

VERTIKAALISET KILPAILUNRAJOITUKSET VERKKOKAUPASSA – SÄÄNTELY MURROKSESSA

1 Johdanto

Vertikaaliset kilpailunrajoitukset¹ ovat nousseet uudelleen ajankohtaiseen keskusteluun viimeisen kymmenen vuoden aikana tapahtuneen verkkokaupan² räjähdysmäisen kasvun seurauksena. Keskeinen vertikaalisia rajoituksia koskeva lainsäädäntö on laadittu maailmassa, jossa verkkokaupan kehitys oli vielä varhaista ja enenevässä määrin verkkoon siirtynyt kaupankäynti on lisännyt keskustelua siitä, onko voimassa oleva vertikaalisten rajoitusten arviointikehikko nykyisessä muodossaan riittävä ja soveltuva työkalu vertikaalisten rajoitusmuotojen arvioinnille. Vaikka erilaiset markkinailmiöt ovat lähtökohtaisesti samoja riippumatta siitä, tapahtuvatko ne digitaalisessa vai fyysisessä ympäristössä, on digitaalisuuteen perustuva liiketoiminta tuonut vertikaalisten rajoitusten arviointiin uusia piirteitä.

Kehityssuunta on myös asettanut haasteita yrityksille, joiden tulisi kyetä arvioimaan menettelytapojaan ja niiden vaikutuksia nopeasti muuttuvassa markkinaympäristössä itsenäisesti ilman tapauskohtaista viranomaisohjausta.

Vertikaalisia rajoituksia on perinteisesti arvioitu toimittaja–jakelija–ketjulle perustuvien fyysisten jakelujärjestelmien näkökulmasta.³ Verkkokaupan kasvun ja erityisesti alustatalouden esiin nousun myötä tämä tyypillinen jakeluketju ei enää näyttäydy yhtä yksinkertaisena tuotantoportaiden välisenä ketjuna. Yhä useampi toimittaja on ryhtynyt itse myymään tuotteitaan fyysisen ja verkossa toimivan ulkopuolisen jakeluverkostonsa rinnalla.⁴ Usein tällaisessa rinnakkaisjakelun järjestelmässä toimittaja kilpailee oman verkkokaupan avaamisen myötä jakelijoidensa kanssa samoista asiakkaista, jolloin toimittajan ja jakelijan alun perin vertikaal-

¹ Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101(1) artiklassa kielletään sisämarkkinoille soveltumattomina sopimukset, päätökset ja menettelytavat, joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua sisämarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy. EUVL C 202, 7.6.2016, s. 47–390.

² Verkkokaupalla tai verkkomyynnillä viitataan tässä artikkelissa internetin kautta tapahtuvaan tuotteiden tai palveluiden myyntiin.

³ Ks. esim. *Whish, Richard; Bailey, David: Competition Law*. 9. ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2018 (Whish; Bailey 2018), s. 630.

⁴ Ks. komission kertomus neuvostolle ja Euroopan parlamentille: verkkokauppaa koskevan toimialaselvityksen loppuraportti, COM(2017) 229 final, 10.5.2017 ("toimialaselvitys"), kohta 15.

linen suhde muuttuu myös horisontaaliseksi eli kilpailevien toimijoiden väliseksi.⁵

Verkkokauppa on siten tuonut mukanaan lukuisia kilpailuoikeudellisesti merkityksellisiä ilmiöitä, joita voitaisiin arvioida myös horisontaalisen yhteistyön tai määräävän markkina-aseman väärinkäytön näkökulmasta.⁶ Tässä artikkelissa keskitytään arvioimaan verkkokauppaa nimenomaisesti vertikaalisten rajoitusten näkökulmasta. Aihe on ajankohtainen, sillä Euroopan komissio (”komissio”) on parhaillaan arvioimassa vertikaalisten rajoitusten lainsäädäntökehikkoa ja mahdollisia muutostarpeita. Artikkelin keskeisenä tarkoituksena on tarkastella nykyisten sääntöjen soveltuvuutta tämän hetken liiketoimintamalleihin ja jakelujärjestelmiin sekä verkkokaupan kasvun myötä muovautuneeseen uudenlaiseen markkinatodellisuuteen.

Erityisesti alustoihin liittyvissä kysymyksissä kiteytyvät vertikaalisiin rajoituksiin liittyvät uudenlaiset taloudelliset ilmiöt ja haasteet, kuten verkostovaikutukset ja kriittisen massan saavuttaminen, riippumatta siitä onko kyse fyysisestä vai digitaalisesta alustasta.⁷ Digitaalinen ympäristö kuitenkin kiihdyttää näitä ilmiöitä ja mahdollistaa asiakaskuntien yhdistämisen maailmanlaajuisesti. Alustojen myötä markkinoille on ilmaantunut uudenlai-

sia vertikaalisia rajoituksia, kuten Most Favoured Nation (”MFN”) -lausekkeet, joita kansalliset kilpailuviranomaiset ovat arvioineet paikoitellen epäyhtenäisesti. Artikkelissa pyritään tuomaan esille niitä tulkintahaasteita, joita nykyiseen vertikaalisten rajoitusten arviointikehikkoon alustatalouden näkökulmasta liittyy.

Vertikaalisten rajoitusten arviointi on haastavaa ja korostetun tapauskohtaista. Tässä artikkelissa pyritään jäsentämään niitä kilpailuoikeudellisia sääntöjä, jotka yritysten tulee ottaa huomioon arvioidessaan niitä menettelyjä, joilla ne myyvät tuotteitaan verkossa jakelijoiden kautta tai itsenäisesti. Artikkelissa tuodaan esiin viimeaikaista erilaisia verkkomyyntikäytänteitä ja toimintatapoja koskevaa ratkaisukäytäntöä, jossa vertikaalisia rajoituksia on usein arvioitu voimassa olevan arviointikehikon perusteella perinteisistä lähtökohdista – siinä myös onnistuen. Menettelyjen on todettu täyttävän esimerkiksi määrähinnoittelun, alueellisten rajoitusten tai passiivisen myynnin rajoitusten tunnuspiirteet, vaikka kyse on ollut täysin digitaalisessa ympäristössä tapahtuvasta menettelystä. Onnistumisista huolimatta säännösten tulkinnan haasteet voivat tapauskohtaisesti aiheuttaa täytännönpanon aiheetonta viivästymistä. Pitkäkestoisen

⁵ Horisontaalisiin suhteisiin liittyviä järjestelyjä on perinteisesti arvioitu vertikaalisia järjestelyjä ankarammin, sillä niiden ei odoteta luovan vertikaalisiin rajoituksiin yhdistettyjä tehokkuusvaikutuksia. Rinnakkaisjakelutilanteessa toimittajan ja jakelijan väliseen tietojenvaihtoon – joka on jossain määrin välttämätöntä liikesuhteen ylläpitämiseksi – voi olla syytä kiinnittää tarkempaa huomiota. Tietojenvaihdosta kilpailijoiden kesken, ks. komission tiedonanto – Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin, EUVL C 11, 14.1.2011, s. 1–72, kohdat 55–110. Horisontaaliseen arviointiin voi liittyä myös hub and spoke -ilmiöiden tai algoritmien fasilitoiman yhdenmukaistetun menettelytavan tarkastelua.

⁶ Määräävän markkina-aseman arvioinnin osalta tarkemmin esim. *Haucap, Justus; Heimeshoff, Ulrich*: Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization? *International economics and economic policy*, vol. 11(1–2) 2013, s. 49–61.

⁷ Kootusti määritelmästä, ks. *Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityksiä 4/2017*, s. 11–12.

tutinnan aikana rajoitusten kilpailulle aiheuttama haitta saattaa johtaa siihen, ettei viranomaisen päätöksellä ole enää toivottua vaikutusta kyseisen toiminnan osalta.⁸

2 Vertikaalisten rajoitusten renessanssi

2.1 Taustasta ja toimeenpanon alkuvaiheista

Vertikaaliset rajoitukset ovat pitkään olleet yksi EU:n kilpailusääntelyn kivijaloista.⁹ Täytäntöönpanon varhaisessa vaiheessa rajoitusten arviointi oli hyvin muodollista ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (”SEUT”) 101(1) artiklaa sovellettiin rajoituksiin matalalla kynnyksellä. Arvioinnissa huomiota kiinnitettiin lähinnä yksittäisiin sopimusehtoihin, joiden katsottiin olevan kilpailunvastaisia, mikäli nämä rajoittivat sopimusosapuolen toimintavapautta. Sopimuskokonaisuuksien markkinavaikutuksia ei juurikaan arvioitu.¹⁰

Vertikaalisten rajoitusten täytäntöönpano kehittyi vuosien saatossa hiljalleen sopimusten muodollisesta arvioinnista markkinavaikutuksia painottavampaan suuntaan. Täytäntöönpanon alkutaipaleella komissiolla oli yksinomainen toimivalta arvioida

vertikaalisten rajoitusten sallittavuutta. Rajoituksia koskevia ilmoituksia tehtiin runsaasti ja jutturuuhkan purkamiseksi komissio laati ensimmäiset vertikaalisia rajoituksia koskevat ryhmäpoikkeusasetukset, joilla tietyt sopimustyytit vapautettiin ilmoituksella haettavan poikkeusluvan tarpeesta.¹¹ Toisin kuin tänä päivänä, ensimmäisten ryhmäpoikkeusasetusten soveltamiseen ei liittynyt markkinaosuuksien, taloudellisten vaikutusten tai rajoitustyyppien tapauskohtaista arviointia.

Ryhmäpoikkeusasetusten uudistamisen yhteydessä vuonna 2000 eri sopimustyyppijä koskevat asetukset yhdistettiin yhteen yleiseen ryhmäpoikkeusasetukseen ja asetuksen soveltamisedellytykseksi asetettiin toimittajan enintään 30 prosentin markkinaosuusosuus.¹² Uutta ryhmäpoikkeusasetusta koskevissa suuntaviivoissa painotettiin taloudellista ja tapauskohtaista kokonaisarviota asetuksen ulkopuolelle jäävien rajoitusten osalta.¹³ Myöhemmin vuoden 2010 uudistuksessa ryhmäpoikkeusasetuksen soveltamisalaa tarkennettiin edelleen siten, että 30 prosentin markkinaosuusraja koski myös ostajaa.¹⁴ Ennakollisesta poikkeuslupajärjestelmästä ja komission yksinomaisesta toimivallasta soveltaa EU:n kilpailusääntöjä luovuttiin vuonna 2004 täy-

⁸ Tähän epäkohtaan on viime aikoina pyritty puuttumaan väliaikaistoimenpiteitä määräämällä, ks. esim. komission lehdistötiedote 16.10.2019 koskien Broadcomin epäiltyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, IP/19/6109.

⁹ Unionin tuomioistuin vahvisti jo vuonna 1966, että SEUT 101(1) artikla soveltuu myös vertikaalisiin sopimuksiin. Ks. unionin tuomioistuimen päätös 13.7.1966, *Consten ja Grundig*, C-56/64 ja 58/64, EU:C:1966:41. Vrt. Yhdysvallat, jossa vertikaalisia rajoituksia ei ole pidetty erityisen ongelmallisina ilman merkittävää markkinavoimaa. Ks. esim. *Ohio v American Express Co*, 138 S Cf 2274, 2285n7 (2018).

¹⁰ *Huimala, Hannele; Huimala, Mikko; Leivo, Kirsi; Leivo, Timo*: EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. 2. uud. p. Helsinki: Talentum, 2012 (Huimala ym. 2012), s. 455.

¹¹ Komission asetukset (ETY) N:o 1983/83 perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan soveltamisesta yksinmyyntisopimusten ryhmiin, annettu 22.6.1983, EUVL L 173 30.6.1983, s. 1–4; (ETY) N:o 1984/83 perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan soveltamisesta yksinostosopimusten ryhmiin, annettu 22.6.1983; ja (ETY) N:o 4087/88 perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan soveltamisesta luvakesopimusten ryhmiin, annettu 30.11.1988, EUVL L 359, 28.12.1988, s. 46–52. Ks. tarkemmin *Huimala ym.* 2012, s. 455.

¹² Komission asetus (EY) N:o 2790/1999 EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin, annettu 22.12.1999, EUVL L336, 29.12.1999, s. 21–25.

¹³ Komission tiedonanto – Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, EUVL C 291, 13.10.2000, s. 1–44. Ks. myös *Huimala ym.* 2012, s. 457–458.

¹⁴ Komission asetus (EU) N:o 330/2010 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin, annettu 20.4.2010, EUVL L 102, 23.4.2010, s. 1–7 (”ryhmäpoikkeusasetus”). Ks. myös komission tiedonanto – Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, 10.5.2010, SEK (2010) 411 lopullinen, EUVL C 130, 19.05.2010, s. 1–46 (”vertikaaliset suuntaviivat”).

täntöönpanoasetuksen¹⁵ voimaantulon myötä, mikä laski voimakkaasti vertikaalisten rajoitusten osuutta komission käsittelemistä asioista.

Vertikaalisten rajoitusten vähäiselle valvonnalle voidaan identifioida useita syitä, joista merkittävin lienee se, ettei vertikaalisia rajoituksia pidetä lähtökohtaisesti kilpailulle haitallisena. Vertikaalinen rajoitus ilmenee eri tuotantoportailla toimivien elinkeinonharjoittajien välillä, jolloin vaikutukset markkinoilla ovat lähtökohtaisesti vähäisempiä. Vertikaalisessa suhteessa osapuolten intressit ovat pääsääntöisesti yhtenevät: kullekin osapuolelle on edullista, että yksi osapuoli laskee tuotteidensa hintoja. Vertikaaliset sopimukset johtavat siksi lähtökohtaisesti alhaisiin kuluttajahintoihin ja kuluttajien hyvinvoinnin lisääntymiseen.¹⁶ Suuri osa vertikaalisista sopimuksista voidaan todeta automaattisesti lailliseksi ryhmäpoikkeusasetuksen nojalla, mikä vähentää valvonnan tarvetta. Lisäksi kartellit ja määrävän markkina-aseman väärinkäyttö ovat ainakin useimmissa tapauksissa kilpailulle vahingollisempia kuin vertikaaliset rajoitukset.

2.2 Vertikaalisten rajoitusten ajankohtaistuminen – komissio suunnannäyttäjänä

Vertikaalisten rajoitusten valvonta oli täytäntöönpanoasetuksen voimaantulon jälkeen pitkään hyvin vähäistä. Komissio ja monet kansalliset viranomaiset linjasivat priorisoivansa kartelleihin ja horisontaaliseen yhteistyöhön sekä määrävän markkina-asemaan liittyvää kilpailuvalvontaa ja vertikaali-

lisiin rajoituksiin puututtiin vain harvakseltaan.¹⁷ Myös Suomessa vertikaaliset rajoitukset olivat pitkään vähemmällä huomiolla, kunnes Kilpailu- ja kuluttajavirasto (”KKV”) vastikään puuttui ensimmäistä kertaa kymmeneen vuoteen väitettyyn määrähinnoitteluun Isojoen Konehalli Oy:tä koskevassa asiassa.¹⁸

Vertikaalisten rajoitusten ajankohtaistumisen alkupisteenä voidaan pitää komission vuonna 2015 käynnistämää sähköisen kaupankäynnin toimialaselvitystä,¹⁹ jonka yhteydessä ilmi tulleiden menetelyjen seurauksena komissio käynnisti lukuisan määrän vertikaalisiin rajoituksiin liittyviä tutkintoja ja päätyi niiden perusteella määräämään sakkoja yhteismäärältään noin 700 miljoonaa euroa. Lukuisien tutkintojen ja tehostuneen täytäntöönpanon johdosta vertikaaliset rajoitukset ovat pitkän tauon jälkeen uudelleen kilpailuvalvonnan keskiössä.

Toimialaselvityksen jälkeen komissio käynnisti ryhmäpoikkeusasetusta sekä vertikaalisia suuntaviivoja koskevan arviointiprosessin tarkoituksenaan kerätä tietoa ryhmäpoikkeusasetuksen ja suuntaviivojen toimivuudesta ja arvioida niiden soveltuvuutta digitaalisen maailman ilmiöihin.²⁰ Vaikka ryhmäpoikkeusasetuksen ja suuntaviivojen katsotaan edelleen olevan tarpeellisia työkaluja vertikaalisten rajoitusten arvioinnissa, arviointiprosessin aikana saadun palautteen perusteella ryhmäpoikkeusasetus ja suuntaviivat eivät riittävällä tavalla huomioi viime aikaista markkinakehitystä tai tarjoa riittävää ohjeistusta verkossa tapahtuvaa kaupantekoa varten.²¹ Uudelleenarviointi on myös ajankohtainen,

¹⁵ Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta, annettu 16.12.2002, EUVL L 1, 4.1.2003, s. 1–25.

¹⁶ *Bishop, Simon; Walker, Mike: The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2010, s. 191.

¹⁷ Ks. esim. Report on Competition Policy 2008, COM(2009) 374 final, 23.7.2009, kohdat 5 ja 12–13. Vastaavasti esim. Kilpailuviraston vuosikirja 2002, s. 57–58 ja vuosikirja 2009, s. 23.

¹⁸ KKV:n päätös ja seuraamusmaksuesitys dnro KKV/676/14.00.00/2015. Asia on kirjoitushetkellä vireillä markkinaoikeudessa. Edellisen kerran KKV puuttui vertikaaliseen rajoitukseen esittäessään seuraamusmaksua Iittala Oy:lle, ks. kilpailuviraston esitys 29.4.2010, dnro 258/61/06 ja markkinaoikeuden ratkaisu 20.12.2011, MAO:594/11, dnro 159/10/KR.

¹⁹ Komission päätös sähköisen kaupankäynnin toimialaselvityksen käynnistämisestä 6.5.2015, C(2015) 3026 final, erityisesti s. 2–3.

²⁰ Kootusti tuloksista, ks. Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010, 30.7.2019, Ares(2019)4980675.

²¹ Support studies for the evaluation of the VBER, final report (”tukiraportti”), s. 17 ja 143–147.

sillä nykyisen ryhmäpoikkeusasetuksen voimassa-olo lakkaa toukokuussa 2022.

Poikkeuslupajärjestelmän lakkauttamisen jälkeen vertikaalisten rajoitusten vaikutukset sekä niiden laillisuus on ollut yritysten itsearvioinnin varassa. Nykykäsityksen mukaan vertikaalisilla rajoituksilla voi olla haitallisia vaikutuksia lähinnä silloin, kun tuotemerkkien välinen kilpailu on vähäistä tai markkinoille pääsyyn liittyy esteitä.²² Moniin vertikaalisiin rajoituksiin liitetään tänä päivänä jopa enemmän myönteisiä kuin haitallisia vaikutuksia.²³ Digitalisaation ja verkkokaupan kasvun tuomien rakenteellisten muutosten sekä jakeluketjujen monimuotoistumisen myötä vertikaalisten rajoitusten vaikutuksia on kuitenkin syytä tarkastella kriittisesti. Erilaisia rajoitusmuotoja ja niiden vaikutuksia tarkastellaan lähemmin artikkelin seuraavissa jaksoissa.

3 Vertikaaliset rajoitukset verkkoympäristössä

3.1 Verkkokaupan kehityksen vaikutuksista

Verkkomyynnin yleistymisen on muovannut erilaisten vertikaalisten rajoitusten ilmenemismuotoja ja käsitystä vertikaalisten rajoitusten vaikutuksista kilpailuun kiihtyvällä tahdilla. EU:n sisämarkkina on eräiden arvioiden mukaan yksi suurimmista yhtenäisistä verkkomyynnin markkinoista.²⁴ Sähköisen kaupankäynnin toimialaselvityksen mukaan verkkomyynnin kasvu on viime vuosikymmenten aikana tuonut rakenteellisia muutoksia markkinoille ja johtanut esimerkiksi hinnoittelun korostuneeseen läpinäkyvyyteen. Hinnoittelun läpinäkyvyys puolestaan on kiristänyt jakelijoiden (tai jakelijoiden ja toimittajan) välistä hintakilpailua niin verkko- kuin

kivijalkamyynnissä.²⁵ Varmistaakseen tuotteidensa tehokkaan jakelun sekä myynnistä saamansa tuoton, kiristyneen hintakilpailun myötä toimittajat ovat huomanneet korostuneen tarpeen jakeluverkoston kokonaisvaltaisempaan johtamiseen. Nämä muutokset yhdessä ovat johtaneet erilaisten vertikaalisten rajoitusten lisääntymiseen jakeluketjuissa.²⁶

Viimeaikaista vertikaalisten rajoitusten arviointia leimaa moniulotteisuus, ja kilpailuviranomaisten taipumus tutkia elinkeinonharjoittajan liiketoimintaa useampana erilaisena vertikaalisena rajoituksena. Vertikaalisten rajoitusten moniulotteisuutta ilmentää esimerkiksi komission päätös *Guess*-asiassa, jossa komissio arvioi *Guess*illä olevan käytössään lukuisia vertikaalisia rajoituksia sisältävää selektiivinen jakelujärjestelmä, jonka tarkoituksena oli ohjata *Guess*in tuotteiden verkko-ostot yhtiön omaan verkkokauppaan. *Guess* rajoitti valtuutettuja jakelijoitaan käyttämästä tavaramerkkejään haku- sanamainonnassa, myymästä jakelijalle osoitetun maantieteellisen alueen ulkopuolelle, määrittämättä jälleenmyyntihintaansa vapaasti ja myymästä tuotteita jakelujärjestelmän sisällä. Jakelijan verkkomyynti oli käytännössä sallittua vain *Guess*in antaman suostumuksen perusteella.²⁷

Vertikaalisten rajoitusten arviointi perustuu pitkälti perinteisiä myyntitapoja ja kivijalkamyyntiä koskevaan oikeuskäytäntöön. Tässä luvussa pyritään tarkastelemaan sitä, miten – jos ollenkaan – vertikaalisten rajoitusmuotojen arviointi on muuttunut verkkomyynnin yleistymisen myötä. Riippumatta siitä, onko rajoitusten juridinen arviointi muuttunut, on selvää, että tänä päivänä vertikaalisten rajoitusten arviointi kohdistuu hyvin erilaisiin kysymyksiin kuin aikaisempina vuosikymmeninä. Seuraavassa tarkastellaan lähemmin erilaisia verk-

²² Ks. vihreä kirja vertikaalisista rajoituksista, 22.1.1997, COM(96) 721 final, kohta 85.

²³ Myönteisistä vaikutuksista, ks. vertikaaliset suuntaviivat, kohdat 106–109.

²⁴ Toimialaselvitys, kohta 3. Jopa 78 prosenttia 16–24-vuotiaista, 76 prosenttia 25–54-vuotiaista ja 55 prosenttia 55–74-vuotiaista kuluttajista oli tilannut tuotteita tai palveluja verkossa vuonna 2019. Samana vuonna 35 prosenttia verkossa asioivista kuluttajista oli tehnyt ostoksia oman kotimaansa lisäksi myös muissa EU-maissa. Vuonna 2014 vastaava luku oli kaksi prosenttia. Tilastitietoa saatavilla: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals.

²⁵ Kuluttajat käyttävät myös yhä enemmän online- ja offline-kanavia rinnakkain ostopäätöstensä yhteydessä. Ks. tukiraportti, s. 13.

²⁶ Toimialaselvitys, kohta 15. Ks. myös tukiraportti, s. 14–17.

²⁷ Komission päätös 17.12.2018, *Guess*, AT.40428.

komyntiin liittyviä vertikaalisia rajoituksia, joiden pohtiminen antaa hyvän pohjan yksityiskohtaisempien kysymysten arvioinnille ja kytkee perinteisen vertikaalisiin rajoituksiin liittyvän rajoitusten arvioinnin verkkomyynnin maailmaan.

3.2 Eksklusiiviset sopimukset

Eksklusiivisilla (eli yksinmyynti tai -osto)sopimuksilla viitataan sopimuksiin, joilla toimittaja sitoutuu myymään tuotteitaan vain yhdelle jakelijalle tai jakelija sitoutuu jälleenmyymään toimittajan tuotteita vain tietyllä alueella tai tietylle asiakasryhmälle. Eksklusiivisille jakelusopimuksille on tyypillistä, että samalla kun jakelijaa suojataan mahdolliselta muiden jakelijoiden (tai toimittajan itsensä) aktiiviselta myynniltä ko. alueelle tai asiakasryhmälle, myös jakelijan oikeutta aktiiviseen myyntiin muille (yksinmyynti)alueille tai asiakasryhmille rajoitetaan. Eksklusiivinen sopimus voi johtaa tuotemerkin sisäisen kilpailun vähenemiseen ja lisätä riskiä jakelijoiden välisestä markkinoiden jakamisesta.²⁸

Eksklusiivisuuden edellyttäminen voi olla niin jakelijan kuin toimittajankin intressissä, joskin jakelijaa koskevan eksklusiivisuusehdon voidaan katsoa olevan käytännössä tavallisempi. Toimittajan aloitteesta jakelijaan kohdistuvan eksklusiivisuusehdon taustalla on usein korostunut tarve johtaa jakeluketjua kokonaisvaltaisemmin. Myös jakelijan intressissä voi olla edellyttää eksklusiivista jakeluoikeutta tietyllä alueella tai tiettyyn asiakasryhmään, mikäli tuotteen myyminen ja markkinoiminen tulee vaatimaan jakelijalta merkittäviä investointeja. Investointien suojaaminen ja erilaiset logistiikkakustannuksiin liittyvät tehokkuushyödyt ovatkin komission näkemysten mukaan tärkein peruste eksklusiivisuudesta johtuvan kilpailun rajoittamisen sallimiselle.²⁹

Eksklusiivisten sopimusten arvioinnin kannalta on olennaista erotella aktiivinen ja passiivinen myynti toisistaan. Eksklusiivisella jakeluso-

pimuksella voidaan rajoittaa jakelijan (tai toimittajan) aktiivista myyntiä tietyllä alueella tai asiakasryhmälle edellyttäen, että aktiivisen myynnin rajoittaminen on tarpeen toisten jakelijoiden (tai toimittajan) yksinmyyntioikeuden suojaamiseksi.³⁰ Jakelijan (tai toimittajan) passiivisen myynnin rajoittaminen sen sijaan katsotaan vakavaksi kilpailunrajoitukseksi, joka ei lähtökohtaisesti ole missään olosuhteissa sallittua.³¹ Artikkelin kysymyksenasettelun kannalta on tärkeää tarkastella sitä, miten aktiivisen ja passiivisen myynnin käsitteet soveltuvat tämän päivän liiketoimintamalleihin ja erityisesti verkossa tehtävään myyntiin.

Aktiivisella myynnillä tarkoitetaan aktiivisia yhteydenottoja asiakkaisiin. Aktiivinen myynti voi perinteisen käsityksen mukaan olla suoramainontaa – kuten kirjeitä, sähköposteja tai tekstiviestejä – tai mainonnan aktiivista kohdistamista tietylle asiakasryhmälle tiedotusvälineiden kautta – kuten mainontaa sanomalehdissä, televisiossa tai internetissä – tai muuta myynninedistämistä, joka on suunnattu tietylle asiakasryhmälle tietyllä alueella. Perinteisellä passiivisella myynnillä tarkoitetaan vastaamista asiakkaiden omasta aloitteesta tekemiin myyntitiedusteluihin. Yleinen mainonta tai myynninedistäminen, jota ei erikseen suunnata tietylle alueelle tai asiakasryhmälle, katsotaan passiiviseksi myynniksi silloin, kun mainostamiseen liittyvät investoinnit ovat taloudellisesti kannattavia riippumatta siitä, tavoittaako mainonta tai myynninedistäminen tietyn asiakasryhmän tai -alueen.

Verkkokaupan ylläpitäminen ja muu verkossa tehtävä myynti katsotaan nykyisen arviointikehikon alla passiiviseksi myynniksi. Näin on siitä huolimatta, että verkkokauppasivustot saattavat tavoittaa asiakkaita kaikilla maantieteellisillä markkinoilla ja myös eksklusiivisessa jakelujärjestelmässä sopimusteitse asetettujen asiakasryhmä- tai aluerajusten yli. Erilaisten kielivaihtoehtojen tarjoaminen ei tee verkkokaupan ylläpitämisestä aktiivista myyn-

²⁸ Vertikaaliset suuntaviivat, kohdat 151 ja 168.

²⁹ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 164.

³⁰ Ryhmäpoikkeusasetuksen 4(b)(i) artikla; vertikaaliset suuntaviivat, kohta 51.

³¹ Arvioinnin moniulotteisuutta kuvaa se, että passiivista myyntiä voidaan kuitenkin tietyissä erityistapauksissa rajoittaa, ks. vertikaaliset suuntaviivat, kohta 55.

tiä.³² Passiivinen myynti on verkkomyynnin kasvun myötä aiempaa merkittävästi yleisempää, koska asiakkaiden mahdollisuudet oma-aloitteisesti etsiä ja löytää tuotteita ovat aiempaa paremmat. Aiemmin asiakas saattoi joutua näkemään paljonkin vaivaa (ensin löytääkseen ja sitten) ostaakseen tuotteen esimerkiksi oman asuinmaansa ulkopuolelta, kun tänä päivänä tuotteiden kirjo on saatavilla nopean google-haun ja muutaman klikkauksen päässä.

Myös aktiivinen myynti on muuttanut muotoaan. Esimerkiksi mainonnan kohdistaminen on kuluttajista saatavilla olevan tiedon runsauden johdosta aiempaa tehokkaampaa. Mainonnan digitalisoituminen ja erilaisten mobiilisovellusten suosio on myös tuonut mukanaan mainonnan uusia muotoja, kuten hakusanamainontaa ja vaikuttajamarkkinointia. Algoritmit, jotka seuraavat kuluttajien haku- ja ostoskäyttäytymistä verkossa, mahdollistavat mainonnan kohdentamisen aivan uudella tavalla ja luovat jopa uusia markkinoita, joilla tuotteiden valmistajat ja jakelijat kilpailevat keskenään potentiaalisten asiakkaiden huomiosta.

Aktiivista myyntiä ei voida rajoittaa ilman riittäviä perusteita. Jakelijalla on lähtökohtaisesti oikeus määrittellä itsenäisesti oma myyntistrategiansa sekä ne alueet ja asiakasryhmät, joille myyntiä suunnataan. Aktiivista myyntiä voidaan rajoittaa ainoastaan silloin, kun rajoitus on tarpeen muiden jakelijoiden eksklusiivisten alueiden tai asiakasryhmien suojaamiseksi. Eksklusiivisessa jakelujärjestelmässä voi olla mahdollista rajoittaa esimerkiksi jakelijan mainostamiseen, myynninedistämiseen tai (aktiiviseen) myyntiin ja tietyille maantieteelliselle alueelle tai asiakasryhmälle suunnattuja toimenpiteitä, kuten asiakkaan maantieteelliseen sijaintiin perusteella allokoituja verkkomainoksia tai sijaintiin perustuvia bannereita kolmansien verkkosivuilla.³³ Julkisessa keskustelussa on myös esitetty pohdintoja

siitä, että eksklusiivisessa järjestelmässä voisi olla mahdollista jossain määrin rajoittaa tavaramerkkien tai muiden immateriaalioikeuksien käyttöä verkkomarkkinoinnissa. Sen sijaan edellä mainittujen immateriaalioikeuksien käytön kieltäminen toimittajan jakelujärjestelmään kuuluvalta jakelijalta kokonaisuudessaan ei olisi perusteltua, sillä tällainen kieltäminen ulottuisi aktiivisen myynnin kieltämiselle pidemmälle.³⁴

Nimenomaisesti kiellettyä on esimerkiksi sopia eksklusiivisen jakelijan kanssa siitä, että tämän on estettävä toisen jakelijan yksinmyyntialueella sijaitsevien asiakkaiden pääsy verkkosivuilleen tai sopia asiakkaiden uudelleenohjauksesta valmistajan tai muiden eksklusiivisten jakelijoiden verkkosivuille. Vastaavasti sellaisenaan kiellettyä on sopia siitä, että eksklusiivisen jakelijan on keskeytettävä myynti asiakkaalle tilanteessa, jossa asiakas esimerkiksi luotokorttitietojen tai puhelinnumeron perusteella paikantuu jakelijan yksinmyyntialueen ulkopuolelle. Edelleen kiellettyä on rajoittaa sitä osuutta tuotteista, jonka eksklusiivinen jakelija voi myydä verkossa. Jakelijalta ei myöskään voi veloittaa korkeampaa hintaa verkossa myytävissä tuotteista, sillä tämä voisi välillisesti johtaa verkkomyynnin rajoittumiseen.³⁵

Eksklusiivisten jakelujärjestelmien tulkinta perinteisestä, aktiivisen ja passiivisen myynnin erottelevasta näkökulmasta myös verkkokaupan aikakaudella ei välttämättä riittävällä tavalla huomioi verkkomyyntiin liittyviä ominaispiirteitä. Tulkinta voi johtaa siihen, että jakelijat ja toimittajat eivät enää koe eksklusiivisten jakelusopimusten tuovan riittäviä hyötyjä suhteessa niistä aiheutuviin liiketoiminnan rajoituksiin. Verkkomyynnin yhä yleistyessä ja viedessä ostovoimaa kivijalkamyynnistä, tulkinta johtanee pidemmällä ajanjaksolla siihen, että eksklusiivisten sopimusten solmiminen ei enää

³² Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 52. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin esitetty, että maakohtaisen verkkotunnuksen käyttäminen (esimerkiksi Suomessa .fi-päätteiset verkkosoitteet) voitaisiin katsoa aktiiviseksi myynniksi kyseiseen maahan. Sen sijaan myynti olisi passiivista, vaikka se tapahtuisi asiakkaan tilaaman uutiskirjeen (mainonnan) seurauksena. Ks. Arno R. Lodder; Andrew D. Murray (toim.): *EU Regulation of E-Commerce*. Edward Elgar Publishing, 2017. *Sonia Jozwiak-Gorny; Magdalena Jozwiak: E-Commerce and EU Competition Law*, s. 313–348 (Jozwiak-Gorny; Jozwiak 2017), s. 323.

³³ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 53.

³⁴ Ks. OECD, Policy Roundtables, Vertical Restraints for On-line Sales, Background note by P. Buccirosi, s. 25.

³⁵ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 52.

ole yritysten näkökulmasta houkuttelevaa. Lienee paikallaan pohtia, onko eksklusiivisen jakelujärjestelmän ylläpitäminen tai yksittäisten eksklusiivisten jakelusopimusten solmiminen liiketoiminnallisesti järkevää muuttuneessa markkinaympäristössä, myytävän tuotteen luonne ja kysynnän maantieteellinen jakautuminen huomioiden. Mikäli aktiivisen ja passiivisen myynnin käsitteitä tullaan jatkossakin tulkitsemaan edellä kuvatulla tavalla, saattaa se johtaa eksklusiivisten järjestelyiden käytön vähentymiseen.

3.3 Määrähinnoittelu

Määrähinnoittelulla tarkoitetaan menettelyä, jolla toimittaja rajoittaa jakelijan vapautta määrätä jälleenmyyntihinnastaan ja jonka tarkoituksena on määrätä kiinteä tai vähimmäisjälleenmyyntihinta, jota jakelijan on noudatettava. Määrähinnoittelun katsotaan rajoittavan hintakilpailua erityisesti saman tuotteen sisällä. Määrähinnoittelulla voi myös olla poissulkevia vaikutuksia ja se voi kasvattaa uusien markkinatoimijoiden kynnystä tulla markkinalle.³⁶ Näistä syistä määrähinnoittelu on määritelty lähtökohtaisesti olosuhteista riippumatta kielletyksi ns. *hard core* -rajoitukseksi ryhmäpoikkeusasetuksen 4(a) artiklassa.³⁷

Verkkomyynnin kasvu on lisännyt hintojen läpinäkyvyyttä markkinoilla myötävaikuttaen lisääntyneeseen hintakilpailuun. Sähköisen kaupankäynnin toimialaselvityksen mukaan useat toimittajat sekä jakelijat monitoroivat markkinoilla hintatietoja esimerkiksi hinnoittelualgoritmien avulla, mikä saattaa pitkällä aikavälillä vähentää yksittäisen jakeli-

jan halukkuutta poiketa yleisestä hintatasosta (tai suositushinnasta).³⁸ Tämänkaltainen seuranta mahdollistaa myös tehokkaan sanktioinnin tilanteissa, joissa suositushinnasta on poikettu.

Komissio määräsi kesällä 2018 sakot neljälle kuluttajaelektroniikkavalmistajalle jälleenmyyntihinnan määrittämisestä verkossa.³⁹ Elektroniikkavalmistajat seurasivat erityisesti edulliseen hintaan myyviä jakelijoitaan ja saattoivat uhata näitä esimerkiksi toimitusten keskeyttämisellä, mikäli suositushintoja ei noudatettu. Komission mukaan määrähinnoittelulla oli hinnoittelua keinotekoisesti nostavia vaikutuksia myös laajemmin markkinoilla, sillä hinta-algoritmeja oli tarkastelun kohteena olevalla markkinalla laajasti käytössä.⁴⁰ Komissio päätyi määrittämään sakot perusteilla, jotka eivät juurikaan eroa aiemmasta oikeuskäytännöstä: menettely katsottiin määrähinnoitteluksi, sillä jakelijoilla ei katsottu olevan todellista mahdollisuutta poiketa toimittajan suositushinnasta.⁴¹

Hinnoittelualgoritmit toimivat markkinoilla pääsääntöisesti hinnanvaihteluja (sekä määrähinnoittelua) vahvistavana tekijänä.⁴² Hinnoittelualgoritmien ansiosta sekä myyjät että ostajat ovat korostetun tietoisia vallitsevasta hintatasosta, mikä itsessään on kilpailua tehostava tekijä.⁴³ Algoritmit voivat esimerkiksi seurata verkossa myynnissä olevien tuotteiden hintoja ja sopeuttaa automaattisesti hinnat alimman mahdollisen hinnan tasolle ilman myyjän myötävaikutusta.⁴⁴ Algoritmien käyttö on myös nostanut kilpailuoikeudelliseen keskusteluun kysymyksen siitä, kenen vastuulla mahdollinen kilpailun rajoittuminen on,⁴⁵ joskin vallitseva käsitys lienee tällä hetkellä se, että algoritmia hyödyntävät yrityk-

³⁶ Hinnoitteluun liittyvien rajoitusten haitallisuudesta, ks. *Jozwiak-Gorny*; *Jozwiak* 2017, s. 332.

³⁷ Ks. myös vertikaaliset suuntaviivat, kohta 223.

³⁸ Toimialaselvitys, kohta 33.

³⁹ Komission päätökset 24.7.2018, *Asus*, AT.40465; *Denon & Marantz*, AT.40469; *Philips*, AT.40181; ja *Pioneer*, AT.40182.

⁴⁰ Komission lehdistötiedote 24.7.2018, IP/18/4601.

⁴¹ Tarkemmin ratkaisusta, ks. *Rudi, Alexandra*: Consumer Electronics Case: The Butterfly Effect on RPM? (AT.40465 *Asus*, AT.40182 *Pioneer*, AT.40469 *Denon & Marantz*, AT.4018 *Philips*). *CoRe*, vol. 3(4) 2019, s. 420–424, (*Rudi* 2019), s. 420–423.

⁴² *Rudi* 2019, s. 243.

⁴³ *Colombo, Niccolò*: Virtual competition: Human Liability Vis-À-Vis Artificial Intelligence's Anticompetitive Behaviours'. *CoRe*, vol. 2(1) 2018, s. 11–23 (*Colombo* 2018), s. 19.

⁴⁴ Komission päätös 24.7.2018, *Pioneer*, AT.40182, kohta 136.

⁴⁵ *Colombo* 2018, s. 14–18.

set ovat vastuussa niiden käytön kilpailuoikeuden mukaisuudesta.⁴⁶ Algoritmien käyttöä on siten tärkeä tarkastella olennaisena osana kilpailuoikeudellista compliancea.⁴⁷

Verkossa määrähinnoitteluksi voidaan katsoa esimerkiksi menettely, jossa tuotteiden mainostaminen alle valmistajan suositushinnan on luvanvaraista,⁴⁸ tai ehdot, joiden perusteella jakelija ei voi mainostaa tuotteita verkossa, mikäli sen tuotteen hinta on toimittajan suositushintaa alhaisempi,⁴⁹ tai kehotukset välttää suositushintatasoa alemmaa hinnoittelua toimitusvaikeuksien uhalla.⁵⁰ Suomessa KKV esitti vastikään seuraamusmaksua Isojoen Konehalli Oy:lle (”IKH”), joka KKV:n mukaan oli asettanut tuotteilleen ohjevähittäishinnat, joita se oli poistamalla alennuksia, kieltämällä IKH-tavaramerkin käytön, keskeyttämällä toimituksia tai irtisanomalla myyntiyhteistyösopimuksen, painostanut jakelijansa noudattamaan. KKV katsoi IKH:n syyllistyneen määrähinnoitteluun myös vaatiesaan ylläpitämäänsä verkkokauppaan liittyviä jakelijoita noudattamaan yhtenäisiä jälleenmyyntihintoja verkkokaupan kautta tehtävien myyntien osalta.⁵¹ Menettelyn arvioinnissa kiinnitettiin huomiota myös siihen, että IKH kilpailee vähittäismarkkinoilla jakelijoidensa kanssa, jolloin asiaan saattaa liittyä myös horisontaalisen hintojen vahvistamisen piirteitä.⁵²

Vallitsevan näkemyksen mukaan kilpailuviranomaiset pystyvät puuttumaan määrähinnoitteluun tehokkaasti riippumatta siitä, onko kyse verkkokaupasta vai kivijalkamyynnistä.⁵³ Viranomaisen huomio kiinnittyyne jatkossa puhtaiden määrähinnoittelumenettelyiden lisäksi entistä tarkem-

min menettelytapakokonaisuuksiin, jotka yhdessä johtavat määrähinnoitteluun. Huomioiden jatkuvasti murroksessa olevat toimintatavat, yritysten on tärkeää jatkuvalla itsearvioinnilla varmistaa, etteivät verkkomyynissä käytössä olevat menettelyt kokonaisuudessaan johda siihen, että hintakilpailu jakelijoiden kesken estyisi.

3.4 Alueelliset rajoitukset

Alueellisilla rajoituksilla viitataan menettelyihin, joilla valmistaja rajoittaa jakelijan oikeutta myydä valmistajan tuotteita edelleen tietyllä maantieteellisellä alueella tai alueen ulkopuolella. Vaikka jakelijalla on lähtökohtaisesti rajoittamaton oikeus myydä edelleen valmistajalta ostamia tuotteita, tiettyjen edellytysten täytyessä valmistaja ja jakelija voivat sopia esimerkiksi jakelijalle varattavasta eksklusiivisesta myyntialueesta rajoittamalla muiden jakelijoiden aktiivista myyntiä kyseiselle alueelle. Sähköisen kaupankäynnin toimialaselvityksen myötä kävi ilmi, että verkkokaupan lisääntymisestä huolimatta alueellisia rajoituksia käytetään edelleen laajasti ja silloinkin, kun edellytykset niiden asettamiselle eivät täyty.⁵⁴

Komissio määräsi keväällä 2019 Nikelle 12,5 miljoonan euron sakon jalkapallo-oheistuotteiden rajat ylittävän myynnin sekä online-myyntin rajoittamisesta. Käytännössä Nike oli kieltänyt jakelijoitaan – joille se oli lisensoinut oikeuden valmistaa esimerkiksi FC Barcelonan ja Manchester Unitedin logolla varustettuja tuotteita, kuten vuodevaatteita ja leluja tietyllä alueella – myymästä tuotteitaan tietyn maantieteellisen alueen ulkopuolelle. Kyseistä

⁴⁶ Margrethe Vestagerin puhe tapahtumassa Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berliini, 16.3.2017.

⁴⁷ Rab, Suzanne: Artificial intelligence, algorithms and antitrust. *Compet Law J*, vol. 18(4) 2019, s. 141–150, s. 148.

⁴⁸ Ks. BKAmntin lehdistötiedotteet 22.8.2014 (Recticel Schlafkomfort GmbH); ks. myös lehdistötiedotteet 22.10.2015 (Tempur Deutschland GmbH) ja 6.2.2015 (Metzeler Schaum GmbH).

⁴⁹ Ks. tarkemmin *Jozwiak-Gorny*; *Jozwiak* 2017, s. 333.

⁵⁰ Ks. BKAmntin lehdistötiedote 12.5.2015 (United Navigation GmbH).

⁵¹ KKV:n päätös ja seuraamusmaksuesitys dnro KKV/676/14.00.00/2015, kohdat 7–12.

⁵² KKV:n päätös ja seuraamusmaksuesitys dnro KKV/676/14.00.00/2015, kohta 217. Asia on kirjoitushetkellä vireillä markkinaoikeudessa.

⁵³ *Krueger, Birgit; Mühle, Jan*: The EU’s vertical restraints rules and e-commerce – A case for continuity, modification or disruption? *CLPD*, vol. 3(2) 2017 s. 34–40, s. 36 ja 40.

⁵⁴ Toimialaselvitys, kohdat 46–53.

maantieteellistä aluetta, joka koostui lähtökohtaisesti useampien maiden muodostamasta ryhmästä, ei ollut varattu yksinomaisesti tietylle jakelijalle. Komission mukaan Nike oli rajoittanut rajat ylittävää aktiivista ja passiivista myyntiä esimerkiksi perimällä kaksinkertaiset rojalit alueen ulkopuolelle tehdystä myynnistä. Eräissä tilanteissa Nike myös edellytti, että jakelijoiden tuli ohjata maantieteellisen alueen ulkopuolelta tulevat myyntitiedustelut Nikelle.⁵⁵

Toimialaselvityksen myötä komissio ryhtyi tutkimaan myös Sanrion ja Universal Studiosin jakelu- ja lisensointikäytänteitä ja päätyi määräämään Sanriolle 6,2 miljoonan euron sakon Hello Kitty-tuotteiden rajat ylittävän myynnin rajoittamisesta.⁵⁶ Myös Sanrion tapauksessa kyse oli jakelijalle tietylle alueelle myönnetystä lisenssistä, joka ei kuitenkaan antanut yksinoikeutta tuotteiden valmistamiseen. Komissio katsoi Sanrion pyrkineen rajoittamaan tuotteiden rajat ylittävää aktiivista ja passiivista myyntiä sekä verkossa että sen ulkopuolella asettamalla velvoitteen ohjata alueen ulkopuoliset myynnit Sanriolle ja rajaamalla jakelijan käytössä olevia tuotteisiin sisällytettävää kielivaihtoehtoja, tekemällä tarkistuksia sekä jättämällä uusimatta jakelijoiden sopimuksia näiden toimiessa Sanrion ohjeiden vastaisesti. Universal Studios puolestaan sai 14,3 miljoonan euron sakon vastaavanlaisista menettelyistä.⁵⁷

Edelleen keväällä 2019 komissio Mastercardille 570 miljoonan euron sakot menettelystä, jolla se, edellyttäessään pankkien soveltavan vähittäiskaupiaan sijaintimaan siirtohintaa, esti pankkeja tarjoamasta vähittäiskauppiaille edullisempia siirtohintoja sellaisissa jäsenvaltioissa, joissa siirtohinnot ovat korkeammat. Menettely esti vähittäiskauppiaita hyötymästä muualla tarjolla olevista alhaisemmista siirtohinnoista ja rajoitti pankkien välistä rajat ylittävää kilpailua.⁵⁸

Samana keväänä komissio määräsi myös useille tuotantoyhtiöille ja elokuvastudioille sakot maksutelevision vähittäispalvelujen rajat ylittävän passiivisen myynnin rajoittamisesta. Eräät studiot, Fox ja Paramount Pictures olivat antaneet Skyllle lisenssisopimuksella alueellisen yksinoikeuden koskien tiettyjen elokuvien maksutelevisio-oikeuksia. Lisenssisopimukseen sisältyi lausekkeita, jotka kielsivät Skyta asettamasta internetin tai satelliitin välityksellä saataville maksutelevision vähittäispalveluja kuluttajien omasta aloitteestaan tekemiin tiedusteluihin. Komissio päätti asian tutkinnan yhtiöiden asetettua riittävät sitoumukset kilpailun turvaamiseksi.⁵⁹ Edellä mainittujen tapausten lisäksi komissio on sakottanut espanjalaista hotelliketju Meliáa menettelyistä, joilla tämä rajoitti majotuspalveluiden hintatasoa kuluttajien asuinmaan mukaan ja tutkii parhaillaan myös epäiltyä videopelien rajat ylittävään kauppaan liittyvää rajoitusta.⁶⁰

Yhteistä näille toisiaan seuranneille päätöksille on, että alueellisia rajoituksia on asetettu ilman, että rajoitusten asettamisen edellytykset ovat täyttyneet. Siltä osin kuin tapauksissa on ollut kyse verkkomyynnin ohella kivijalkamyynnistä, näitä eri myyntikanavia on tarkasteltu rinnakkain ja vastaavin parametrein. Lähtökohtana on, että jakelijan myyntiä tietylle alueelle tai asiakasryhmälle voidaan rajoittaa vain, mikäli se on tarpeen toiselle jakelijalle myönnetyn yksinoikeuden turvaamiseksi. Tällöinkin rajoitus voi koskea vain aktiivista myyntiä, sillä jakelijalla on aina oltava vapaus vastata asiakkaiden oma-aloitteisiin myyntitiedusteluihin riippumatta siitä, tulevatko ne mahdollisen yksinoikeusalueen sisältä vai sen ulkopuolelta.⁶¹

Oman (fyysisen) jakelujärjestelmän ylläpitämisen laajassa mittakaavassa on harvoin toimittajille kannattavaa ja monet toimittajat ovatkin aiempina vuosikymmeninä katsoneet (kustannus)tehokkaak-

⁵⁵ Komission päätös 25.3.2019, *Urheiluun liittyvät kauppatavarat*, AT.40436.

⁵⁶ Komission päätös 9.7.2019, *Hahmoihin liittyvät kauppatavarat*, AT.40432.

⁵⁷ Komission päätös 30.1.2020, *Elokuviin liittyvät kauppatavarat*, AT.40433.

⁵⁸ Komission päätös 22.1.2019, *Mastercard II*, AT.40049.

⁵⁹ Komission päätös 7.3.2019, *Cross-border access to pay TV*, AT.40023.

⁶⁰ Komission päätös 21.2.2020, *Meliá (Holiday Pricing)*, AT.40528; videopelien osalta ks. komission avoinna olevat tutkimukset *Focus Home*, AT.40413; *Koch Media*, AT.40414; *Zenimax*, AT.40420; *Bandai Namco*, AT.40422; ja *Capcom*, AT.40424.

⁶¹ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 61.

si tavaksi laajentaa tuotteiden maantieteellistä saatavuutta jakelijoiden, jotka saattavat tuntea tietyn maantieteellisen alueen ja asiakkaiden mieltymykset toimittajaa paremmin, avulla. Maantieteelliset rajat ovat aiempina vuosikymmeninä tarjonneet yrityksille selkeän tavan rakentaa jakeluverkostoaan, sillä yksittäiset jakelijat ovat harjoittaneet toimintaansa lähtökohtaisesti yhden valtion sisällä. Jakeluverkoston laajentaminen on usein tarkoittanut vähintään yhden jakelijan nimeämistä uudessa toimintamaassa. Tällainen ”perinteinen” jakeluverkosto on myös aiemmin tuottanut eksklusiiviseen jakelujärjestelmään verrattavia hyötyjä, sillä eri maissa toimivat jakelijat ovat fyysisen kaupan käynnin osalta kilpailleet keskenään vain harvoin, jos koskaan. Samalla valmistaja on voinut pidättää itsellään vapauden nimetä uusia jakelijoita samalle alueelle tai myydä tuotteitaan itse ko. alueella.

Verkkomyynnin merkittävä lisääntyminen on kuitenkin hämärtänyt perinteisten jakelujärjestelmien näkymättömiä rajoja. Verkkomyynnin avulla eri maihin sijoittautuneet jakelijat voivat tavoittaa aiempaa enemmän samoja asiakkaita ja näin ollen luoda toisilleen aiempaa enemmän kilpailupainetta. Vastaavasti tiettyyn maahan sijoittautunut jakelija voi verkkomyynnin myötä kilpailla samoista asiakkaista myös ylemmällä tuotantoportaalla toimivan valmistajan kanssa. Verkkomyynnin yleistyminen on siten tuonut huomattavia muutoksia vallitsevaan kilpailutilanteeseen, jakelijan ja valmistajan väliseen sekä jakelijoiden keskinäiseen suhteeseen. Alueellisia rajoituksia koskevat säännöt vaikuttaisivat kuitenkin sellaisenaan toimivan myös verkkomyynnin arvioinnissa – kaikki edellä mainitut komission päätökset koskivat sekä fyysisiä että verkkomyyntiä.

Näkymättömien markkinarajojen murtaminen on ollut myös komission tavoitteena. Geoblocking-asetuksen⁶² voimaantulon myötä loppuasiakkaat voi-

vat hyötyä edullisen hintatason maan mukaisesti hinnoitelluista tuotteista, joiden tulee jatkossa olla saatavilla myös kalliimman hintatason maahan sijoittuneille loppuasiakkaille. Asetuksen tavoitteena on poistaa käytänteet, joilla verkkokauppa-toimijat ovat pyrkineet suuntaamaan myyntinsä vain tietylle asiakaskunnalle, kuten loppuasiakkaan pääsyn estäminen eri maakohtaisille sivuille tai tilauksen tekemisen estäminen ilman ko. maassa sijaitsevaa osoitetta tai puhelinnumeroa. Erilaiset geoblocking-menettelyt voivat tulla myös SEUT 101(1) artiklan piiriin, mikäli rajat ylittävän verkkomyynnin kieltämisen katsotaan olevan sopimus esimerkiksi toimittajan ja jakelijan välillä.⁶³

Verkkokaupan osuuden kasvun ja yleistymisen myötä (alueellisten) jakelijoiden välinen kilpailu tulee kiristymään. Kuten edellä on todettu, tällä hetkellä tietyn tuotteen jakelijat tuottavat toisilleen verkkomyynnin ansioista aiempaa enemmän kilpailupainetta. Tämä kehitys tulee vaatimaan toimittajilta voimassa olevan jakeluverkoston kriittistä tarkastelua. Kun jakelua tarkastellaan verkkokaupan näkökulmasta, voi olla, että nykyistä vähäisempi määrä jakelijoita riittäisi tavoittamaan saman määrän asiakkaita. Jakeluverkoston säilyttäminen laajana johtaa todennäköisesti siihen, että jakelijat kohtaavat toisensa kilpailussa entistä useammin. Kuluttajien näkökulmasta tämä on todennäköisesti hyvä asia hintakilpailun lisääntyessä. Yleisenä trendinä jatkossa voi olla siirtyminen eksklusiivisista myyntialueista ja alueellisista rajoituksista kohti asiakasryhmäkohtaisia eksklusiivisuuksia.

3.5 Selektiivinen jakelu

Selektiivisellä (valikoivalla) jakelulla tarkoitetaan jakelujärjestelmää, jossa toimittaja varaa tuotteiden osto- ja jakeluoikeuden vain ennalta määrittelemänsä kriteerit täyttävälle jakelijoille. Selektiivinen

⁶² Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2018/302, annettu 28 päivänä helmikuuta 2018, perusteettomien maara-joitusten ja muiden asiakkaiden kansallisuuteen tai asuin- tai sijoittautumispaikkaan perustuvien syrjinnän muotojen torjumisesta sisämarkkinoilla ja asetusten (EY) N:o 2006/2004 ja (EU) 2017/2394 sekä direktiivin 2009/22/EY muuttamisesta, EUVL L 601, 2.3.2018, s. 1–15.

⁶³ Toimialaselvitys, kohdat 48–49.

jakelu liitetään usein brändi- ja design-tuotteisiin,⁶⁴ joiden tuotemerkkien luominen on edellyttänyt toimittajalta merkittäviä investointeja. Toimittajalla on näin ollen kannustin sekä perusteltu intressi vaikuttaa brändäytyjen tuotteiden mainostamiseen, myynti- ja toimituskäytänteisiin sekä muihin seikkoihin, joilla voi olla vaikutusta brändiin ja tuotekuvaan. Alun perin selektiivisen jakelun konsepti on lähöisin tuotteista, joiden (teknisten) ominaisuuksien takia oli tärkeää, että myynti tapahtui esimerkiksi koulutetun henkilöstön toimesta.

Toimittajan edellyttäessä jakelijoilta esimerkiksi tietynlaista tuotteen esillepanoa ja markkinointia, yksittäisen jakelijan vapaus määrittää itsenäisesti myyntikäytäntönsä kaventuu ja voi johtaa hintakilpailun vähentymiseen jakelijoiden keskuudessa tietyn tuotemerkin sisällä. Selektiivisellä jakelulla voi olla myös muiden toimittajien tai ostajien pois-sulkemiseen johtavia vaikutuksia. Samanaikaisesti tiettyjen yhtenäisten myyntikäytänteiden edellyttäminen on myös tapa varmistaa tuotteiden turvallinen tai tehokas jakelu, vahvistaa brändimielikuvaa sekä kasvattaa tuotteiden kokonaisumyyntiä.

Sähköisen kaupankäynnin toimialaselvityksen perusteella verkkomyynnin lisääntyminen on yleisesti johtanut yhä useampien selektiivisten jakelujärjestelmien perustamiseen tai jakelijoiden valintaperusteiden muuttamiseen.⁶⁵ Verkkoympäristössä

tapahtuvalle selektiiviselle jakelulle asetettavien ehtojen tulisi huomioida verkko- ja kivijalkamyynnin erot ja ominaispiirteet: esimerkiksi ehto, joka estää jakelijaa myymästä yksittäiselle asiakkaalle kerrallaan tiettyä enimmäismäärää enempiä tuotteita, voisi olla tiukempi verkkomyynnin osalta, mikäli tuotteiden joutuminen jakelujärjestelmän ulkopuolisille jakelijoille on verkkomyynnin kautta todennäköisempää. Mikäli tuote edellytetään kivijalkamyynnissä toimitettavaksi välittömästi kaupanteon jälkeen, verkkomyynnin kohdalla voitaisiin edellyttää esimerkiksi tuotteiden toimittamista kohtuullisen toimitusajan kuluessa. Verkkokaupalle voitaisiin myös asettaa ehtoja, joita ei (välttämättä) ole tarpeen asettaa kivijalkamyynnille, kuten tuotteiden kuluttoman palauttamisen tai verkkomaksamisen turvallisuuden edellyttäminen.⁶⁶

Selektiivisten jakelujärjestelmien arvioinnissa on noussut esiin erityisesti kysymykset siitä, missä määrin verkkomyyntiä voidaan rajoittaa ja toisaalta siitä, missä määrin jakelija voi hyödyntää kolmansien ylläpitämiä myyntialustoja ja hintavertailusivustoja oman myyntinsä tukena. Vaikka verkkomyynnin kieltäminen kokonaisuudessaan ei ole sallittua,⁶⁷ selektiivisen jakelun on kuitenkin katsottu tapauskohtaisesti sallivan verkkomyynnin osittaisen rajoittamisen toimittajan intressien suojelemiseksi. Toimittaja voi asettaa myynnille tiettyjä

⁶⁴ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 174.

⁶⁵ Toimialaselvitys, kohta 15. Jotta selektiivinen jakelujärjestelmä ylipäänsä tuottaa ryhmäpoikkeusasetuksessa edellytetyjä tehokkuusetuja suhteessa sen tuottamaan rajoitukseen, järjestelmän käytölle on asetettu seuraavat kolme kriteeriä: (i) tuotteen luonteen tulee edellyttää selektiivisen jakelujärjestelmän käyttöä; (ii) jakelujärjestelmän piiriin valittavat jakelijat valitaan laadullisin perustein, jotka liittyvät jakelijan kelpoisuuteen tai myyntitilojen soveltuvuuteen; ja (iii) valintaperusteita sovelletaan yhdenmukaisesti kaikkiin potentiaalsiin jakelijoihin ja perusteet ovat tarpeellisia suhteessa jakelun kohteena olevaan tuotteeseen. Tuomio 25.10.1977, *Metro I*, 26/76, EU:C:1977:167, 21 kohta; tuomio 6.12.2017, *Coty Germany*, EU:C:2017:941, 36 kohta. *Coty*-ratkaisu selvensi keskustelua herättänyttä linjausta aiemmassa *Pierre Fabre* -ratkaisussa. Tuomioistuin vahvisti, että luksus-tuotteen imagon säilyttäminen on edelleen perusteltu syy selektiivisen jakelujärjestelmän perustamiseen ja totesi, ettei ratkaisussa kyseessä olleiden kosmetiikka- ja hygieniatuotteiden tuoteimagon säilyttäminen ollut riittävä peruste verkkomyynnin täydelliseen kieltämiseen.

⁶⁶ Vertikaaliset suuntaviivat, kohta 56.

⁶⁷ Tuomio 13.10.2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, EU:C:2011:649, 54 kohta. Näin linjattiin myös tuoreehkossa ratkaisussa Isossa-Britanniassa, jossa yhdysvaltalainen golfmailojen valmistaja Ping ylläpiti selektiivistä jakeluverkostoa ja oli kieltänyt jakelijoita myymästä tuotteita verkossa. Ks. *Ping Europe Limited v Competition and Markets Authority* [2020] ECWA Civ 13; *Ping Europe Limited v Competition and Markets Authority* [2018] CAT 13; ja *Ping Europe Limited v Competition and Markets Authority* [2020] ECWA Civ 13. Verkkomyynnin asettaminen toimittajan luvanvaraiseksi on katsottu merkittävän käytännössä verkkomyynnin kieltämistä, ks. Midden-Nederland District Court, *Voorne Koi vs Oase*, 3.12.2014, C/16/331595 / HA ZA 12-1167.

laatuvaatimuksia ja esimerkiksi edellyttää jakelijan ylläpitävän yhtä tai useampaa kivijalkakauppaa tai edellyttää, että jakelija myy tietyn vähimmäismäärän tuotetta kivijalkakauppansa kautta. Ehdot eivät kuitenkaan saa johtaa suoraan tai välillisesti jakelijan verkkomyynnin rajoittumiseen, eikä verkkomyynnille voida perusteetta asettaa ankarampia ehtoja kuin kivijalkamyynnille.⁶⁸ Suora tai epäsuora verkkokaupassa myytävien tuotteiden korkeampi hinnoittelu ei siten ole selektiivisessä jakelussa mahdollista.⁶⁹

Arvioitavana on ollut myös se, missä määrin selektiivisessä jakelussa voidaan rajoittaa jakelijoiden oikeutta käyttää myyntinsä tukena kolmansien ylläpitämiä myyntialustoja, kuten Amazonia tai eBaytä. Euroopan unionin tuomioistuin linjasi *Coty*-ratkaisussaan, että toimittaja voi rajoittaa jakelijan oikeutta käyttää myyntialustaa, mikäli se on tarpeen tuotteen luksusbändimielikuvan säilyttämiseksi.⁷⁰ Vastaavan linjauksen perusteella on hyväksytty myöhemmin muitakin selektiivisiä jakelujärjestelmiä, joissa kolmannen osapuolen myyntisivustojen hyödyntämistä on rajoitettu.⁷¹ Kansalliset kilpailuviranomaiset eivät kuitenkaan ole tästä kysymyksestä täysin yksimielisiä. Esimerkiksi Saksassa Bundeskartellamtin (”BKAm”) mukaan selektiivisessä jakelujärjestelmään hyväksytyjä jakelijoita ei voida kieltää käyttämästä Amazon-myyntialustaa tilanteessa, jossa toimittajan markkinaosuus on korkea⁷² tai jossa toimittaja itse hyödyntää kyseistä myyntialustaa yhtenä jakelukanavanaan.⁷³

Esillä on ollut myös kysymys siitä, voidaanko jakelijan oikeutta hyödyntää erilaisia hintavertailusivustoja rajoittaa. BKAm katsoi *Asics*-päätöksessään vuonna 2015, että *Asics*in jakelijoilleen asetama hintavertailusivustojen käytön kieltö ei ollut kilpailusääntöjen mukainen.⁷⁴ Tämä on aiheuttanut keskustelua siitä, että omaksuiko unionin tuomioistuin *Coty*-ratkaisussaan sallivamman linjan, kuin BKAm *Asics*- päätöksessään. BKAm on itse ottanut asiaan kantaa toteamalla, että ratkaisukäytännöt tuomioistuinten välillä poikkeavat toisistaan vain näennäisesti, sillä *Asics*-asiassa käsillä olleet rajoitukset olivat luonteeltaan laajempia, ja että rajoittamisen kohteena olleet tuotteet eivät olleet luksus-tuotteita, kuten *Cotyssa*.⁷⁵ Huomionarvoista on lisäksi, että hintavertailusivustojen merkitys yksittäisen jakelijan myyntikanavana vaihtelee maantieteellisesti: esimerkiksi Saksassa hintavertailusivustot ovat laajassa käytössä ja niille pääsyn epäminen saattaa olla yksittäisen jakelijan näkökulmasta kohtuutonta.

Edellä tarkastellun kehityksen perusteella voidaan todeta, ettei yksiselitteistä vastausta myyntialustojen tai hintavertailusivustojen kieltojen sallittavuudesta voida antaa, vaan niiden käyttö edellyttää jatkossakin yrityksiltä vallitseviin olosuhteisiin perustuvaa tapauskohtaista itsearviointia. Verkkomyynnin yhä lisääntyessä ilmennee myös kysymyksiä, joihin aiemmasta oikeuskäytännöstä ei ole saatavissa suoraa vastausta. Tämä todennäköinen kehityskulku ja sen luomat paineet sääntelyn

⁶⁸ Vertikaaliset suuntaviivat, kohdat 52 ja 54.

⁶⁹ Kaksoishinnoittelu voidaan toteuttaa epäsuorasti esimerkiksi soveltamalla alennusjärjestelmää, joka luo jakelijoille taloudellisen kannustimen rajoittaa verkkomyyntiä. Vertikaaliset suuntaviivat, kohdat 52 ja 64. Kaksoishinnoittelun eri muodoista, ks. *Jozwiak-Gorny*; *Jozwiak* 2017, s. 334. Kaksoishinnoittelu voi johtaa myös epäsuoraan määrähinnoitteluun, ks. ICN, ‘Report on Online Vertical Restraints’, s. 88. Ks. myös vertikaaliset suuntaviivat, kohta 52 ja 64.

⁷⁰ Tuomio 6.12.2017, *Coty Germany*, C-230/16, EU:C:2017:941, kohdat 55–58. Ks. toimialaselvitys, kohta 42.

⁷¹ Ks. esim. Amsterdam District Court 4.10.2015 *Nike vs. Action Sport*, C/13/615474 / HA ZA 16-959; Higher Regional Court of Frankfurt, 22.12.2015, *Deuter Sport GmbH*, 11 U (Kart) 84/14.

⁷² BKAm:n päätös, 27.6.2014, Adidas AG, B3-137/12. Adidaksen markkinaosuus oli yli 30 prosenttia.

⁷³ BKAm:n päätös 24.10.2013, *Sennheiser*, B7-1/13–35. Ks. myös Berlin Appellate Court 19.9.2013, *Alfred Sternjakob GmbH & Co. KG*, 2 U (Kart) 8/09.

⁷⁴ BKAm:n päätös 26.8.2015, *Asics*, B2-98/11. Valitustuomioistuimet vahvistivat linjauksen, ks. myös BKAm:n tiedote 25.1.2018.

⁷⁵ BKAm:n artikkeli 1.10.2018, ”Competition restraints in online sales after *Coty* and *Asics* – what’s next?”.

joustavuudelle ja toimivuudelle verkkoympäristössä näkyvät selvästi komission meneillään olevassa ryhmäpoikkeusasetuksen uudelleenarvioinnissa.

4 Verkkoalustat vertikaalisten rajoitusten näkökulmasta

4.1 Alustataloudesta yleisesti ja kilpailuoikeudellisen arvioinnin lähtökohtia

Digitaaliseen ympäristöön perustetut alustat mahdollistavat uudenlaisia liiketoimintamuotoja ja -kulttuureja, luovat uusia sekä haastavat perinteisiä markkinoita. Useat perinteiset toimialat kohtaavat nykyisin kilpailua myös alustatalouden toimijoilta. Alustat voivat lisäksi korvata tai täydentää aikaisempia fyysisiä alustoja: esimerkiksi Amazonin kaltaiset verkkokaupat haastavat perinteisiä kauppakeskuksia; viestintäpalveluita tarjoavat alustat kuten WhatsApp kilpailevat perinteisten puhelinoperaattoreiden kanssa; Uber, Lyft ja Didi Chuxing ovat vallanneet kansainväliset kyydinvälitysmarkkinat sekä haastaneet perinteiset taksialan toimijat; ja Google on tiedonhakupalveluillaan jo kauan sitten korvannut keltaisten sivujen kaltaiset toimijat.⁷⁶ Maailmanlaajuisesti markkina-arvoltaan tällä hetkellä suurimmat yritykset operoivatkin joko pääasiallisesti tai yhtenä liiketoimintansa osana yhtä tai useampaa verkkoalustaa.

Myös monien perinteisiä liiketoimintamalleja rikkovien startup-yritysten toiminta perustuu alustatalouteen. Alustojen kyky reagoida dynaamisesti voimassa olevaan kysyntään on ilmennyt konkreettisella tavalla esimerkiksi viimeaikaisessa koronaviruksen varjostamassa yhteiskunnassa, kun ruoan tilausvälitysalusta Wolt laajensi pandemian puhjettua liiketoimintaansa ravintolaruokien välityksestä ruokakauppojen tuotteiden välittämiseen.

Alustatalouteen liittyvä valtava määrä kilpailuoikeudellisesti relevantteja kysymyksiä. Alustat ovat virittäneet keskustelua esimerkiksi suurten teknologiayritysten ”superdominanssista”⁷⁷ ja siitä, tulisiko alustayhtiöiden liiketoimintoja jopa pilkkoa osiin.⁷⁸ Toisaalta algoritmeihin perustuviin alustoihin liittyy myös kilpailijoiden väliseen kiellettyyn yhteistyöhön ja hiljaiseen kolluusioon liittyviä kysymyksiä.⁷⁹ Artikkelin kysymyksenasettelun johdosta alustoja tarkastellaan tässä rajatusti vertikaalisten rajoitusten näkökulmasta.

Alustataloudessa kilpailu mielletään usein käytäväksi markkinoista markkinoilla käytävän kilpailun sijaan.⁸⁰ Kattavan verkoston saavuttanut alusta voi usein vaikuttaa sekä tuotemerkin sisäiseen että tuotemerkkien väliseen kilpailuun määrittelemällä toimijat, jotka saavat pääsyn alustalle sekä ehdot, joilla pääsy myönnetään. Alustoilla voi olla niin sanottu pullonkaulavaikutus, jolloin alusta saattaa edustaa yksittäiselle elinkeinonharjoittajalle ainoata

⁷⁶ Muita konkreettisia esimerkkejä alustaliiketoiminnasta ovat online-mainonta (esim. Facebook, Google AdWords), markkinapaikat (esim. Amazon, eBay), käyttöjärjestelmät (esim. Windows, Android), hakukoneet (esim. Google, Bing), sosiaalinen media (esim. Facebook, Twitter), sovellusten jakoalustat (esim. Apple App Store, Google Play), viestintäpalvelut (esim. WhatsApp, Snapchat), maksujärjestelmät (esim. PayPal, Apple Pay) ja jakamistalous (esim. Airbnb, Uber). Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityksiä 4/2017, s. 10.

⁷⁷ Ks. esim. The New York Times 19.8.2020: Big Tech’s Domination of Business Reaches New Heights, saatavilla osoitteesta <https://www.nytimes.com/2020/08/19/technology/big-tech-business-domination.html?auth=login-email&login=email>.

⁷⁸ Alustojen avulla markkinavoimaa saavuttaneet teknologiajätit (Facebook, Google, Amazon, Microsoft ja Apple) ovat kasvaneet niin suuriksi, että viranomaisten voi olla haastavaa valvoa – tai kyseenalaistaa – niiden toimintaa perinteisellä kilpailuoikeuslainsäädännöllä. Ks. esim. *Tonna-Barthet, Ceara; O’Carroll, Louis*: Procedural justice in the age of tech giants – justifying the EU Commission’s approach to competition law enforcement. Eur Compet J, julkaistu verkossa 26.12.2019. Saatavilla: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17441056.2019.1706397>.

⁷⁹ Esimerkiksi kielletyn yhteistyön mahdollistavat algoritmit ovat olleet keskeinen osa kilpailupoliittista keskustelua. Aiheesta tarkemmin, ks. esim. ICN “The impact of digitalization in cartel enforcement” 28.4.2020.

⁸⁰ Ks. esim. JRC Digital Economy Working Paper “The Competitive Landscape of Online Platforms”, s. 7.

tapaa tehdä kauppaa alustan toisella puolella olevan asiakasryhmän kanssa.⁸¹ Alustojen taloudelliset perusfunktiot ovat samanlaisia riippumatta siitä, onko kyse fyysisestä vai digitaalisesta alustasta: alustatalouden ajurina ovat verkostovaikutukset ja toimijoiden keskeisenä tavoitteena on saavuttaa – ja pitää yllä – tiettyä kriittistä massaa.⁸² Digitaalisen ympäristön voidaan kuitenkin katsoa tehostavan verkostovaikutusten ja kriittisen massan merkitystä.

Verkostovaikutuksilla tarkoitetaan verkoston koon muutoksesta aiheutuvaa hyötyä tai haittaa verkostolle, jolloin uuden käyttäjän liittyminen verkostoon kasvattaa suoraan olemassa olevien käyttäjien saamaa hyötyä (suorat verkostovaikutukset) tai muiden kuin muutoksen aiheuttaneen asiakasryhmän kokemia muutoksia alustan tuottamissa hyödyissä (epäsuorat verkostovaikutukset).⁸³ Esimerkiksi ruoan tilausvälitysalustat houkuttelevat kuluttajia enemmän silloin, kun alustalle on listautunut paljon erilaisia ravintoloita. Toisaalta mitä enemmän alusta onnistuu houkuttelemaan kuluttajia, sitä useampi ravintola haluaa päästä tarjoamaan palveluitaan alustan kautta. Verkostovaikutukset voivat toisaalta olla myös negatiivisia, jolloin markkinavoimaa saavuttanut alusta voi nopeasti menettää suosionsa ja sitä kautta markkina-asemansa. Kriittisellä massalla tarkoitetaan sitä käyttäjämäärää, joka laukaisee verkoston käyttäjämäärän itseään ylläpitävään kasvuun.⁸⁴ Kaksipuoleiseen markkinaan⁸⁵ liittyvästä epäsuorien verkostovaikutusten dynamiikasta johtuen ei ole riittävää, että vain toisen puolen käyttäjämäärä kasvaa, vaan itseään ylläpitävä kasvu edellyttää riittävää määrää käyttäjiä molemmilla puolilla markkinaa. Digitalisaation myötä käyttäjämää-

rät ovat voineet lisääntyä eksponentiaalisesti, sillä internetissä toimiva alusta voi tavoittaa huomattavan määrän käyttäjiä maailmanlaajuisesti.

Epäsuorien verkostovaikutusten ja kriittiseen massaan liittyvien ilmiöiden vuoksi alustataloudella on luontainen taipumus keskittymiseen. Eri alustamarkkinoiden välillä voi kuitenkin olla yksilöllisiä eroja. Mikäli vaihtoehtoisia alustoja ei ole saatavilla, käyttäjä on lähtökohtaisesti sidottu markkinaa hallitsevaan alustaan (ns. *single-homing*-vaikutus). Mikäli kilpailevia alustoja on useampia, käyttäjä voi yleensä vaihtaa alustasta toiseen esimerkiksi edullisemman hinnoittelun perusteella (*multi-homing*-vaikutus). Alustatalouden kilpailun dynamiikasta johtuen markkinoilla, joilla vaihtaminen alustojen välillä on mahdollista, markkinatoimijoilla saattaa olla kannustin pyrkiä pitämään asiakas-kunta itsellään sopimusteitse (*lock in*-vaikutus) ja rajoittaa asiakkaiden siirtymistä alustojen välillä esimerkiksi vertikaalisten rajoitusten avulla. Tyyppisiä alustatoimijoiden käyttämiä vertikaalisia rajoitusmuotoja ovat MFN-lausekkeet⁸⁶ ja erilaiset eksklusiivisuusvaatimukset.⁸⁷ Koska eksklusiivisuuteen liittyviä näkökohtia on tarkasteltu edellä, seuraavassa keskitytään tarkastelemaan erilaisten MFN-lausekkeiden merkitystä alustamarkkinoilla.

4.2 MFN-lausekkeet

Sähköisen kaupankäynnin toimialaselvityksen mukaan MFN-lausekkeitä on sisällytetty erityisesti toimittajien ja hintavertailusivustojen sekä jakelijoiden ja verkkokauppojen välisiin sopimuksiin.⁸⁸ MFN-lausekkeet voidaan jakaa laajoihin ja kapei-

⁸¹ Evans, David: Vertical Restraints in a Digital world (Evans 2020), s. 8. Teoksessa Evans, David; Allan, Fels; Tucker, Catherine (toim.): The Evolution of Antitrust in the Digital Era: Essays on Competition Policy. Boston: Competition Policy International, 2020 (tuleva julkaisu).

⁸² Ks. Evans 2020, s. 6. Vastaavasti Shapiro, Carl: Exclusivity in Network Industries. Geo. Mason L. Rev., vol. 7(3) 1998, s. 673–683.

⁸³ Ks. esim. Kilpailu- ja kuluttajaviraston selvityksiä 4/2017, s. 13.

⁸⁴ Ibid., s. 16.

⁸⁵ Kaksipuoleisilla markkinoilla tarkoitetaan tilannetta, jossa alusta palvelee kahta erillistä asiakasryhmää, joiden väliseen alustan mahdollistamaan vuorovaikutukseen liittyy epäsuoria tai suoria verkostovaikutuksia.

⁸⁶ MFN-lausekkeista käytetään myös muita nimityksiä, kuten hintapariteettilauseke (*price parity clause*).

⁸⁷ Ks. Commission Staff Working Document, Preliminary Report on the E-Commerce Sector Inquiry 15.9.2016, SWD(2016) 312 final (‘Preliminary E-Commerce Report’), kohta 560.

⁸⁸ Ibid., kohdat 560 ja 572. Ks. myös ICN, ‘Report on Online Vertical Restraints’, s. 66.

siin MFN-lausekkeisiin. Laajasta MFN-lausekkeesta on kyse, kun alustatoimija edellyttää itselleen oikeutta julkaista alustallaan saman tai paremman hinnan kuin muissa myyntikanavissa, kuten kilpailevissa alustoissa. Kapeasta MFN-lausekkeesta puolestaan on kyse, kun alustatoimija edellyttää, ettei toimittaja tai jakelija julkaise omissa myyntikanavissaan alustalla julkaistua edullisempaa hintaa. MFN-lauseke voi koskea hinnan sijaan myös muita ehtoja, kuten tarjolla olevaa tuotevalikoimaa, asiakaspalvelun laatua tai tuotteesta tarjolla olevaa informaatiota, joskin hinnoittelua koskevat MFN-lausekkeet ovat käytännössä yleisimpiä.⁸⁹

Laajoihin MFN-lausekkeisiin suhtaudutaan lähtökohtaisesti kielteisemmin kuin kapeisiin MFN-lausekkeisiin, sillä niiden katsotaan heikentävän alustojen välistä kilpailua sekä vaikeuttavan uusien alustojen markkinoille tuloa. Laajan MFN-lausekkeen katsotaan ensinnäkin johtavan yhdenmukaiseen hintatasoon kilpailijoiden välillä ja ehkäisevän kilpailua alustoihin liittyvissä komissiomaksuissa.⁹⁰ Laajan MFN-lausekkeen vuoksi alusta voi nostaa komissioitaan ilman riskiä siitä, että lausekkeeseen sidottu toimittaja tai jakelija tarjoaisi tuotteitaan kyseisellä alustalla heikommilla ehdoilla kuin kilpailevalla alustalla. Mikäli toimittaja tai jakelija haluaa jatkaa sopimussuhdetta alustan kanssa, jää sille laajan MFN-lausekkeen vuoksi kaksi vaihtoehtoa. MFN-lausekkeeseen sidottu toimittaja tai jakelija voi joko kustantaa korotetun komission nostamalla hintoja kaikissa myyntikanavissaan tai pitää hintatasonsa ennallaan, jolloin alustan edellyttämän korkeamman komission johdosta tuotto

pienenee. Vertikaalisten rajoitusten näkökulmasta laajat MFN-lausekkeet voivat siten rajoittaa tuotemerkkien välistä kilpailua. Laajat MFN-lausekkeet voivat myös lisätä kolluusion riskiä (kilpailevien toimittajien ja kilpailevien alustojen välillä) edistämällä hinnoittelun läpinäkyvyyttä ja tekemällä kilpailijoiden hintojen seuraamisesta helpompaa.⁹¹

Lisäksi laajat MFN-lausekkeet voivat aiheuttaa markkinoilletulon esteen. Uudet toimijat eivät voi kilpailla hinnalla, koska potentiaaliset asiakasryhmät ovat sidottuja laajan MFN-lausekkeen edellyttämään hintatasoon, eikä uudella markkinatoimijalla yleensä ole välittömästi markkinoille tullessaan sellaista kriittistä massaa kaksi- tai useampipuoleisen markkinan molemmilta puolilta, jolla se voisi houkuttaa asiakasryhmiä irtisanomaan sopimuksensa laajaa MFN-lausekettä edellyttävän alustan kanssa.⁹² Tästä syystä laajat MFN-lausekkeet voivat myös olla omiaan vahvistamaan suosituimpien alustojen markkina-asemaa.⁹³

Kapeilla MFN-lausekkeilla katsotaan yleensä olevan vähemmän kilpailulle haitallisia vaikutuksia.⁹⁴ Kapea MFN-lauseke ei rajoita toimittajan tai jakelijan hinnoittelua kilpailevilla alustoilla, eli vaikutus kohdistuu lähtökohtaisesti ainoastaan tuotemerkin sisäiseen kilpailuun.⁹⁵ Kapealla MFN-lausekkeella voidaan myös ehkäistä niin kutsuttua vapaamatkustajaongelmaa eli alustaan tehtyjen investointien hyväksikäyttöä. Erityisesti pienille alustatoimijoille tämä voi olla jopa välttämätön keino markkinoille pääsyyn, sillä kapealla MFN-lausekkeella voidaan ratkaista niin sanottu investoinneista pidättymisen ongelma (*hold-up problem*) ja

⁸⁹ Preliminary E-Commerce Report, kohta 562.

⁹⁰ Ks. esim. UK Competition and Markets Authority, Private motor insurance market investigation, Final Report dated 24 September 2013, kohdat 8.40-43.

⁹¹ Jozwiak-Gorny; Jozwiak 2017, s. 336-337.

⁹² Ks. esim. Competition and Markets Authority, Private motor insurance market investigation, Final Report 24.9. 2013, kohdat 8.35-39.

⁹³ Ks. esim. Jozwiak-Gorny; Jozwiak 2017, s. 336.

⁹⁴ Jozwiak-Gorny; Jozwiak 2017, s. 337.

⁹⁵ ICN, 'Report on Online Vertical Restraints', pp. 67-8.

kannustaa alustatoimijaa tekemään tiettyjä asiakaskohtaisia investointeja, mikä mahdollistaa liiketoiminnan aloittamisen ja markkinoille tulon.⁹⁶

MFN-lausekkeet ovat myös nostaneet esiin EU:n jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten mahdolliset tulkintaerot tai – näkökulmasta riippuen – vähintäänkin erilaisten markkinaolosuhteiden merkityksen MFN-lausekkeiden arvioinnissa. Ruotsin, Ranskan ja Italian kilpailuviranomaiset katsoivat yhteisesti koordinoimassa sitoumuspäätöksessään, että Booking.comin laajoista MFN-lausekkeista luopuminen oli riittävä kilpailuhuolien poistamiseksi,⁹⁷ ja kapeiden MFN-lausekkeiden olevan tarpeen, jotta hotellit eivät voisi vapaamatkustaa Booking.comin tekemillä investoinneilla.⁹⁸ Myös BKAm t piti laajoja MFN-lausekkeita kilpailua rajoittavina, mutta katsoi kapeiden MFN-lausekkeiden osalta, ettei aitoa vapaamatkustajaongelmaa ollut lähikohtaisesti ollenkaan, ja että vaikka riski tähän olisi ollut olemassa, kapea MFN-lauseke ei olisi ratkaissut sitä. Joka tapauksessa BKAm katsoi kapean MFN-lausekkeen haitallisten vaikutusten olevan sen aiheuttamia hyötyjä merkittävämmät. Lisäksi BKAm korosti, että haitalliset vaikutukset kumuloituvat, kun useat eri alustat käyttävät kapeita MFN-lausekkeita sopimuksissaan.⁹⁹ Kapeita MFN-lausekkeita koskeva linjaus kuitenkin yhdenmukaistui,¹⁰⁰ kun saksalainen valitustuomioistuim myöhemmin katsoi, etteivät kapeat MFN-lausekkeet rajoittaneet kilpailua Saksassakaan.¹⁰¹

Myös komissio on tutkinut MFN-lausekkeita. Komissio katsoi alustavasti, että Applen ja viiden e-kirjojen julkaisijan väliset MFN-lausekkeet, joiden mukaan kunkin julkaisijan tuli tarjota Applen iBook-kaupassa e-kirjoja muiden online-jällemyyntikanavien hinnoittelua vastaavilla hinnoilla, muodostivat kielletyn kilpailunrajoituksen. Tutkinta päättyi sitoumuspäätökseen, jolla Apple ja e-kirjojen julkaisijat sitoutuivat olemaan solmimatta sopimuksia, jotka sisältävät MFN-lausekkeita liittyen jällemyyntihintaan, tukkuhintaan tai komissioon.¹⁰² Vastaavanlaiseen Amazonin menettelyyn liittyvä komission tutkinta päättyi myös sitoumuksiin, joilla Amazon sitoutui olemaan vaatimatta laajoja MFN-lausekkeita sopimuksissaan e-kirjojen julkaisijoiden kanssa. Mielenkiintoista on, että komissio tutki Amazonia menettelyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä, eikä vertikaalisena rajoituksena, kuten Applen kohdalla.¹⁰³

Meneillään olevassa lainsäädäntöuudistuksessa on myös otettu kantaa MFN-lausekkeisiin. Yksityiskohtaisemman toimialatarkastelun perusteella kapeat MFN-lausekkeet olisivat aiheuttaneet laajojen MFN-lausekkeiden kaltaisia vaikutuksia hotellitoimialalla, vaikka vastaavaa näyttöä ei ole löydetty muiden toimialojen osalta.¹⁰⁴ Tarkastelun perusteella on kuitenkin keskeistä, että mikäli kilpailu alustojen välillä on intensiivistä, tällöin lie-nee riittävä, että vain laajat MFN-lausekkeet kielletään.¹⁰⁵ Tulkinta näyttäisi sinänsä olevan linjassa

⁹⁶ Ks. esim. *Jozwiak-Gorny*; *Jozwiak* 2017, s. 336. Tietyistä investoinneista pidättymisen ongelmasta, ks. vertikaaliset suuntaviivat, kohta 107.

⁹⁷ Konkurrenserverketin tiedote 21.4.2015.

⁹⁸ Konkurrenserverketin päätös 15.4.2015, dnr 596/2013, kohdat 24–30.

⁹⁹ Ks. BKAmn lehdistötiedote 23.12.2015;

¹⁰⁰ Vrt. tukiraportti, s. 15, jossa todetaan sidosryhmähaastatteluaineiston ja ekonometrisen analyysin osoittavan, että kapeat MFN-lausekkeet voisivat hotellialalla aiheuttaa laajojen MFN-lausekkeiden kaltaisia vaikutuksia, vaikka vastaavaa näyttöä ei todettu muiden toimialojen osalta.

¹⁰¹ Düsseldorf Higher Regional Court, 4.6.2019, VI (Kart) 2/16 (V).

¹⁰² Komission päätös 25.7.2013, *E-Books*, AT.39847.

¹⁰³ Amazon edellytti e-kirjojen julkaisijoita informoimaan, mikäli nämä tarjoavat tuotteitaan kilpailevissa alustoilla paremmilla ehdoilla ja tällöin tarjoamaan tuotteita Amazonin palvelussa vastaavilla ehdoilla. Komission päätös 4.5.2017, *E-book MFNs and related matters (Amazon)*, AT.40153.

¹⁰⁴ Tukiraportti, s. 15. On epäselvää, missä määrin raportissa esitetyt kannanotot tulevat vaikuttamaan komission linjauksiin tulevaisuudessa.

¹⁰⁵ *Ibid.*

perinteisen vertikaalisten rajoitusten arviointiin liittyvän ohjeen kanssa: mikäli tuotemerkkien välillä on kilpailua, vertikaalisella rajoituksella ei luultavasti ole kilpailulle haitallista vaikutusta. Sen sijaan, jos tällaista horisontaalista kilpailua ei esiinny, vaikutusarvioinnin merkitys korostaa ja tapauskohtaisesti kapeiden MFN-lausekkeiden kieltäminen voisi tulla kyseeseen.

Hotellivaraussivustoja koskevat tutkinnat sekä viimeisimmät MFN-lausekkeista esitetyt kannanotot kuvastavat niiden oikeudellisen arvioinnin monimuotoisuutta – käytännössä samaa menettelyä pidettiin toisessa jäsenvaltiossa kilpailua edistävänä ja toisessa kilpailulle haitallisena. Arvioinnin haastavuutta lisää se, että alustojen kilpailukäyttämistä voidaan usein arvioida sekä SEUT 101 että 102 artiklan nojalla. Odotettavissa on, että komissio tulee ottamaan kantaa MFN-lausekkeiden arviointiin osana tulevaa lainsäädäntöuudistusta, erityisesti siitä syystä, ettei komissio ollut muodollisesti mukana laajalti huomiota herättäneissä hotellivaraussivustoja koskevissa tutkimuksissa, eikä siten voinut linjata MFN-lausekkeitä koskevaa tulkintaansa.

5 Lopuksi

Digitalisaatio ja verkkokaupan kasvu ovat pysyvästi muokanneet kuluttajien tapaa ostaa tuotteita ja palveluja. Kaupankäynnin siirtyminen verkkoon ja muutokset kuluttajien ostokäyttäytymisessä tulevat edellyttämään erilaisten jakeluverkostojen tehokkuuden kriittistä tarkastelua. Verkkokaupan alati kasvava merkitys vaikuttaa keskeisesti myös vertikaalisten kilpailunrajoitusten arviointiin ja sitä koskevan lainsäädännön kehittämiseen.

Verkkokaupan kasvu on lisännyt myös erilaisten hybridimallien kehittymistä. Rinnakkaisjakeluun perustuvat järjestelmät voivat pidemmällä aikavälillä olla omiaan muokkaamaan käsitystä vertikaalisten rajoitusten kilpailua tehostavista vaikutuksista. Mitä useammin perinteisiä vertikaalisia rajoituksia hyödynnetään tilanteessa, jossa osapuolet ovat myös kilpailijoita, sitä vähemmän tehokkuushyötyjä vertikaalisilla rajoituksilla voidaan katsoa olevan. Alustatalouden nousu on nostanut keskusteluun entistä monitahoisempia kysymyksiä, sillä alustoihin

liittyviä kilpailunrajoituksia on usein mahdollista käsitellä vertikaalisia tai horisontaalisia rajoituksia tai määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevien sääntöjen nojalla. Sekä kilpailuviranomaisen että itsearviointia tekevän yrityksen haasteena on tunnistaa menettelyihinsä soveltuva oikea kilpailuoikeudellinen sääntökehikko. Kunkin menettelyn vaikutusten tarkastelu tapauskohtaisesti on ensiarvoisen tärkeää, eikä alustojen kohdalla useinkaan löydy ”one size fits all” -tyyppisiä ratkaisuja.

Verkossa käytävälle kaupalle on ominaista, että yksittäinen jakelija voi tavoittaa laajan asiakaskunnan, jolloin verkkokaupan aikakaudella vähäisempi määrä jakelijoita saattaa riittää tavoittamaan aiempaa suuremman asiakaskunnan. Laaja jakeluverkosto saattoi aiemmin hyödyttää tuotteiden myyntiä lisäämällä saatavuutta maantieteellisesti, mutta verkkokaupan aikakaudella se on korostetusti lisännyt tuotemerkin sisäistä kilpailua, kun jakelijat kohtaavat toisensa kilpailussa aiempaa useammin. Myös hintojen lisääntyneen läpinäkyvyyden johdosta kiristyneempi kilpailu jakelijoiden kesken on tullut jäädäkseen, mikä edelleen lisää yritysten painetta jakelujärjestelmien kriittiseen tarkasteluun. Vertikaalisten sopimusten hallinnassa onkin kriittistä huomioida verkkokaupan mukanaan tuomat rakenteelliset markkinamuutokset, erityisesti eksklusiivista tai selektiivistä jakelua tarkastellessa.

Passiivisen ja aktiivisen myynnin erottelu tuntuu verkkokaupan aikakaudella aiempaa merkitykseltömältä. Passiivinen myynti tulee jatkossa edelleen kasvattamaan osuuttaan kokonaismyynnistä. Kannanotot siitä, pitäisikö passiivista myyntiä pystyä verkkokaupan aikakaudella rajoittamaan, kehittynevät tulevien vuosien aikana samassa yhteydessä, kun saadaan tarkempaa tietoa vertikaalisten rajoitusten hyödyistä muuttuneessa markkinaympäristössä. Ilman passiivisen ja aktiivisen myynnin käsitteiden uudelleentarkastelua erilaiset alueellisiin rajoihin perustuvat eksklusiivisuusjärjestelyt tulevat todennäköisesti vähenemään.

Vertikaalisia rajoituksia on aiempina vuosikymmeninä arvioitu niin oikeuskäytännössä kuin oikeuskirjallisuudessa runsaasti. Vaikka julkisessa kilpailuoikeudellisessa keskustelussa on toisinaan korostettu tarvetta arviointikriteerien koko-

naisvaltaiselle muutokselle, on tärkeää pyrkiä keskittämään muutokset arviointijärjestelmän kannalta merkityksellisiin seikkoihin. Verkkokaupan aikakaudella tehty päätöskäytäntö ei vaikuta merkittävästi muuttavan vertikaalisten rajoitusten arvioinnin kilpailuoikeudellisia ja taloustieteellisiä peruspilareita. Ryhmäpoikkeusasetus on edelleen tarpeellinen, lisää oikeusvarmuutta ja vähentää yritysten kilpailuoikeudelliseen itsearviointiin liittyviä kustannuksia. Asetusta tulisi kuitenkin päivittää tavalla, jolla voidaan joustavasti huomioida verkkokaupasta aiheutuvat erityisvaatimukset. Komission lainsäädäntöuudistukseen liittyvän aineiston perusteella tämä on myös EU-lainsäätäjän tavoitteena.

Vertikaalisen ryhmäpoikkeusasetuksen ja siihen liittyvien suuntaviivojen päivitys on ajankohtainen,

sillä yritykset kaipaavat muuttuneessa tilanteessa ajankohtaisempaa ja ketterämpää ohjeistusta. Vaikka moni voimassa olevista periaatteista soveltuikin myös verkkomyyntiin, tarkempien ohjeiden puuttumiseen aiheuttaa yrityksille epävarmuutta. Tätä epävarmuutta lisää kilpailuviranomaisten epäyhtenäinen ratkaisukäytäntö. Yritysten tulee entistä tarkemmin ottaa huomioon verkkokaupan myötä muuttunut toimintaympäristö ja ne käytänteet, jota verkkomyynissä (tai verkko- ja kivijalkamyynnin yhdistelmässä) sovelletaan. Käytännöt, jotka vaikuttavat ongelmattomilta kivijalkakaupan näkökulmasta, voivat verkkomyynnin maailmassa aiheuttaa kilpailuoikeudellisia haasteita ja päinvastoin.

Iida Lindfors, Harri Puskala ja Ami Paanajärvi