelevat elokuvia ja musiikkia kuuntelemasi musiikin ja katsomiesi elokuvien perusteella. Teknologian voidaan sanoa muuttuneen reagoivasta ennakoivaan.⁵⁷ Vaikka kuluttajien arki lähtökohtaisesti helpottuu teknologian kehityksen ja alustoiden keskeisen kilpailun myötä, voidaan myös todeta, että alustoille aukeaa uusia kanavia kerätä dataa käyttäjistään, esimerkiksi kehittämällä uusia älylaitteita, kuten edellä mainitut digitaaliset avustajat.⁵⁸ Mitä enemmän tällaista avustajaa käytetään, sitä enemmän dataa se kerää sinusta, ja sen avulla se pystyy paremmin ehdottamaan sinulle suunnattua sisältöä tai tuotteita, mutta on myös syytä muistaa kolikon kääntöpuoli, alustat myyvät keräämäänsä dataa eteenpäin esimerkiksi mainostajille.⁵⁹

2.2 Datan merkitys markkinoiden ja markkinavoiman määrittämisessä

Digitaalisia alustoita voidaan kutsua monisuuntaisiksi alustoiksi, sillä ne tuovat yhteen erilaisia taloudellisia toimijoita, kuten esimerkiksi kuluttajia ja mainostajia, ja ne mahdollistavat samalla vuorovaikutuksen kyseisten toimijoiden välillä.⁶⁰ Kuten aiemmin on käynyt ilmi, tarjoaa suuri osa alustoista palveluitaan käyttäjille ilman rahallista vastiketta. Tällaisia alustoita voidaan kutsua ”huomioalustoiksi”, jotka houkuttelevat käyttäjiä palvelulla, ja veloittavat sitten mainostajia viestien ja ilmoitusten välittämisestä kyseisille käyttäjille.⁶¹ Näillä alustoilla ei toisin sanoen tapahdu transaktioita. Huomioalustat vaikuttavat markkinaosuuksien ja markkinavoiman arviointiin digitaalisilla sisämarkkinoilla.⁶² Data on alustoiden selviämisen kannalta välttämätön

⁵⁴ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 191.

⁵⁵ *Yadron*, The Guardian, 18 toukokuuta 2016.

⁵⁶ Oxford Dictionariesin määritelmä tekoälystä, ”artificial intelligence”, https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence

⁵⁷ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 192.

⁵⁸ *Ibid*, s. 195. Vahvoista alustoista tulee entistä vahvempia ja vahvistavat asemiaan markkinoilla, pienemmät alustat ja sovellukset taas heikkenevät, ks. s. 201 – 202.

⁵⁹ *Stucke – Ezrachi* 2017, s. 1251.

⁶⁰ *Evans – Schmalensee* 2012, s. 2.

⁶¹ Attention seekers tai attention platforms, ks. *Evans* 2016, s. 10.

⁶² *Björkroth – Mylly – Vuorinen* Lakimies 2018, s. 320 – 321.

tekijä, etenkin kun tuotteita tai palveluita tarjotaan käyttäjille ilmaiseksi, ja datan merkitys korostuu jo relevanttien markkinoiden sekä markkinavoiman määrittämisessä.

2.2.1 Relevanttien markkinoiden määrittäminen

Relevanttien markkinoiden määrittäminen on alustoiden kehityksen myötä vaikeutunut. Digitaalisen alustat ovat helpottaneet palveluiden tarjoamisen yli maiden sekä myös markkinoiden rajojen, markkinat eivät välttämättä rajoitu maiden rajojen mukaan. Voidaan puhua lähes maailmanlaajuisista markkinoista, joissa uudet alustat käyttävät olemassa olevia alustoita sisäänpääsynä markkinoille.⁶³ Komissio on Facebookin ja WhatsAppin välistä yrityskauppaa koskevassa ratkaisussaan, tullut siihen lopputulokseen, että maantieteellisinä markkinoina toimii ainakin ETA (Euroopan talousalue), jollei markkinoita voida pitää maailmanlaajuisina.⁶⁴ Komissio on perusteluissaan viitannut Microsoftin ja Skypen väliseen yrityskauppaan. Siinä ratkaisussa maantieteelliseksi markkinoiksi katsottiin myös ETA, perustuen seuraaviin seikkoihin: yhteyspalveluiden käytölle ei ole mitään oikeudellisia tai teknisiä rajoituksia; yhteyspalvelut ovat lähtökohtaisesti laadultaan, hinnaltaan ja toiminnoiltaan hyvinkin samantapaisia riippumatta missä niitä käytetään; ja yhteyspalveluiden käyttö on periaatteessa identtistä riippumatta käyttäjästä.⁶⁵ Bundeskartellamt on kuitenkin Facebook-ratkaisussaan arvioinut maantieteelliseksi markkinoiksi ainoastaan Saksan, perustellen ratkaisuaan sillä, että suurin osa saksalaisista Facebook-käyttäjistä käyttää Facebookia lähtökohtaisesti ollakseen yhteydessä muiden saksalaisten kanssa.⁶⁶ Kuten esimerkeistä huomaa, voi markkinoiden määrittelyssä painottaa eri asioita, jotka vaikuttavat lopputulokseen, tämä vahvistaa omalta osaltaan myös sitä, että maantieteellisten markkinoiden määrittäminen digitaalisilla markkinoilla on suhteellisen hankalaa.

Perinteisen SSNIP-testin⁶⁷ käyttö monisuuntaisilla markkinoilla on osoittautunut haastavaksi. Varsinkin se tosiasia, että palveluita tarjotaan ilmaiseksi yhdellä puolella alustaa, on vähentänyt testin merkitystä relevanttien markkinoiden määrittämisessä.⁶⁸ Yksi vaihtoehto on keskittyä muuhun kuin palveluiden tai tuotteiden hintaan, kuten esimerkiksi palvelun tai tuotteiden laatuun. Alustat ovat toiminnaltaan hyvin samanlaisia, joten laadun muutosten vertailulla voidaan saada jotain osviittaa siitä, mitä alustoita voidaan pitää vaihtoehtoisia toisilleen. Laadun

⁶³ O'Connor 2016, s. 11 – 15.

⁶⁴ Asia COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, kohta 44.

⁶⁵ Asia COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, kohdat 65 ja 66.

⁶⁶ Case summary: B6-22/16, Facebook 2019, s. 5.

⁶⁷ *Small but significant non-transitory increase in price*, "pientä mutta tuntuva hintojen pysyvää korotusta".

⁶⁸ *Just* 2018, s. 388.

muutosten vertailuun voidaan käyttää SSNDQ-testiä⁶⁹, jolla arvioidaan elinkeinoharjoittajan mahdollisuutta laskea hyödykkeen laatua, kuluttajien siirtymättä muihin vaihtoehtoihin tai palveluntarjoajiin.⁷⁰ Artikkeleissa on pohdittu, voisiko alustan yksityisyydensuojan heikennystä verrata sellaiseen laadun heikennykseen, joka saisi käyttäjät vaihtamaan alustaan, joka tarjoaa parempaa suojaa käyttäjilleen.⁷¹ Datan merkityksen kasvaessa alustoiden toiminnassa, käyttäjien yksityisyys on se mistä tingitään. Varsinkin käyttäjille, jotka ovat tietosia alustoiden massiivisesta datan keruusta, yksityisyyden merkittävä heikentymien voi olla se ratkaiseva tekijä, jonka perusteella valitaan mitä tuotteita tai palveluita halutaan käyttää.

Yksityisyyden lisäksi toinen laadullinen tekijä, joilla voidaan määritellä alustoiden relevantteja markkinoita, on data itsessään. Data on alustoille ns. uusi valuutta, joka tekee alustan attraktiiviseksi kolmansiiin nähden. Kolmannet, eli käytännössä mainostajat, arvostavat käytettävissä olevan datan määrää ja moninaisuutta. Mainostajat haluavat saada mahdollisimman paljon tietoa kuluttajista sekä kanavan mahdollisimman monen käyttäjän älylaitteisiin, jotta he voivat paremmin kohdistaa markkinointiaan ja pyrkiä kaappaamaan mahdollisimman paljon kuluttajien ylijäämästä. Toisin sanoen, alustoilla käytettävissä olevan datan määrä ja moninaisuus ovat kolmansien kannalta niitä laadullisia tekijöitä, joiden perusteella valitaan mitä alustaa halutaan käyttää. Alustat, joilla on paljon dataa käytettävissään, kilpailevat keskenään suurimpien mainostajien rahoista, ja vastaavasti pienemmät kilpailevat keskenään pienemmistä mainostajista. Mainostajien näkökulmasta voidaan todeta, että alustat, joilla on paljon käyttäjiä, ja lähtökohteisesti paljon dataa, toimivat samoilla markkinoilla. Mainostajilla ei periaatteessa ole väliä mitä kautta he saavat tietoja käyttäjistä, heille on tärkeintä datan määrä. Alustoiden näkökulmasta kilpailua käydään, käyttäjien lisäksi, mainostajien rahoista. Tämä korostuu myös profiloinnissa. Superalustat pystyvät paremmin profiloimaan käyttäjä suuren datamääränsä ansiosta, tämä herättää taas suurempaa kiinnostusta mainostajien keskuudessa käyttää juurikin kyseistä alustaa edustettavien tuotteidensa tai palveluidensa markkinointikanavana, ja tämän seurauksena kuluttajille näytetyt tuotteet ja palvelut ovat tarkemmin kohdistettuja.

Tuotekohtaisten markkinoiden määrittäminen on myös yksi tapa tehdä eroa alustoiden välillä. Myös tuotekohtaisten markkinoiden määrittämisessä on omat hankaluutensa, osittain johtuen alustoiden monisuuntaisuudesta. Alustoiden monisuuntaisuuden ansiosta alusta voi tarjota useita erilaisia tuotteita tai palveluita riippuen siitä, millä puolella alustaa ollaan, tuotekohtaisia

⁶⁹ *Small but significant non-transitory increase in quality*

⁷⁰ Björkroth – Mylly – Vuorinen Lakimies 2018, s. 319 – 320.

⁷¹ Ibid, s. 320. Ks. myös esim. *Just*, 2018, s. 386 – 394.

markkinoita voi tällöin olla useampia. Bundeskartellamt on esimerkiksi ratkaisussaan määritellyt Facebookin yhdeksi tuotemerkkinä ”yksityisen sosiaalisen verkoston”, siltä osin kuin yksityiset käyttäjät käyttävät palvelua, ja toiseksi ”kohdistetulla mainonnalla rahoitetun verkoston”, siltä osin kuin mainostajat käyttävät palvelua.⁷² Huomiota tulee näin ollen kiinnittää alustan monisuuntaisuuteen, ja ajatella alustan kaikkia puolia omina markkinoinaan. Relevanttien markkinoiden löytäminen vaatii myös alustoiden vertaamista keskenään, jotta saadaan selville, mitkä alustat toimivat samoilla markkinoilla. Bundeskartellamt on ratkaisussaan verrannut Facebookia muihin digitaalisissa ympäristöissä toimiviin alustoihin, muun muassa LinkedIniin ja WhatsAppiin. Molempien osalta se tuli siihen lopputulokseen, että nämä eivät toimi samoilla tuotemerkkinoilla Facebookin kanssa; LinkedIn on suunniteltu ammatillisen verkoston luomiseen, eikä näin ollen toimi yksityisten käyttäjien välisenä sosiaalisena verkostona, ja WhatsApp on viestintäpalvelu, joka teknisiltä ominaisuuksiltaan eroaa Facebookista.⁷³ Komissio määritteli WhatsAppin samalla tavalla yrityskaupparatkaisussaan, *Facebook/WhatsApp*.⁷⁴ Komissio on Googlen Android-laitteita koskevassa lehdistötiedotteessaan katsonut, että Google ja Apple eivät kilpaile samoilla tuotemerkkinoilla, koska Applen tuotteet ovat lähtökohtaisesti kalliimpia kuin Android-laitteet, Android-käyttäjille aiheutuu vaihtamiskustannuksia, mikäli he haluavat vaihtaa Applen tuotteeseen, ja siirtymisellä Applen tuotteisiin olisi käytännössä vain vähäinen vaikutus Googlen ydintoimintaan, sillä Googlen hakukone on oletushakukone Applen tuotteissa, joten suurin osa käyttäjistä jatkaisi kuitenkin sen käyttöä.⁷⁵ Tämä on kaikin puolin mielenkiintoinen ratkaisu, mutta ennen kaikkea se korostaa markkinoiden määrittämisen hankaluutta digitaalisessa ympäristössä, vaikka tuotteet näennäisesti vaikuttaisivat kilpailevan keskenään, kuten Applen käyttöjärjestelmä iOS ja Googlen Android, eivät ne sitä aina tee.

2.2.2 Data osana markkinavoiman määrittämistä

Markkinavoimaa tarkastellessa voidaan arvioida, miten vahva asema taloudellisilla toimijoilla on markkinoilla. Komission määräävää markkina-asemaa koskevassa tiedonannossa on katsottu, että yrityksellä on määräävä markkina-asema, jos yrityksellä on merkittävää markkinavoimaa ja kilpailupaine ei ole riittävän voimakas horjuttamaan tätä asemaa.⁷⁶ Käytännössä tämä

⁷² Case summary: B6-22/16, Facebook, s. 3 – 4.

⁷³ Ibid., s. 5.

⁷⁴ Asia COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, kohta 34.

⁷⁵ Komission lehdistötiedote, 18. 7.2018. Lehdistötiedote perustuu komission päätökseen määrätä Googlle 4,34 miljardin sakon EU:n kilpailusääntöjen rikkomisesta.

⁷⁶ Komission määräävää markkina-asemaa koskeva tiedonanto, EUVL C 45, 24.2.2009, kohta 10.

tarkoittaa sitä, että yrityksen on mahdollista nostaa hintoja yli kilpailullisen tason.⁷⁷ Koska suuri osa digitaalisista alustoista ovat palveluita ilmaiseksi tarjoavia huomioalustoja, ei hintatasoon perustuvaa markkinavoiman tarkastelua voida soveltaa.⁷⁸ Digitaalisilla markkinoilla markkinavoimaa joudutaan arvioimaan muiden elementtien avulla. Markkinavoimaa arvioidessa tulee kiinnittää huomiota markkinoiden dynaamisuuteen, verkostovaikutuksiin sekä käytettävissä olevaan dataan.⁷⁹

Alustoiden markkinavoimaa voidaan tarkastella markkinoiden dynaamisuuden kautta. Innovaatio on yksi merkittävä tekijä digitaalisilla sisämarkkinoilla ja alustoiden välisessä kilpailussa.⁸⁰ Markkinoilla olevien alustoiden on jatkuvasti pyrittävä kehittämään palveluitaan, jotta käyttäjät jatkavat alustan käyttöä. Mikäli alusta ei pysy kehityksen ja uusien trendien vauhdissa menettää se käyttäjiään muille toimijoille. Nämä toiset toimijat eivät välttämättä ole samoilta markkinoilta, vaan ne voivat olla uusia tulokkaita tai vaihtoehtoisesti toimijoita viereisiltä markkinoilta.⁸¹ Otetaan MySpace esimerkiksi. Se oli alansa johtava alusta ennen Facebookin tuloa. Facebook oli se uusi tulokas, joka suisti MySpacen markkinoilta, koska se ei pystynyt vastaamaan Facebookin suosioon. Markkinoilla pysyminen ei ole millään tavalla itsestäänselvyys, varsinkaan huomioalustoille, jotka elävät kuluttajien huomiosta. Alustamarkkinoiden dynaamisuutta korostaa myös se että, oman sovelluksen tai palvelun voi kehittää jo olemassa olevaan alustaan. Tämä säästää huomattavasti resursseja. Toisaalta, tällainen toiminta vahvistaa pohjalla olevan alustan asemaa markkinoilla.⁸² Mikäli monet toimijat haluavat saada sovelluksensa tai palvelunsa jonkin tietyn alustan ekosysteemiin, kertoo se jotakin alustan potentiaalista kanavana sekä sen asemasta markkinoilla. Alustamarkkinat ovat toisin sanoen hyvin dynaamiset, ja markkinoilla olevien alustoiden on kehityttävä jatkuvasti. Monisuuntaisilla markkinoilla on otettava huomioon alustoiden kaikki puolet, ja arvioida markkinoita kokonaisuutena, muuten alustoiden markkinavoimasta ja markkinoiden rakenteesta voi saada vääristyneen kuvan.⁸³ Tämä on varsinkin tärkeää huomioalustoita koskevassa arvioinnissa, sillä kuluttajille tarjotaan palvelu tai tuote huomattavasti alle tuotantokustannusten (ilmaiseksi), kun taas alustan toisella puolella olevat mainostajat joutuvat maksamaan alustoiden keräämästä datasta.⁸⁴ Toinen puoli korvaa toiselta puolelta tulleen tappion.

⁷⁷ Evans – Schmalensee 2013, s 19.

⁷⁸ Evans 2016, s. 10

⁷⁹ Björkroth – Mylly – Vuorinen Lakimies 2018, s. 320 – 327.

⁸⁰ Ezechachi – Stucke 2016, s. 175.

⁸¹ O'Connor 2016, s. 9 – 30, s. 11.

⁸² Björkroth – Mylly – Vuorinen Lakimies 2018, s. 321.

⁸³ Evans 2016, s. 27.

⁸⁴ Björkroth – Mylly – Vuorinen Lakimies 2018, s. 322. Ks. myös Evans 2016, s. 24 – 27.

Digitaalisten alustoiden markkinavoimaa voidaan arvioida alustoiden verkostovaikutusten kautta. Verkostovaikutuksilla viitataan alustan suosioon käyttäjien keskuudessa, niin että jokaisen uuden käyttäjän liittyminen lisää alustan arvoa ja houkuttelee yhä enemmän käyttäjiä liittymään.⁸⁵ Verkostovaikutukset ovat erityisen tärkeitä muun muassa huomioalustoille, joiden liiketoiminta perustuu alustan käyttäjämäärään. Tässä korostuu myös digitaalisten markkinoiden monisuuntaisuus; jos alustalla on suuri verkosto käyttäjäpuolella, lisää se alustan attraktiivisuutta toisella puolella, mainostajien keskuudessa. Jos alusta haluaa vakiinnuttaa markkina-asemansa, tulee sen pysyä käyttäjien suosiossa. Esimerkiksi voidaan nostaa sosiaalinen media ja Facebook. Facebook on riippuvainen käyttäjistään, sillä suurin osa sen tuloista tulee mainostajilta, jotka haluavat hyödyntää Facebookin massiivista käyttäjäverkostoa. Reilulla kahdella miljardilla käyttäjällään Facebook on maailman suurin mainosalusta.⁸⁶ Sosiaalisen median markkinat ovat erinomainen esimerkki markkinoista, joissa verkostovaikutukset ovat saaneet markkinat muuttumaan monopolistisiksi.⁸⁷ Voidaan puhua tipping-ilmiöstä, jossa käyttäjät ovat liittyneet sellaisen alustan ympärille, josta he katsovat saavansa eniten hyötyä.⁸⁸ Alustan käyttäjämääristä saa toisin sanoen jotakin osviittaa alustoiden markkina-asemasta. Markkinoiden monisuuntaisuudesta johtuen on kuitenkin otettava huomioon molemmat puolet ja niiden suhde toisiinsa. Ei riitä, että alusta on attraktiivinen ainoastaan yhdellä puolella, vaan markkinavoiman arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota alustan verkostovaikutuksiin molemmilla puolilla. Kyse on lähtökohtaisesti eri puolien tasapainottamisesta.⁸⁹ Alustoiden monisuuntaisuus on johtanut siihen, ettei alustoiden markkinavoimasta voi vetää johtopäätöksiä markkinaosuuksien perusteella.

Kuten relevanttien markkinoiden arvioinnissa, myös markkinavoiman arvioinnissa datan merkitys on kasvanut. Alustoiden markkinavoimaan vaikuttaa alustan mahdollisuus hyödyntää kerättyä dataa. Tässä korostuu jälleen algoritmien merkitys alustoiden liiketoiminnassa. Kehittyneemmät algoritmit helpottavat datan keräämistä ja sen analysoimista, jolloin alusta voi saada kilpailuedun markkinoilla. Erityisesti superalustat pystyvät käyttämään saatavilla olevaa dataa hyväkseen, ja sen avulla hallita digitaalisia markkinoita. Verkostovaikutukset ovat yhteydessä datan saantiin. Mitä enemmän käyttäjiä alustalla on, sitä enemmän toisella puolella olevat

⁸⁵ Geradin 2018, s. 4.

⁸⁶ Kuukausittaisten käyttäjien määrä 1Q 2019 on 2,375 miljardia. Tiedot noudettu 9.6.2019, <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>

⁸⁷ Shelanski 2013, s. 1682.

⁸⁸ Björkroth – Mylly – Vuorinen Lakimies 2018, s. 324.

⁸⁹ Lamadrid de Pablo 2016, s. 98. Lamadrid nostaa yhdeksi tasapainottamisstrategiaksi asymmetrisen hinnoittelun, jolla viitataan erilaisen hinnoittelustrategian käyttämiseen eri puolilla alustaa, huomioalustat ovat oiva esimerkki tällaisesta alustasta.

mainostajat haluavat mainostaa kyseisellä alustalla.⁹⁰ Käyttäjät maksavat datallaan, ja mainostajat pääsevät käsiksi alustoiden keräämään dataan, jonka perusteella ne voivat paremmin kohdistaa mainontaansa tiettyihin käyttäjiin tai käyttäjäryhmiin. Datalla on toisin sanoen valtava merkitys alustataloudessa ja digitaalisilla sisämarkkinoilla, sitä voidaan pitää uutena valuuttana, jolla voidaan arvioida alustan markkinavoimaa. Alustat, jotka onnistuvat muuntamaan kerätyn datan käyttökelpoiseksi, ja samalla myös arvokkaaksi, tulevat hallitsemaan digitaalisia sisämarkkinoita.⁹¹

Arvioidessa alustoiden markkinavoimaa on otettava monta tekijää huomioon ja tarkastella alustaa kokonaisuutena, tapauskohtainen arvio on näin ollen perusteltua.⁹² Tärkeimmiksi markkinavoiman määrittäjiksi on noussut verkostovaikutukset ja käytettävissä oleva data. Alustalla, jolla on suuri käyttäjämäärä, on lähtökohtaisesti myös parhaat mahdollisuudet kerätä dataa ja käyttää sitä parantaakseen palveluitaan ja sitä kautta houkuttelemaan lisää käyttäjiä yhdelle puolelle alustaa, sekä mainostajia toiselle. Superalustat ovat tällaisia alustoita, jotka käyttävät saatavilla olevaa dataa vahvistaakseen omia markkina-asemiaan ja sitä kautta hallitsemaan markkinoita sekä muiden toimijoiden mahdollisuuksia pärjätä digitaalisilla sisämarkkinoilla. Superalustoiden ei kuitenkaan tarvitse sulkea mahdollisia haastajia markkinoilta, vaan ne voivat ostaa haastajat pois hyvissä ajoin, ennen kuin ne muodostavat todellisen uhan. Facebook on tehnyt juurikin näin ostamalla sekä Instagramin että WhatsAppin, ennen kuin niistä on muodostunut todellisia uhkia.

⁹⁰ Björkroth – Mylly – Vuorinen Lakimies 2018, s. 326 – 327.

⁹¹ Lambrecht – Tucker 2016, s. 160.

⁹² Komission kilpailupolitiikkaa koskeva raportti 2019, s. 4.

3. Profiloinnin kilpailuoikeudellinen arviointi

Profilointi on lisääntynyt datan keruun helpottumisen myötä, ja on nykyään tärkeä osa alustoiden liiketoimintaa. Erityisen tärkeää käyttäjien profilointi on huomioalustoille, jotka saavat kehittyneen profiloinnin avulla houkuteltu mainostajia, ja niiden kautta tuloja. Aloitan tarkastelemalla profilointia toimintana, ja millä tavalla se ilmenee käytännössä. Tarkastelen myös profilointia alustoiden, kuluttajien ja kilpailun näkökulmasta. Jatkan arvioimalla profilointia SEUT 102(c) artiklan valossa, *United Brandsin* avulla. Bundeskartellamtin Facebook-ratkaisun avulla arvioin datan keräämisen merkitystä kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa.

3.1 Kerättyyn dataan perustuva profilointi

Edellisessä luvussa on käyty läpi alustoiden pohjalla olevaa teknologiaa, ja alustoiden mahdollisuuksia kerätä dataa käyttäjistään. Kerätyn datan analysoiminen ja käyttäminen on keskeinen osa alustoiden liiketoimintaa. Jos alusta haluaa pärjätä digitaalisilla sisämarkkinoilla, tulee sen osata hyödyntää saatavilla olevaa dataa. Algoritmit ovat mahdollistaneet käyttäjien toiminnan seuraamisen. Analysoitua dataa myydään eteenpäin mainostajille, jotka käyttävät sitä mainonnassaan. Käyttäjien tehokas seuraaminen ja itseoppivat algoritmit, ovat mahdollistaneet kohdistettujen, personalisoitujen tuotteiden ja palveluiden tarjoamisen.⁹³ Käyttäjille tarjotaan tuotteita ja palveluita heidän käyttäytymisensä perusteella. Mainostajien ja alustoiden näkökulmasta, kyse on selvittää kuluttajien kulutustottumuksia ja sen perusteella arvioida, mitä kuluttaja olisi valmis maksamaan tietystä tuotteesta tai palvelusta. Alustat pyrkivät tällä tavalla profiloimaan käyttäjiään. Ne seuraavat käyttäjien toimintaa, keräävät dataa, ja kehittävät sen perusteella profiilin käyttäjistään.⁹⁴ Käyttäjien profiloimisen jälkeen niille on mahdollista kohdistaa yksilöityjä mainoksia.

Algoritmien avulla harjoitettua hintojen ja tuotteiden mukauttamista voidaan kutsua algoritmipohjaiseksi hintasyrjinnäksi, joka perustuu kuluttajien kulutuskäyttäytymiseen, ja se toimii myös profiloinnin perustana.⁹⁵ Tällainen hintasyrjintä merkitsee käytännössä kuluttajaprofiiliin perustuvaa, eri hintojen ja tuotteiden tarjoamista eri kuluttajille. Kuluttajaprofiilit vaihtelevat

⁹³ *Townley – Morrison – Yeung* 2017, s. 683.

⁹⁴ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 83.

⁹⁵ “*Behavior-based price discrimination*”, *De Nijs* 2017, s. 320. Myös muita termejä on esiintynyt kirjallisuudessa, ks. esim. “*behavioral discrimination*”, *Ezrachi – Stucke* 2016; “*algorithmic consumer price discrimination*” tai *ACPD*, *Townley – Morrison – Yeung* 2017.

sen mukaan mitä tietoa alustoilla on käyttäjistään. Kulutuskäyttäytymistä voidaan seurata esimerkiksi käyttäjän selaushistorian tai ostoshistorian perusteella.⁹⁶ Datan merkitystä ei voi korostaa tarpeeksi. Mitä enemmän dataa alustoilla ja yrityksillä on käyttäjistään, sitä paremmin niiden hinnoittelualgoritmit voivat ennustaa kuluttajakäyttäytymistä, mikä taas johtaa profiloinnin kehittämiseen ja tarkentumiseen.⁹⁷

Profiloinnin avulla alustat voivat syrjiä valikoituja kuluttajaryhmiä. Tällainen hintasyrjintä on tavanomaisesti jaettu kolmeen luokkaan: ensimmäisen, toisen sekä kolmannen asteen hintasyrjintään.⁹⁸ Ensimmäisen asteen hintasyrjinnässä kuluttajalle tarjotaan henkilökohtainen hinta, joka vastaa kuluttajan varaushintaa. Toisen asteen hintasyrjinnässä kuluttajia syrjitään ostetun määrän perusteella. Kolmannen asteen hintasyrjinnässä kuluttajia jaetaan ryhmiin, ja näille ryhmille tarjotaan mukautettuja hintoja ja tuotteita. Alustat pystyvät tällä hetkellä jakamaan kuluttajia ryhmiin käyttäjäprofiilien perusteella, mutta yksilöllisen hinnan tarjoaminen ei tällä hetkellä ole mahdollista.⁹⁹ Keskityn tutkielmassa tapauksiin, joissa käyttäjiä on syrjitty jakamalla heitä käyttäjäprofiilin perusteella ryhmiin. Alustat ja yritykset ovat jakaneet käyttäjiä ryhmiin muun muassa etnisyyden, sukupuolen ja paikannustietojen perusteella. Käyttäjiä on myös syrjitty sen perusteella, millä laitteella käyttäjä on vierailut tietyllä verkkosivulla. Demonstroin seuraavaksi, miten kerättyyn dataan perustuva hintasyrjintä on ilmennyt käytännössä.

3.1.1 Profiloinnin ilmeneminen käytännössä

Facebookia syytettiin vuonna 2016 mainosten kohdistamisesta etnisten mieltymysten perusteella.¹⁰⁰ The Guardianin artikkelin mukaan tapaus lähti siitä, että elokuvasta ”Straight Outta Compton” näytettiin erilaisia traileriteita eri roturyhmille. Facebook oli allokoinut käyttäjiä etnisen profiilin mukaan, ja kohdisti sen perusteella elokuvan traileriteita. Käyttäjän mielenkiinnon kohteet ja mieltymykset vaikuttivat Facebookin kehittämään profiiliin. Artikkelin mukaan afroamerikkalaisille käyttäjäprofiileille suunnattiin traileri, joka keskittyi NWA-yhtyeen poliittisempaan agendaan, kun taas ”yleiselle väestölle” kohdistettiin traileri, joka esitti elokuvan

⁹⁶ Alustat ja yritykset hyödyntävät kaikkea saatavilla olevaa dataa käyttäjien profiloimiseen. Kohdassa 2.1.1 on tarkemmin käyty läpi mitä dataa alustat ja yritykset keräävät käyttäjistään.

⁹⁷ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 94.

⁹⁸ *Zuiderveen Borgesius – Poort* 2017, s. 351 – 352.

⁹⁹ *Ibid*, s. 352. Ks. myös *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 89 – 100. Täydellinen hintasyrjintä ei tällä hetkellä ole mahdollinen. Jotta alustat voisivat harjoittaa täydellistä hintasyrjintää, tulisi heillä olla kuluttajan varaushinta tiedossa. Varaushintaan vaikuttaa monta asiaa, joita ei algoritmeillakaan voida selvittää. Alustat voivat harjoittaa täydellistä hintasyrjintää vain siinä tapauksessa, että kuluttaja itse paljastaa tarkan varaushintansa.

¹⁰⁰ *Hern*, The Guardian, 22.3.2016.

gangsterielokuvana, elämäkertaelokuvan sijasta. Facebookin mainontajärjestelmä oli lehdistön hampaissa toistamiseen loppuvuodesta 2016.¹⁰¹ Raportin mukaan Facebookin järjestelmä mahdollistaa mainosten kohdistamisen niin, että tietyt ”etniset mieltymykset” omaavat ryhmät suljettiin tiettyjen mainosten ulkopuolelle. Mainoksia kohdistettiin kodinostoa harkitseville Facebook-jäsenille, kuitenkin niin, että afroamerikkalaisen, aasianamerikkalaisen tai latinalaisamerikkalaisen ”mieltymyksen” omaavat eivät saaneet kyseisiä mainoksia. Facebook ilmoitti vuonna 2017, että se on muuttanut mainontakäytäntöjään niin, että majoitusta, asumista, työtä tai luottoa tarjoavat mainostajat eivät enää pysty syrjimään käyttäjiä ”etnisten mieltymysten” perusteella.¹⁰² Artikkelin mukaan muiden tuotteiden tai palveluiden mainostajat voivat kuitenkin jatkossakin syrjiä Facebook-käyttäjiä ”etnisten mieltymysten” perusteella.

Alustat hyödyntävät myös kuluttajien paikannustietoja kohdistessaan mainoksia.¹⁰³ Wall Street Journal teki raportin toimistotarvikemyymälä Staplesin hinnoittelukäytännöistä, joissa hinnat vaihtelivat käyttäjän maantieteellisen paikan mukaan.¹⁰⁴ Staples käytti kuluttajien paikannustietoja, ja alensi nettihintojaan sellaisille kuluttajille, joiden lähellä oli kilpailevia yrityksiä. Tällainen hinnoittelukäytäntö johti siihen, että vähempivaraisten kuluttajille, jotka asuivat alueilla, joissa on vähemmän kauppiaita, kuten maaseudulla, tarjottiin korkeampi hinta. Samanlaisia hintasyrjintää on esiintynyt kansainvälisissä matkavarauksissa.¹⁰⁵ Technology Scienceen teettämän raportin mukaan matkailusivusto Kayak.com näyttää eri hintoja hotelli- ja vuokra-autovarauksille varaajan maantieteellisen paikan perusteella. Sivusto paikantaa käyttäjiään IP-osoitteiden avulla. Raportissa vertailtiin hotelli- sekä vuokra-autohintoja Chicagossa ja Los Angelesissa. Tutkimuksessa käytettiin VPN-yhteyksiä (virtual private networks), jotka mahdollistivat matkailusivustolle pääsyn eri maiden verkkoserveereilta. Sivusto näytti eurooppalaisista IP-osoitteista tehdyille hotellihauille kalliimpia hotellihintoja, verrattuna Yhdysvalloista tehtyihin hakuihin.¹⁰⁶ Vuokra-autojen osalta Euroopan hinnat olivat keskimäärin 20 – 30% kalliimpia.¹⁰⁷

¹⁰¹ *Angwin – Parris Jr.*, ProPublica, 28.10.2016.

¹⁰² *Hern*, The Guardian, 9.2.2017. Yhdysvaltain lainsäädäntö kieltää rotuun perustuvan syrjinnän asumisen-, majoituksen-, työn- tai luontotarjoajilta.

¹⁰³ *Mikians et al.* 2012, s. 4 – 5.

¹⁰⁴ *Hardawar*, VentureBeat, 24.12.2014.

¹⁰⁵ *Rose – Rahman*, Technology Science, 11.8.2015.

¹⁰⁶ Los Angelesin osalta vain saksalaisista IP-osoitteista tehdyt haut näyttivät halvempia hintoja. Chicagon osalta vain norjalaiset näyttivät halvempia hintoja.

¹⁰⁷ Poikkeuksena Chicagon osalta Italia, jossa hinnat olivat 41,55% kalliimpia, ja Los Angelesin osalta Irlanti, jossa hinnat olivat 43,3% kalliimpia, *Rose – Rahman*, Technology Science, 11.8.2015.

Alustat eivät ainoastaan seuraa kuluttajien IP-osoitteita paikantaakseen kuluttajia, vaan IP-osoitetta käytetään myös kuluttajan laitteiden tunnistamiseen. IP-osoitteen avulla alustat saavat selville millä laitteella käyttäjä vieraili sivulla. Hintasyrjintää on ilmennyt käytetyn laitteen perusteella. Matkailusivusto Orbitz.com nousi otsikoihin vuonna 2012 kun selvisi, että sivusto mukauttaa tuloksiaan sen mukaan millä laitteella sivulla vierailaan.¹⁰⁸ Wall Street Journalin teettämän raportin mukaan Mac-käyttäjille esitettiin kalliimpia hotelleja, verrattuna PC-käyttäjiiin.¹⁰⁹ Orbitzin mukaan Mac-käyttäjät ovat halukkaita maksamaan enemmän tietokoneistaan, joten he ovat myös suuremmalla todennäköisyydellä halukkaita varaamaan neljän tai viiden tähden hotellin lähtiessään matkoille. Samassa korostuu myös ostohistorian vaikutus tarjottuihin tuotteisiin. Tuote- tai hintaeroja ei ainoastaan esiinny Mac- tai PC-käyttäjien välillä, vaan niitä voidaan myös mukauttaa sen perusteella käyttääkö kuluttaja mobiililaitetta verkkosivujen selaamiseen. Orbitz kehitti vuonna 2011 alennusjärjestelmän, jolla mobiililaitteilla sivua seläilevillä käyttäjillä oli mahdollisuus saada jopa 50% alennus hotellihinnoista.¹¹⁰ Orbitz ei tarjonnut Mac- tai PC-käyttäjille vastaavaa alennusjärjestelmää.

Carnegie Mellonin yliopiston teettämän tutkimuksen mukaan alustat voivat mukauttaa mainoksiaan käyttäjien sukupuolen perusteella.¹¹¹ Yksi tutkimukseen osallistuneista ryhmistä muutti Googlen mainontasivun asetuksista sukupuolensa naiseksi ja toinen ryhmä mieheksi. Ryhmät vierailivat sen jälkeen työllistymiseen liittyvillä sivuilla. Google näytti ryhmille erilaisia mainoksia. Ryhmä, joka oli asetuksista asettanut sukupuoleksi miehen, sai useammin tietyn uravalmennusmainoksen, joka lupasi korkeampia palkkoja.¹¹² Tutkijat eivät kuitenkaan olleet varmoja johtuuko syrjintä Googlesta, mainostajasta vai niiden vuorovaikutuksesta. Alustan algoritmit mahdollistavat mainosten kohdistamisen sukupuolen perusteella. Toinen kysymys onki se, johtuuko tällainen kohdistaminen algoritmista itsestään, vaiko ihmisen toiminnasta kehitellessään kyseistä algoritmia.

¹⁰⁸ *Shaw*, ABC News, 26.6.2012.

¹⁰⁹ The Washington Post on myös kirjoittanut artikkelin hintasyrjinnästä Mac- ja PC-käyttäjien välillä, *Wilson*, The Washington Post, 3.11.2014.

¹¹⁰ Orbitz News Releases, 12.12.2011.

¹¹¹ *Datta – Tschantz – Datta* 2015, s. 93.

¹¹² *Ibid*, s. 102. Google näytti miesryhmälle mainoksen 1852 kertaa, verrattuna naisryhmään, jolle mainos näytettiin ainoastaan 318 kertaa.

3.1.2 Profilointi alustoiden näkökulmasta

Hintasyrjintä on alustoille ja yrityksille yleensä tuottoisaa. Lähtökohtaisesti profilointiin perustuvalla hintasyrjinnällä pyritään voittojen maksimoimiseen, sillä ryhmittäin eroava hinnoittelu ei paranna tuotteen tai palvelun laatua, eikä sillä voida huomattavasti vaikuttaa yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseen.¹¹³ Profiloinnilla ja kohdistetuilla mainoksilla pyritään arvioimaan kuluttajien maksukykyä sekä saada heitä ostamaan tuotteita tai palveluita, jotka ovat hinnaltaan mahdollisimman lähellä heidän varaushintaansa. Kuluttajia voidaan jakaa ryhmiin maksukyvyn perusteella.¹¹⁴ Joustavan kulutuskäyttäytymisen omaavilta kuluttajilta voidaan yleensä periä korkeampi hintoja, kun taas vähemmän joustavilta kuluttajilta peritään matalampia hintoja.¹¹⁵ Kuluttajat, joilla on samantapaiset tunnusmerkit muodostavat näin ollen oman ryhmänsä.¹¹⁶ Ryhmää muodostaessa otetaan huomioon myös edellä mainittuja seikkoja, kuten kuluttajan asuinalue tai sukupuoli. Alustan algoritmit saavat tällöin kerättyä enemmän ja tarkempaa dataa ryhmään kuuluvilta, ja datan perusteella alusta osaa tarjota tarkemmin kohdistettuja mainoksia, jotka vastaavat yhä enemmän ryhmään kuuluvien kuluttajien kulutustottumuksia ja mieltymyksiä.¹¹⁷

Alustoille arvokkaita ovat joustavat kuluttajat, jotka ostavat alustan tarjoaman tuotteen tai palvelun lähtökohtaisesti aina kyseiseltä yritykseltä, riippumatta tuotteen tai palvelun hinnasta, kuluttajat ovat toisin sanoen uskollisia tiettyä brändiä tai tuotetta kohtaan.¹¹⁸ Kilpailijan tuotteita suosivat kuluttajat ovat vastaavasti alustan näkökulmasta vähemmän arvokkaita, sillä niitä joudutaan houkuttelemaan alustan tai yrityksen asiakkaiksi tarjoamalla tarjouksia ja halvempia hintoja. Kuluttajia voidaan arvioida myös heiltä kerätyn datan arvon perusteella.¹¹⁹ Varakkaiden ja enemmän kuluttavien kuluttajien data on alustoille lähtökohtaisesti arvokkaampaa kuin vähempivaraisten, sillä enemmän kuluttava henkilö on attraktiivisempi kohde kolmansille, jotka ostavat käyttäjädataa alustoilta. Tällainen henkilö on yritysten näkökulmasta kannattavampi investointikohde. Tässä kontekstissa on syytä mainita huomioalustat, jotka ovat nimenomaisesti riippuvaisia mainostajilta saatavista tuloista. Mainostajat voivat arvioida käytettävissä olevan käyttäjädatan perusteella, millaisille kuluttajille kannattaa esittää mainoksia kalliimmista tuotteista tai palveluista. Lähtökohtaisesti enemmän kuluttavista ollaan valmiita

¹¹³ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 123.

¹¹⁴ *Hannak et al.* 2014, s. 307. Ks. myös *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 102.

¹¹⁵ *Ibid.*, s. 307.

¹¹⁶ *Apple*, Advertising & Privacy, 17.9.2018. Apple ilmoittaa tiedotteessaan, että kuluttajat jaetaan vähintään 5000 hengen ryhmiin, jotta heidän yksityisyytensä voitaisiin turvata.

¹¹⁷ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 102.

¹¹⁸ *Esteves – Resende* 2016, s. 576.

¹¹⁹ *Malgieri – Custers* 2018, s. 300.

maksamaan enemmän hintaa. Käytettävissä oleva data määrittää näin ollen kuluttajan alustalle muodostuvan arvon.

3.1.3 Profiloinnin vaikutus kuluttajiin

Kuten edellä on demonstroitu voivat alustat syrjiä kuluttajia tai kuluttajaryhmiä monella eri tavalla. Vaikka profilointiin perustuvaa hintasyrjintää voidaan lähtökohtaisesti pitää markkinoita väärentävänä ja kuluttajien yhdenvertaisuutta ja hyvinvointia heikentävänä asiana, voi se tietyissä tapauksissa lisätä tasavertaisuutta ja hyvinvointia kuluttajien kesken sekä alustoiden tehokkuutta.¹²⁰ Hyvänä esimerkkinä toimii matalampien hintojen periminen vähempivaraisilta, kuten koululaisilta, opiskelijoilta ja eläkeläisiltä. Tällaisella hinnoittelulla pyritään lisäämään kuluttajaryhmien välistä yhteiskunnallista tasavertaisuutta. Hyväksyttävältä hintasyrjinnältä vaaditaan myös, että se on läpinäkyvää ja sitä käytetään reilusti yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi.¹²¹ Profilointi ei toisin sanoen ole mikään uusi ilmiö, mutta sen merkitys ja vaikutukset kuluttajien näkökulmasta ovat kasvanut huomattavasti alustoiden ja ylipäättään teknologian kehityksen myötä. Profilointiin ei ole aikaisemmin tarvinnut puuttua, sillä sitä ei ole pystynyt harjoittamaan yhtä laajasti ja tehokkaasti kuin nykyään.

Koska alustat pyrkivät profiloinnilla ja hintasyrjinnällä ensisijaisesti maksimoimaan voittojaan, eikä toiminnalla pyritä parantamaan tuotteiden tai palveluiden laatua, ei kuluttajille näin ollen koidu hyötyä alustoiden hintasyrjinnästä. Profiloinnin perusteella harjoitettu hintasyrjintä tapahtuu suureksi osaksi kuluttajien kustannuksella. Alustat käyttävät kuluttajien kulutustottumuksia ja mieltymyksiä hyväkseen, lisätäkseen oman liiketoimintansa tuottoisuutta. Tuottoisuuden lisääminen tällaisen hintasyrjinnän avulla voi lisätä kuluttajaryhmien välisiä eroja. Edellisessä osassa mainittiin attraktiiviset kuluttajaryhmät, joilla on mahdollisuus kuluttaa enemmän. Alustat haluavat houkutella tällaisia kuluttajia omiksi asiakkakseen, tarjoamalla heille mukautettuja, parempia tarjouksia.¹²² Vastaavasti, vähempivaraiset, jotka kuluttavat vähemmän, joutuvat maksamaan tuotteesta tai palvelusta täyden hinnan. Tällainen hintasyrjintä lisää kuluttajaryhmien varallisuuseroja entisestään. Hintasyrjintä kuluttajien asunpaikan perusteella voi samalla tavalla lisätä varakkaampien ja vähempivaraisen eroja, kuten edellä on

¹²⁰ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 118. Hintasyrjintä voi muun muassa lisätä tuotantoa, edistää tuotteiden valikoimaa ja saatavuutta, lisätä tasavertaisuutta, helpottaa dynaamista tehokkuutta, ja lisätä kilpailua oligopolisilla markkinoilla.

¹²¹ *Ibid.*, s.122.

¹²² *Malgieri – Custers* 2018, s. 300.

nostettu esille, tarjoamalla kaupungissa asuville parempia tarjouksia. Samaa periaatetta käyttäen, hintasyrjintä sukupuolen perusteella voi vaikuttaa sukupuolten välisten varallisuuserojen suurenemiseen. Houkuttelemalla kuluttajia ostamaan enemmän ja kaappaamaan heidän ylijäämäänsä, kuluttajilla jää vähemmän varoja käytettäväkseen muihin tarpeisiin, kuten säästämiseen tai perustarpeiden hankkimiseen.¹²³ Esimerkiksi Amazon Echo-omistajien rahankäyttö Amazonin verkkokaupassa on lisääntynyt noin 10% laitehankinnan jälkeen.¹²⁴

Alustoiden lisääntynyt ja kehittyneempi datan kerääminen vaikuttaa myös kuluttajiin. Lisääntynyt datan saatavuus voi tulevaisuudessa mahdollistaa alustoiden siirtymisen ensimmäisen asteen hintasyrjintään, jossa kuluttajille saadaan tarjottua henkilökohtaisia hintoja, jotka vastaavat henkilön varaushintaa.¹²⁵ Alustat pyrkivät hintasyrjinnällään vähentämään kuluttajille vaihtoehtoisten tuotteiden tai palveluiden näkyvyyttä sekä kuluttajien halukkuutta siirtyä käyttämään niitä.¹²⁶ Hintasyrjinnän ansioista kuluttajat eivät todennäköisesti tiedä millainen markkinatilanne vallitsee markkinoilla, taikka mikä on tuotteen tai palvelun markkinahinta. Kuluttajat eivät välttämättä edes tiedä, että alustat ylipäättään profiloivat heitä, ja vielä vähemmän, että profilointia käytetään syrjivässä tarkoituksessa.¹²⁷ Profiloitujen ja kohdistettujen mainosten ansiosta kuluttajille tarjotaan erilaisia tuotteita ja palveluita, minkä takia profilointia taikka hintasyrjintää ei välttämättä huomata. Hintasyrjinnän huomaaminen ja siihen puuttuminen vaatisi, että kuluttajille kohdistettuja mainoksia vertailtaisiin keskenään. Tässä korostuu yksi keskeinen profiloinnista johtuva ongelma, nimittäin läpinäkyvyyden puute.¹²⁸ Kuluttajat eivät tiedä minkä perusteella mainoksia näytetään, ja olettavat, että mainoksen tuote tai palvelu on paras mahdollinen, kun todellisuudessa tuote ei välttämättä ole hinnaltaan taikka laadultaan paras mahdollinen.

Datan keräämisen mahdollistavilla Big Datalla ja Big Analyticsillä on omat vaikutuksensa kuluttajiin. Big Data ja Big Analytics mahdollistavat datan keräämisen ja analysoimisen, mikä vaikuttaa kuluttajien yksityisyyteen. Lähtökohtaisesti kaikki data, jota kuluttajista kerätään lisää alustoiden tietoisuutta kuluttajien käyttäytymisestä sekä tottumuksista, ja vahingoittaa vastavuoroisesti kuluttajien yksityisyyttä.¹²⁹ Huolestuttavinta tässä on se, ettei suurin osa

¹²³ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 120. Tällä vaikutuksella on suhteellisesti suurempi merkitys vähempivaraisten kuluttajien näkökulmasta. Ks. myös esim. *Stucke – Ezrachi* 2017, s. 1270.

¹²⁴ *Business Insider Intelligence*, Business Insider, 19.9.2016,

¹²⁵ *Stucke – Ezrachi* 2017, s. 1264.

¹²⁶ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 114.

¹²⁷ *Ibid.*, s. 127.

¹²⁸ *Ibid.*, 126.

¹²⁹ *Malgieri – Custers* 2018, s. 297.

kuluttajista tiedä alustoiden keräävän dataa heistä.¹³⁰ The Washington Postin julkaiseman artikkelin mukaan mobiililaitteet keräävät käyttäjädataa ja jakavat sitä eteenpäin kolmansille myös silloin kuin laitetta ei käytetä, esimerkiksi keskellä yötä, tämä jos jokin on huolestuttavaa.¹³¹ Ajattele jos joku seisoisi sänkysi vierellä kun nukut, ja tekisi sinusta muistiinpanoja, joita hän sitten jakaisi eteenpäin tuntemattomille? Tätä älylaitteet periaatteessa tekevät. Älylaitteiden ja tekoälyn lisääntyessä päivittäisissä toimissa kuluttajien yksityisyys kokee näin ollen suuren kolauksen. Esimerkkinä aiemman tutkielmassa mainitut henkilökohtaiset avustajat, joista on jo tullut osa kuluttajien arkea ja elämää. Ne keräävät kaikkea tietoa kuluttajien rutineista ja mieltymyksistä. Kaikki tämä tieto menee laitteen valmistajalle, eli käytännössä Googlelle, Applelle, Amazonille tai Facebookille. Nämä alustat tekevät rahaa yksityisyydellemme, myymällä tietoja eteenpäin kolmansille tietämättämme.¹³² Paljastamme tietojamme myös vapaaehtoisesti, esimerkiksi sosiaalisen median ansiosta. Tietojen paljastaminen, joko tietoisesti tai tietämättä, voi pahimmassa tapauksessa lisätä esimerkiksi identiteettivarkauksien todennäköisyyttä.¹³³

Voidaan kysyä, pitääkö jokin raja ylittyä, että profilointia ja datan keruuta voidaan pitää kuluttajien näkökulmasta haitallisena? Profilointia voi pitää haitallisena ainakin, kun toiminnalla kasvatetaan kuluttajaryhmien välisiä eroja. Niin kauan kuin toiminnasta ei koidu mitään yhteiskunnallista hyötyä, vaan pelkästään kuluttajien hyväksikäyttöä, tulisi profilointia pitää haitallisena. Eri hintojen periminen eri kuluttajaryhmiltä tulisi näin ollen perustua kuluttajaryhmien välisten erojen kutistamiseen. Jos jotakin rajaa halutaan vetää, voidaan se tehdä, kuten niin monessa muussakin asiassa, vertaamalla profiloinnista kertyviä hyötyjä sen haittojen kanssa. Yhtenä suurena haittana voidaan pitää datan keruusta johtuvaa kuluttajien yksityisyyden heikennystä, varsinkin kuluttajien suostumuksetta tai tietämättä kerätyn datan kohdalla on helppo todeta, että tietty raja on ylitetty, ja että alustoilla tulisi olla jokin vastuu toiminnasta.

3.1.4 Vaikutus kilpailuun digitaalisilla markkinoilla

Profiloinnilla voidaan myös vaikuttaa kilpailuun markkinoilla. Käytettävissä olevan datan määrä ja se miten sitä saadaan hyödynnettyä liiketoiminnassa, vaikuttaa alustan tai yrityksen

¹³⁰ Whittington – Hoofnagle 2012, s. 1366. Ks. myös Ezrachi – Stucke 2016, s. 28. Samassa epäselväksi jää myös, miten sitä käytetään ja kenen tai keiden toimesta.

¹³¹ Fowler, The Washington Post, 28.5.2019.

¹³² Whittington – Hoofnagle 2012, s. 1358. Kaiken lisäksi alustoiden yksityisyysskäytännöt ovat vaikeaselkoisia. Tällä pyritään hankaloittamaan kuluttajien ymmärrystä siitä, miten tietoja myydään kolmansille.

¹³³ Malgieri – Custers 2018, s. 294.

mahdollisuuksiin pysyä kilpailukykyisenä markkinoilla. Mikäli hallitseva alusta valikoi kenelle se jakaa dataa, voidaan sitä lähtökohtaisesti pitää määräävän markkina-aseman väärinkäytönä.¹³⁴ Suurilla alustoilla, joilla on paremmat mahdollisuudet kerätä ja hyödyntää tarjolla olevaa dataa, hallitsevat näin ollen digitaalisia sisämarkkinoita. Tutkielmassa mainitut superalusta ovat esimerkkejä tällaisista alustoista. Ne voivat hyväksikäyttää markkinavoimaansa keräämällä enemmän dataa käyttäjistään, ja datalla paremmin profiloida käyttäjiä, ja lähtökohtaisesti tarjota tuotteita tai palveluita, jotka paremmin vastaavat kuluttajien maksimaalista maksukykyä.

Profiloinnilla voidaan hankkiutua eroon jo markkinoilla olevista kilpailijoista.¹³⁵ Alustat, jotka onnistuvat profiloinnissaan, saavat suuremalla todennäköisyydellä käyttäjiään kuluttamaan enemmän, ja vahvistavat näin ollen asemiaan markkinoilla. Vastaavasti, alustat tai yritykset, jotka eivät onnistu profiloimaan käyttäjiään, eivät osaa hinnoitella tuotteitaan kuluttajien maksuvyvyn mukaan, ja menettävät tällä tavalla mahdollisia asiakkaita. Ei näin ole ihme, että superalustat panostavat paljon resursseja profilointiin ja sen kehittämiseen. Digitaaliset avustajat ovat erinomainen esimerkki superalustoiden kilpajuoksusta kohti täydellistä hintasyrjintää, mikä vaatii kokonaisvaltaisen profiloinnin käyttäjistään. Digitaalisten avustajien yleistyessä, kuluttajat luottavat niihin yhä enemmän, ja maksavat saadusta palvelusta datallaan, mikä taas vahvistaa superalustoiden asemaa digitaalisilla markkinoilla, sillä avustaja palvelee loppukädessä alustaa, vaikkakin kuluttajat lähtökohtaisesti hyötyvät laitteen tarjoamista palveluista.¹³⁶ Tämä johtaa siihen, ettei kilpailijoiden palveluita tarvita, kun digitaalisen avustajan avulla voidaan suorittaa suurin osa päivittäisistä toimista, ostosten tekemisestä musiikin kuuntelemiseen. Laitteen algoritmien ansiosta avustaja oppii jatkuvasti käyttäjästä, mikä lisää profiloinnin tarkkuutta.

Vakaat alustat voivat profilointiin perustuvan hintasyrjinnän avulla estää pienempiä alustoita tai yrityksiä laajentamasta toimintaansa markkinoilla, sekä hankaloittamaan uusia yrityksiä tai alustoita pääsemästä markkinoille.¹³⁷ Laajenemien tai markkinoille tulo voi osoittautua hankalaksi tai kustannuksiltaan liian suuriksi, superalustoita huomattavasti pienemmille toimijoille. Tällaisilta alustoilta tai yrityksiltä puuttuu superalustoiden kaltaisia verkostovaikutuksia, jotka tarjoavat laajan asiakaspohjan alustoiden molemmin puolin. Laajan asiakaspohjan puuttuminen

¹³⁴ Komission kilpailupolitiikkaa koskeva raportti 2019, s. 91.

¹³⁵ *Ezrachi – Stucke* 2016, s.118.

¹³⁶ *Stucke – Ezrachi* 2017, s. 1257. Kuluttajat hyötyvät, kun avustajan intressit vastaavat kuluttajan intressejä. Avustaja voi kuluttajan huomaamatta ohjata häntä kohti sellaista sisältöä, joka ei välttämättä vastaa kuluttajan intressiä, vaan on tosiasiaa avustajan ”työnantajan”, alustan, intressissä.

¹³⁷ *Competition & Markets Authority (UK)* 2015, s. 87.

hankaloittaa uusien tulokkaiden tuloa tai olemassa olevien kasvua. Vakiintuneen asiakaskunnan saaminen vaatisi huomattavasti resursseja, sillä uusien tai pienten alustoiden tulisi pystyä hinnoittelemaan ja markkinoimaan tuotteita ja palveluita tehokkaammin kuin superalustoiden välityksellä tarjotut tuotteet ja palvelut. Tämä tarkoittaa sitä, että tällaisten yritysten tarvitsisi ensinnäkin houkutella asiakkaita tarjoamalla superalustoita huomattavasti halvempia hintoja, periaatteessa kaikille asiakkaille, sillä näillä alustoilla ei ole samanlaisia mahdollisuuksia profiloida käyttäjiä, eikä näin ollen arvioida kuluttajien maksukykyä tai -halukkuutta, ja toiseksi kehittää kilpailukykyinen mainontajärjestelmä, jolla se saisi houkutelua mainostajia. Ongelmana on, että harva mainostaja haluaa, että heidän edustamiensa tuotteita tai palveluita tarjotaan liian halvalla. Vaikka tällainen alusta onnistuisikin hetkellisesti kilpailemaan superalustoiden kanssa, ei sen resurssit kestäisi pitkäaikaista hintakilpailua, varsinkaan jos, ja luultavasti kun, superalusta vastaa kilpailuun tarkemmalla profiloinnilla, joka houkuttelee mainostajat alustalle, jolloin pienempi alusta ei enää pysty kilpailemaan, ja joutuu näin ollen poistumaan markkinoilta.

Markkinoille tuloa hankaloittaa myös monisuuntaisten markkinoiden rakenne, nimittäin se, että yhdelle puolelle tarjotaan palveluita ilmaiseksi.¹³⁸ Alempien hintojen tarjoaminen ei näin ollen ole mahdollista. Uusien tulokkaiden tulee kilpailla superalustoita vastaan tuotteiden tai palveluiden laadulla. Digitaalisilla markkinoilla laatuun vaikuttaa alustoiden käyttäjien määrä, ja se miten paljon dataa käyttäjistä saadaan.¹³⁹ Laadun parantuessa lisää käyttäjiä hakeutuu alustan asiakkaiksi, mikä entisestään mahdollistaa laadun parantamisen lisääntyneen datan perusteella. Uusilla tulokkailta tai pienemmiltä alustoilla ei ole mahdollisuuksia vastata tällaiseen laatukilpailuun puuttuvan datan takia. Mainostajat hakeutuvat toiselle puolelle sellaista alustaa, jolla on paljon käyttäjiä. Superalustoilla on etulyöntiasema myös mainostajien suhteen. Koska uusilta tulokkailta ja pienemmiltä alustoilta puuttuu käyttäjät toiselta puolelta, on niiden myös vaikeaa houkutella maksavia mainostajia toiselle puolelle.¹⁴⁰ Verkostovaikutuksilla on toisin sanoen todella suuri vaikutus kilpailuun digitaalisilla sisämarkkinoilla.

Profilointiin perustuvan hintasyrjinnän avulla alustat voivat estää kilpailijoitaan tai markkinoille pyrkiviä yrityksiä saavuttamasta tarpeeksi myyntiä, ja tällä tavalla heikentää niiden kilpailukykyä sekä niiden mahdollisuuksia ylipäättään pärjätä markkinoilla.¹⁴¹ Kilpailijoiden ja uusien tulokkaiden tulee pystyä vastaamaan alustoiden tarjontaan, mikä lähtökohtaisesti

¹³⁸ *Edelman – Geradin* 2018, s. 5.

¹³⁹ *Geradin* 2018 s. 4.

¹⁴⁰ *Edelman – Geradin* 2018, s. 5.

¹⁴¹ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 119.

tarkoittaa tuotteiden tai palveluiden tarjoamisen paremmin ehdoin kuin alusta. Kilpailijoiden kustannukset kasvavat, koska tuotteita tai palveluita ei saada myytyä oikeassa mittakaavassa. Alihinnoittelukaan ei ole pitkäaikainen ratkaisu, sillä hintoja on jossain vaiheessa nostettava, jotta toiminta muuttuisi voitolliseksi tai edes jollain tavalla kannattavaksi. Hintasyrjintä voi mahdollistaa muita markkina-aseman väärinkäytön muotoja, kuten saalistushinnoittelua.¹⁴² Tarjoamalla eri hintoja eri kuluttajaryhmille, alustat voivat harjoittaa saalistushinnoittelua ilman suuria kustannustappioita. Alustat voivat hintasyrjinnällä periä markkinahinnan alittavia hintoja valituilta kuluttajaryhmiltä, ja kompensoida niistä tulevat tappiot perimällä korkeampia hintoja muilta ryhmiltä. Kilpailijat eivät voi kannattavasti kilpailla alustan alhaisten hintojen kanssa, ja joutuvat näin ollen poistumaan markkinoilta, samalla tavalla kuin puhtaissa saalistushinnoittelutapauksissa.

3.2 EU:n kilpailunormiston soveltaminen profilointiin

Profiloinnissa on huomattavissa unionin kilpailunormiston mukaisen hintasyrjinnän elementtejä, mitä tulee kuluttajaryhmien erilaiseen kohteluun. On näin ollen perusteltua arvioida profilointia kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta. SEUT 102 artikla koskee määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, ja artiklan c-kohta kattaa hintasyrjinnän:

”Sisämarkkinoille soveltumaton ja kiellettyä on yhden tai useamman yrityksen määräävän aseman väärinkäyttö sisämarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tällaista väärinkäyttöä voi olla erityisesti:

c) erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla”¹⁴³

Yhteisöjen tuomioistuimien on asiassa *Commercial Solvents v. Komissio*¹⁴⁴ esittänyt viisi soveltamisedellytystä, joiden valossa SEUT 102 artiklaa tulisi soveltaa. Ratkaisussa on katsottu, että artiklaa sovellettaessa tulee ottaa huomioon merkitykselliset markkinat, yrityksen määräävä asema ja sen pysyvyys, vaikutus kauppaan sekä määräävän aseman väärinkäyttö. Artiklaa sovellettaessa arvioidaan lähtökohtaisesti ensin, onko yrityksellä ylipäätään määräävä asema markkinoilla, ja millainen sen markkinavoima on suhteessa muihin toimijoihin.¹⁴⁵ Voidaan

¹⁴² Papandropoulos 2007, s. 36.

¹⁴³ SEUT 102(c) artikla.

¹⁴⁴ Yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73, *Commercial Solvents v. Komissio*.

¹⁴⁵ *Ojala* 2011, s. 261.

todeta, että superalustoilla, kuten Facebookilla ja Googlella, on tutkielmassa esiin tulleiden toiseikkojen perusteella merkittävästi markkinavoimaa omilla markkinoillaan.

Määräävää markkina-asemaa sääntelevät kilpailusäännöt ovat olleet osana EU:n kilpailuoikeutta vuodesta 1957 lähtien, jolloin Rooman sopimus solmittiin. Artiklan sisältö on pysynyt muuttumattomana siitä lähtien, vaikkakin artikloiden numerointi on pariin otteeseen muuttunut vuosien varrella.¹⁴⁶ Sisämarkkinoiden digitalisoituminen ei ole vaikuttanut unionin kilpailusääntöihin. Eikä näillä näkymin tule tulevaisuudessakaan, komission digitaalista kilpailupolitiikkaa koskevan raportin perusteella. Raportissa mainitaan, että unionin kilpailusäännöt tarjoavat riittävän ja tarpeeksi joustavan pohjan toimivan kilpailun turvaamiselle, myös digitalisoinnin aikakaudella.¹⁴⁷ Tämä tuo haasteita artiklan ja sen c-kohdan soveltamiselle tapauksissa, joissa keskiössä ovat alustat ja profilointiin perustuva hintasyrjintä. Artiklassa keskitytään väärinkäyttöön, joka on peräisin erilaisten ehtojen soveltamisesta samanlaisten kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin. Tulkitsemalla neuvoston asetusta (EY) N:o 1/2003¹⁴⁸ ja komission määräävää markkina-asemaa koskevaa tiedonantoa¹⁴⁹, kauppakumppaneilla tarkoitetaan tässä artiklassa yrityksiä, jotka käyvät kauppaa keskenään tai ovat toistensa kilpailijoita, eikä niinkään loppukäyttäjiä. Tämä heijastuu myös unionin oikeuskäytännöstä; hintasyrjintätapauksissa kyse on ollut yritysten välisestä syrjinnästä.¹⁵⁰

Komission tiedonannossa mainitaan kuitenkin myös, että artiklaa soveltaessa tulee keskittyä kuluttajia eniten haittaaviin menettelytapoihin sekä menettelytapoihin, jotka perustuvat suoraan kuluttajien hyväksikäyttöön.¹⁵¹ Myös SEUT 12 artiklassa painotetaan kuluttajansuojan huomioon ottamista määriteltäessä ja toteuttaessa EU:n politiikkoja, tämä koskee näin ollen myös unionin kilpailupolitiikkaa. Ominaista profiloinnin perusteella tehtyyn hintasyrjintään on nimittäin se, että se syrjii suoraan kuluttajia. Tällaisesta syrjinnästä ei kuitenkaan tällä hetkellä löydy oikeuskäytäntöä, luultavasti siksi, ettei kohdistettua mainontaa tai hinnoittelua ole ennen Big Datan ja algoritmien kehitystä voitu harjoittaa yhtä tehokkaasti ja laajasti kuin nykyään.¹⁵² Koska profilointia ei ole arvioitu komission taikka unionin tuomioistuimen toimesta, näen että on perusteltua lähteä arvioimaan profilointia unionin kilpailuoikeuden valossa.

¹⁴⁶ Rooman sopimuksen 86 artiklasta tuli Euroopan yhteisöjen (EY) perustamissopimuksen myötä 82 artikla, ennen kuin siitä tuli SEUT 102 artikla.

¹⁴⁷ Komission kilpailupolitiikkaa koskeva raportti 2019, s. 39.

¹⁴⁸ Neuvoston asetusta (EY) N:o 1/2003, perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta.

¹⁴⁹ Komission määräävää markkina-asemaa koskeva tiedonanto, EUVL C 45, 24.2.2009.

¹⁵⁰ Ks. esim. asia 27/76 *United Brands Co v. Komissio*, asia C-95/04 P *British Airways plc v. Komissio* sekä asia C-209/10 *Post Danmark A/S v. Konkurrenserådet (Post Danmark I)*.

¹⁵¹ Komission määräävää markkina-asemaa koskeva tiedonanto, EUVL C 45, 24.2.2009, kohdat 5 ja 7.

¹⁵² *Townley – Morrison – Yeung* 2017, s. 723.

3.2.1 Kilpailupolitiikan tavoitteiden heijastaminen profilointiin

Neuvoston asetuksessa N:o 1/2003 mainitaan, että EU:n kilpailuoikeuden tavoitteisiin kuuluu kilpailun suojaaminen sisämarkkinoilla. Unionin tuomiositun on jo vahvistanut tämän asiassa *Continental Can v. Komissio* vuonna 1973.¹⁵³ Tällä ei kuitenkaan tarkoiteta yksittäisten kilpailijoiden suojelemista, vaan huomiota kiinnitetään tehokkaan kilpailuprosessiin suojelemiseen.¹⁵⁴ Lissabonin sopimuksen kilpailua koskevassa pöytäkirjassa n:o 27 mainitaan, että sisämarkkinat sisältävät järjestelmän, jolla taataan, ettei kilpailu vääristy.¹⁵⁵ Komission määräävää markkina-asemaa koskevassa tiedonannossa mainitaan lisäksi, että kilpailuoikeudellisten täytäntöönpanotoimien tarkoituksena on varmistaa markkinoiden moitteeton toiminta, jotta kuluttajat hyötyisivät kilpailun tuomasta tehokkuudesta sekä tuottavuudesta.¹⁵⁶ Samassa voidaan nostaa esille, erityisesti digitaalisten markkinoiden kannalta merkittävä vaikuttaja, nimittäin innovaatio. Kilpailupolitiikan motiiveihin lukeutuu innovaation edistäminen.¹⁵⁷ Innovaation mahdollistaminen on erityisen tärkeää alustoiden hallitsemilla markkinoilla, sillä markkinoita mullistava innovaatio on yksi harvoista, tosiasiallisista uhista, joilla voidaan horjuttaa superalustoiden asemia markkinoilla.¹⁵⁸

Tavoite kilpailun suojaamisesta on vuosien varrella pysynyt muuttumattomana, mutta sen tulkinta on muuttunut huomattavasti. Tavoitteen tulkinnassa painotetaan nykyään kuluttajien hyvinvointia, kun taas aiempi tulkinta on perustunut yritysten toimintavapauden turvaamiseen.¹⁵⁹ Kuluttajien hyvinvointi nouseekin monessa kohdassa esille, kun tarkastellaan EU:n voimassa kilpailupolitiikan pohjalla olevia motiiveja. Komission tiedonannossa mainitaan tavoitteeksi varmistaa, ettei määräävässä asemassa olevat yritykset sulje kilpailijoitaan markkinoilta kilpailuvastaisesti, sillä sellaisella toiminnalla olisi haitallinen vaikutus kuluttajien hyvinvointiin.¹⁶⁰ Saman kohdan mukaan, haitallisiksi vaikutuksiksi katsotaan esimerkiksi korkeampien hintojen ilmeneminen, laadun rajoittamien sekä valikoiman supistuminen. Unionin tuomisoistuin on myös vahvistanut kuluttajien hyvinvointia turvaavan lähestymistavan SEUT 102 artiklan osalta.¹⁶¹ Kyse on kuluttajien taloudellisesta hyvinvoinnista, tarkoittaen periaatteessa

¹⁵³ Asia 6/72, *Continental Can v. Komissio*, kohta 25.

¹⁵⁴ Komission määräävää markkina-asemaa koskeva tiedonanto, EUVL C 45, 24.2.2009, kohta 5.

¹⁵⁵ EUVL C 115, 9.5.2008, s. 309.

¹⁵⁶ Komission määräävää markkina-asemaa koskeva tiedonanto, EUVL C 45, 24.2.2009, kohta 5.

¹⁵⁷ *Ghosal* 2013, s. 91.

¹⁵⁸ *Ezrachi – Stucke* 2016, s. 175.

¹⁵⁹ *Leivo et al.* 2012, s. 40 – 44.

¹⁶⁰ Komission määräävää markkina-asemaa koskeva tiedonanto, EUVL C 45, 24.2.2009, kohta 19.

¹⁶¹ Asia C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v Komissio*, kohta 180. Ks. myös yhdistetyt asiat C-468/06 – C-478/06, *Sot. Lélos v GlaxoSmithKline AEVE*, kohta 68.

kuluttajajäämään lisäämistä.¹⁶² Kuluttajien hyvinvointi on yllä mainituin esimerkein vahvasti EU:n kilpailupolitiikan taustalla.

Tässä kohdassa on hyvä nostaa esille profilointi ja SEUT 102 artiklan mahdollinen soveltuvuus profiloinnin perusteella harjoitettuun hintasyrjintään. Olisiko tällaiseen hintasyrjintään mahdollista soveltaa SEUT 102(c) artiklaa? Edellä mainittujen tavoitteiden valossa ei ensisilmäykseltä ole mahdotonta ajatella artiklan soveltamista digitaalisiin alustoihin ja profiloinnin perusteella harjoitettuun hintasyrjintään. Ottaen kuitenkin huomioon artiklan sanamuodon ”erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin”, myönteinen vastaus ei pelkästään sanamuodon perusteella ole todennäköinen. Kuten mainitsin edellä, unionin oikeuskäytännössä ei ole vielä esiintynyt tapauksia, joissa SEUT 102 artiklaa olisi sovellettu hintasyrjintään, jolla eriytetään kuluttajia tai kuluttajaryhmiä. Profiloinnin ja mainosten kohdistamisen lisääntyessä on mielestäni syytä pohtia kilpailusääntöjen soveltamista tällaisiin tapauksiin, sillä vaikutukset kilpailuun ja kuluttajiin vastaavat pitkälti artiklan soveltamisalaan kuuluvien tapausten haitallisia vaikutuksia.

Aion seuraavaksi pohtia SEUT 102 artiklan soveltuvuutta edellä käsiteltyyn, profiloinnin perusteella tehtyyn hintasyrjintään. Arvion perustana toimii EUT:n ratkaisu *United Brands*. Pyrin analyysini ja ratkaisussa vahvistettujen seikkojen perusteella pohtimaan voimassa olevan kilpailuoikeuden merkitystä alustoiden dominoimilla digitaalisilla sisämarkkinoilla. Pyrin ratkaisun pohjalta demonstroimaan, miten voimassa olevia kilpailusääntöjä sovelletaan, ja erityisesti miten artiklan mukainen hintasyrjintä esiintyy käytännössä, ja sen pohjalta arvioida profilointia. Pohdin löytämieni erityispiirteiden ja tosiseikkojen merkitystä alustoihin ja profilointiin pohjautuvaan kolmannen asteen hintasyrjintään.

3.2.2 EUT:n ratkaisu *United Brands*

Tapauksen osapuolina ovat yhdysvaltalainen *United Brands Company*, Rotterdamissa toimiva edustaja *United Brands Continentaal BV* (yhdessä *UBC*), ja Euroopan yhteisöjen komissio. *UBC* oli suurin banaanintuottaja maailmalla, noin 35 % markkinaosuudellaan vuonna 1974. Se hallitsi myös banaanivientiä Euroopan alueella, sekä tapauksen osalta relevanteilla markkinoilla, toisin sanoen Saksan, Tanskan, Irlannin, Alankomaiden, Belgian ja Luxemburgin

¹⁶² *Leivo et al.* 2012, s. 49.

maantieteellisillä markkinoilla.¹⁶³ Yhteisöjen tuomioistuimien totesi, että UBC:n markkinaosuus näillä markkinoilla oli lähes 45 %, joka on huomattavasti enemmän kuin UBC:n vartenotettavimman kilpailijan (Castle & Cookin), sekä muiden kilpailijoiden osuudet.¹⁶⁴ Komissio oli päätöksessään katsonut, että UBC on rikkonut ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklaa (nykyinen SEUT 102 artikla) a) velvoittamalla jälleenmyyjänsä olemaan myymättä banaaneja raakoina; b) soveltamalla erilaisia hintoja kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin; c) soveltamalla kohtuuttomia myyntihintoja; sekä d) keskeyttämällä banaanien toimittamisen tanskalaiselle jälleenmyyjälle. UBC nosti kanteen yhteisöjen tuomioistuimeen, jossa se vaati ensisijaisesti komission päätöksen kumoamista. Yhteisöjen tuomioistuin kumosi komission päätöksen c-kohdan, joka koski kohtuuttomien myyntihintojen soveltamista, ja alensi hieman komission määräämän sakon määrää. Muilta osin se hylkäsi UBC:n kanteen. Pääpaino analyysissäni on hintasyrjinnän arvioinnissa.

UBC:n myydyt banaanit olivat peräisin samalta alueelta Etelä-Amerikasta, ne olivat samaa lajiketta ja myös laadultaan lähes samanlaisia. Banaanit myytiin myös kaikki Chiquita-merkkisinä samoin myynti- ja maksuehdoin. UBC purki banaanit laivoista Rotterdamin ja Bremerhavenin satamissa, purkamiskustannukset olivat lähes samat molemmissa satamissa, vaihtelua oli ainoastaan muutama sentti. Viikkokohtaiset banaanien myyntihinnat olivat kuitenkin vaihdelleet merkittävästi sen perusteella missä jäsenmaissa asiakkaat olivat sijoittuneita.¹⁶⁵ Belgiassa sijaitsevilta asiakkailta pyydettiin keskimäärin 80 % korkeampi hinta kuin Irlannissa sijaitsevilta asiakkailta, kun taas tanskalaiset asiakkaat joutuivat maksamaan 2,38 kertaa enemmän kuin irlantilaiset asiakkaat.¹⁶⁶ Tällaista syrjivien hintojen politiikkaa oltiin sovellettu Saksan, Alankomaiden, Belgian, Luxemburgin, Tanskan ja Irlannin asiakkaisiin. Tuomioistuin totesi, että UBC on syyllistynyt määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, koska syrjivät hinnat muodostivat esteen tavaroiden vapaalle liikkuvuudelle ja asetti kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan ilman hyväksyttävää syytä.¹⁶⁷

¹⁶³ Asia 27/76, *United Brands Co v. Komissio*, kohdat 36, 53 ja 57.

¹⁶⁴ *Ibid.*, kohdat 108 ja 111.

¹⁶⁵ *Ibid.*, kohta 208.

¹⁶⁶ *Ibid.*, kohdat 212 – 213.

¹⁶⁷ *Ibid.*, kohdat 232 ja 234.

3.2.3 Profiloinnin arvioiminen ratkaisun pohjalta

Heijastetaan tapausta profilointiin perustuvaan mainosten kohdistamiseen. Luvussa on aiemmin käyty läpi tilanteita, joissa alustat ovat käyttäneet käyttäjien paikannustietoja mukauttaessaan hintojaan. Staples ja Kayak tarjosivat eri hintoja käyttäjien maantieteellisen olinpaikan mukaan. Staples tarjosi matalampia hintoja sen perustella, onko käyttäjän lähellä kilpailijan liike, ja Kayak mukautti hintojaan käyttäjän maan perusteella. Yrityksen tulee pystyä osoittamaan, että menettelytapa on perusteltu, joko niin että se on objektiivisesti arvioituna välttämätön tai että se luo merkittäviä tehokkuusetuja, jotka ovat kuluttajille aiheutuvia kilpailunvastaisia vaikutuksia suuremmat.¹⁶⁸ Komission tiedonannossa mainitaan tehokkuuseduiksi muun muassa hyödykkeiden laadun tekniset parannukset tai tuotanto- tai jakelukustannusten alentuminen.¹⁶⁹ Hyödykkeiden laadussa ei tapahdu esimerkki-tapauksissa minkäänlaista parannusta, sillä Staplesin ja Kayakin tarjoamat tuotteet ja palvelut ovat samoja kaikille kuluttajille, ainoastaan tarjoamat hinnat vaihtelevat. Tämä vastaa *United Brandsin* tilannetta, jossa banaanit olivat laadultaan lähes samanlaisia.

Käsillä olevien tosiasioiden perusteella ei Staplesin tai Kayakin hinnoittelukäytäntöä voida perustella tuotanto- tai jakelukustannusten alentumisellakaan. Staples on toimistotarvikkeiden ja -kalusteiden jälleenmyyjä. Jälleenmyyjänä sillä ei ole tuotantokustannuksia, joita se voisi alentaa tarjoamalla alempia hintoja osalle asiakkaistaan. Staples tarjoaa tuotteiden kotiinkuljetusta; saman päivän toimitus on 9,99\$ ja seuraavan päivän ilmainen yli 49,99\$ ostoksiin.¹⁷⁰ Paikannustietoihin perustuva hinnoittelu ei vaikuta millään tavalla Staplesin tuotteiden kotiinkuljetuskustannuksiin. Tuotteen hinta vaikuttaa ainoastaan asiakkaaseen, Staplesin toimituskustannukset ovat samat riippumatta tuotteen hinnasta. Kayakin osalta on vieläkin helpompi todeta, ettei syrjivän hinnoittelukäytännön taustalla ole tuotanto- tai jakelukustannusten alentuminen. Kayak on verkossa toimiva yritys, joka mahdollistaa hotellihuoneiden varaamisen, joten toimintaan ei liity minkäänlaisia tuotanto- tai jakelukustannuksia. Niihin verrattavina kustannuksina voidaan pitää verkkosivun ylläpitämiseen menevät kustannukset. Vaikkakin ne olisivat verrattavissa tuotanto- tai jakelukustannuksiin, eri hintojen tarjoaminen käyttäjän maantieteellisen olinpaikan perusteella, ei vaikuta verkkosivun ylläpitokustannuksiin millään tavalla.

¹⁶⁸ Komission määräävää markkina-asemaa koskeva tiedonanto, EUVL C 45, 24.2.2009, kohta 28.

¹⁶⁹ Ibid., kohta 30.

¹⁷⁰ Staplesin toimitusta kokevat ohjeet, ”Shipping & Delivery”, <https://www.staples.com/sbd/content/help-center/shipping-and-delivery.html>

Kokonaisuudeltaan Kayak-tapaus vastaa paremmin *United Brands*-tapausta, ja tuomioistuimen painottamia seikkoja. Molemmissa tapauksissa yritysten tarjoamiin hintoihin vaikutti asiakkaiden maantieteellinen sijoittuminen. Sekä UBC:n banaanit, että Kayakin tarjoamat hotellivaihtoehdot, olivat laadultaan samat riippumatta asiakkaiden maantieteellisestä sijainnista. Huonekohtaisia laatueroja esiintyy tietysti, mutta yhden huoneen laatu ei muutu asiakkaan asuinpaikan mukaan; presidenttisviitti on aina presidenttisviitti. Kayakista tehdyssä tutkimuksessa mainitaan, että eurooppalaisista IP-osoitteista tehdyille hotellihauille näytetyt hinnat olivat maittain keskimäärin 2,57 – 13,58 % korkeampia Chicagon osalta, ja 4,3 – 17 % korkeampia Los Angelesin osalta.¹⁷¹ Vuokra-autojen osalta eurooppalaiset hinnat olivat keskimäärin 20 – 30 % korkeampia kuin yhdysvaltalaiset vertailuhinnat, ja etelä-amerikkalaisten noin 30 – 40 % korkeammat.¹⁷² Los Angelesin vuokra-autojen hinnat olivat jopa 148 % korkeammat kanadalaisissa hauissa. Voidaan todeta, että hinnoissa esiintyy huomattavia eroja. UBC:n osalta yhteisöjen tuomioistuin katsoi banaanien viikoittaisten, maiden välisten hintaerojen olleen keskimäärin jopa 30 – 50 %, ja ne tulkittiin syrjiviksi.¹⁷³ Vuokra-autojen osalta Kayakin hintaerot ovat lähes samat kuin ratkaisussa, hotellihuoneiden osalta hintaerot jäävät pienemmiksi. Ottaen huomioon ratkaisussa hintasyrjintää tukevat tosiasiat, ja Kayakin hinnoittelukäytännön samankaltaisuus, on Kayakin tapauksessa perusteltua puhua hintasyrjinnästä, ainakin vuokra-autojen hintojen osalta. Ratkaisussa ei käy ilmi millaiset hintaerot olisivat olleet hyväksytyjä. Hotellihintojen osalta voi näin ollen olla hankalampi arvioida, onko kyseessä hintasyrjintää vai ei. Muutaman prosentin eroavaisuutta ei voida katsoa hintasyrjinnäksi, mutta yli 10 % hintaero alkaa jo olemaan sen verran merkittävä, että ainakin lähestytään hintasyrjintää, varsinkin tuotteen tai palvelun laadun pysyessä muuttumattomana.

Tapauksissa on selviä yhtäläisyyksiä, mutta mitään kiveen hakattuja ratkaisuja ei kuitenkaan ole tarkoitus tehdä, vaan yksinkertaisesti pohtia käyttäjien profilointia kilpailuoikeudellisessa kontekstissa. Staples- ja Kayak-tapaukset sopisivat tosiseikoiltaan ja vaikutuksiltaan SEUT 102(c) artiklan soveltamisalaan, ainoa ”ongelma” kilpailusääntöjen soveltamiselle tapauksissa on ”kauppakumppani”-kriteerin puuttuminen. Jos Staplesin ja Kayakin asiakkaat olisivat olleet toisia yrityksiä, kuten *United Brandsin* tapauksessa, uskallan väittää että, kilpailuviranomaisilla olisi ollut huomautettavaa. Jos tapauksia arvioidaan vaikutuksiltaan, on myös niissä yhtäläisyyksiä. Vaikutukset kohdistuivat kuluttajiin, niin että Staplesin tapauksessa maaseudulla asuvilta, vähempivaraaisilta kuluttajilta pyydettiin korkeampia hintoja, mikä lisää entisestään

¹⁷¹ *Rose – Rahman*, Technology Science, 11.8.2015, s. 10.

¹⁷² *Ibid.*, s. 11.

¹⁷³ *Asia 27/76, United Brands Co v. Komissio*, kohta 224.

kuluttajaryhmien varallisuuseroja, ja näin ollen vähentää kuluttajien hyvinvointia. *United Brandsissa* ei suoranaisesti keskitytty vaikutusten arviointiin kuluttajien näkökulmasta, vaan enemmänkin yritysten toimintavapauden näkökulmasta.¹⁷⁴ Tapauksessa jälleenmyyjät ostivat banaaneja UBC:ltä, mutta kuluttajat ovat lopussa ne, jotka ostavat banaanit jälleenmyyjiltä, joten epäsuorasti jälleenmyyjä syrjivät hinnat vaikuttavat myös kuluttajiin.

Myös Facebook-tapauksia, joissa käyttäjiä syrjittiin etnisyyden tai etnisten mieltymysten perusteella, voidaan arvioida *United Brandsin* valossa. Facebook jakoi käyttäjiä ryhmiin heidän etnisyytensä perusteella, ja näytti ryhmien perusteella eri mainoksia eri ryhmille. Toisessa tapauksessa osalle ryhmiä ei näytetty tiettyjä mainoksia. Ryhmiä ei muodosteta heidän maantieteellisten paikkojen perusteella, vaan käyttäjien mieltymykset määrittivät mihin ryhmään heidät sijoitetaan. Tosiasiassa tällaisessa ryhmittelyssä painottuu myös se, millaisessa ympäristössä käyttäjä on kasvanut tai asunut, ja kenen kanssa hän on viettänyt aikaa. Eri kulttuureissa tehdään asioita eri tavalla, ja eri piirteet voivat painottaa henkilön mieltymyksiä, jolloin myös maantieteelliset seikat voivat mukauttaa mieltymyksiämme. Näin ollen eri maanosista, tai jopa eri maista tulevilla voi olla hyvinkin erilaiset mieltymykset, jotka vaikuttavat heidän käyttäytymiseensä esimerkiksi Facebookissa. *United Brandsista* voidaan vetää tiettyjä analogioita myös käsillä oleviin Facebook-tapauksiin.

UBC:n hintasyrjintä perustui jälleenmyyjien maantieteellisen sijoittautumiseen. Facebookin toiminta on verrattavissa tähän. Molemmissa tapauksissa asiakkaiden tausta ja alkuperä vaikuttivat siihen, millaisia ehtoja tai vaihtoehtoja heille tarjottiin. UBC:n harrastamaa hintasyrjintää voidaan pitää kansalaisuuden perusteella harjoitettuna hintasyrjintänä, sillä kyse oli eri maissa toimivista jälleenmyyjistä, ja saman maan kaikille jälleenmyyjille banaanien myyntihinnat pysyivät samoina.¹⁷⁵ Vaikkakin hintasyrjintä tällä tavalla näennäisesti perustui maantieteellisellä sijoittumisella, oli jälleenmyyjien kansalaisuus ainakin välillisesti vaikuttanut UBC:n hinnoittelukäytäntöön. Puhtaasti maantieteellisenä hintasyrjintänä voidaan pitää maiden sisällä, esimerkiksi paikkakunnan perusteella tehtyä hintasyrjintää, kuten aiemmin käsitelty Staples-tapaus. Kanalaisuudella ei tällöin ole ratkaisevaa merkitystä. Facebookin mainontakäytäntö ei suoranaisesti perustunut käyttäjien kansalaisuuteen, mutta käyttäjän etninen mieltymys antaa osviittaa henkilön taustasta ja vaikutteista, sekä myös henkilön rodusta, vaikka Facebook ei tätä

¹⁷⁴ Ratkaisu on vuodelta 1978, jolloin tavoite kilpailun suojaamisesta pyrittiin saavuttamaan turvaamalla yritysten toimintavapaus. Kilpailuoikeuden tavoitetta alettiin tulkita kuluttajien näkökulmasta vasta vuosituhannen vaihteissa, ensiksi SEUT 101 artiklan osalta ja myöhemmin 102 artiklan osalta, ks. *Leivo et al.* 2012, s. 42 – 44.

¹⁷⁵ Ks. esim. asia 27/76, *United Brands Co v. Komissio*, kohdat 209 ja 226. Läpi ratkaisun puhutaan ”maiden asiakkaista”, josta voidaan tulkita, että yhden maan kaikkiin asiakkaihin sovellettiin samoja hintoja.

myönnäkään.¹⁷⁶ Facebookin edustajan mukaan käyttäjät pitävät esimerkiksi “afroamerikkalaisesta” sisällöstä, ja on sen perusteella jaettu ryhmiin.¹⁷⁷ Toinen asia onkin sitten se, minkälainen sisältö katsotaan ”afroamerikkalaiseksi”, ja millä perusteilla. Sekä kansalaisuuteen että rotuun perustuvalla hintasyrjinnällä on kuitenkin yhteistä se, että asiakkaan, tai kuluttajan, alkuperä vaikuttaa siihen millaisia ehtoja häneen sovelletaan.

UBC:n tavoin, myös Facebookin toiminta asetti samankaltaiset ”asiakkaat” eri asemiin. Ensimmäisessä tapauksessa käyttäjille näytettiin yhdestä elokuvasta erilaiset trailerit. Asiaa voidaan pohtia kahdesta näkökulmasta, niin että traileri on keskiössä oleva tuote, ja niin että tuotteena on trailerissa mainostettu elokuva. Ensimmäisessä skenaariossa tuote eroaa sen perusteella mihin ryhmään Facebook on profiloinut käyttäjät, toisin sanoen, mainontakäytännön taustalla oleva ehto, kuuluminen tiettyyn ryhmään, vaikuttaa lopputuotteeseen. Verrataan tätä *United Brandsin*. Siinä tuote oli kaikille sama, mutta se millä ehdoin sitä tarjottiin, vaihteli riippuen asiakkaasta. Yhteisenä tekijänä tässä on ehtojen mukautuminen asiakkaan perusteella. Toisessa skenaariossa tuotteesta pyritään tekemään attraktiivisempi käyttämällä erilaisia lähestymistapoja, kuluttajien mieltymysten perusteella. Trailerin näyttämistä ei ehkä sellaisenaan voida verrata ehtoon, jolla pyritään erottelemaan asiakkaita toisistaan, mutta lähtökohdiltaan se perustuu samoihin tosiasioihin, nimittäin asiakkaiden mukautettuun kohteluun, jonkin tietyn ominaisuuden perusteella. Molemmissa skenaarioissa mainoskäytännön vaikutuksena on samankaltaisten asiakkaiden, tässä kontekstissa Facebook-käyttäjien, erilainen kohtelu. Skenaariot sopivat näin ollen vaikutuksiltaan SEUT 102(c) artiklan soveltamisalaan, ainakin *United Brandsissa* vahvistettujen tosiseikkojen perusteella.

Facebook oli toisessa tapauksessa estänyt tietyn asunnonostajille tarkoitetun mainoksen näytämisen afroamerikkalaisen, aasianamerikkalaisen tai latinalaisamerikkalaisen mieltymyksen omaavilta. Mainos oli kohdistettu New Yorkin alueella asuville, poissulkien edellä mainitut ryhmät. *United Brandsin* tapaan Facebook laittoi asiakkaansa, eli käyttäjänsä, eri arvoisiin asemiin; UBC hinnoittelullaan, ja Facebook mainontakäytännöllään. Samoin kuin ensimmäisessä tapauksessa, myös tässä sovellettiin erilaisia ehtoja samanlaisiin käyttäjiin. Tapauksessa korostuu jopa paremmin se, miten tällainen toiminta asettaa käyttäjät eri asemiin markkinoilla. Käyttäjät, joille mainos näytettiin, saavat ensinnäkin tietää mainoksesta ja siinä esitellystä tuotteesta tai palvelusta, tällä voi olla, tuotteesta tai palvelusta riippuen, paljonkin merkitystä tietyille henkilöille. Toiseksi, mainoksessa voi olla jokin alennus tai tarjous, josta hyötyvät ainoastaan ne,

¹⁷⁶ Angwin – Parris Jr., ProPublica, 28.10.2016.

¹⁷⁷ Hern, The Guardian, 22.3.2016.

joille mainos on näytetty. Myös se tosiasia, että käyttäjät on laitettu eri asemiin etnisten mieltymysten perusteella, korostaa entisestään jo olemassa olevia eriarvoisuuksia kuluttajaryhmien kesken. Facebookin käytäntö ei näin ollen tuo mukanaan mitään tehokkuushyötyjä, joiden perusteella tällaista mainontakäytäntöä voidaan pitää hyväksyttävänä. Kilpailupolitiikan tavoitteen valossa, käytäntö ei mitenkään lisää kuluttajien hyvinvointia, pikemminkin ryhmien väliset erot kasvavat. Tosiasiallisilta vaikutuksiltaan, myös tähän tapaukseen olisi edellä mainituin perusteluin mahdollista soveltaa SEUT 102(c) artiklaa.

Facebookin mainontakäytäntö mahdollistaa käytännössä pidemmälle menevän hintasyrjinnän kuin tapauksissa on esitetty. Mainostajat voivat vapaasti valita kenelle haluaa näyttää mainoksia, ja myös millaiset ryhmät halutaan sulkea mainosten ulkopuolelle. Hyödyntämällä kyseistä mainontakäytäntöä ja Facebookin mahdollisuutta profiloida käyttäjiään, voidaan hintasyrjintää harjoittaa laajasti, esimerkiksi UBC:n tapaan jakamalla käyttäjiä ryhmiin maantieteellisen olinpaikan tai kansalaisuuden perusteella. Facebookilla on paljon dataa käyttäjistään, minkä ansiosta mainostajat hakeutuvat alustalle. He haluavat päästä käsiksi dataan ja sen perusteella kohdistaa mainoksiaan haluamallansa tavalla yrityksille tarkoitetun markkinointisivun¹⁷⁸ kautta. Tässä korostuu jälleen alustoiden kannattavuuden kannalta keskeinen seikka, nimittäin verkostovaikutusten merkitys. Mainostajat voivat näin ollen esimerkiksi kohdistaa mainoksia myös käyttäjien sukupuolen perusteella, näyttämällä miehille tiettyjä mainoksia ja naisille toisia. Profiloinnin ollessa itsessään jo vaikea huomata, hankaloittaa mainosten eroavaisuus entisestään profiloinnin ja hintasyrjinnän huomaamista.

3.3 Bundeskartellamtin Facebook-ratkaisu

Edellä käsitellystä *United Brandsista*, ja siinä vahvistettujen kilpailuoikeudellisten sääntöjen osalta on huomattavissa se, että unionin kilpailuoikeudelliset sääntelykeinot on lähtökohtaisesti suunniteltu sääntelemään kauppakumppaneiden tai kilpailijoiden välistä toimintaa, eikä niinkään kuluttajiin kohdistuvaan toimintaan, vaikkakin tiettyjä yhtäläisyyksiä sekä toiminnassa että vaikutuksissa esiintyykin. Kuluttajan vertaaminen kauppakumppaniin on suhteellisen iso hyppy. Kilpailuoikeuden soveltaminen vaatisi jonkun lisäelementin, joka lähentäisi alustoiden toimintaa ja kuluttajia, ja aktualisoisi alustoiden kilpailuoikeudellisen vastuun profiloinnin kohteena olevia kuluttajia kohtaan. Saksan kilpailuviranomainen, Bundeskartellamt, on

¹⁷⁸ <https://www.facebook.com/business>

helmikuussa antanut Facebookia koskevan ratkaisun, jossa se on soveltanut Saksan kilpailusääntöjä Facebookin harjoittamaan datan keräämiseen.¹⁷⁹ Kyseistä ratkaisua on tarkoitettu käsitellä seuraavaksi, ja sen avulla rakentaa silta alustoiden harjoittaman profiloinnin ja kuluttajien välille.

Bundeskartellamtin ratkaisun keskiössä on Facebookin harjoittama datankeräys ja eri lähteistä kerätyn datan yhdistäminen sosiaalisen median tilille ilman käyttäjien lupaa. Ratkaisulla halutaan estää kyseinen toiminta, ainakin siltä osin kuin käyttäjiltä ei ole saatu nimenomaista lupaa tietyn datan keräämiseen. Datan keruun ollessa yksi profiloinnin peruselementeistä, on ratkaisu erittäin oleellinen tutkielman kannalta. Tapaus lähti liikkeelle vuonna 2016, tavoitteena käyttäjä- ja laitekohtaisen datan rajoittaminen. Facebook keräsi dataa muista palveluistaan (WhatsApp ja Instagram) sekä kolmansien verkkosivuilta ja sovelluksista, jota se sitten yhdisti sosiaalisesta mediasta keräämänsä käyttäjädatan kanssa. Bundeskartellamt ilmoitti ratkaisussaan ymmärtävänsä, että mainosrahoituksella toimiva sosiaalinen media on riippuvainen suuren datamäärän keräämisestä ja prosessoimisesta, eikä tällainen toiminta itsessään lukeudukaan kilpailuoikeuden mukaiseksi väärinkäytöksi, mutta kun käyttäjien intressit datan keräämisen suhteen painavat enemmän kuin liiketoiminnan tehokkuusedut, ja varsinkin kun kyseessä on käyttäjien riittämätön mahdollisuus hallita dataansa, katsoi Bundeskartellamt, että GDPR:än rajat olivat ylittyneet, ja toimintaan oli näin ollen tarkoituksenmukaista puuttua kilpailuoikeuden turvin.¹⁸⁰ Ratkaisuun on vaikuttanut myös Facebookin määräävä markkina-asema sosiaalisen median markkinoilla. Facebook on valittanut ratkaisusta.

Käyttäjien on hyväksyttävä Facebookin käytännöt rekisteröityessä, ja näiden käytäntöjen perusteella se kerää dataa käyttäjistään sekä heidän laitteistaan myös Facebookin ulkopuolelta. Toisin sanoen voidaan todeta, että käyttäjät ovat pakotettuja hyväksymään kyseiset käytännöt, mikäli he ylipäättään haluavat käyttää palvelua. Käyttäjien tulee GDPR:än 1 ja 2 artiklan mukaan vapaasti saada valita miten ja kenen toimesta heidän henkilötietojensa käsitellään. Facebookin käytännöt eivät anna käyttäjille mahdollisuutta vaikuttaa miten heidän henkilötietojensa käytetään, eivätkä he ole antaneet GDPR:än 6(1a) artiklan mukaista suostumustaan henkilötietojensa käsittelyyn. Artiklan mukaan ”käsittely on lainmukaista ainoastaan, jos ja vain siltä osin kuin... rekisteröity on antanut suostumuksensa henkilötietojensa käsittelyyn yhtä tai useampaa erityistä tarkoitusta varten”.¹⁸¹ Rekisteröintihetkellä antama suostumus liittyy ainoastaan

¹⁷⁹ Case summary: B6-22/16, Facebook. Ratkaisun päivämäärä 6.2.2019.

¹⁸⁰ Ibid., s. 1 – 2.

¹⁸¹ GDPR 6(1a) artikla.

käyttäjän ja Facebookin välisen käyttäjäsopimuksen solmimiseen, eikä näin ollen vastaa artiklan mukaista suostumusta. Näiden perusteella Bundeskartellamt on katsonut, että Facebookin tietojen kerääminen ja niiden yhdistäminen rikkovat GDPR:än säännöksiä. Ratkaisussa on myös painottanut, että digitaalisten yritysten toimintaan on kiinnitettävä kilpailuoikeudellista huomiota, ja että unionin tietosuojasäännökset tulee ottaa huomioon, kun tietojenkäsittelykäytäntöjen sopivuutta arvioidaan kilpailuoikeuden kannalta.¹⁸² Facebookin määräävä markkina-asema sosiaalisen median markkinoilla on ollut omiaan vaikuttamaan tähän ratkaisuun. Bundeskartellamtin ja kansallisten tietosuojaviranomaisten välillä käydyn dialogin perusteella on ratkaisussa mainittu lisäksi, ettei tietosuojasäännösten täytäntöönpaneminen ole ainoa tai eksklusiivinen keino vastata tietosuojarikkomuksiin, vaan myös kilpailuoikeutta voidaan soveltaa.¹⁸³

3.3.1 Ratkaisun merkitys profiloinnin kannalta

Vaikkakin tapauksen käsittely on vielä kesken, Facebookin valituksen myötä, antaa ratkaisu toivoa kilpailuoikeuden laajemmalle soveltamiselle digitaalisilla markkinoilla, mukaan lukien tietysti profilointitapaukset. Ratkaisu antaa yleisestikin signaalia markkinoita hallitsevien digitaalisten alustoiden suuntaan, ettei kuluttajien tietoja voi kerätä miten sattuu, ja varsinkaan luvatta. Vaikka kyse onkin yhden EU:n jäsenmaan kilpailuviranomaisen ratkaisusta, näen että sen perusteella voidaan kuitenkin pohtia myös unionin kilpailuoikeuden soveltuvuutta, ja tätä tukee myös Bundeskartellamtin 7.2.2019 julkaisema raportti, jossa se on maininnut, että se on ratkaisuun liittyen tehnyt yhteistyötä sekä Euroopan komission että muiden kilpailuviranomaisten kanssa.¹⁸⁴ Kuten tutkielmassa on ilmennyt, perustuu profilointi pitkälti datan keräämiseen ja sen käyttämiseen alustoiden liiketoiminnassa. Ratkaisuun verrattuna ollaan päästy astetta pidemmälle, minkä takia ratkaisussa painotetuilla asioilla on oleellista relevanssia myös profiloinnin kannalta, ja etenkin sen suhteesta mahdollisten kilpailuoikeudellisten säännösten soveltamiseen.

Profiloinnin perustana on usein dataa, jota on kerätty useista lähteistä, ja sen jälkeen yhdistetty kokonaisuudeksi, jonka perusteella tuotteita ja palveluita voidaan mukauttaa. Ratkaisussa ilmevin tavoin, tapahtuu myös profiloinnissa datan kerääminen usein ilman kuluttajien

¹⁸² Case summary: B6-22/16, Facebook, s. 8.

¹⁸³ Ibid, s. 9.

¹⁸⁴ Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources: Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding, 7.2.2019, s. 6.

nimenomaista lupaa. Toisessa luvussa on käyty tarkemmin läpi, millä tavalla dataa kerätään profilointia varten. Tuore The Washington Postin artikkeli huomauttaa, miten paljon älypuhelimien sovellukset keräävät dataa myös öisin, vaikka puhelin nukkuu ja sovellukset eivät ole edes käytössä.¹⁸⁵ Voidaan lähes satavarmasti todeta, ettei näillä sovelluksilla ole tarvittavaa lupaa datan keräämiseen ja sen jakamiseen kolmansille. Digitaalisille alustoille on samantekevää mitä kautta data loppujen lopuksi saapuu algoritmien käsiteltäväksi. Koska datan keräämien profilointia varten tapahtuu samoin perustein kuin Bundeskartellamtin ratkaisussa on käyty läpi, olisi profilointiin mahdollista soveltaa GDPR:än tietosuojasäännöksiä.

Kuten tutkielmassa on aikaisemmin mainittu, on kaikki data alustoille arvokasta, ja yksi tärkeä tekijä kun arvioidaan niiden markkina-asemaa sekä -voimaa. Bundeskartellamt on raportissaan nostanut esille, että verkostovaikutusten ja käyttäjäprofiilien avulla Facebook voi kehittää kohdistetun mainontansa toimivuutta, jolloin sen määräävä markkina-asema markkinointi- ja mainostilan tuottajana voimistuu entisestään, asiakkaiden sekä markkinointi- ja mainosmarkkinoilla toimivien kilpailijoidensa kustannuksella.¹⁸⁶ Tämä kohdistettu mainonta on nimenomaan profilointia, joten tämän perusteella voidaan todeta, että profiloinnilla on merkitystä alustoiden markkina-aseman sekä -voiman muodostumisessa. Tämän pohjalta olisi myös profilointiin mahdollista arvioida kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta. Kyseeseen tulee määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, kun alusta väärinkäyttää asemaansa, jonka se on haalinut itselleen kehittyneen profilointinsa avulla, valikoimalla kenelle se haluaa tarjota keräämäänsä henkilödataa.

Ratkaisusta saa, edellä mainituin perustein, paljon mielenkiintoista pohdittavaa myös profiloinnin kannalta, vaikkakin ratkaisussa ei arvioida kilpailuoikeuden alaista hintasyrjintää. Oleellista profiloinnin kannalta on alustoilla käytettävissä oleva data, ja miten sitä saadaan käsiteltyä ja hyödynnettyä mahdollisimman hyvin ja tarkasti. Tässä kontekstissa olisi syytä miettiä unionin tietosuojasääntöjä, ja varsinkin kuluttajien suostumusta datan keräämiseen. Alustoiden toiminnan ja kuluttajien välinen väli pienenisi huomattavasti, verrattuna edellä *United Brandsin* yhteydessä esitettyihin soveltamismahdollisuuksiin, mikäli huomiota kiinnitetään enemmän datan keräämiseen liittyvään kuluttajien suostumukseen ja alustan markkina-asemaan, jolloin olisi myös huomattavasti helpompi soveltaa unionin kilpailuoikeutta profilointiin. Datan ollessa keskeisessä osassa tekniikan kehittyessä, mainittakoon esimerkiksi digitaaliset avustajat, on selvää,

¹⁸⁵ Fowler, The Washington Post, 28.5.2019.

¹⁸⁶ Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources: Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding, 7.2.2019, s. 5.

että datan merkitys alustoiden toiminnassa sekä markkinavoiman määrittäjänä korostuu entisestään. Mikäli profiloinnin hintasyrjintäelementti ei herätä komission huomiota, ja Bundeskartellamtin ratkaisusta voidaan vetää jotakin johtopäätöksiä myös komission ajatuksista, on mahdollista, että kuluttajien profiloinnin mahdollistavan datan kerääminen ja käsitteleminen aktualisoisi, tietosuojasäännösten lisäksi, myös kilpailuoikeudellisen ulottuvuuden, varsinkin jos profilointia harjoittavalla taholla on määräävä markkina-asema relevanteilla markkinoilla.

3.4 Johtopäätöksiä ja pohdintaa

Edellä käsiteltyjen ratkaisujen perusteella on ollut tarkoitus arvioida SEUT 102(c) artiklan mahdollista soveltamista käyttäjien profilointiin perustuvaan hintasyrjintään. Voimassa olevat kilpailuoikeuden säännöt, kuten edellä on käyty läpi, eivät lähtökohtaisesti sääntele kuluttajien erilaista kohtelua tai heille aiheutuvaa haittaa. Myös EUT on vahvistanut, ettei kuluttajille aiheutuva haitta ole kilpailusääntöjen soveltamisedellytys.¹⁸⁷ Kilpailusääntöjen tavoitteena on kuitenkin kuluttajien hyvinvoinnin edistäminen, ja tapauksen analyysissä on pyritty nostamaan esille profiloinnista kuluttajille aiheutuvaa haittaa, sekä heijastettu alustoiden menettelystä johtuvia vaikutuksia *United Brandsissa* vahvistettuihin periaatteisiin. Bundeskartellamtin ratkaisu antaa kuitenkin uuden näkökulman, jonka valossa profilointiin olisi mahdollista soveltaa unionin kilpailunormistoa, kiinnittämällä huomiota profiloinnin perustana toimivaan datan keräämiseen ja käsittelyyn. Mikäli komissio suhtautuu datan keräämiseen samalla tavalla, on todennäköistä että, käyttäjien profilointiin aletaan puuttua sekä tietosuojasäännösten että kilpailunormiston turvin.

Yksi merkittävä, ja oikeastaan ainoa, eroavaisuus profiloinnin perusteella harjoitetun hintasyrjinnän ja SEUT 102 artiklan soveltamisalaan kuuluvan hintasyrjinnän välillä on se, että profiloinnilla syrjitään loppukäyttäjiä, kun taas artiklaa sovelletaan ainoasataan yritysten väliseen syrjintään. Vaikkakin kyseinen edellytys ei täyty käyttäjien profiloinnissa, voidaan näiden tapauksen tosiasioita ja vaikutuksia verrata EUT:n oikeuskäytännössä vahvistettuihin periaatteisiin. Staples- ja Kayak-tapauksissa kuluttajille tarjottiin erilaisia hintoja heidän maantieteellisen olinpaikkansa perusteella. *United Brandsissa* oli asiakkaita syrjitty samoin perustein. Facebookia ravistelluissa tapauksissa on myös yhtäläisyyksiä *United Brandsin* kanssa. Facebook-

¹⁸⁷ Ks. esimerkiksi yhdistetyt asiat C-501, C-513, C-515 ja C-519/06 P, *GlaxoSmithKline v. Komissio*, kohta 63 ja asia C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV ym. v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, kohdat 38 ja 39.

käyttäjät asetettiin eri asemiin, perustuen profiloinnissa määritettyihin ominaisuuksiin, myös *United Brandsissa* painoarvo annettiin asiakkaiden ominaisuuksille ja taustalle. Jos tapauksia arvioi ainoastaan kilpailupolitiikan tavoitteiden valossa, ja keskittyy analyysissä painotettuihin, kuluttajiin kohdistuviin vaikutuksiin ja oikeuskäytännön yhtäläisyyksiin, voisi kuluttajien profiloinnista johtuvaan hintasyrjintään soveltaa unionin voimassaolevia kilpailusääntöjä, SEUT 102(c) artiklan johdolla.

SEUT 102(c) artiklan soveltamien vaati toki myös, että muut soveltamisedellytykset täyttyvät. Oikeuskäytännössäkin on vahvistettu, että eri ehtojen soveltaminen eri asiakkaisiin tai asiakasryhmiin, ei sellaisenaan tarkoita, että kyseessä on määräävän markkina-aseman väärinkäyttöksi tulkittavaa hintasyrjintää.¹⁸⁸ Arvioidessa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen mainonta- ja hinnoittelukäytäntöä, tulee ottaa huomioon vallitsevat olosuhteet kokonaisuudessaan.¹⁸⁹ Arvioinnissa tulee näin ollen ottaa huomioon muun muassa markkinoiden rakenne sekä alustoiden markkinavoima. Edellä esitettyjen esimerkkien avulla on ainoastaan ollut tarkoitus demonstroida hintasyrjinnän ilmenemistä ja vaikutuksia, eikä niinkään keskittyä siihen, millainen markkina-asema kyseisillä alustoilla on. Tähän liittyen on syytä kiinnittää huomiota, Bundeskartellamtin tavoin, Facebookiin, joka hallitsee sosiaalisen median markkinoita. Facebookilla on määräävä markkina-asema kyseisillä markkinoilla, ja sen markkinaosuuskin on 69 %, korostaen entisestään sen asemaa sosiaalisen median markkinoilla.¹⁹⁰ Huomioalustat, joihin myös Facebook lukeutuu, elävät verkostovaikutuksistaan. Aktiivisia kuukausittaisia käyttäjiä Facebookilla on yli kaksi miljardia, ja päivittäisiäkin käyttäjiä on yli 1,5 miljardia. Verkostovaikutusten perusteella voidaan arvioida huomioalustoiden markkinavoimaa. Ottaen huomioon Facebookin valtavan käyttäjäpohjan, on perusteltua todeta, että sillä on merkittävästi markkinavoimaa sosiaalisen median markkinoilla, sillä mainostajat haluavat kuumeisesti päästä käsiksi Facebookin tarjoamiin, mahdollisiin asiakkaisiin. Tällaisella markkinavoimalla on periaatteessa mahdollista vaikuttaa sosiaalisen median markkinoiden rakenteeseen ja muotoutumiseen. Näin ollen, mikäli Facebook syyllistyisi markkina-asemaansa väärinkäyttöön, olisi SEUT 102 artiklaa mahdollista soveltaa, kuten Bundeskartellamtin ratkaisusta käy ilmi. Samaisen artiklan soveltaminen tulisi näin ollen kyseeseen myös, mikäli profilointiin ja kuluttajien erilaiseen kohteluun olisi mahdollista soveltaa unionin kilpailusääntöjä.

¹⁸⁸ Asia C-209/10, *Post Danmark I*, kohta 30.

¹⁸⁹ Ks. esimerkiksi asia 322/81, *Michelin v. Komissio (Michelin I)*, kohta 73 ja asia C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v Komissio*, kohta 175.

¹⁹⁰ Facebookilla on 68,95 % osuus per helmikuu 2019. Seuraavana on Pinterest, jonka markkinaosuus on ainoastaan 15,15 %, <http://gs.statcounter.com/social-media-stats>

Profiloinnin, ja sen perusteella harjoitetun tuotteiden tai palveluiden mukauttamisen kieltäminen ei nykyisen oikeuskäytännön tai tulkintalinjan perusteella ole todennäköistä. Mikään ei tällä viittaa siihen, että SEUT 102 artiklaa olisi lähiaikoina mahdollista soveltaa kuluttajiin kohdistuvaan toimintaan, eikä artiklan sanamuotokaan anna hirveästi tilaa laajentaa sen soveltamisalaa. Algoritmien kehittyessä ja Big Datan käytön lisääntyessä profiloinnista voi tulla komission ja kilpailuoikeuden näkökulmasta suurempi ongelma, jolloin tällaista hintasyrjintää voidaan mahdollisesti alkaa arvioimaan SEUT 102(c) artiklan valossa. Bundeskartellamtin ratkaisu todistaa ainakin sen, että kilpailuviranomaiset ovat tietoisia datan keruun vaikutuksista, ja haitoista. Digitaalisten alustoiden toiminta perustuu suurelta osin tälläkin hetkellä datan keräämiseen ja profilointiin, joten voi olla vain ajan kysymys ennen kuin profilointiin puututaan datan keruun kautta.

Tutkielmassa onkin aiemmin mainittu superalustoiden kilpajuoksusta henkilökohtaisten avustajien kehittämisessä. Suurten alustoiden kerätessään yhä enemmän dataa kuluttajista, ja hintasyrjinnän lähestyessä ensimmäisen asteen hintasyrjintää, voi komission asenne profilointia kohtaan muuttua. Tällaiset hallitsevat yritykset joutuvat muutenkin helpommin komission tarkasteluun, jos toiminnalla on edes hieman markkinoita vääristäviä vaikutuksia. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeuskäytännössäkkin vahvistettu velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa kilpailutilannetta sisämarkkinoilla.¹⁹¹ Varsinkin markkinavoiman lisääntyessä, tällaisten yritysten mahdollisuudet hallita markkinoita kasvavat huomattavasti, jolloin pienempien yritysten mahdollisuudet pysyä markkinoilla heikkenevät ja markkinoille tulokin voi olla erittäin vaikeaa, eikä heillä ole edellytyksiä tai mahdollisuuksia kilpailla superalustoiden kanssa. Komission tiedonannossa mainitaan että, jos yrityksen menettelytapa aiheuttanee haittaa kuluttajille, ja menettelytapa ainoastaan estää kilpailua luomatta tehokkuusetuja, on hyvinkin todennäköistä, että menettelyllä on kilpailunvastaisia vaikutuksia.¹⁹² Tämä kohta voi hyvinkin aktualisoitua, mikäli superalustat lisäävät markkinavoimaansa kehittyneemmän profiloinnin avulla, muiden toimijoiden kustannuksella.

Ottaen huomioon, että profiloinnin perusteella harjoitettuun hintasyrjintään ei tällä hetkellä voida soveltaa unionin kilpailunormistoa, on syytä miettiä tulisiko profilointia arvioida muiden oikeussääntöjen pohjalta. Bundeskartellamtin ratkaisu antaa yhden mahdollisen sääntelytavan, jolla voidaan puuttua profilointiin yleisesti, kuluttajien erilaiseen kohteluun sillä ei kuitenkaan voida puuttua. Datan keruun ollessa profiloinnin kannalta keskeisessä osassa, tulee GDPR:än

¹⁹¹ Asia C-202/07 P, *France Télécom v. Komissio*, kohta 105.

¹⁹² Komission määräävää markkina-asemaa koskeva tiedonanto, EUVL C 45, 24.2.2009, kohta 22.

merkitys kasvamaan, niin yleisesti kuin kilpailuoikeudenkin kannalta. Profiloinnissa korostuu kuluttajien erilainen kohtelu. Tällaiseen menettelyyn voidaan pohtia unionin yleisten syrjintäsääntöjen, kuten EU:n syrjintä- ja yhdenvertaisuusdirektiivien sekä EU:n perusoikeuskirjan, soveltuvuutta. Perusoikeuksien vahvistuneen aseman myötä, on myös tarkoituksenmukaista arvioida niiden suhdetta profilointiin.

4. Yleisten syrjintäperiaatteiden ja perusoikeuksien suhde profilointiin

Edellisessä luvussa on arvioitu profilointia ja EU:n kilpailuoikeuden soveltuvuutta. Koska SEUT 102(c) artiklan soveltaminen aiheuttaa haasteita, eikä oikeuskäytännökään perusteella ole odotettavissa muutosta, on syytä pohtia vaihtoehtoisia oikeussääntöjä, joiden avulla alustoiden harjoittamaa profilointia voisi säädellä. Profilointiin perustuva hintasyrjintä perustuu pohjimmiltaan samaan tosiasiaan kuin yleiset syrjintäsäännökkin, eli kuluttajien erilaiseen kohteluun. Tulen tässä luvussa arvioimaan profilointia EU:n syrjimättömyysdirektiivien, sekä EU:n perusoikeuskirjan (jatkossa perusoikeuskirja) avulla. Keskityn luvussa neuvoston direktiiveihin 2000/43/EY (jatkossa rotuja koskeva tasa-arvodirektiivi) ja 2004/113/EY (jatkossa tavaroita ja palveluita koskeva tasa-arvodirektiivi), joista ensimmäinen sääntelee yhdenvertaisesta kohtelusta riippumatta rodusta tai etnisestä alkuperästä, ja toinen miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta. Perusoikeuskirjasta tarkastelussa on vastaavasti 21 ja 23 artiklat, jotka omalta osaltaan sääntelevät syrjintäkieltoa sekä miesten ja naisten tasa-arvoa. Perusoikeuksien osalta on myös syytä tarkastella perusoikeuskirjan 8 artiklaa, joka koskee henkilötietojen suojaa.

Tulen ensiksi avaamaan direktiivien sisältöä ja niiden taustalla olevia motiiveja sekä tavoitteita, ja pyrin heijastamaan niitä alustoihin ja profiloinnin vaikutuksiin, samalla tavalla kuin kilpailuoikeutta koskevassa luvussa. Jatkan perehtymällä perusoikeuskirjaan ja sen oleellisiin artikloihin, ja pohjalla oleviin tavoitteisiin. Käytän EUT:n oikeuskäytäntöä pohdinnan tukena. Lopuksi pohdin kilpailuoikeuden ja perusoikeuksien keskeistä suhdetta ja niiden samanaikaista soveltamista.

4.1 Profiloinnin arvioiminen EU:n syrjimättömyysdirektiivien valossa

Syrjinnän käsite sisältää yhdenvertaisen kohtelun, joka on määritelty rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 1 kohdassa ”ettei minkäänlaista rotuun tai etniseen alkuperään perustuva välitöntä tai välillistä syrjintää saa esiintyä”.¹⁹³ Direktiivi astui unionin tasolla voimaan 19.7.2000.¹⁹⁴ Direktiivi koskee sekä välitöntä että välillistä syrjintää rodun tai etnisen alkuperän perusteella. Välittömäksi syrjinnäksi katsotaan ”että henkilöä kohdellaan rodun tai etnisen

¹⁹³ EYVL L 180, 19.7.2000, s. 24.

¹⁹⁴ Kansalliseksi lainsäädännöksi se tuli saattaa 19.7.2003 mennessä.

alkuperän perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta kohdellaan, on kohdeltu tai voitaisiin kohdella vertailukelpoisessa tilanteessa”.¹⁹⁵ Välillisenä syrjintänä pidetään 2 artiklan 2(b) kohdan mukaan ”sitä, jos näennäisesti puolueeton säännös, peruste tai käytäntö saattaa tiettyä rotua tai etnistä alkuperää olevat henkilöt erityisen epäedulliseen asemaan muihin henkilöihin nähden”.¹⁹⁶ Myös etniseen alkuperään tai rotuun perustuva häirintä on kielletyksi katsottua syrjintää 2 artiklan 3 kohdan edellytysten täytyessä. Direktiivin sisältö on pysynyt muuttumattomana siitä lähtien kun se otettiin osaksi unionin lainsäädäntöä. Sanamuodoltaan välitön syrjintä muistuttaa pitkälti SEUT 102(c) hintasyrjintää; direktiivissä kielletään toisen epäsuotuisampi kohtelu, ja perustamissopimuksessa kauppakumppanin asettaminen epäedulliseen asemaan. Molemmissa on lähtökohtana yhdenvertainen kohtelu riippumatta alkuperästä tai ominaisuuksista. On kuitenkin huomioitava, ettei direktiivissä ole rodun tai etnisen alkuperän määritelmää, mikä tarkoittaa sitä, että se jää EUT:n harkintavallan alaisuuteen.¹⁹⁷ Direktiivin soveltamisala on laaja, tutkielman kannalta keskeisin soveltamisala on kuitenkin 3 artiklassa mainittu tavaroiden ja palvelujen saatavuuden ja tarjonnan ala. Alustoiden harjoittaman profiloinnin keskeisenä ideana on tuotteiden tai palveluiden mukauttaminen kuluttajille, joten on perusteltua arvioida direktiivin soveltuvuutta profilointiin ja kuluttajien erilaiseen kohteluun.

Tavaroita ja palveluita koskeva tasa-arvodirektiivi on toinen direktiivi, jonka valossa tulen arvioimaan kuluttajien profilointia. Direktiivin 4 artiklan 1 kohdassa määritellään yhdenvertaisen kohtelun periaate seuraavasti: ”miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan, että a) sukupuoleen perustuvaa välitöntä syrjintää ei esiinny, ei myöskään raskaudesta tai äitiydestä johtuvaa naisten epäedullisempaa kohtelua; b) sukupuoleen perustuvaa välillistä syrjintää ei esiinny”¹⁹⁸. Rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin tavoin, myös tässä direktiivissä pidetään häirintää ja sukupuolista häirintää syrjintään verrattavana toimintana. Tämä direktiivi astui voimaan 21.12.2004.¹⁹⁹ Syrjintä, sekä välitön että välillinen, on tässä direktiivissä määriteltä lähes samalla tavalla kuin syrjintädirektiivissä, erona vain se, että tässä painotetaan henkilön epäsuotuisaa kohtelua *sukupuolen* perusteella. Työmarkkinoilla sukupuoleen perustuvaa syrjintää on pyritty ehkäisemään ja torjumaan jo vuodesta 1976 lähtien neuvoston direktiivin 76/207/ETY²⁰⁰ avulla. Käsillä olevassa direktiivissä on mainittu, että sukupuoleen perustuvaa syrjintää esiintyy myös työmarkkinoiden ulkopuolella, erityisesti tavaroiden ja palveluiden

¹⁹⁵ EYVL L 180, 19.7.2000, s. 24.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Ellis, – Watson 2013, s. 33.

¹⁹⁸ EUVL L 373, 21.12.2004, s. 40.

¹⁹⁹ Direktiivi tuli saattaa kansallisen lainsäädännön osaksi 21.12.2007 mennessä.

²⁰⁰ Neuvoston direktiivi 76/207/ETY, miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen ja sekä työoloissa. Työmarkkinoilla esiintyvää syrjintää säädellään nykyään Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2006/54/EY.

alalla. Tästä johtuen on haluttu, rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin tavoin, lainsäädännön avulla saavuttaa syrjimättömyyden tavoite myös sukupuolen osalta tavaroiden ja palveluiden tarjonnan alalla. Koska direktiivi on nimenomaisesti suunniteltu sovellettavaksi tavaroiden ja palveluiden alalle, on syytä pohtia profilointia myös kyseisen direktiivin valossa. Alustat saavat keräämänsä datan avulla tiedon kuluttajan sukupuolesta, ja tätä tietoa voidaan käyttää osana profilointia, mikä johtaa siihen, että miehille ja naisille voidaan tarjota erilaisia tuotteita tai palveluita.

4.1.1 Direktiivien tavoitteet

Sekä rotuja koskevan että tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvodirektiivin tarkoituksena on syrjinnän torjuminen sekä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen toteuttaminen jäsenvaltioissa. Direktiivien lainsäädännöllisenä taustana voidaan pitää SEUT 19 artiklaa.²⁰¹ Artikla antaa neuvostolle, tietyin ehdoin, oikeuden toteuttaa tarvittavat toimenpiteet kaiken syrjinnän torjumiseksi. Molempien direktiivien johdantolausekkeissa on huomioitu EY-sopimuksen 3 artiklan 2 kohdan (nykyinen SEUT 8 artikla) merkitys direktiivien täytäntöönpanossa. EU:n toimielinten tulee artiklan mukaan pyrkiä toimissaan poistamaan eriarvoisuutta miesten ja naisten välillä, ja myös pyrkiä edistämään sukupuolien välistä tasa-arvoa. Tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvodirektiivin neljännessä johdantolausekkeessa on painotettu myös, että miesten ja naisten tasa-arvo on yksi EU:n peruseriaatteista. Myös SEUT 10 artiklassa on haluttu painottaa syrjinnän torjumisen tärkeyttä unionin sisällä. EU:n tulisi kaikissa politiikoissaan ja toimissaan pyrkiä torjumaan kaikki mahdollinen syrjintä. Nämä tavoitteet huomioon otettuna, tulisi kaikkien jäsenvaltioiden pyrkiä edistämään yhdenvertaisen kohtelun periaatetta.

Syrjinnän vastaisten säännösten tavoitteena on tarjota kaikille ihmisille, henkilöiden ominaisuuksiin katsomatta, yhtäläiset ja tasapuoliset mahdollisuudet hyödyntää yhteiskunnan tarjoamia mahdollisuuksia.²⁰² Koska direktiiveissä on erityisesti keskitytty tuotteiden ja palveluiden tarjoamisen alalle, tarkoittaa se sitä, että kuluttajia tulisi kohdella samalla tavalla riippumatta esimerkiksi heidän alkuperästään tai sukupuolestaan. Tuotteita tai palveluita ei näin ollen tulisi eriyttää pelkästään sen perusteella, että henkilö omaa tietyn rodun tai etnisyyden, taikka henkilön sukupuolen perusteella, eritystilanteet pois lukien. Ottaen huomioon direktiivien soveltamisalan ja niiden tavoitteet, on syytä olettaa, että niitä voidaan soveltaa digitaalisiin alustoihin

²⁰¹ Raito 2013, s. 288.

²⁰² FRA – Euroopan neuvosto 2013 s. 21.

ja profilointiin, ainakin niissä tapauksissa, joissa tuotteiden ja palveluiden mukauttamisen perustana on ollut esimerkiksi rotu tai sukupuoli.

4.1.2 Profiloinnin vertaaminen välittömään syrjintään

Kuten direktiiveistä käy ilmi, voidaan syrjintä jakaa välittömään ja välilliseen syrjintään. Seuraavat ratkaisut avaavat välittömän ja välillisen syrjinnän eroja, ja niiden sopivuutta profiloinnin arvioimiseen. Välittömässä syrjinnässä henkilöitä kohdellaan epäedullisesti, verrattuna vertailukelpoiseen tilanteessa oleviin, henkilöön liittyvän erilaisen ominaisuuden takia.²⁰³ Ratkaisussa *Feryn*²⁰⁴ oli kyse välittömästä syrjinnästä. Tapaus perustui siihen, että liuku- ja nostovien myyntiin ja asentamiseen erikostunut belgialainen yritys Firma Feryn NV oli työpaikkailmoituksessaan ilmoittanut, ettei se ota palvelukseensa tiettyä etnistä alkuperää tai rotua olevia työntekijöitä. Belgian yhdenvertaista kohtelua edistävä elin, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, katsoi, että tällainen työhönottopolitiikka olisi syrjivä, ja pyysi Belgian työtuomioistuimia toteamaan saman. Kanne hylättiin Brysselin työtuomioistuinten presidentin toimesta. Centrum valitti Brysselin työoikeudellisia asioita käsittelevän toisen asteen tuomioistuimeen, joka pyysi ennakkoratkaisua yhteisöjen tuomioistuimelta. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että työnantajan ilmoitus aiheuttaa syrjintädirektiivissä tarkoitettua välitöntä syrjintää.²⁰⁵ Tuomioistuin perusteli ratkaisuaan toteamalla, että ilmoitus heikentää tiettyjen hakijoiden halukuutta hakea kyseistä työpaikkaa ja on näin ollen omiaan estämään pääsyn työmarkkinoille.

Välillisessä syrjinnässä on taas kyse tilanteista, joissa nähtävästi neutraali säännös asettaa samanlaisia ominaisuuksia omaavia henkilöitä epäsuotuisaan asemaan.²⁰⁶ Tällainen tilanne voi olla käsillä esimerkiksi tilanteessa, jossa erilaisessa tilanteessa olevia yksilöitä on kohdeltu samalla tavalla. Kohtelun vaikutukset ilmenevät eri tavalla riippuen yksilöiden ominaisuuksista. Esimerkkinä EUT:n ratkaisu *Isabel Elbal Moreno v. INSS ja TGSS*²⁰⁷. Kantaja oli tehnyt töitä osa-aikaisena neljä tuntia viikossa 18 vuoden ajan. Espanjassa vaaditaan eläkemaksujen

²⁰³ Vastaavalainen artikla löytyy lisäksi yhdenvertaista kohtelua työssä koskevasta direktiivistä (neuvoston direktiivi 2000/78/EY) sekä tasa-arvodirektiivistä (parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/54/EY). Samakaltaisella sanamuodolla pyritään varmistamaan direktiivin yhtäläinen tulkinta, mikä lisää oikeusvarmuutta ja helpottaa EUT:n työtä soveltaa kyseisiä direktiivejä.

²⁰⁴ Asia C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*.

²⁰⁵ *Ibid.*, kohta 28.

²⁰⁶ *FRA – Council of Europe* 2018, s. 53.

²⁰⁷ Asia C-385/11, *Isabel Elbal Moreno v. INSS ja TGSS*.

suorittaminen vähintään 15 vuoden ajan, jotta on oikeutettu vanhuuseläkkeeseen. Kantajalta evättiin eläke, sillä perustein, ettei hän täyttänyt tätä 15 vuoden kriteeriä. Kansallinen tuomioistuimien katsoi, että hänen eläkemaksunsa eivät vastanneet edes kolmea maksuvuotta. Säännöksen perusteella hänen olisi tarvinnut tehdä töitä 100 vuotta saavuttaakseen 15 vuoden rajan. EUT katsoi, että säännös laittoi pitkäaikaiset osa-aikatyöntekijät epäsuotuisaan asemaan. Ratkaisussa otetaan myös huomioon, että noin 80 % Espanjan osa-aikaisista työntekijöistä on naisia, joten säännöksellä on suurempi vaikutus naisiin. EUT katsoikin, että säännöksen soveltaminen aiheuttaa sukupuoleen perustuvaa välillistä syrjintää.²⁰⁸

Kun verrataan edellä mainittuja tapauksia ja niiden tosiasioita keskenään, on todettava, että välitön syrjintä muistuttaa enemmän profilointia ja on näin ollen soveltuvampi profiloinnista johtuvien vaikutusten arviointiin, koska digitaalisten alustoiden harjoittama profilointi ei perustu mihinkään puolueettomaan säännökseen taikka käytäntöön, vaan kyseessä on toiminta, jonka pohjalta kuluttajia jaetaan ryhmiin ja tällä tavalla asetetaan eri asemiin. Henkilöitä kohdellaan erilaisesti heidän ominaisuuksiensa perusteella, ja profiloinnista johtuvat vaikutukset kohdistuvat suoraan kuluttajiin, vastaavanlaisesti kuin *Ferynissä*, jossa syrjinnän vaikutukset kohdistuivat tietyn ominaisuuden omaaviin työntekijöihin, profiloinnin vaikutukset kohdistuvat tietyn ominaisuuden (tai tiettyjä ominaisuuksia) omaaviin kuluttajiin. Tästä syystä on tarkoituksenmukaista arvioida profilointia ja sen vaikutuksia ainoastaan välittömän syrjinnän valossa.

Jotta toiminnan katsotaan täyttävän välittömän syrjinnän tunnusmerkit, tulee muutaman kriteerin täytyä. Kuten rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin sekä tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvodirektiivin sanamuodoistakin huomaa, tulee kyse olla epäedullisesta kohtelusta, kohtelulla tulee olla vertailukohde, ja kohtelun tulee perustua johonkin säänneltyyn syrjintäperusteeseen. Yksittäisen henkilön erilaista kohtelua voidaan pitää välittömän syrjinnän keskeisimpänä elementtinä. Erilaisen kohtelun tulee asettaa henkilö epäedulliseen asemaan. Epäedullinen kohtelu voi ilmetä monella eri tavalla, riippuen tilanteesta ja käsillä olevista seikoista. EUT:n ratkaisu *Coleman*²⁰⁹ perustui siihen, että työntekijää oli työpaikalla kohdeltu epäsuotuisammin sen takia, että hän oli vastuussa vammaisen lapsen hoidosta. Epäsuotuisa kohtelu ilmeni tapauksessa usealla tavalla: palattuaan äitiyslomalta, hän ei saanut palata siihen työhön, jota oli siihen saakka tehnyt; häntä pidettiin laiskana pyytäessään vapaata lasten hoitoa varten; hänestä

²⁰⁸ Asia C-385/11, *Isabel Elbal Moreno v. INSS ja TGSS*, kohta 38.

²⁰⁹ Asia C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law ja Steve Law*.

ja hänen lapsestansa esitettiin asiattomia ja loukkaavia kommentteja. Häntä uhattiin myös irtisanomisella, lapsen hoidosta johtuvien myöhästymisien vuoksi.

Ratkaisussa *Frédéric Hay v. Crédit agricole*²¹⁰ epäedulliseksi kohteluksi katsottiin se, että rekisteröidyssä parisuhteessa olevalta työntekijältä evättiin erityislomapäivät ja palkanlisät, jotka myönnetään avioliittonsa solmiville työntekijöille. Epäedullinen kohtelu on perustunut tiettyyn ominaisuuteen, *Colemanissa* siihen, että henkilöllä oli vammaisen lapsi, ja *Frédéric Hay v. Crédit agricole* henkilön sukupuoliseen suuntautumiseen. Myös profiloinnissa keskeisenä elementtinä on henkilöiden erilainen kohtelu, jonka seurauksena kuluttajia asetetaan eri asemiin. Kuluttajien erilainen kohtelu johtaa usein siihen, että tietyn ominaisuuden omaavat kuluttajat joutuvat epäedulliseen asemaan, verrattaessa toisiin kuluttajiin. Otetaan esimerkiksi kolmannessa luvussa käsitelty *Staples*-tapaus. Siinä kuluttajat asetettiin epäedulliseen asemaan heidän asuinpaikkansa perusteella. Kaupungissa asuville tarjottiin parempia tarjouksia, kun taas kaupungin ulkopuolella asuvat joutuivat maksamaan tuotteistaan enemmän. Kuluttajilla ei näin ollen ole yhtäläisiä mahdollisuuksia hyödyntää tarjolla olevia tuotteita tai palveluita.

Epäedullisen kohtelun vahvistamiselle tarvitaan jokin vertailukohde, johon henkilöihin kohdistuvaa kohtelua voidaan verrata. Kohtelua tulisi lähtökohtaisesti verrata samankaltaisessa tilanteessa olevaan henkilöön tai henkilöihin. Verrattavien henkilöiden pääasiallisena erona tulisi ainoastaan olla jokin syrjintäperuste.²¹¹ *Colemanissa* EUT totesi, että vertailukohteena on kantajan työkaverit, jotka olivat samantapaisissa tehtävissä ja joilla oli lapsia. *Frédéric Hay v. Crédit agricole* EUT katsoi, että parisuhteensa rekisteröineet, samaa sukupuolta olevat henkilöt, ovat vertailukelpoisessa tilanteessa avioliittonsa solmivien parien kanssa. Myös profiloinnin perusteella harjoitettua kuluttajien erilaista kohtelua on mahdollista arvioida vertailukohteen avulla. Koska profilointikin perustuu johonkin perusteeseen, voidaan vertailukohde löytää samalla tavalla kuin syrjintätapauksissa, nimittäin tarkastelemalla kuluttajia samantapaisessa tilanteessa, ja määrittämällä ne erot, jotka ovat olleet omiaan vaikuttamaan siihen, mitkä kuluttajat katsotaan kuuluvan mihinkin kuluttajaryhmään. Esimerkiksi Facebookiin liittyvissä tapauksissa vertailukohteeksi voidaan ajatella niitä, jotka eivät kuuluneet afroamerikkalaisen ”mielityksen” omaavien ryhmään. Ainoa ero käyttäjäryhmien välillä oli etninen mieltymys, jota voidaan Facebook-tapauksissa pitää erilaisen kohtelun syrjintäperusteeseen verrattavana tekijänä. Hyvänä esimerkkinä toimii myös osiossa 3.1.1 mainittu Carnegie Mellonin yliopiston

²¹⁰ Asia C-267/12, *Frédéric Hay v. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*. Ranskassa ei annettu tapauksen aikana samaa sukupuolta oleville henkilöille mahdollisuutta solmia avioliittoa, vain parisuhteen rekisteröiminen oli tällöin mahdollista.

²¹¹ *FRA – Council of Europe* 2018, s. 45.

teettämä tutkimus mainosten mukautumisesta käyttäjän sukupuolen perusteella. Naisille näytettiin vähemmän tietyn uravalmennussivun mainoksia. Ryhmien erona oli ainoastaan sukupuoli, jota voidaan pitää tapauksessa erilaisen kohtelun syrjintäperusteena. Kyseisessä tapauksessa vertailukohteeksi muodostuu näin ollen miehet. Kuten esimerkeistä huomaa, on vertailukohte oleellinen käsite myös profiloinnin kannalta.

Epäedullisen kohtelun ja jonkin säännellyn syrjintäperusteen välillä tulee myös olla syy-yhteys, jotta välittömän syrjinnän tunnusmerkit täyttyisivät.²¹² Rotujen välistä tasa-arvoa koskevassa direktiivissä syrjintäperusteena on rotu tai etninen alkuperä, ja tavaroita ja palveluita koskevassa tasa-arvodirektiivissä sukupuoli. Muita syrjintäperusteita löytyy muista EU:n syrjimättömyysdirektiiveistä. Syrjintäperusteella tarkoitetaan sellaista ominaisuutta, jonka ei voida katsoa oikeuttavan erilaiseen kohteluun.²¹³ Osiossa 3.1.1 on nostettu esille tosiseikkoja, jotka ovat toimineet profiloinnista johtuvan erilaisen kohtelun perusteena. Erilaisen kohtelun perusteena on ollut käyttäjän maantieteellinen asuin- tai olinpaikka, käytetty laite (PC, Mac tai mobiililaite), sukupuoli ja etninen mieltymys. Sukupuoleen ja etniseen alkuperään perustuvat profilointitapaukset vastaavat direktiiveissä säänneltyjä syrjintäperusteita, joten näihin on toisin sanoen mahdollista, ainakin teoriassa, soveltaa EU:n syrjimättömyysdirektiivejä, kunhan muutkin välittömän syrjinnän tunnusmerkit täyttyvät.

Vain direktiiveissä nimenomaisesti ja yksinomaan mainittuihin syrjintäperusteisiin perustuvaa epäsuotuisaa kohtelua voidaan pitää syrjintänä, joten niiden ulkopuolelle jäävät perusteet eivät aktualisoi syrjinnän käsitettä.²¹⁴ Tässä on kuitenkin pohdinnan kannalta perusteltua arvioida muita profiloinnin perusteena toimivia tekijöitä välittömän syrjinnän pohjalta, sillä kuluttajiin kohdistuvilta vaikutuksiltaan ne vastaavat direktiiveissä mainittujen syrjintäperusteiden vaikutuksia. Samalla tavalla kuin esimerkiksi rotu tai sukupuoli voi asettaa tietyt kuluttajat eri asemaan, olisi periaatteessa mahdollista käyttää mitä tahansa tekijää tai ominaisuutta, jolla kuluttajia voidaan erottaa toisistaan, direktiivien syrjintäperusteisiin verrattavina perusteina. Asuin- tai olinpaikan perusteella voidaan esimerkiksi maaseudulla asuvat erottaa kaupungista asuvista. Mikäli tätä käytetään perusteena erilaiselle kohtelulle, ja kyseinen kohtelu asettaa toiseen ryhmään kuuluvat kuluttajat epäsuotuisaan asemaan, täyttää peruste saman funktion kuin direktiivien syrjintäperuste. Joten vaikkei ne käytännössä kuulu nimenomaisesti säänneltyihin

²¹² FRA – Council of Europe 2018, s. 49.

²¹³ FRA – Euroopan neuvosto 2013 s. 91.

²¹⁴ FRA – Council of Europe 2018, s. 226. Ks. myös esimerkiksi asia C-13/05, *Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, kohdat 54, 56 ja 57. Tuomiosituin katsoi, ettei sairautta sellaisenaan voitu pitää direktiivin 2000/78/EY syrjintäperusteisiin lukeutuvana perusteena.

syrijntäperusteisiin, on niiden avulla mahdollista asettaa kuluttajat vastaavanlaisiin aseisiin, välittömän syrjinnän tunnusmerkit täyttävän syrjintäperusteen kanssa.

Digitaaliset alustat kykenevät tällä hetkellä jakamaan kuluttajia profiloinnin perusteella ryhmiin, voidaan puhua kolmannen asteen hintasyrjinnästä. Käytettävissä ei ole tarpeeksi tietoa yksittäisen kuluttajan maksukyvyyn määrittämiseen. Oikeuskäytäntöä tarkastellessa huomaa, että välitöntä syrjintää koskevissa tapauksissa on useimmiten ollut kyse yksittäisten henkilöiden asettamisesta epäedulliseen asemaan, eikä niinkään erilaisten kuluttajaryhmien suosimisesta toisten ryhmien kustannuksella. Vaikutuksiltaan sekä kolmannen asteen hintasyrjintä että välitön syrjintä vastaavat kuitenkin toisiaan. Tarkastellessa direktiivejä, ei suoraan saa vastausta sille, onko välitöntä syrjintää mahdollista soveltaa ryhmien erilaiseen kohteluun. Yksittäinen, tiettyyn ryhmään kuuluva kuluttaja voi toki omalta osaltaan viedä asian eteenpäin, jos tuntuu siltä, että on joutunut direktiivien mukaisen syrjinnän kohteeksi. Tällainen voi tulla esimerkiksi kyseeseen, jos kuuluu sellaiseen ryhmään, jolle ei tarjota tiettyjä tarjouksia tai hintoja. Ei kuitenkaan ole todennäköistä, että kokonainen kuluttajaryhmä nostaisi kanteen siitä, että heille ei ole tarjottu samantapaisia tarjouksia tai hintoja, toisen kuluttajaryhmän kanssa, varsinkaan kun harva ylipäättään on tietoinen siitä, että heille näytetyt tarjoukset tai hinnat ovat kohdistettuja. Tähän liittyen on mielenkiintoista nostaa esille julkisasiamies Juliane Kokotin huomio ratkaisussa *CHEZ*²¹⁵. Hän on ratkaisuehdotuksessaan huomioinut, että vaikkakin asia lähti liikkeelle yksittäisen henkilön kantelusta, on toimenpiteiden luonne ollut sellainen, että se koskettaa kokonaista väestöryhmää ja leimaa siihen kuuluvat.²¹⁶ Profiloinnissa on samoja aineksia. Yksittäinen henkilö voi kannella asiasta, mutta toimenpiteellä, eli profiloinnilla, voitaisiin katsoa olevan vaikutuksia myös muihin. Teorian pohjalta tämä voisikin olla mahdollista, mutta toinen asia onkin sitten, miten tuomioistuimien suhtautuu asiaan.

Direktiivien soveltamisen kannalta on tässä kohtaa syytä katsoa tulevaisuuteen, ja nostaa esille profiloinnin kehitys. Kuten tutkielmassa on aiemmin tullut esille, ollaan kuluttajien profiloinnissa lähestymässä ensimmäisen asteen hintasyrjintää, jossa kuluttajille tarjottaisiin yksilöityjä mainoksia ja hintoja. Digitaaliset avustajat mahdollistavat suuremman datamäärän keräämisen, ja sen perusteella tarkemman kuluttajien profiloinnin. Tällainen ensimmäisen asteen hintasyrjintä muistuttaa entisestään välitöntä syrjintää, varsinkin ottamalla huomioon, että molemmissa erilaisen kohtelun kohteeksi joutuu yksittäinen kuluttaja. Eri asia onkin sitten, miten saadaan sopiva vertailukohde. Digitaalisia avustajia käyttävät eivät ole tietoisia muiden käyttäjien

²¹⁵ Asia C-83/14, *CHEZ Razpredelene Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot discriminatsia*.

²¹⁶ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, asia C-83/14, *CHEZ*, kohta 1.

saamista tarjouksista tai hinnoista, joten vertailu ei ole mahdollista. Kuluttajat, jotka eivät käytä kyseisiä avustajia arjessaan, olisivat todellisuudessa ne, joita asetetaan epäsuotuisaan asemaan, sillä heille ei ehdoteta tai tarjota kohdistettuja tuotteita ja hintoja. Samalla tavalla kuin avustajia käyttäjät eivät tiedä mitä muille vastaavien laitteiden käyttäjille kohdistetaan, eivät myöskään muut kuluttajat ole tietoisia siitä, millä tavalla digitaaliset avustajat vaikuttavat tuotteiden ja palveluiden tarjontaan. Profiloinnista koituvaa syrjintää on näin ollen todella vaikeaa, tai jopa mahdotonta huomata, kun tarjoukset ja hinnat ovat yksilöityjä.

4.1.3 Rotu tai etnisyys profiloinnin syrjintäperusteena

Ratkaisua *CHEZ* on syytä tarkastella tarkemmin rotuja koskevan tasa-arvo direktiivin kannalta. Tapauksessa oli kyse siitä, että *CHEZ RB* oli asettanut erään Bulgarian kaupungin kaupunginosaan sähkömittarit kuudesta seitsemän metrin korkeuteen, kun muissa kaupunginosissa mittarit oli asennettu 1,7 metrin korkeudelle. Kyseisessä kaupunginosassa asui pääosin henkilöitä, jotka olivat alkuperältään romaneja. Yksi alueella toimivista elinkeinoharjoittajista kanteli asiasta syrjinnän vastaiselle komissiolle, *KZD*:lle, sillä perusteella, että häntä oli syrjitty välittömästi hänen henkilökohtaisen ominaisuutensa perusteella, ja näin ollen asetettu epäedulliseen asemaan verrattuna niihin, joiden mittarit olivat sijoitettu saavutettaviin korkeuksiin. *CHEZ RB* nosti *KZD*:n päätöksestä kanteen Administrativen sad Sofia-gradissa. EUT antoi tapauksessa ennakkoratkaisun, jossa se katsoi että, kyseessä on etniseen alkuperään perustuvaa välitöntä syrjintää.²¹⁷ Tuomioistuimien katsoi toiminnan asettaneen alueella asuvat epäsuotuisaan asemaan verrattuna muissa kaupunginosissa asuviin. Koska alueella asui pääasiassa vain romaneja, eikä *CHEZ RB* ollut esittänyt mitään todisteita siitä, ettei toiminta perustunut asukkaiden etniseen alkuperään, täytti toiminta rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin välittömän syrjinnän tunnusmerkit.

Facebookin etnisyytapauksia on mielenkiintoista arvioida *CHEZ:issä* esiintyvien tosiasioiden ja ratkaisuun vaikuttaviin tekijöihin valossa. Tapauksissa on suhteellisen paljon yhteisiä tekijöitä, joka mahdollistaa tarkoituksenmukaisen analyysin, jonka perusteella voidaan vetää tiettyjä johtopäätöksiä sekä direktiivin soveltamisesta että etnisyyteen perustuvan profiloinnin sopevuudesta direktiivin soveltamisalaan. Yhteistä tapauksilla on ensinnäkin se tosiasia, että erilainen kohtelu on perustunut henkilöiden etnisyyteen, vaikkei Facebook, ymmärrettävistä

²¹⁷ Asia C-83/14, *CHEZ Razpredelne Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot discriminatsia*, kohta 76.

syistä, sitä tapauksiin liittyen myöntänytkään. Tuomioistuimien on ratkaisussaan vahvistanut, että etnisen alkuperän käsite perustuu siihen ajatukseen, että ”väestöryhmille on tunnusomaista erityisesti yhteinen kansalaisuus, uskonto, kieli, kulttuurinen ja perinteellinen tausta ja elinympäristö”.²¹⁸ Myös henkilön mieltymyksessä heijastuu väkisin, etnisen alkuperän tavoin, tuomioistuimen painottamat tekijät. Vaikutteita saadaan elinympäristöstä, oman kulttuurin erityispiirteistä ja toimintatavoista, ja näiden perusteella muodostetaan omat mieltymykset. Näin ollen on syytä pitää etnistä mieltymystä etniseen alkuperään verrattavana käsitteenä. CHEZ RB ei osoittanut, että erilaisen kohtelun syynä olisi ollut jokin muu tekijä kuin alueella asuvien etnisen alkuperä. Samaa voidaan todeta Facebookiin liittyen; käyttäjät olivat jaettu ryhmiin ainoastaan heidän etnisten mieltymystensä perusteella. Muille ominaisuuksille ei ole tapauksissa annettu merkittävää painoarvoa.

Erilaisen elokuvatrailerin näyttämien ei sinänsä aseta eri etnisiin ryhmiin kuuluvia epäsuotuisaan asemaan, itse elokuvan ollessa ryhmästä riippumatta sama kaikille. Samaa ei kuitenkaan voida sanoa tapauksesta, jossa tietyille etnisille ryhmille jätettiin tietty mainos näyttämättä. Kyseisellä tapauksella on traileritapausta enemmän verrattavissa olevia asianhaaroja *CHEZ:in* kanssa. Tapauksissa on yhteistä myös se, että syrjivää toimintaa on harjoitettu yhden alueen sisällä. *CHEZ:issä* syrjivää toimintaa harjoitettiin tietyssä kaupunginosassa. Facebookin tapauksessa syrjivää mainontakäytäntöä harjoitettiin New Yorkin alueella asuviin kuluttajiin. Syrjinnän kohteeksi joutui alueen sisällä kaikki ne, jotka olivat tietyiltä ominaisuuksiltaan samantapaisia, *CHEZ:issä* romanitaustaiset asukkaat ja Facebook-tapauksessa afroamerikkalaisen, aasianamerikkalaisen ja latinoamerikkalaisen mieltymyksen omaavat asukkaat. Vertailukohteena on molemmissa tapauksissa kaupungin muut asukkaat.

Profiloinnille ja kolmannen asteen hintasyrjinnälle on ominaista sen kollektiivinen luonne. *CHEZ* on myös tässä kontekstissa mielenkiintoinen tapaus sen kollektiivisten vaikutuksen takia. Tapaus lähti yhdestä kanteesta, mutta sekä tuomioistuimien että aiemmin mainittu julki-asiamies Kokott katsoi, että syrjivällä toiminnalla on tosiasiallisesti vaikutuksia myös muihin, samat ominaisuudet omaaviin henkilöihin. Tapaus kiinnittää huomiota siihen, ettei syrjinnän tarvitse kohdistua ainoastaan yhteen henkilöön tai tapaukseen, vaan se voi myös olla ryhmäkohtaista, jolloin syrjinnällä on vaikutuksia ominaisuuksiltaan samantapaisiin henkilöihin, toisin sanoen tiettyihin ryhmiin.²¹⁹ Profiloinnissa toiminta on jo lähtökohtaisestikin, ja tarkoituksella ryhmäkohtaista tai kollektiivista. Kuten Facebookiin liittyvissä tapauksissa, syrjinnän

²¹⁸ Asia C-83/14, *CHEZ Razpredelne Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot discriminatsia*, kohta 46.

²¹⁹ *Lahuerta* 2016, s. 812.

ryhmäkohtainen luonne on olemassa siitä lähtien kun kyseistä mainontakäytäntöä on lähdetty harjoittamaan. CHEZ:in perusteella voidaan näin ollen todeta, että rotuja koskevaa tasa-arvodirektiiviä on mahdollista soveltaa tilanteisiin, joissa syrjintä on ryhmäkotaista ja syrjivää käytäntöä on harjoitettu ryhmään kuuluvien etnisen alkuperän perusteella. Ottaen huomioon Facebook-tapausten kollektiivinen luonne ja muut yhtäläisyydet CHEZ:in kanssa, voidaan ratkaisun valossa todeta, että teoriassa on todennäköistä, että rotuja koskevaa tasa-arvodirektiiviä voidaan soveltaa profilointiin, joka perustuu kuluttajien etniseen alkuperään.

4.1.4 Miesten ja naisten yhdenvertainen kohtelu sekä profilointi

Tavaroita ja palveluita koskevasta tasa-arvodirektiivistä ei tällä hetkellä löydy tutkielman kannalta sopivaa tapausta, jonka pohjalta voisi arvioida direktiivin soveltuvuutta profiloititapausten arvioimiseen. Direktiivin soveltuvuutta profiloinnin arvioimiseen voidaan kuitenkin pohtia rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin ja nykyisen tasa-arvodirektiivin²²⁰ pohjalta. Tasa-arvodirektiivin osalta löytyy oikeustapauksia, joiden avulla voidaan arvioida yhdenvertaisen kohtelun ilmenemistä käytännössä. Yhdenvertainen kohtelu on määritelmältään samanlainen sekä tavaroita ja palveluita koskevassa tasa-arvodirektiivissä että tasa-arvodirektiivissä, minkä takia siitä saa osviittaa, miten miesten ja naisten yhdenvertaista kohtelua ja syrjimättömyyttä on arvioitu. Tasa-arvodirektiivi on uudelleenlaadittu toisinto vanhemmista direktiiveistä, joissa on säännelty miesten ja naisten yhdenvertaisesta kohtelusta työmarkkinoilla. Tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvodirektiivin johdantokappaleissa on nostettu esille työmarkkinoita koskevat direktiivit ja niiden merkitys sukupuoleen perustuvan syrjinnän ehkäisemiseksi ja torjumiseksi. Nykyisen tasa-arvodirektiivin perustana on toisin sanoen ne direktiivit, joihin tavaroita ja palveluita koskevassa tasa-arvodirektiivissä on viitattu. Työmarkkinoihin liittyviä tapauksia voidaan näin ollen käyttää avuksi miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun ilmentämisessä.

Ratkaisussa *Defrenne v. Sabena*²²¹ oli kyse naisten epäedullisesta kohtelusta. Lentoemäntänä työskennellyt kantaja katsoi, että häntä oli syrjitty palkkauksessa miespuolisiin työkavereihinsa nähden. Kantaja katsoi, että hän ja hänen työkaverinsa tekivät lentoyhtiölle samaa työtä, kantaja lentoemännän roolissa ja miehet stueriteina. Cour du travail de Bruxelles on esittänyt asian yhteisöjen tuomioistuimelle. Tapauksessa on katsottu, että lentoemännän työ on verrattavissa stueriteiden työtehtäviin. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että välittömänä syrjintänä on

²²⁰ Parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/54/EY.

²²¹ Asia 43/75, *Defrenne v. Sabena*.

pidettävä sellaista syrjintää, joka perustuu työehtosopimukseen, ja se soveltuu näin ollen myös miespuolisten ja naispuolisten työntekijöiden erisuuruiseen palkkaukseen samasta työstä.²²² Epäsuotuisan kohtelun perustana oli työntekijän sukupuoli, ja toimintaa pidettiin sukupuoleen perustuvana syrjintänä.

Tapaus kuvastaa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen toteuttamista EU:ssa. Direktiivien soveltamisalat voivat vaihdella, mutta yhdenvertaista kohtelua on arvioitu yhtenäisesti, soveltamisalasta riippumatta. Vaikka tapaus liittyy työmarkkinoihin, voidaan sen pohjalta arvioida yhdenvertaista kohtelua myös tavaroiden ja palveluiden tarjonnan alalla sekä profiloinnissa. Vertailukohteena voidaan käyttää Carnegie Mellonin yliopiston teettämää tutkimusta. Tapauksista löytyy huomattavia yhtäläisyyksiä. Ensinnäkin voidaan nostaa esille se tosiasia, että molemmissa tapauksissa erilaisen kohtelun perusteena oli henkilöiden sukupuoli; *Defrennessä* palkkauksen perusteena ja tutkimuksessa mainosten näkyvyyden perusteena. Molemmissa tapauksissa vertailukohteena on toista sukupuolta edustavat, joiden toiminta on suoraan verrattavissa epäedulliseen asemaan joutuvan toimintaa. *Defrennessä* kantaja oli tehnyt samaa työtä kuin hänen miespuoliset työkaverinsa. Yliopiston tutkimuksessa molemmat ryhmät olivat vierailleet samoilla nettisivuilla ja heidän verkkokäyttötymisensä oli muutenkin ollut samanlaista, kuitenkin tietty uravalmennussivun mainos oli näkynyt naisryhmälle huomattavasti harvemmin kuin miesryhmälle. Naisryhmälle ei näin ollen tarjottu samanlaista mahdollisuutta kehittää osaamistaan ja tavoitella parempaa palkkaa kuin vertailukohteena toimivalla miesryhmällä, ja joutuivat näin ollen epäedulliseen asemaan. Tutkimuksen lopputulos on suoraan verrattavissa kantajan tilanteeseen *Defrennessä*, kantaja asetettiin epäedullisempaan asemaan huonomman palkkauksen takia.

Rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin pohjalta saadaan myös osviitta yhdenvertaisen kohtelun ilmenemisestä sekä siitä, miten sitä on tulkittu oikeuskäytännössä. Tavaroiden ja palveluita koskevalla tasa-arvodirektiivillä on haluttu turvata, rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin tavoin, että yhdenvertainen kohtelu toteutuu myös sukupuoleen katsomatta. Rotuja koskevaan tasa-arvodirektiivin on viitattu tavaroiden ja palveluita koskevan tasa-arvodirektiivin johdantolausekkeissa, joten näin ollen on syytä olettaa, että rotuja koskevaa tasa-arvodirektiiviä on ainakin joissain määrin käytetty tavaroiden ja palveluita koskevan tasa-arvodirektiivin pohjana. Yhdenvertaisen kohtelun määritelmä on sama molemmissa direktiiveissä. Rotuja koskevaa tasa-arvodirektiiviä ja sen soveltamista on käyty läpi aiemmin luvussa. Koska yhdenvertaisen kohtelun

²²² Asia 43/75, *Defrenne v. Sabena.*, kohdat 21 ja 22.

määritelmä on sama molemmissa direktiiveissä ja molempia direktiivejä voidaan soveltaa tavaroiden ja palveluiden alalla, on perusteltua olettaa, että yhdenvertaista kohtelua tulkitaan samalla tavalla myös tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvo direktiivin soveltamisalaan kuuluvissa tapauksissa. Direktiivien erona on ainoastaan syrjintäperuste.

Ottaen huomioon, miten yhdenvertaista kohtelua on määritelty rotuja koskevassa tasa-arvodirektiivissä sekä tasa-arvodirektiivissä, ja miten tuomioistuimet ovat tulkinneet sitä oikeuskäytännössä, on syytä pitää todennäköisenä, että yhdenvertaista kohtelua tulkitaan tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvodirektiivin pohjalta samalla tavalla. Näin ollen, rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin tavoin, on perusteltua todeta, että kyseistä direktiiviä on mahdollista soveltaa digitaalisten alustoiden harjoittamaan profilointiin, niissä tapauksissa, joissa epäedullisen kohtelun perusteena on kuluttajan sukupuoli. Varsinkin Carnegie Mellonin kaltaisissa tapauksissa, joissa sukupuolille tarjotaan erilaiset edellytykset pärjätä, täyttävät kaikilta osilta direktiivin soveltamisedellytykset.

4.2 EU:n perusoikeuskirja ja profilointi

EU:n perusoikeuksia suojellaan edellä käsiteltyjen direktiivien lisäksi myös EU:n perusoikeuskirjan toimesta. Perusoikeuskirja julkaistiin jo joulukuussa vuonna 2000. Sitova siitä tuli kuitenkin vasta Lissabonin sopimuksen voimaantulon myötä 1.12.2009. Lissabonin sopimuksen myötä Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (jäljempänä SEU) 6 artiklan 1 kohtaan otettiin maininta siitä, että perusoikeuskirjalla on samanlainen oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla. Perustamissopimus ja Euroopan ihmisoikeussopimus ovat pitkälti toimineet perusoikeuskirjan artikloiden perustana, ja nämä tulee ottaa huomioon sovellettaessa perusoikeuskirjan artikloita.²²³ Perusoikeuskirjan 51 artiklassa mainitaan, että perusoikeuskirjan määräykset koskevat lähtökohtaisesti unionin alaisia toimielimiä ja laitoksia, mutta myös jäsenvaltioita, niissä tapauksissa, joissa ne soveltavat unionin oikeutta. Perusoikeuskirjan johdannossa on mainittu, että perusoikeuskirjalla pyritään muun muassa varmistamaan tavaroiden ja palveluiden vapaa liikkuvuus, ja että perusoikeuksien suoja tulisi vahvistaa yhteiskunnan muutoksen, sosiaalisen edistyksen sekä tieteen ja tekniikan kehityksen mukaisesti. Digitaalisten alustoiden kasvua ja lisääntymistä voidaan pitää sellaisena yhteiskunnan muutoksena ja tekniikan kehityksenä, jotka ovat lisänneet ainakin tiettyjen perusoikeuksien suojan tarvetta. Ensimmäisenä mieleen tulee

²²³ EU:n perusoikeuskirjan selitykset, EUVL C 303, 14.12.2007, s. 17 – 35.

henkilötietojen suoja, mikä liittyy tiukasti profilointiin ja datan keräämiseen. Heti perässä on tutkielmassa jo direktiivien pohjalta käsitellyt perusoikeudet, nimittäin syrjimättömyyden ja tasa-arvon periaatteet. Profilointia ja sen vaikutuksia on näin ollen tarkoituksenmukaista arvioida vastaavilta osin perusoikeuskirjassa mainittujen artikloiden valossa.

Tutkielman tematiikan kannalta keskeisimmät artikkelit ovat 8, 21 ja 23 artikla. Perusoikeuskirjan 21 ja 23 artikkelit koskevat syrjintäkieltoa sekä naisten ja miesten välistä tasa-arvoa, ja vastaavat näin ollen sisällöltään sekä rotuja koskevaa tasa-arvodirektiiviä että tavaroita ja palveluita koskevaa tasa-arvo direktiiviä. Profiloinnin kannalta voidaan esiin nostaa myös 8 artikla, joka koskee henkilötietojen suojaa, ja on näin läheisessä yhteydessä GDPR:ään ja Bundeskartellamtin Facebook-ratkaisuun. Perusoikeuskirjan 21 artikla kieltää kaikenlaisen syrjinnän, joka perustuu:

”sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen tai muuhun sellaiseen seikkaan”.²²⁴

Kuten määritelmästä voi huomata, on se huomattavasti kattavampi kuin EU:n syrjimättömyys- ja tasa-arvodirektiiveissä toimivat syrjintäperusteet. Rotuja koskevassa tasa-arvodirektiivissä ei esimerkiksi puututa syrjintään, joka perustuu ihonväriin. Profiloinnin kannalta ihonvärillä ei kuitenkaan ole suurempaa merkitystä, sillä yksin henkilötiedoista ei välttämättä saa selville käyttäjän ihonväriä. Algoritmien kehittyessä on toki mahdollista, että alustat voivat analysoida käyttäjien profiilikuvia ja käyttää kuvasta analysoituja tietoja osana profilointia. Muut käyttäjät voivat kuitenkin käyttää alustoissa esiintyviä profiilikuvia syrjinnän perusteena. Näin on tapahtunut esimerkiksi majoituspalveluita tarjoavan Airbnb:n sivuilla, joissa ihonväri on vaikuttanut siihen, kuinka helposti on saanut vuokrattua majoituspaikan ja mihin hintaan.²²⁵ Alusta on periaatteessa mahdollistanut sen, että palvelun muut käyttäjät voivat profiilikuvien perusteella päättää kenelle majoituspaikan haluaa vuokrata, mikä on omalla tavallaan profilointia, jonka perusteella palvelu tarjotaan tai jätetään tarjoamatta. Se onkin sitten kysymys erikseen, miten alustoiden vastuuta tulisi arvioida tällaisissa tilanteissa, joissa se mahdollistaa käyttäjien syrjinnän, mutta ei itse harjoita syrjintää.

²²⁴ EUVL C 326, 26.10.2012, s. 400.

²²⁵ *Edelman – Luca – Svirsky* 2017, s. 1–22. Artikkelin perustuu kirjoittajien teettämään tutkimukseen Airbnb:ssä tapahtuvasta syrjinnästä.

23 artikla sääntelee naisten ja miesten välistä tasa-arvoa. Artiklan mukaan naisten ja miesten tasa-arvo tulee varmistaa kaikilla aloilla. Artiklaa on näin ollen lähtökohtaisesti mahdollista soveltaa myös tavaroiden ja palveluiden tarjonnan alalla. Perusoikeuskirjassa kaikki syrjintäperusteet on mainittu 21 artiklassa, joten 23 artiklan voidaan katsoa täydentävän syrjintäperusteita, ja nimenomaisesti painottavan naisten ja miesten yhdenvertaisen kohtelun merkitystä unionin sisällä. Lähtökohtaisesti on tärkeää tarjota samat edellytykset kaikille kuluttajille, mutta on myös tilanteita, joissa ei ole tarkoituksenmukaista tarjota esimerkiksi samoja tuotteita molemmille sukupuolille, ja tämä on myös huomioitu 23 artiklassa, johon on otettu maininta siitä, ettei tasa-arvon periaate tule estää sellaisia toimenpiteitä, jotka tarjoavat erityisetuja aliedustetulle sukupuolelle. Tämä liittyy myös profilointiin. Tutkielman tarkoituksena ei ole ollut vedota siihen, että kaikille tulisi tarjota sellaisia tuotteita tai palveluita, jotka ovat lähtökohtaisesti tarkoitettuja ainoastaan toiselle sukupuolelle. Tarkoituksena on ollut keskittää huomio sellaiseen profilointiin, joka vaikuttaa kuluttajien yhteiskunnallisiin edellytyksiin ja mahdollisuuksiin, sekä heikentää kuluttajien mahdollisuuksia nauttia yhtäläisistä mahdollisuuksista.

Profiloinnin ehkä keskeisin elementti on algoritmipohjainen henkilötietojen kerääminen ja niiden analysoiminen käyttökelpoiseen muotoon. Datan keräämisen valtavan merkityksen takia koen, Bundeskartellamtin tavoin, että on tarkoituksenmukaista huomioida henkilötietojen suoja, kun arvioidaan profiloinnin vaikutusta kuluttajiin. Henkilötietojen suoja on yksi perusoikeuskirjassa mainituista perusoikeuksista. Perusoikeuskirjan 8 artiklan 1 kohtaan on otettu maininta, että kaikilla on oikeus henkilötietojensa suojaan. Toinen kohta sääntelee millaista henkilötietojen käsittely tulisi olla: ”käsittelyn on oltava asianmukaista ja sen on tapahduttava tiettyä tarkoitusta varten ja asianomaisen henkilön suostumuksella tai muun laissa säädetyn oikeuttavan perusteen nojalla.”²²⁶ Artiklan sanamuodon mukaan henkilötietoja voidaan *käsitellä*, mutta ainoastaan *tiettyä* tarkoitusta varten ja asianomaisen henkilön *suostumuksella* tai laissa säädetyn perusteen nojalla. Huomion arvoista on kuitenkin se, ettei artiklassa puhuta tietojen keräämisestä, eikä siinä ole määritelty, mitä henkilötiedoilla tarkoitetaan.²²⁷

Alustat ja verkkosivut ovat enenevässä määrin alkaneet pyytää käyttäjien suostumusta tietojen keräämisen, esimerkiksi ilmoittamalla siitä, että verkkosivu kerää evästeitä. Suurin osa kuitenkin vain painaa hyväksy ilman, että tietää mihin itseasiassa on suostunut. Tietyillä sivuilla on jopa pakko hyväksyä evästeiden käytön, jotta sivu toimisi kunnolla. Kuluttaja antaa näin ollen

²²⁶ EUVL C 326, 26.10.2012, 8 artikla 2 kohta.

²²⁷ GDPR tarjoaa datan käsittelyyn ja henkilötietoihin liittyviä määritelmiä, joita voi käyttää tukena käsitteiden avaamiseen.

periaatteessa suostumuksensa tietojen keräämiseen, lähtökohtaisesti kuitenkin tietämättä mitä tietoja kerätään tai mihin tarkoitukseen. Tällainen suostuminen ei kuitenkaan ole riittävä, mikäli Bundeskartellamtin ratkaisuun on luottaminen. Näin ollen on asiallista nostaa esille henkilötietojen suoja, kun puhutaan datan keruusta ja kuluttajien profiloinnista.

4.2.1 Perusoikeudet oikeuskäytännössä ja niiden merkitys profiloinnin arvioinnissa

Useimmat tapaukset, joissa on viitattu perusoikeuskirjaan, ovat kansallisten tuomioistuinten käsialaa. Myös unionin tuomioistuin on muutamassa tapauksessa viitannut perusoikeuskirjassa mainittuihin perusoikeuksiin. Ratkaisussa *Scarlet Extended*²²⁸ EUT viittasi perusoikeuskirjan 8 artiklaan. Tapauksessa oli kyse siitä, että tekijänoikeusjärjestö SABAM katsoi, että internet-palveluntarjoaja Scarletin palveluja käyttävät lataavat internetistä teoksia ilman oikeudenhaltijoiden lupaa sekä maksamatta tekijänoikeuskorvauksia. SABAM vaati, että Scarlet ryhtyy toimiin näiden tekijänoikeusloukkausten lopettamiseski, joko estämällä tai tekemällä mahdottomaksi lähettää tai vastaanottaa tekijänoikeuksia loukkaavia tiedostoja. Scarlet puolestaan katsoi, että tällainen suodatusjärjestelmä rikkoo unionin oikeutta, erityisesti henkilötietojen suojaa ja viestintäsalaisuutta. Unionin tuomioistuin on ratkaisussaan ottanut kantaa siihen, ovatko edellä mainitut velvoitteet unionin oikeuden mukaisia.

EUT katsoi, että ehdotettu suodatusjärjestelmä olisi omiaan loukkaamaan Scarletin asiakkaiden perusoikeuksia, mukaan lukien 8 artiklan henkilötietojen suoja.²²⁹ Tuomiosituin mainitsi ratkaisussaan, että käyttäjien IP-osoitteet kuuluvat suojattuihin henkilötietoihin, koska niiden avulla on mahdollista täsmällisesti tunnistaa käyttäjät.²³⁰ Ehdotetun suodatusjärjestelmän käyttöönotto merkitsisi lähetetyn ja vastaanotetun sisällön järjestelmällistä analysointia sekä käyttäjien IP-osoitteiden keräämistä ja lopuksi niiden yksilöimistä. EUT katsoikin, ettei ehdotettu suodatusjärjestelmä ole tasapainossa unionin perusoikeuksien kanssa. Riittämätön henkilötietojen suoja on näin ollen ollut omiaan vaikuttamaan tuomioistuimen ratkaisuun.

Henkilötietojen suojan liittyen on kiinnitettävä katseet hetkeksi osiossa 3.3 esiteltyyn Bundeskartellamtin Facebook-ratkaisuun. Ratkaisussa oli painotettu vahvasti käyttäjien suostumuksen merkitystä datan keräämisessä, ja viitattu GDPR:än artikloihin. Ratkaisussa ei ole suoraan

²²⁸ Asia C-70/10, *Scarlet Extended SA v. SABAM*.

²²⁹ *Ibid.*, kohta 50.

²³⁰ *Ibid.*, kohta 51.

viitattu perusoikeuskirjaan, mutta siinä on kuitenkin mainittu, että henkilötietojen koskeva itsemääräämisoikeus on perusoikeus, jota tulee suojata.²³¹ Perusoikeuskirja ja henkilötietojen suojaa koskeva 8 artikla on mainittu jo GDPR:än ensimmäisessä johdantolausekkeissa, ja toisessa painotetaan perusoikeuksien huomioon ottamista, erityisesti oikeutta henkilötietojen suojaan. Näiden tapausten perusteella on turvallista todeta, että henkilötietojen suojalla on suuri merkitys unionin oikeudessa, ja kehitys viittaa siihen suuntaan, että sen merkitys kasvanee entisestään, ottaen huomioon sen läheinen yhteys teknologian kehitykseen.²³² Teknologian kehitys, etenkin internet ja digitaalisten alustoiden kasvu ja esiin marssi, on huomattavasti vaikuttanut henkilötietojen saamiseen ja jakamiseen, niin luvalliseen kuin luvattomaan. Esille saadaan niin uutta kuin vanhaakin tietoa, jota voidaan käyttää osana käyttäjäprofiilin muodostamista ja profilointia. Algoritmit mahdollistavat sen, että profiloinnin perusteena on näin ollen mahdollista käyttää kaikkia niitä tietoja, joita henkilöstä on internetistä löydettävissä.

EUT:ltä on tullut mielenkiintoinen ratkaisu *Google Spain*²³³, joka liittyy nimenomaan tietojen saatavuuteen ja henkilön tunnistettavuuteen. Tapauksessa oli lyhyesti kyse siitä, että eräs henkilö oli Googlen hakukoneen avulla löytänyt vanhan lehtiartikkelin, jossa hänet mainittiin nimellä, ja tämän seurauksena hän nostikin kanteen kansallisessa tuomioistuimessa sekä sanomalehden julkaisijaa että Googlea vastaan, jossa hän vaati, että hänen henkilötietojaan ei enää näkyisi lehden sivuilla tai hakukoneessa. Tapaus tuli lopulta EUT:n ratkaistavaksi, ja se tuli siihen lopputulokseen, että hakukoneen ylläpitäjä voidaan velvoittaa poistamaan nimen perusteella tehdyn haun hakutuloksista sellaiset sivullisten internetsivut, joissa on henkilöä koskevaa tietoa, ja että rekisteröity, eli yksityinen henkilö voi perusoikeuskirjan 7 ja 8 artiklan nojalla vaatia, ettei tällaisia henkilötietoja aseteta hakutulosten muodossa suuren yleisön saataville.²³⁴ Voidaan todeta, että henkilötietojen suojan tarve on kasvanut merkittävästi. Profilointiin tullaan tuskin puuttumaan samalla tavalla, ottaen huomioon käytettävissä olevan datan määrä. Tapaus osoittaa kuitenkin siihen suuntaan, että jotakin yksittäistä henkilötietoa, jota voidaan käyttää henkilön profilointiin ja yksilöimiseen, olisi periaatteessa mahdollista vaatia poistettavaksi, ainakin siltä osin kuin muilla on pääsy sellaiseen tietoon. Bundeskartellamtin Facebook-ratkaisun ja *Google Spainin* perusteella on ainakin vahvistettu, että henkilötietojen suoja on kenties se perusoikeus, joka on ja tulee jatkossakin olemaan keskeisessä osassa, kun arvioidaan digitaalisten alustoiden vastuuta ja velvollisuuksia käyttäjiä kohtaan, etenkin tietojen keräämisen ja

²³¹ Case summary: B6-22/16, Facebook, s. 8.

²³² *González Fuster* 2014, s. 264.

²³³ *Asía C-131/12, Google Spain SL ja Google Inc. v. AEPD ja Mario Costeja González.*

²³⁴ *Ibid.*, kohdat 88 ja 99.

käsittelymisen yhteydessä. Edellä mainitut perusteet huomioon otettuna, on henkilötietojen suojaan vetoaminen yksi varteenotettava keino myös profiloinnissa.

Perusoikeuskirjan 21 artiklaan on viitattu tapauksessa *IBV v. Région wallonne*²³⁵. IBV, joka harjoittaa sahaustoimintaa, haki toiminnalleen ylimääräisiä vihreitä sertifikaatteja. IBV:ltä evättiin hakemus sillä perusteella, ettei sertifikaattien saamisen edellytykset täyttyneet, koska se hyödynsi yhteistuotannossaan puuta, ja eikä näin ollen sovelta toiminnassaan innovatiivista menetelmää tai noudata kestävä kehityksen periaatteita. Yhteistuotantolaitokset, jotka hyödyntävät muista jätteistä peräisin olevaa biomassaa, täyttävät myöntämisen edellytykset, ja kuuluvat näin ollen tukijärjestelmän piiriin. Unionin tuomioistuin on ratkaisussaan ottanut kantaa muun muassa siihen, onko yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäytäkiellon periaatteet sovellettavissa tällaiseen yhteistuotantolaitosten tukijärjestelmään, jonka ulkopuolelle jää sellaiset laitokset, jotka hyödyntävät puusta peräisin olevaa biomassaa.

Ratkaisussa on vahvistettu tietyt 21 artiklan soveltumisedellytykset, joiden perusteella voidaan arvioida artiklan soveltuvuutta myös muihin tilanteisiin, kuten profilointiin. EUT on ensinnäkin vahvistanut sen, että perusoikeuskirjan periaatteet, mukaan lukien yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäytäkiellon periaatteet, koskevat myös unionin jäsenmaita, kun ne soveltavat unionin oikeutta.²³⁶ Profiloinnin kannalta on tärkeää, kuten osiossa 4.1.2 on todettu, että erilaiselle kohtelulle on jokin vertailukohde, samaa pätee myös perusoikeuskirjan yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäytäkiellon periaatteisiin. Toiseksi, ratkaisussa on vahvistettu, että toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavalla, ja että tilanteita tarkastellessa tulee ottaa huomioon kaikki tilanteille ominaiset seikat.²³⁷ Tällä tavalla voidaan olla varmoja siitä, että tilanteet todellisudessa ovat rinnastettavissa toisiinsa. Tämä tarkoittaa sitä, että tilanteita arvioitaessa on myös otettava huomioon alan ominaispiirteet ja tavoitteet, joihin toiminta kuuluu. Tapauksessa tultiin siihen lopputulokseen, ettei yhteistuotannossa käytettävät biomassan eri luokat ole rinnastettavissa tilanteessa toisiinsa, osittain niiden ominaispiirteidensä takia.²³⁸ Yhdenvertaisen kohtelun ja syrjäytäkiellon periaatteet eivät näin ollen estä jäsenvaltioita käyttämästä kyseistä tukijärjestelmää tapauksessa mainittuihin yhteistuotantolaitoksiin.

Tapaus antaa osviittaa siitä, miten unionin tuomioistuin on tulkinnut perusoikeuskirjassa mainittuja perusoikeuksia. Edellä mainittujen perusoikeuksien soveltaminen muistuttaa pitkälti

²³⁵ Asia C-195/12, *Industrie du bois de Vielsalm & Cie (IBV) SA v. Région wallonne*.

²³⁶ *Ibid.*, kohta 48.

²³⁷ *Ibid.*, kohdat 50 ja 51.

²³⁸ *Ibid.*, kohta, 80.

aiemmin luvussa käsiteltyjen direktiivien soveltamista, mikä ei sinänsä yllätä, ottaen huomioon sen, että direktiivit ja perusoikeuskirjan perusoikeudet juurtavat juurensa samoista EU:n periaatteista ja tavoitteista. Tällä on pyritty varmistamaan säännösten mahdollisen yhtenäisen tulkinta riippumatta jäsenvaltiosta tai tuomioistuimesta. Säännösten samanlaisuus puoltaa sitä, että ratkaisussa vahvistetut perusoikeuskirjan 21 artiklan soveltamisedellytykset ovat sovellettavissa myös profiloinnista johtuvaan erilaiseen kohteluun. Artiklan suhteellisen avoin sanamuoto antaa lisäksi tuomioistuimille artiklan osalta laajan soveltamisalan, eroten direktiiveistä, jotka ovat nimenomaisesti räätälöityjä tiettyä tarkoitusta tai tavoitetta varten. On muutenkin tarkoituksenmukaista, että perusoikeuksiin on mahdollista vedota laajasti, riippumatta sen enempää tietyin tapauksen muista olosuhteista. Avoin sanamuoto mahdollistaa myös säännösten soveltamisen uusille, nopeasti kehittyville aloille, kuten digitaalisiin alustoihin ja profilointiin.

Edellä käsitelty tapaus on hyvä esimerkki siitä, millaisissa tapauksissa voidaan vedota perusoikeuksiin ja mihin silloin tulee kiinnittää huomiota. Osiossa 4.1 ja sen alaosissa on syrjimättömyys- ja tasa-arvodirektiivien yhteydessä käyty suhteellisen tarkasti läpi syrjinnän ja yhdenvertaisen kohtelun ilmeneminen oikeuskäytännössä, ja heijastettu niitä profilointiin, joten tässä kohtaa ei ole tarkoituksenmukaista tehdä samanlaista analyysiä, vaan ainoastaan korostaa niitä seikkoja, joihin voidaan kiinnittää huomiota artiklan mahdollisen soveltamisen kannalta. Profiloinnin peruselementteihin kuuluva tuotteiden ja palveluiden yksilöiminen johtaa kuluttajien erilaiseen kohteluun, ratkaisussa on nimenomaisesti vahvistettu miten perusoikeuskirjan 21 artiklaa tulisi soveltaa tapauksiin, joissa vedotaan erilaiseen kohteluun. Artiklan soveltaminen vaatii rinnastettavissa olevan tilanteen, joka profiloinnin kontekstissa tarkoittaa vertailukohteen löytämistä, eli kahden tai useamman, syrjintäperusteelta eroavan kuluttajaryhmän vertailua. Artiklassa on mainittu monta syrjintäperustetta, kuten sukupuoli tai rotu. Tutkielmassa on käsitelty profilointitapauksia, joissa erilaisen kohtelun perusteena on juurikin ollut sukupuoli tai rotu.

Jos ratkaisun ja artiklan sanamuodon perusteella voidaan vetää joitakin johtopäätöksiä, on se, että digitaalisten alustoiden harjoittamaan kuluttajaprofilointiin on mahdollista soveltaa perusoikeuskirjan 21 artiklaa. Profiloinnissa ilmenee sekä verrattavissa oleva tilanne että artiklassa mainittuja syrjintäperusteita, jotka kuuluvat 21 artiklan soveltamisedellytyksiin. Artiklan syrjintäperusteista voidaan vielä nostaa esille profiloinnin kannalta mielenkiintoinen peruste, nimittäin ”muu sellainen seikka”. EUT:n oikeuskäytännöstä taikka itse perusoikeuskirjasta ei löydy esimerkkiä siitä mitä perusteen alle kuuluu, mutta jos jotain osviittaa haluaa siitä, mikä muu seikka mahdollisesti voisi olla, löytyy EIT:n (Euroopan ihmisoikeustuomioistuin)

oikeuskäytännöstä tapaus, jossa syrjintäperusteena toimivana ”muuna asemana” on pidetty henkilön asuinpaikkaa.²³⁹ Mikäli asuinpaikka lukeutuu myös 21 artiklan ”muuhun seikkaan”, olisi se merkittävä asia digitaalisten alustoiden ja profiloinnin kannalta, ottaen huomioon sen, miten paljon alustat hyödyntävät käyttäjien paikannustietoja profiloinnissaan.

4.3 Kilpailuoikeuden ja perusoikeuksien keskinäinen suhde

Profilointi on mielenkiintoinen ja haastava toiminta arvioitavaksi. Kuten tutkielmastakin huomaa, liittyy profilointiin monta erilaista elementtiä, joita tulee ottaa huomioon arvioitaessa profilointia. Tutkielmassa on tuotu esille se, että profiloinnissa on sekä kilpailuoikeudellisia elementtejä SEUT 102(c) artiklan hintasyrjinnän muodossa, että perusoikeudellisia elementtejä, syrjintädirektiivien ja EU:n perusoikeuskirjan pohjalta. Yksi mielenkiintoinen kysymyksenasettelu liittyykin näiden kahden mahdolliseen yhteensovittamiseen. Voidaan pohtia, onko tiettyyn tapaukseen mahdollista soveltaa sekä kilpailuoikeuden sääntöjä että unionin perusoikeuksia? Etenkin profiloinnin kaltaisessa toiminnassa, jossa huomiota voidaan kiinnittää yhtäältä alustaan ja siihen, miten se toimii markkinoilla, sekä toisaalta toiminnan kohteena olevien kuluttajien oikeuksiin, on keskeistä tasapainon löytäminen. Lisämausteen tuo se tosiasia, että molemmat säännökset ovat osa EU:n oikeutta ja omalta osaltaan sitovia. Joitakin vastauksia näiden keskeisestä suhteesta saadaan unionin oikeuskäytännöstä, itse perusoikeuskirjasta ja myös oikeuskirjallisuuden puolelta.

Ainakin komission kilpailutoimenpiteitä on arvioitu perusoikeuksien valossa, jolloin keskiössä on usein ollut perusoikeuskirjan 41 artikla, eli oikeus hyvään hallintoon.²⁴⁰ Tämä pätee myös kansallisia kilpailuviranomaisia, heidän soveltaessaan unionin oikeutta.²⁴¹ Perusoikeuskirjasta saadaan lisäksi osviittaa siitä, miten perusoikeuksien soveltaminen suhtautuu unionin muuhun lainsäädäntöön. Perusoikeuskirjan 53 artikla säättää, ettei perusoikeuskirjan määräyksiä saa tulkita niin, että ne loukkaisivat unionin oikeudessa tunnustettuja ihmisoikeuksia ja perusvapauksia. Tällä viitataan Euroopan ihmisoikeussopimukseen, ja siitä on myös otettu maininta SEU 6(3) artiklaan. Kyseisen artiklan mukaan ihmisoikeussopimuksessa taatut perusoikeudet ovat yleisinä periaatteina osa unionin oikeutta. Näiden perusteella on selvää, että perusoikeuskirjassa mainituilla perusoikeuksilla on nykyään merkittävä rooli unionin oikeudessa, ottaen lisäksi

²³⁹ Asia nro 42184/05, *Carson ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, EIT:n ratkaisu 16.3.2010, kohta 70.

²⁴⁰ *Smith* 2017, s. 345 – 346. Ks. esimerkiksi asia C-439/11 P, *Ziegler SA v. Euroopan komissio*.

²⁴¹ *Ibid.*, s. 355.

huomioon se tosiasia, että perusoikeuskirjassa mainitut perusoikeudet ovat pitkälti samat kuin ihmisoikeussopimuksessa mainitut.

Historiallisesti katsoen kilpailuoikeudella ja sisämarkkinavapauksilla on ollut suuri rooli EU-oikeudessa, ja onkin katsottu, että nämä ovat toimineet unionin oikeuden perustana.²⁴² Mutta Lissabonin sopimuksen voimaantulon ja samalla perusoikeuskirjan sitovuuden myötä, perusoikeuksille on annettu yhä enemmän painoarvoa, ja EU-oikeutta onkin alettu tulkitsemaan perusoikeusmyönteisestä näkökulmasta.²⁴³ Kilpailuoikeuden merkitys unionin oikeuden perustana on näin ollen pienentynyt, perusoikeuksien voimakkaan esiintulon myötä.²⁴⁴ Perusoikeuskirjan ja perusoikeuksien merkitystä kilpailuoikeuden täytäntöönpanossa on korostettu neuvoston asetuksen N:o 1/2003 johdantolausekkeissa, joissa on mainittu, että asetuksessa otetaan huomioon erityisesti perusoikeuskirjassa tunnustetut perusoikeudet ja periaatteet, ja että ne tulee myös ottaa huomioon sovellettaessa asetusta. Perusoikeuksien vahvistunut asema kilpailuoikeuteen nähden ilmenee niin ikään unionin oikeuskäytännöstä.

EUT:ltä on tullut ratkaisu *Huawei Technologies*²⁴⁵, jossa on punnittu sekä kilpailuoikeuden että perusoikeuksien huomioon ottamista. Tapauksessa oli kyse patenttiloukkausta koskevasta riidasta, jossa Huawei oli nostanut patenttiloukkauksen ZTE:tä vastaan. Huawei vaati kanteessaan muun muassa tuotteiden vetämistä pois markkinoilta. EUT on ratkaisussaan joutunut punnitsemaan vapaan kilpailun säilyttämisen sekä tiettyjen oikeudenhaltijalle kuuluvien oikeuksien välillä.²⁴⁶ Kilpailuoikeuden osalta keskiössä on ollut SEUT 102 artiklassa kielletty määräävä markkina-aseman väärinkäyttö, ja oikeudenhaltijan oikeuksien osalta perusoikeuskirjan 17 artiklan 2 kohdan teollis- ja tekijänoikeuksien sekä 47 artiklan mukaisen oikeussuojan turvaaminen. Tuomioistuimen ratkaistavana oli se, onko tällaisen kanteen nostaminen määräävän markkina-asemana väärinkäyttöä vaiko oikeudenhaltijalle kuuluvien yksinoikeuksien käyttäminen. EUT tuli tapauksessa siihen ratkaisuun, ettei oikeudenhaltijalle kuuluvien yksinoikeuksien käyttäminen, teollis- ja tekijänoikeuksiin perustuvan kieltokanteen nostamisen muodossa, ole määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Perusoikeuksien suojaaminen painoi näin ollen enemmän kuin vapaan kilpailun säilyttäminen kilpailuoikeudellisten sääntöjen pohjalta.

²⁴² Ojanen 2009, s. 1112 ja 1121.

²⁴³ Kujala 2012, s. 146.

²⁴⁴ Ojanen 2009, s. 1123. Euroopan unionin tuomioistuinta on ennen pidetty ns. markkinatuomioistuimena, mutta nykyään se muistuttaa enenevältä määrin perustuslakituomioistuinta, Ojanen, Perustuslakiblogi, 28.10.2016

²⁴⁵ Asia C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp. ja ZTE Deutschland GmbH*.

²⁴⁶ Ibid., kohta 42.

Ratkaisu antaa hieman kontekstia perusoikeuksien ja kilpailuoikeuden keskinäisestä suhteesta, jota voidaan peilata profilointiin. Profiloinnissa voidaan, tapauksen tavoin, kiinnittää huomiota markkinoiden toimivuuteen ja toimivan kilpailun turvaamiseen, tällöin keskiössä on digitaaliset alustat ja se, millä tavalla profilointia harjoitetaan, ja miten se vaikuttaa digitaalisiin markkinoihin. Huomiota voidaan toisaalta kiinnittää profiloinnin kohteena olevien kuluttajien oikeuksien turvaamiseen, jolloin keskiössä on se, mihin tietoon profilointi perustuu ja millä tavalla se vaikuttaa kuluttajiin. Profiloinnista voidaan näin ollen ammentaa yhtäältä tilanteita, joissa kilpailuoikeus ja perusoikeudet ovat ristiriidassa keskenään, ja toisaalta tilanteet voivat myös olla sellaisia, joissa molempien soveltamisella pyritään ehkäisemään markkinoita vääristävää toimintaa.

Aiemmin mainittujen lähteiden perusteella saadaan joitakin vastauksia tällaisten ristiriitatilanteiden selvittämiseen. EUT:n ratkaisun ja perusoikeuskirjan 53 artiklan perusteella voidaan vetää sellaiset johtopäätökset, että lähtökohtaisesti perusoikeuksille tulee antaa etusija, mikäli ristiriitoja esiintyy unionin muiden sääntöjen kanssa. Artiklan mukaan perusoikeuskirjan perusoikeuksia tulee noudattaa niin, ettei ihmisoikeussopimuksessa mainittuja ihmisoikeuksia ja perusvapauksia rikota, ja koska perusoikeuskirja perustuu pitkälti ihmisoikeussopimukseen, voidaan vetää se johtopäätös, että perusoikeuksille pyritään lähtökohtaisesti antaman etusija. Tukea tähän johtopäätökseen saadaan myös oikeuskirjallisuudesta, jossa on varsinkin Lissabonin sopimuksen voimaantulon jälkeen painotettu yhä enemmän perusoikeuksien huomioon ottamista soveltaessa unionin oikeutta. Tämän näkökulman vahvistaa myös *Huawei Technologies*-ratkaisu. Ratkaisusta käy ilmi kuitenkin myös se, että ristiriidassa olevien teemojen tai säännösten osalta on pyrittävä jonkinlaiseen tasapainoon.²⁴⁷ Tämä viittaa omalta osaltaan mahdollisten hyötyjen ja haittojen punnintaan. Yksi ratkaisu ei kuitenkaan anna ehdotonta vastusta siihen, miten unionin tuomioistuimien käsittelee tällaisia ristiriitatilanteita, mutta siitä saa kuitenkin osviittaa tuomioistuimen painottamista asioista.

Jos näitä johtopäätöksiä peilataan profiloinnissa syntyviin ristiriitatilanteisiin, tulee siis ensisijaisesti huomiota kiinnittää profiloinnin kohteena olevien kuluttajien oikeuksien turvaamiseen. Tutkielman teeman mukaisesti huomiota tulee näin ollen ensisijaisesti kiinnittää kuluttajien syrjimättömyyteen ja yhdenvertaiseen kohteluun, sekä henkilötietojen suojaan. Kilpailuoikeutta voidaan soveltaa siltä osin kuin näitä perusoikeuksia ei loukata. Tämän pohjalta voidaan

²⁴⁷ *Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp. ja ZTE Deutschland GmbH*, kohta 42.

myös todeta se, että niissä tilanteissa, joissa unionin kilpailusäännöt ja perusoikeudet eivät ole ristiriidassa keskenään, on periaatteessa mahdollista soveltaa sekä kilpailuoikeutta että perusoikeuksia.

4.4 Johtopäätöksiä ja pohdintaa

Luvussa on pyritty nostamaan esille vaihtoehtoisia sääntelykeinoja kilpailunormiston tueksi, tai mahdollisesti sen sijaan, ja pohdittu niiden mahdollista soveltumista profilointiin ja siitä johtuvaan kuluttajien erilaiseen kohteluun. Profilointia on ensinnäkin lähestytty EU:n syrjimättömyys- ja tasa-arvodirektiivien pohjalta, ja toiseksi EU:n perusoikeuskirjan periaatteiden pohjalta. Profiloinnissa on yhtäläisyyksiä sekä direktiivien soveltamisedellytysten kanssa, etenkin välittömän syrjinnän käsitteen ja syrjintäperusteiden osalta, että perusoikeuskirjassa turvattujen perusoikeuksien kanssa, joista keskiössä on ollut syrjintäkielto sekä miesten ja naisten yhdenvertainen kohtelu, ja henkilötietojen suoja. Kappaleen tarkoituksena on ollut arvioida profilointia yleisenä syrjintänä, joka eroaa SEUT 102(c) artiklan hintasyrjinnästä siinä määrin, ettei määritelmä vaadi kauppakumppanin olemassa oloa, ja on näin ollen ainakin lähtökohtaisesti parempi työkalu sääntelemään ja rajoittamaan kuluttajiin kohdistuvia toimenpiteitä. Bundeskartellamtin Facebook-tapauksen pohjalta on myös ollut tarkoituksenmukaista keskittyä henkilötietojen suojaan perusoikeudellisesta näkökulmasta.

Profiloinnissa ilmenee samanlaisia elementtejä rotuja koskevan tasa-arvodirektiivin kanssa, joita EUT on vahvistanut oikeuskäytännössään. Direktiivissä mainittuna syrjintäperiaatteena toimii henkilön etnisyys tai etninen alkuperä. Alustoiden keräämän datan perusteella on mahdollista määrittää käyttäjän etnisyys, kuten Facebookia koskevista tapauksista ilmenee. Pelkästään tämä tosiseikka toimii direktiivin soveltamista tukevana perusteena, ja jos tähän lisätään vielä se, että perustetta on käytetty asettamaan tietyt ryhmät epäedullisempaan asemaan, on direktiivin soveltamiselle tukeva pohja. Samaa voidaan todeta tavaroita ja palveluita koskevan tasa-arvodirektiivin osalta, niissä profilointitapauksissa, joissa perusteena on ollut henkilön sukupuoli, sillä alustat saavat etnisyyden tapaan yhtä lailla selville henkilön sukupuolen, kuten Carnegie Mellonin yliopiston tutkimuksesta käy ilmi. Edellä mainitun tapaisissa profilointitapauksissa olisi ainakin periaatteessa mahdollista soveltaa kyseisiä direktiivejä. Direktiiveissä ei mainita muita perusteita, joita on ilmennyt profiloinnissa, kuten asuin- tai olinpaikka taikka käytetty laite, joten tällaisten tai vastaavien perusteiden osalta direktiivien soveltaminen ei olisi mahdollista.

Direktiiveistä käy ilmi myös, että niitä voidaan soveltaa välittömään syrjintään, ja että tarvitaan jokin vertailukohde, johon syrjivää toimintaa voidaan verrata. Profiloinnista löytyy myös nämä elementit. Profilointi kohdistuu suoraan tiettyyn kuluttajaryhmään, jolloin vertailukohteena toimii toinen kuluttajaryhmä, joka on profiloinnin takia asetettu parempaan asemaan. Kaikki direktiivien soveltamisedellytykset löytyvät, ainakin lähtökohtaisesti profilointitapauksista, ja tukevat näin ollen direktiivien soveltamista.

Myös EU:n perusoikeuskirja sisältää profiloinnin näkökulmasta keskeisiä sääntöjä, perusoikeuksien muodossa, joita on syytä ottaa tarkempaan tarkasteluun profilointitapauksissa. Perusoikeuksien merkitys EUT:n toiminnasta on kasvanut merkittävästi Lissabonin sopimuksen voimaantulon myötä, jolloin perusoikeuskirjasta tuli sitova, ja näin ollen saman tasoinen EU:n perustamissopimusten kanssa. Perusoikeuskirjan syrjintää koskevassa artiklassa on mainittu direktiiveihin verrattuna huomattavasti enemmän syrjintäperusteita, ja siinä on myös mainittu syrjintäperusteena ”muu sellainen seikka”, joka antaa mahdollisuuden soveltaa artiklaa myös muihin perusteisiin. Euroopan ihmisoikeussopimus on pitkälti toiminut perusoikeuskirja mallina ja perusoikeuskirjan artikkelit vastaavatkin pitkälti ihmisoikeussopimuksessa löytyviä artikloja. EIT:n oikeuskäytännössä on muuksi syrjintäperusteeksi katsottu muun muassa henkilön olinpaikka. Perusoikeuskirjasta tarjoaa näin ollen laajemman kirjon syrjintäperiaatteita, joihin on periaatteessa mahdollista vedota profilointitapauksissa.

Myös henkilötietojen suoja voi tulla kyseeseen profilointitapauksissa sekä yleisestikin kilpailuoikeudellisissa tapauksissa, kuten Bundeskartellamin ratkaisusta käy ilmi. Profiloinnissa on vahvasti esillä periaatteessa kaikki henkilötietojen käsittelyyn liittyvät prosessit, keräämisestä ja allokoinnista analysoimiseen ja käyttämiseen, joten henkilötietojen suojaan vetoamien ei ole ollenkaan hullumpi idea, ja jos katsotaan *Google Spainia*, on EUT ainakin osittain samaa mieltä. Profiloinnin kannalta on huomion arvoista myös se, että henkilötietojen suoja nauttii perusoikeutena suhteellisen vahvaa asemaa, ja mikäli osapuolten intressit, kuten yksityisten ja yritysten tai yleisön välillä, ovat konfliktissa keskenään, on henkilötietojen suojalla lähtökohtaisesti enemmän painoarvoa, tämä kanta ilmenee *Google Spainista*, jossa EUT on todennut asiaan liittyen, että ”kyseiset oikeudet [perusoikeuskirjan 7 ja 8 artiklan mukaiset perusoikeudet] syrjäyttävät lähtökohtaisesti paitsi hakukoneen ylläpitäjän taloudellisen intressin myös suurella yleisöllä olevan intressin”.²⁴⁸ Henkilötietojen suojalla on toisin sanoen hyvinkin paljon

²⁴⁸ Asia C-131/12, *Google Spain SL ja Google Inc. v. AEPD ja Mario Costeja González*, kohta 99.

potentiaalia ja sen merkitys kasvaa tulevaisuudessa entisestään, varsinkin digitaalisilla sisämarkkinoilla. Perusoikeuskirjan artiklan tueksi on tullut GDPR, joka käsittelee henkilötietoja käsittelyä laajemmalti, ja siihen sisältyy myös asiaan liittyviä määritelmiä, kuten henkilötietojen määritelmä.

Perusoikeuskirjasta löytyy lisäksi maininta, ettei sen artikloita saa tulkita niin, että unionin perus- ja ihmisoikeuksia loukataan. Perusoikeuksia tulee noudattaa yleisestikin sovellettaessa unionin oikeutta, sillä ne katsotaan olevan osa unionin keskeisiä oikeusperiaatteita, mikä tarkoittaa omalta osaltaan sitä, että ne tulee ottaa huomioon myös kilpailuoikeudellisissa tapauksissa.²⁴⁹ Näin ollen, mikäli profiloititapauksiin aletaan soveltaa unionin kilpailunormistoa, tulee huomiota yhtä lailla kiinnittää myös perusoikeuksiin. Mahdollisissa ristiriitatilanteissa tulee perusoikeuksille antaa etusija, tämä kanta on myös vahvistettu ratkaisussa *Huawei Technologies*. Tällä voi tulevaisuudessa olla suurtakin merkitystä profiloinnin kaltaisissa tapauksissa, joissa on vahvoja sekä perusoikeudellisia että kilpailuoikeudellisia elementtejä.

Vaikkakin edellä mainittuja direktiivejä ja perusoikeuksia voisi luvussa esille tuoduin perustein ainakin periaatteessa soveltaa profilointiin ja siitä johtuvaan kuluttajien erilaiseen kohteluun, ei niiden perusteella voida tehdä mitään ehdottomia johtopäätöksiä. Kilpailuoikeuden tavoit, on niiden soveltamiselle omat haasteensa. Niiden soveltaminen vaatii aktiivisuutta kuluttajilta, jotka ovat joutuneet profiloinnin takia epäedulliseen asemaan. Tämä ei ole läheskään niin helppoa miltä se ehkä kuulostaa, sillä monet eivät tiedä, että ovat joutuneet profiloinnin kohteeksi taikka että heidän tietojensa ylipäätään kerätään tähän tarkoitukseen, ja vaikka he tietäisivätkin, eivät he välttämättä tiedä mitä tuotteita tai palveluita muille tarjotaan, ja mihin hintaan. Kanteen nostaminen asiassa ei näin ollen tule kysymykseen. Eri palkan saaminen samasta työstä on esimerkki tilanteesta, jossa syrjintä ilmenee paljon selvemmin, eikä vertailukohteenkaan löytäminen aiheuta mitään suurempia ongelmia. Mahdollisen vertailukohteen löytäminen profilointiin liittyen on käytännössä vaikeaa, ja jopa mahdotonta, varsinkin kun lähestytään täydellistä hintasyrjintää, jossa tuotteet ja palvelut ovat yksilöityjä.

Kaikki mahdollisuudet vedota perusoikeuksiin ja syrjimättömyysdirektiiveihin on olemassa, mutta toinen asia onkin sitten, miten unionin tuomioistuin arvioi profilointiä. Kuluttajien lisääntyvä tietämys tietojen keräämisestä ja käytöstä voi omalta osaltaan vaikuttaa siihen, miten unionin tuomiosituin, tulee tulevaisuudessa suhtautumaan profilointiin. Varsinkin jos

²⁴⁹ Wikberg 2011, s. 169.

profiloinnista alkaa ilmetä suurempaa haittaa kuluttajien hyvinvoinnille, minkä seurauksena erot kuluttajaryhmien välillä kasvavat, on todennäköistä, että profilointiin aletaan puuttumaan kovemalla kädellä, työkalut tähän on jo olemassa. Mikäli syrjintäperusteisiin vetoaminen, joko syrjimättömyys- ja tasa-arvodirektiivien tai perusoikeuskirjan perusteella, ei tule kyseen, tarjoaa henkilötietojen suoja koskevat säännökset, perusoikeuskirjan 8 artiklan johdolla, varteenotettavan lähestymistavan, ainakin profiloinnin perustana toimivaan tietojen käsittelyyn ja keräämiseen.

5. Lopuksi: yhteenvetoa ja loppupäätelmät

Kuluttajien profilointi on yleistynyt digitaalisten alustoiden kasvun ja kehityksen myötä. Alustoiden liiketoiminta, tai ainakin osa siitä, perustuu yhä enemmän kuluttajien verkko- ja kulkuskäyttäytymisen seuraamiseen. Alustat saavat sitä kautta kerättyä dataa kuluttajista, jota ne voivat hyödyntää tuotteiden ja palveluiden kohdistamisessa. Vaikkakin alustoiden tarjoamat tuotteet ja palvelut ovat näennäisesti ilmaisia, kuten sosiaalisen median palvelut, maksavat kuluttajat niistä yksityisyydellään. Alustoiden kehitys on mahdollistanut tehokkaamman datan keräämisen, jonka ansiosta kuluttajia voidaan profiloida tarkemmin, kuluttajien yksityisyyden kustannuksella. Käytettävissä olevan datan ansiosta kuluttajia voidaan jakaa ryhmiin tiettyjen ominaisuuksien perusteella, ja sen mukaan eriyttää ryhmille tarjottavia tuotteita tai palveluita. Profiloinnin yleistymisestä ja kuluttajiin kohdistuvista vaikutuksista huolimatta, ei profilointia ole arvioitu unionin tasolla. Mielestäni on perusteltua arvioida digitaalisten alustoiden harjoittamaa profilointia ja siihen perustuvaa kuluttajien erilaista kohtelua, ja pohtia mahdollisia sääntelykeinoja. Tutkielman pääpaino on ollut profiloinnin kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa, mutta siinä on myös pohdittu vaihtoehtoisia sääntelykeinoja, unionin yleisten syrjintäperiaatteiden ja perusoikeuksien pohjalta.

Unionin kilpailunormiston soveltaminen profilointiin on osoittautunut haastavaksi. Arvioinnin keskiössä on ollut kilpailuoikeudellinen hintasyrjintä, eli SEUT 102(c) artikla. Profilointiin perustuva erilainen kohtelu, jolla kuluttajia tai kuluttajaryhmiä asetetaan eri asemiin, muistuttaa pitkälti hintasyrjintää, erona kuitenkin se, että hintasyrjinnän määritelmässä käytetään termiä ”kauppakumppani”. Kuluttajia ei kuitenkaan ensi silmäyksellä voida pitää digitaalisten alustoiden kauppakumppaneina, vaikkakin alustoiden kautta tarjotaan tuotteita ja palveluita. Unionin kilpailupolitiikassa painotetaan kuitenkin kuluttajien hyvinvoinnin huomioon ottamista, aina kun kilpailuoikeutta sovelletaan. Tämä avaa pienen mahdollisuuden sille, että kilpailuoikeutta voisi mahdollisesti jossain määrin hyödyntää kuluttajiin kohdistuvan liiketoiminnan sääntelemisessä. Unionin tuomioistuimen *United Brands*-ratkaisussa on vahvistettu hintasyrjintään liittyviä tosiseikkoja. Ratkaisusta voidaan vetää analogioita profilointitapauksiin, kuten olinpaikka erilaisen kohtelun perusteena. Siitä ei kuitenkaan saa suoraan tukea sille, että unionin kilpailunormit soveltuisivat profiloinnin perusteella harjoitettuun kuluttajien erilaiseen kohteluun. Vaikkakin profilointiin perustuvalla kuluttajien erilaisella kohtelulla ja hintasyrjinnällä on suhteellisen paljon yhtäläisyyksiä, ei tällä hetkellä ole todennäköistä, että profilointiin ja kuluttajien erilaiseen kohteluun tullaan puuttumaan kilpailuoikeuden turvin.

Unionin yleiset syrjintäperiaatteet tarjoavat vaihtoehdoisen sääntelykeinon. Rotuja koskeva tasa-arvodirektiivi sekä tavaroita ja palveluita koskeva tasa-arvodirektiivi tarjoavat välittömän syrjinnän ja yhdenvertaisen kohtelun määritelmät, joiden pohjalta voidaan arvioida profilointia. Profiloinnissa voidaan käyttää henkilön rotua tai alkuperää sekä henkilön sukupuolta erilaisen kohtelun perusteena. Kyseisissä direktiiveissä on syrjintäperusteina mainittu juurikin rotu tai etninen alkuperä ja sukupuoli. Mikäli profiloinnin perustana ovat nämä perusteet, on periaatteessa mahdollista soveltaa kyseisiä direktiivejä profilointiin. Jos profiloinnin perustana on jokin muu peruste, ei direktiivien soveltaminen ole lähtökohtaisesti mahdollista. Tämä koskee muun muassa kuluttajien paikannustietoja, joita alustat käyttävät usein osana profilointia ja erilaisen kohtelun perusteena.

Unionin perusoikeuskirjan 21 ja 23 artiklat sääntelevät omalta osaltaan syrjimättömyyden- ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteita. Näiden perusoikeuksien määritelmä vastaa pitkälti direktiiveistä löytyviä määritelmiä. Ainoa ero on vain se, että perusoikeuskirja tarjoaa enemmän syrjintäperusteita, jotka aktualisoivat artikloiden soveltamisen. Syrjintäperusteena on mainittu myös ”muu seikka”. EUT:n oikeuskäytännöstä ei saa osviittaa siitä, mikä ”muu seikka” voisi olla, EIT:n oikeuskäytännöstä löytyy kuitenkin tapaus, jossa henkilön asuinpaikka on toiminut vastaavanlaisena seikkana. Tämä avaa mahdollisuuden sille, että henkilön paikannustietoja voisi pitää artikloiden mukaisena syrjintäperusteena. Perusoikeuskirjan perusoikeuksista tuli sitovia Lissabonin sopimuksen voimaantulon myötä, ja niiden asema onkin vahvistunut unionin oikeuskäytännössä. Unionin tuomioistuin on enenevässä määrin kiinnittänyt huomiota perusoikeuksiin, ja lisääntynyt niiden painotusta tapausten arvioinnissa. Perusoikeuksiin voidaan toisinaan vedota profilointiin liittyvissä tapauksissa. Oikeustapauksissa on usein monia oikeussääntöjä, joita on mahdollista soveltaa perusoikeuksien ohella. Unionin oikeuskäytännössä on *Huawei Technologies*-ratkaisun myötä vahvistettu, että niissä tapauksissa, joissa perusoikeudet ovat ristiriidassa muiden oikeussääntöjen kanssa, tulee perusoikeuksille antaa lähtökohtaisesti etusija.

Koska profilointia ei ole missään määrin arvioitu oikeuskäytännössä, ei voida varmuudella sanoa, miten profilointia tullaan unionin tasolla arvioimaan. Tutkielmassa on nostettu esille mahdollisia sääntelykeinoja. On mahdollista, ettei alustoiden harjoittamaan profilointiin ja kuluttajien erilaiseen kohteluun puututa. Yksi mahdollinen syy tähän on se, että profilointia on vaikea huomata, eikä suurin osa kuluttajista välttämättä edes tiedä, että heidän dataansa kerätään ja käytetään. Tämä vähentää omalta osalta kanteen nostamista, kun ei tiedä, että profiloidaan, ja vaikka tiedettäisiinkin, on lähes mahdotonta tietää mitä tuotteita ja palveluita muille tarjotaan.

Suurin ongelma on näin ollen läpinäkyvyyden puute. Mikäli datan kerääminen olisi selvempää ja kuluttajat olisivat tietoisia siitä, mitä dataa kerätään ja kenen toimesta, voisi profilointiin suhtautua eri tavalla. Datan kerääminen ja siihen liittyvät tietosuojasäännöt, voikin olla tulevaisuudessa se sääntelykeino, jolla voidaan säännellä myös profilointia. Saksan kilpailuviranomainen, Bundeskartellamt, on helmikuussa 2019 antamassaan Facebook-ratkaisussa katsonut, että GDPR:än tietosuojasääntöjen rikkominen määräävässä markkina-asemassa olevan toimesta, voi aktualisoida myös kilpailuoikeuden täytäntöönpanon. Perusoikeuskirjan 8 artikla koskee henkilötietojen suojaa, joten datan keräämiseen voidaan puuttua myös perusoikeudellisesta näkökulmasta.

Lopuksi voidaan todeta, että työkalut profiloinnin sääntelemiseen on jo olemassa, tulevaisuus näyttää tullaanko niitä käyttämään.